

 GM PLÁSTICOS CNPJ 00.538.257/0001-00	Fone: (45) 3035-6657 Rua Carlos de Carvalho, 288 Parque São Paulo - Cascavel/PR CEP 85803-780 gmplasticos@uol.com.br
--	---

À

Prefeitura Municipal de João Monlevade/MG
Secretaria Municipal de Administração

Ref. Impugnação de Edital
Pregão Eletrônico nº 74/2022
Processo Licitatório nº 592/2022

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

GM PLÁSTICOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.538.257/0001-00, com sede à rua Carlos de Carvalho, nº 288, Parque São Paulo, na cidade de Cascavel, estado do Paraná, representada neste ato por seu representante legal, Sr. Guilherme Henrique Menegazzo, brasileiro, solteiro, empresário, portador da Carteira de Identidade nº 12.940.974-6-SSP-PR e CPF nº 076.038.069-41, residente e domiciliado à rua Visconde do rio branco, nº 589, bairro Neva, nesta cidade de Cascavel-PR, intermediado por seu advogado, Sr. Herbes Antonio Pinto, brasileiro, casado, advogado, devidamente inscrito na OAB-PR sob o nº 45822, vem, mui respeitosamente, com fulcro ao artigo 41, § 2º, da Lei nº 8.666/1993; ao art. 24 do decreto federal nº 10.024/2019; e ao item 17 do edital de licitação em epígrafe, interpor, tempestivamente, **IMPUGNAÇÃO** ao referido instrumento convocatório, pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas.

DA TEMPESTIVIDADE

CONSIDERANDO o disposto no item 17.1 do edital de licitação em epígrafe; CONSIDERANDO o disposto no art. 24 do decreto nº 10.024/2019; CONSIDERANDO o disposto no art. 41, § 1º, da lei 8.666/1993; CONSIDERANDO a data estipulada para disputa do pregão em questão (25/10/2022); CONSIDERANDO a presente data (13/10/2022), a presente impugnação **é plenamente tempestiva**, uma vez que respeita os três dias úteis de antecedência previstos no referido instrumento convocatório e no ora citado decreto federal.

DOS FATOS

Foi publicado por este Município, representado neste ato por seu(ua) pregoeiro(a) oficial, o edital do supracitado pregão eletrônico, tipo menor preço. O certame ocorrerá por meio do sistema eletrônico ComprasNet, mantido pelo Governo Federal, e tem por objeto a formação de **REGISTRO DE PREÇOS VISANDO AQUISIÇÃO FUTURA DE MATERIAIS DE LIMPEZA, HIGIENE, DESCARTÁVEIS E UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS**. Da leitura do instrumento convocatório, verificou-se que esse contém vícios nos seguintes pontos: 1) exigência de Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE), para as empresas participantes do item 70, referente a sacos para lixo infectante, exigência esta que não se mostra lícita para tais produtos, conforme as razões abaixo aduzidas; 2) concessão de cinco dias de prazo para entrega dos produtos solicitados, vide item 5.2 do Termo de Referência (anexo I do edital), prazo nitidamente inexecutável e irrazoável.

DO MÉRITO

1 – DA EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DA EMPRESA (AFE)

Como já citado, o edital licitatório exige, ao item 7.2.1, alínea *b*, Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE), expedida pela ANVISA, para os proponentes de saco para lixo infectante, o qual é solicitado no item 70 do instrumento convocatório. Inicialmente, cumpre salientar que tais produtos necessitavam de registro junto à ANVISA até recentemente, entretanto, a própria agência deixou de regularizar tais produtos e, conseqüentemente, exigir registro, tendo em vista o fato de não se enquadrarem na definição de produto médico estabelecida pela Resolução de Diretoria Colegiada – RDC 185/2001. Os produtos de nossa marca estavam devidamente registrados, porém, junto de todas as outras fabricantes/revendedoras desse material, este foi cancelado, por meio da Resolução-RE nº 5.456 de 30 de dezembro de 2020, a qual segue em anexo, justamente pelo fato de que o produto não é mais regulado pela agência nacional. O rol de produtos que deixaram de ser regulamentados pela autarquia consta no endereço eletrônico: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/setorregulado/regularizacao/produtos-para-saude/produtos-nao-regulados> – categoria 3, item 55; cópia da tela desse endereço segue anexa a este documento, da mesma forma que o endereço pode ser livremente consultado pelos servidores que analisarão a impugnação. Resta evidente que sacos para lixo hospitalar deixaram de ser regulamentados pela ANVISA e não são mais considerados produtos médicos, como aduz a própria agência ao art. 1º da referida RE 5.465/2020, senão vejamos:

Art. 1º Declarar o cancelamento dos produtos para a saúde sob os números de registro constantes do anexo desta Resolução, visto que **tratam-se de produtos que deixaram de ser regularizados pela Gerência Geral de Tecnologia de Produtos para a Saúde/Anvisa em decorrência do não enquadramento na definição de produto médico** estabelecido pela Resolução de Diretoria Colegiada - RDC 185/2001, e conseqüente revisão e atualização da lista de produtos não regulados.

(grifou-se e sublinhou-se)

É patente que, não sendo mais considerado produto médico, não estão mais obrigadas as fabricantes, distribuidoras e revendedoras de tais produtos a estarem autorizadas junto à ANVISA, nem por meio de registro – já que todos os registros desse produto foram cancelados, não sendo possível solicitar novo registro, pois a autarquia não mais regula esse tipo de material; nem por meio de Autorização de Funcionamento – AFE. Isso ocorre pois tal autorização só é compulsória às empresas que produzem e/ou comercializam produtos médicos, é o que dispõe o item 1 da parte 1 da RDC 185/2001, editada pela Agência Nacional: “**1. As disposições deste documento são aplicáveis aos fabricantes e importadores de produtos médicos.**” (Grifou-se e sublinhou-se)

É evidente que os produtos em questão não apresentam qualquer risco à saúde humana, de forma que a ANVISA, que é a responsável pela regularização do setor no país, mediante análise técnica, deixou de regular tais produtos, como acima verificado. Assim, torna-se insustentável a exigência de Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE), expedida pela ANVISA, para fabricação/comercialização de tal produto. Não obstante, faz-se mister observar na íntegra a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) Nº 16, publicada pelo Ministério da Saúde em 1º de Abril de 2014, e que dispõe sobre critérios para petição de AFE, com especial atenção ao art. 3º, da sessão III, que estabelece:

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 e sublinhou-se)

É notório pelo excerto a inexigibilidade de AFE a empresas que não trabalhem com os produtos especificados no excerto acima – os quais tratam de produtos essencialmente ligados à saúde e/ou com potencial de dano à saúde humana. Ora, é inequívoco que sacos para lixo, pela sua finalidade e pela matéria-prima utilizada em sua fabricação, não representam qualquer risco à saúde humana. Outrossim, se a própria agência já declarou, em outra normativa, que sacos para lixo infectante não são considerados produtos médicos/hospitalares, é cediço que não se enquadram na resolução acima citada. A resolução em questão, que dispõe sobre a expedição do documento exigido, não faz qualquer menção a produtos como sacos para lixo, plásticos, material para acondicionamento e embalagem, ou qualquer outra classe que possa enquadrar os referidos produtos. No mesmo sentido dispõe a lei 6.360/1976, ao art. 1º:

Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os **medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos.**

(grifou-se e sublinhou-se)

Da análise do trecho da lei, resta claro quais os produtos sujeitos às normas da vigilância sanitária, sendo a necessidade de autorização de funcionamento uma delas. Novamente, o que se verifica é que só estão sujeitos ao regramento sanitário os produtos ligados à saúde, dos quais sacos para lixo não fazem parte, como já declarou a própria ANVISA, por meio da RE 5456, ora citada.

Quanto à lei 8.666/1993, que estabelece regras para todas as licitações instauradas pela Administração Pública no país, esta pontua, em caráter taxativo, todos os documentos necessários à participação de empresas em licitações, não estando previsto no rol de documentos obrigatórios, constante nos artigos 27 a 32, Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE). O diploma legal em questão demanda, ainda, ao art. 30, inciso IV, que poderá ser exigida prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. Pois bem, se não há lei especial que obrigue todas as empresas a serem autorizadas pela ANVISA, e se a própria agência não exige tal autorização às empresas que não são da área da saúde, bem como a própria agência desenquadrou o produto da classe de produtos médico-hospitalares, é descabida a exigência feita pela contratante.

Vejamos, a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os direitos fundamentais, art. 5º, preceitua no inciso II, o Princípio da Legalidade, isto é: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. É pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais, arrolados no art. 5º da Magna Carta, têm por titulares tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas, no que couber, que só estão obrigadas a fazer aquilo que a lei determina, sendo-lhes então permitido tudo que não expressamente proibido por lei. Ora, se não há lei que proíba a produção e/ou o comércio de sacos para lixo por empresas sem Autorização de Funcionamento (AFE), nem lei que exija das

empresas tal autorização, é notória a arbitrariedade da exigência. Não obstante, se por um lado, aos particulares (pessoas naturais ou jurídicas), permite-se tudo que não proíbe a lei, o princípio ora citado é mais rigoroso com a Administração Pública – a esta cabe tão somente fazer o que cominado em lei, não sendo lícito ao administrador público tomar qualquer atitude que não expressamente prevista em legislação, vez que este, diferentemente do administrador de coisa particular, não é dono da coisa pública e, por isso, está totalmente subornado à vontade popular, expressa por seus representantes em forma de lei. Sobre esse tema, leciona o insigne Professor Henrique Savonitti Miranda:

O administrador privado conduz seu empreendimento com *dominus*, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado. [...] O gestor público não age como “dono”, que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que **ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa.** Daí decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

(MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito administrativo**. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2005) (grifou-se e e sublinhou-se)

Não resta dúvida que não cabe à Administração criar regras, fazer exigências ou agir de qualquer forma que não estritamente prevista em lei. Assim, revela-se equívoca e ilícita a exigência do edital licitatório quanto à AFE, visto que a ANVISA, órgão regulamentador competente para fazer tal exigência, não exige das empresas que não trabalham com produtos para saúde tal autorização. Dessa forma, faz-se necessário que a exigência de AFE seja suprimida do edital para o item que se refere a sacos para lixo hospitalar.

2 – DO PRAZO DE ENTREGA

A concessão de cinco dias de prazo para entrega dos produtos, prevista no item 5.2 do Termo de Referência, estabelece condição extremamente comprometedora à competitividade e à isonomia do processo licitatório, uma vez que fixa prazo manifestamente exíguo para cumprimento do objeto da licitação. Vale ressaltar que, para fabricação de qualquer dos produtos arrolados no edital, que tem por objeto o fornecimento de produtos para limpeza, leva-se considerável tempo e, há de se ter em conta ainda, os trâmites burocráticos (emissão de ordem de produção, faturamento, emissão de nota fiscal, emissão de CT-e) e o tempo de transporte da cidade-origem do produto até a cidade de João Monlevade/MG. Deve ser considerado também, quanto ao transporte, que o país hoje conta tão somente com a possibilidade de transporte rodoviário e que a situação das estradas brasileiras não são as mais favoráveis, o que lentifica o processo de transporte. Somado a isso, deve-se levar em consideração que a Lei federal nº 13.103/2015 impõe jornada reduzida de trabalho para caminhoneiros, não sendo possível, dadas as dimensões continentais do país, que o transportador efetue o transporte sem paradas, a depender da distância entre a sede da empresa vencedora e o Município. Considerando tais fatores, **é impossível** que fabricantes e/ou revendedoras que não estejam localizadas no Município de João Menlevade ou nas proximidades efetuem entrega em apenas cinco dias, como quer a Prefeitura. É inegável que a cláusula favorece as empresas localizadas em local próximo à cidade, em detrimento daquelas sediadas em locais mais distantes, provocando, ainda que indiretamente, tratamento desigual entre as licitantes.

Ao admitir tal exigência, o instrumento convocatório tolhe o direito de participação de parcela considerável de licitantes, potencialmente competitivos, restringindo

a participação apenas aos licitantes munícipes da cidade mineira e de cidades vizinhas, ferindo o princípio constitucional da isonomia, também positivado pelo legislador infraconstitucional no art. 3º da lei 8.666/1993, o qual deve ser observado em todas as licitações públicas instauradas no país. Igualmente, atenta o edital contra o princípio da Livre Concorrência, disposto ao art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, constituindo espécie de “reserva de mercado” absolutamente ilegal nos moldes apresentados, visto que há outros meios legalmente assegurados de proteção ao mercado local – se este era o intuito ao estabelecer tal quesito. Outrossim, há de se verificar que cria-se com isso um “mercado de multas” para o Município, caso venha a ser arrematante uma empresa de fora da cidade da contratante, visto que não somente é inviável, como também é humanamente impossível a qualquer contratada de fora, independentemente de qualquer esforço, produzir e entregar o material em prazo tão curto, ficando assim sujeitas as empresas a multas de valores expressivos pelo descumprimento do prazo, meio de redução de preços que fere a moralidade pública, a qual deve reger a Administração em todos os seus atos, vide art. 37 da Constituição Federal.

Cabe acrescentar que a distinção entre licitantes é veementemente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Senão vejamos o disposto ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

(grifou-se e sublinhou-se)

Outrossim, assim determina o § 1º do art. 3º da lei 8.666/1993:

§ 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;

(grifou-se e sublinhou-se)

Nessa direção, também já decidiu o insigne Superior Tribunal de Justiça – STJ:

As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, **possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.**

(MS n. 5.606/DF, Rel. Min. José Delgado, DJU 10.08.1998)

(grifou-se e sublinhou-se)

Sobre o tipo de situação aqui narrada, também já se manifestou o colendo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE-MG:

[...] se mostra desarrazoada e excessiva, comprometendo o caráter competitivo do certame, já que contribui para afastar potenciais fornecedores, incapazes de assumir tais obrigações em razão da distância entre suas sedes e o município, privilegiando apenas os fornecedores locais, o que contraria o disposto no inciso I do §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

(Denúncia nº 862.524 – Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão, sessão de julgamento para referendo pela Primeira Câmara em 1º/11/2011)
(grifo nosso)

Nessa toada, deve-se ainda verificar que tais condições restritivas da competitividade acabam por provocar, ainda que indiretamente, uma majoração nos valores das propostas a serem apresentadas, haja vista que as empresas que atuam no ramo possuem conhecimento de quais são seus possíveis concorrentes para a entrega dentro das exigências e prazos estabelecidos, tendo ciência de que serão poucos e quais os valores por eles praticados. Sabendo da impossibilidade de empresas de fora trabalharem com prazo tão limitado, a pouca concorrência prevista pode levar as concorrentes da região a aumentarem o preço de seus produtos, onerando o erário. Não obstante, as empresas de outras regiões também terão de ofertar preços mais altos, tendo em vista que, diante da impossibilidade de cumprimento do objeto dentro do prazo concedido, o valor da multa por atraso já deve estar incluso, de antemão, em seus preços. Uma flexibilização no prazo de entrega dos produtos viabilizaria a participação de várias empresas que possuem condição para fornecer o objeto do certame com a mesma qualidade e preços mais acessíveis, o que está em pleno acorco com os princípios de economicidade e eficiência que devem se fazer sumamente presente em todos os atos da Administração Pública, em qualquer de suas esferas. É evidente que o objetivo da licitação é possibilitar a participação do maior número de licitantes de todo território nacional, como forma de fomentar a competitividade, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Dessa forma, o edital deve estabelecer um prazo razoável para a entrega das mercadorias licitadas, com vistas a atrair o maior número de concorrentes possível, o que leva, conseqüentemente, à oferta de melhores preços e condições no cumprimento do objeto da licitação.

Cumprido acrescentar que é costumeiro em licitações, por ser justo e razoável, o estabelecimento de prazo de 30 (trinta) dias para entrega dos materiais, prazo este que é considerado como entrega imeditada – inteligência do art. 40, §4º, da lei 8.666/93. E, quando da necessidade de prazo emergencial, frequentemente os órgãos públicos recorrem ao prazo de quinze dias corridos, mediante motivação fática da necessidade. Nesse ínterim, também deve ser verificado que, embora a decisão quanto ao prazo de entrega seja discricionária de cada administração, esta deve ater-se aos princípios norteadores da administração, sobretudo no que tange à economicidade, à razoabilidade, à isonomia entre as licitantes e à impessoalidade, sob pena de nulidade de seus atos. Assim, ante o aqui fartamente exposto, tendo em vista o já firmado entendimento TCE-MG, caso não seja revisto o prazo, **resguarda-se à impugnante o direito de denúncia ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG** para análise do caso e, se cabível, suspensão ou cancelamento do certame.

Da análise do instrumento convocatório aqui impugnado, não resta dúvida de que este prevê cláusula manifestamente comprometedor e restritiva do caráter competitivo que deve ser imprescindivelmente afeto a qualquer processo licitatório, haja vista a absoluta impossibilidade de entrega do material em prazo tão exíguo. Dessa forma, sugere-se que a prefeitura faça uma pesquisa de mercado ampla, para que sejam verificados os prazos de entrega praticados no mercado, sobretudo no âmbito de licitações públicas.

DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer a impugnante:

.1 – **A alteração da redação da alínea b do item 7.2.1 do edital de licitação**, excluindo a exigência de Autorização de Funcionamento para as proponentes fornecedoras de sacos para resíduos infectantes;

2 – **A retificação do Termo de Referência no item 5.2**, passando a prever prazo razoável, no qual seja possível o atendimento por qualquer empresa, localizada em qualquer parte do Brasil;

3 – Resposta quanto ao mérito desta impugnação, no prazo de **2 (dois) dias úteis**, em conformidade com o §1º do art. 24 do decreto federal 10.024/2019 e com o item 17.4 do instrumento convocatório aqui impugnado.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Guilherme Henrique Menegazzo
Proprietário

Cascavel-PR, 13 de outubro de 2022.