

Mykhaell B. Da Silva

Assessoria & Consultoria Jurídica

Ilustríssimo(a) Senhor(a) Pregoeiro(a),

Responsável pelo Pregão Eletrônico nº 0022/2020 (Processo Licitatório Nº 0150/2020) da Prefeitura Municipal de Xanxerê/SC.

MILLENIUM SERVIÇOS, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 04.258.235/0001-39, com sede à Rua Quirino Luiz da Costa, nº 280, Bairro Estados Unidos, CEP: 38015-430, Uberaba-MG, vem, por intermédio de seus procuradores, com fundamento no item 11.2 do edital do pregão em epígrafe e também na Lei 8.666/93, apresentar **IMPUGNAÇÃO**, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

1. Da tempestividade:

Estabelece o item 11.2 do Pregão Eletrônico nº 0022/2020 que “até dois dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública”, marcada para 17/08/2020 (segunda-feira) às 08h31min, “poderá impugnar ou solicitar esclarecimentos em relação a este ato convocatório”.

Considerando o prazo legal para apresentação da presente impugnação, são as razões ora formuladas plenamente tempestivas, uma vez que o termo final do prazo finda em 12/08/2020 (quarta-feira), data de seu protocolo, razão pela qual deve conhecida e julgada.

2. Dos fatos e fundamentos:

Está marcado para o dia 17/08/2020 (segunda-feira) às 08h31min a realização do certame acima mencionado que tem por objeto aquisições futuras e parceladas de até 40.000 (quarenta mil) Kits para Diagnostico de Covid-19, Teste Rápido e Aquisição de EPIs (Mascaras, protetor e macacão) destinados a Secretaria Municipal de Saúde para o

enfrentamento da emergência de Saúde Pública conforme Lei Federal nº 13.979/2020, de acordo com as especificações constantes no Edital e seus anexos.

Ocorre que o instrumento convocatório desta licitação ignorou a legislação aplicável ao objeto ora licitado, considerando suas particularidades, cuja falta exigência prejudicam o propósito maior da licitação que é a busca pela proposta mais vantajosa para a administração, através da ampla disputa, conforme discorreremos a seguir.

2.1 Falta da exigência de Autorização de Funcionamento (AFE):

Conforme edital, a licitação tem por objeto aquisição parcelada de testes rápidos de antígenos e anticorpos para identificação de casos do COVID-19.

Sobre o objeto licitado, dispõe a **Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 16, de 1º de Abril de 2014**, expedida pelo Ministério da Saúde, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que **empresas e estabelecimentos que realizam atividades com medicamentos e insumos farmacêuticos destinados a uso humano, substâncias sujeitas a controle especial, produtos para saúde**, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes, saneantes e cultivo de plantas que possam originar substâncias sujeitas a controle especial, devem possuir **Autorização de Funcionamento (AFE)**.

Art. 3º. A AFE é exigida de cada empresa que realiza as atividades de armazenamento, distribuição, embalagem, expedição, exportação, extração, fabricação, fracionamento, importação, produção, purificação, reembalagem, síntese, transformação e transporte de medicamentos e insumos farmacêuticos destinados a uso humano, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes saneantes e envase ou enchimento de gases medicinais (grifou-se).

Contudo, inobstante a especificidade e os requisitos legais acerca do objeto licitado, o edital, na contramão da legislação, não exigiu dos interessados em participar do certame, por ocasião da habilitação (anexo 2), Autorização de Funcionamento (AFE) ou qualquer outro documento que demonstre aptidão para atendimento do fim público.

Portanto, deve ser retificado o instrumento convocatório, redigido em desconformidade com as exigências legais, em clara inobservância à previsão contida no artigo 3º da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 16, de 1º de Abril de 2014, expedida pelo Ministério da Saúde, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

2.2 Falta da exigência de Alvará Sanitário compatível com o objeto da licitação:

O caput e o inciso V do artigo 28 da Lei nº 8.666/93 estabelecem, respectivamente, que **“a documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em... ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir”**.

Por sua vez, a **Instrução Normativa nº 16, de 26 de Abril de 2017**, que dispõe a lista de Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) sujeitas à vigilância sanitária, em seu anexo I, exige **alvará sanitário para Comércio atacadista de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios (CNAE 46.45-1-01)** como é o caso do objeto licitado.

O edital, na contramão da legislação, não exigiu dos interessados em participar do certame, no que tange a habilitação jurídica (anexo 2), alvará sanitário ou qualquer outro documento que demonstre aptidão para atendimento do fim público.

Portanto, deve ser retificado o instrumento convocatório, redigido em desconformidade com as exigências legais, em clara inobservância à previsão contida no anexo I da Instrução Normativa nº 16, de 26 de Abril de 2017, expedida pelo Ministério da Saúde, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

3.2 Da exigência certificado de confiabilidade (sensibilidade e especificidade) do Produto pela FioCruz

Embora o instrumento convocatório tenha ignorado a legislação pertinente ao objeto licitado, conforme explanado nos tópicos anteriores, exigiu dos interessados documento irrelevante para o objeto licitado: apresentação de certificado de confiabilidade (sensibilidade e especificidade) do Produto pela FioCruz.

O documento em questão, exigido pela municipalidade, não se aplica ao objeto licitado – Teste Rápido para Covid-19 – por força de resolução do Ministério da Saúde (MS), expedida pela .

A **Resolução De Diretoria Colegiada - RDC Nº 379, de 30 de Abril de 2020**, que dispõe, de forma extraordinária e temporária, sobre os requisitos para a fabricação,

importação e aquisição de dispositivos médicos identificados como prioritários para uso em serviços de saúde, em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao SARS-CoV-2, **exige para a comercialização, tão somente, o registro do produto na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).**

De acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU)¹ as exigências habilitatórias não podem exceder os limites da razoabilidade, além de não ser permitido propor cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo, como é o caso. Segundo o entendimento daquele Eg. Tribunal, elas devem fixar apenas o necessário para o cumprimento do objeto licitado, o que não foi observado pelo instrumento convocatório.

Outrossim, a Administração tem a finalidade de garantir maior competitividade possível à disputa, e por esse motivo, a Lei nº 8.666/93 proíbe qualquer condição desnecessária. Exigências consideradas supérfluas podem indicar o direcionamento da licitação para favorecer determinadas pessoas ou empresas. Por essa razão, admite-se tão somente que sejam exigidos os documentos estabelecidos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93.

A fim de alcançar uma proposta mais vantajosa, a Administração deve observar os princípios da isonomia e o da livre concorrência, sendo vedadas cláusulas ou condições que estabeleçam preferências irrelevantes ao objeto do contrato e que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, conforme dispõe o inciso I, § 1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º, § 1º: É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Esse entendimento tem como fundamento o princípio constitucional da universalidade de participação em licitações, a fim de garantir a seleção de proposta mais vantajosa para Administração, vedando cláusulas desnecessárias que restrinjam o caráter competitivo do certame.

1 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, pág. 332.

Desse modo, percebe-se que essa exigência não encontra respaldo nas normas contidas na Lei nº 8.666/93. Então, pode-se concluir que a exigência pretendida pela administração é abusiva, pois tem o condão de restringir o caráter competitivo da licitação, maculando o certame. Sendo assim, deve ser extirpada do ato convocatório a exigência impugnada.

2.4 Da necessidade de retificação do edital:

Imperioso a retificação do instrumento convocatório em razão dos argumentos expostos e determinações legais acerca da matéria. Contudo, vale frisar também que qualquer pessoa e/ou empresa que comercialize produtos de higiene pessoal, como é o caso do objeto licitado, comete crime contra a saúde pública, nos termos do artigo 273 do Código Penal (CP):

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente (Grifou-se).

Vale frisar, ainda, que o trabalho da Administração Pública não se encerra com a licitação, cabendo também à fiscalização e correta entrega e/ou prestação do objeto e/ou serviço licitado, nos termos do artigo 67 da Lei 8.666/93:

“Art. 67 - **A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado**, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (grifou-se).

§1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.”

E, por fim, que a falta de exigências legais pertinentes ao objeto licitado e ausência de fiscalização da entrega e/ou prestação do objeto e/ou serviço licitado de acordo com o fim público enseja a responsabilização da Administração Pública e dos gestores envolvidos, nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal (CF) e art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (grifou-se).

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

I- admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 50 a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991 (Grifou-se).

Portanto, necessária a retificação do instrumento convocatório, redigido em desconformidade com as exigências legais, para que seja atingido o fim público, garantida a lisura do procedimento licitatório e a segurança dos administrados.

3. Dos pedidos e requerimentos:

ANTE O EXPOSTO, resta comprovado que o instrumento convocatório em questão, no teor em que foi publicado, encontra-se eivado de irregularidades, sendo carecedor de modificações nos pontos aqui debatidos.

Assim, espera-se o acolhimento e provimento da presente impugnação, a fim de que se corrija o procedimento licitatório consoante acima argumentado.

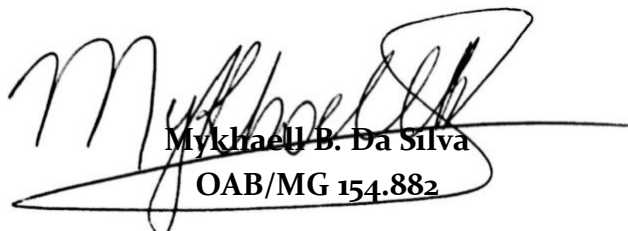
Mykhaell B. Da Silva

Assessoria & Consultoria Jurídica

Requer ainda seja determinada a republicação do Edital, inserindo a alteração aqui pleiteada, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

Caso não seja este o entendimento de Vossa Senhoria, requer desde logo, que seja a presente Impugnação submetida à apreciação da Autoridade Superior competente, para que delibere sobre seus termos, conforme legislação em vigor.

Nestes termos,
Espera deferimento.
Uberaba(MG), quarta-feira, 12 de Agosto de 2020.


Mykhaell B. Da Silva
OAB/MG 154.882