

BATUTA SUPERMERCADO LTDA - EPP

CNPJ Nº 19.014.323/0001-62

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A), DA PREFEITURA
MUNICIPAL DE SENADOR JOSE BENTO/MG

PREFEITURA MUNICIPAL DE SENADOR JOSÉ BENTO - MG	
Protocolo Nº	016
Em	07/09/2022
Jair	

Processo Licitatório nº 0337/2021

Pregão presencial nº 007/2022

BATUTA SUPERMERCADO LTDA - EPP, sociedade empresária inscrita no CNPJ nº 19.014.323/0001-62, com sede na Rua Antonio Pinto de Carvalho, 171, Centro, Ibitiura de Minas-MG, representado legalmente por **Luiz Eduardo Amarante Cruz**, brasileiro, casado, comerciante, inscrito no CPF nº 064.667.256-85, vem respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelas razões a seguir aduzidas:

I - DOS FATOS

Ocorre que foi publicado edital, cujo objeto é a Contratação de empresa para fornecimento futuro e parcelado de materiais de limpeza.

Entretanto, o edital possui irregularidade/ilegalidades. No Item 5, subitem 9.4.1 – **DA HABILITAÇÃO TÉCNICA**, consta o seguinte:

D2.1.3 - d. 2.1.3) As empresas participantes deverão apresentar AFE (Autorização do Funcionamento de Empresa) emitido pela ANVISA, juntamente com os documentos de habilitação, quando os produtos a serem fornecidos exigirem tal autorização para comercialização.

Batuta Supermercado Ltda. EPP
CNPJ 19.014.323/0001-62

BATUTA SUPERMERCADO LTDA - EPP

CNPJ Nº 19.014.323/0001-62

Autorização de Funcionamento ou Certificado AFE, Certificado de Autorização de Funcionamento que se aplica a farmácias, drogarias, empresas de medicamentos e insumos farmacêuticos e empresas que trabalham com produtos para saúde, cosméticos ou saneantes.

Ao exigir o referido documento, essa municipalidade estará restringindo a participação, ferindo o princípio da competitividade. Até porque, o impugnantes é empresa que vende produtos saneantes (que nada mais são que produtos de limpeza), mas que está desobrigado a ter o documento referido acima.

Assim, tal previsão é considerada ilegal e irregular, além de não estar amparada na legislação, tanto na Lei 8.666/93, bem como em outras legislações, visto que inibe o princípio da competitividade entre os licitantes.

Em síntese, são os fatos

II – DO DIREITO

a) Violação ao Princípio da Competitividade

Tal impedimento trata-se de restrição, que, por consequência, restringe o caráter competitivo da licitação, que **é proibido por lei**, de acordo com o artigo 3, § 1º, I, da Lei 8.666/93, vejamos:7

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.

§ 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;

BATUTA SUPERMERCADO LTDA - EPP

CNPJ Nº 19.014.323/0001-62

A cláusula na qual é objeto da presente impugnação se mostra desarrazoada. Sendo que a exigência só se mostraria plausível a toda atividade empresarial relacionada a saneantes e domissanitários, exceto aos varejistas (como é o caso do impugnante), que são regulamentadas pela legislação sanitária da ANVISA.

O artigo 2º, da Lei 6.360/76, extrai que:

Art. 2º - Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art. 1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.

Além do dispositivo supra, o Decreto que regulamenta a lei são omissos no tocante à exigência de AFE para comercialização. Reforça-se ainda com a Lei 9.782/99, que ao definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criar a AVNISA, passa a englobar a atividade de distribuição dentre aquelas sujeitas à fiscalização. Porém, destaca-se que novamente a legislação é omissa quanto ao tema comercialização "*strictu sensu*".

Deste modo, a legislação federal, em momento algum exige a AFE no que concerne à venda ou comercialização de produtos saneantes e/ou domissanitários. Tal ponto foi desconsiderado solenemente pelas orientações das Cortes de Contas. Nesse cenário, impende registrar que todas as manifestações, seja no âmbito da Denúncia nº 1007803/TCE-MG, de 05/10/2017 ou no Acórdão 200/2016 – TCU/PLENÁRIO, discorrendo sobre o que venha a caracterizar comércio varejista ou atacadista, têm por fundamento apenas a Resolução da ANVISA RDC nº 16/2014.

Destarte, cumpre notar que a própria ANVISA esclarece sobre as atividades que necessitam de autorização e deixa de mencionar a venda ou comercialização direta dos produtos, vejamos:

Para o funcionamento das empresas que pretendem exercer atividades de extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar, expedir, distribuir, constantes da Lei nº 6.360/76, Decreto nº 79.094/77 e Lei nº 9.782/99, Decreto nº 3.029/99, correlacionados à Medicamentos, Drogas e Insumos Farmacêuticos é

BATUTA SUPERMERCADO LTDA - EPP

CNPJ Nº 19.014.323/0001-62

necessário a Autorização da ANVISA, órgão vinculado ao Ministério da Saúde

No entanto, a ANVISA expediu a RDC 16/2014, conceituando comércio varejista e distribuidor ou comércio atacadista:

Art. 2º Para efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
(...)

V – Comércio varejista de produtos para saúde: compreende as atividades de comercialização de produtos para saúde de uso leigo, em quantidade que não exceda a normalmente destinada ao uso próprio e diretamente a pessoa física para uso pessoal ou doméstico;

VI - Distribuidor ou comércio atacadista: compreende o comércio de medicamentos, insumos farmacêuticos, produtos para saúde, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes, em quaisquer quantidades, realizadas entre pessoas jurídicas ou a profissionais para o exercício de suas atividades;

O artigo 3º, também da referida RDC, estabelece quais são as empresas que devem apresentar a AFE, vejamos:

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. Parágrafo único. A AFE é exigida de cada estabelecimento que realiza as atividades descritas no caput com produtos para saúde.

Por seu turno, o artigo 5º, também da RDC 16/2014, apresentando quando não será exigida a AFE:

Art. 5º Não é exigida AFE dos seguintes estabelecimentos ou empresas:

I - Que exercem o comércio varejista de produtos para saúde de uso leigo;

II - Filiais que exercem exclusivamente atividades administrativas, sem armazenamento, desde que a matriz possua AFE;

III – Que realizam o comércio varejista de cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes;

IV - Que exercem exclusivamente atividades de fabricação, distribuição, armazenamento, embalagem, exportação, fracionamento, transporte ou

Batuta Supermercado Ltda. EPP
CNPJ 19.014.323/0001-62

BATUTA SUPERMERCADO LTDA - EPP

CNPJ Nº 19.014.323/0001-62

importação, de matérias-primas, componentes e insumos não sujeitos a controle especial, que são destinados à fabricação de produtos para saúde, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes; e

V – Que realizam exclusivamente a instalação, manutenção e assistência técnica de equipamentos para saúde.

Portanto, uma simples interpretação dos textos acima, nos permite deduzir que o impugnante pode participar do certame sem que se exija dele a Certidão AFE. Logo, a exigência deve ser feita daquele que faz parte da cadeia produtiva. Até porque, se fosse exigido de todo mundo não acharíamos os produtos em mercados ou comércios de modo geral.

Tem-se então por certo que é possível a venda de produtos exigidos no certame pelo impugnante e por outras empresas. Sendo que tal fato possibilitaria uma maior competitividade entre os licitantes.

Outrossim, é preciso lembrar que as compras da Administração Pública deverão se pautar sempre que possível pelas práticas de mercado como dispõe o artigo 15, III, da Lei 8.666/93. Ademais, como a própria modalidade pregão é destinada à aquisição de produtos e serviços comuns, seria um despropósito promover alteração nas exigências do edital que se perfilhem à venda de produtos profissionais e de venda restrita, o que caracterizaria toda a sistemática voltada para aquisição de produtos comuns de acordo com as práticas de mercado sob o pálio da Lei 10.520/02.

Nota-se que os produtos que se pretende adquirir por essa municipalidade são conhecidos como produtos de limpeza, a grosso modo, ou seja, de uso comum a toda a população, inclusive a Administração Pública.

Tem-se por certo que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em 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 lhe são correlatos.

Nessa linha, a Administração está sujeita à observância de certas formalidades para a determinação das condições de seus contratos e para a seleção

BATUTA SUPERMERCADO LTDA - EPP

CNPJ Nº 19.014.323/0001-62

dos contratados, em outras palavras, a licitação pública é um conjunto de formalidades impostas à Administração como condição para a celebração de contratos.

Em que pese a fundamental relação entre licitação e formalidade, é **vedada à Administração no procedimento da licitação, realizar exigências que não produzem efeitos substanciais, despropositadas, desprovidas de nexo de utilidade com o objeto do futuro contrato**, enfim, meras formalidades ou excessos que comprometem a plena competitividade.

Atende-se aqui, em primeiro plano, ao princípio da razoabilidade, admitindo-se um abrandamento ou a desconsideração de formalidade exigida no instrumento editalício, mas não atendida pelo licitante, desde que se configure como mero formalismo e que não produza efeito substancial. Aliás, reside na avaliação desses aspectos, as dificuldades da Administração em diferenciá-los, visto ser de cunho subjetivo.

Bittencourt (2002, p. 17) leciona:

O ato convocatório deve estabelecer, portanto, regras para o certame, respeitando as exigências necessárias para assegurar a proposta mais vantajosa, **sendo inválidas todas que maculem o caráter competitivo da licitação**, uma vez que, nos casos de competição inviável, há a autorização legal de contratação direta. (BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo. 4ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Temas & idéias Editora, 2002)

Marçal Justen Filho:

*"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, **prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação**" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 63).*

O edital foi feito para privilegiar alguns participantes, além de não haver justificativa plausível e aceitável, logo, o mesmo é irregular. Não pode, jamais, um

BATUTA SUPERMERCADO LTDA - EPP

CNPJ Nº 19.014.323/0001-62

edital licitatório restringir ou condicionar a participação exigindo documento que a própria legislação não pede.

Portanto, pleiteio pelo acolhimento da presente impugnação para declarar irregular o edital objurgado e, ao final, corrigir o item d. 2.1.3. As empresas participantes deverão apresentar AFE (Autorização do Funcionamento de Empresa), não exigindo tal documento de supermercados, mercados, etc., que façam a venda de produtos de materiais de limpeza

III - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requeiro:

- a) Seja recebido a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, apresentado dentro do prazo estipulado, dois dias úteis antes da realização do certame;
- b) Requeiro, portanto, acolhimento da presente impugnação para declarar irregular o edital objurgado e, ao final, seja retirado a exigência de apresentação do documento AFE, conforme prescreve o item d. 2.1.3.
- c) Caso não seja conhecido e reconsiderado a decisão de Vossa Senhoria nos termos do presente recurso, requeiro que se encaminhe para a autoridade superior para análise.
- d) Havendo manutenção do edital, a impugnante tomará as medidas que entender cabíveis, até mesmo requerimento de providências junto ao TCE/MG

Ibitiura de Minas, 04 de Fevereiro de 2022.

BATUTA SUPERMERCADO LTDA - EPP

Luiz Eduardo Amarante Cruz

Batuta Supermercado Ltda. EPP
CNPJ 19.014.323/0001-62