
RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO 01/2023

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2023.

Trata-se de Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico Sesc em Minas n.º 0043/2023 – Processo nº 004005-00760, cujo objeto é registro de preço de produtos químicos de limpeza, com cessão de equipamento dosador em regime de comodato.

1 - DA TEMPESTIVIDADE

Conforme item 4.1. do Edital convocatório, o prazo fatal para a apresentação de impugnação é de até 02 (dois) dias úteis anteriores à data de abertura da Sessão de Licitação, excluindo-se da contagem a data da sessão, programada para 08/02/2023. Dessa forma, considerando que a impugnação foi apresentada em 02/02/2023, esta foi tempestiva.

2 – DA IMPUGNAÇÃO

Desta feita, abaixo transcrevemos trechos para entendimento do ponto impugnado, em síntese, é impugnado o Edital, alegando a impugnante o seguinte:

“A Impugnante tendo interesse em participar da Licitação supramencionada, adquiriu o respectivo Edital. Contudo, ao verificar as condições para participação no pleito em tela, deparou-se que o Edital não solicitava como documentação de habilitação, no item de qualificação técnica, a Autorização de Funcionamento de Empresas (AFE) válida, expedida pela ANVISA, das licitantes. DOCUMENTAÇÃO IMPRESCINDÍVEL para aquisição do produto objeto deste certame. Os itens 1, 2 e 3 são classificados como SANEANTES. A EXISTÊNCIA DE VÍCIOS PRIMÁRIOS SANÁVEIS Primeiramente, vale lembrar que a Lei da Licitação estabelece a necessidade de qualificação técnica dos licitantes, senão vejamos: Art. 30. A documentação relativa à qualificação limitar-se-á a: I – Registro ou inscrição na entidade profissional competente; IV – Prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial quando for o caso; “In casu”, não se pode olvidar que há no objeto da licitação produtos para saúde, portanto, por força de Lei Especial existe a obrigação de as empresas possuírem Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE) emitida pela ANVISA. É imperativo legal que para o funcionamento das empresas que pretenda exercer atividades de extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar, expedir, distribuir, os produtos constantes da Lei nº 6.360/76 e Lei nº 9.782/99, Decreto nº 3.029/99, correlacionadas aos 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 é necessário a Autorização da ANVISA, órgão vinculado ao Ministério da Saúde. A Lei nº 9.782/99 tem a seguinte redação: Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e a execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: VII – autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e

importação dos produtos mencionados no art 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos; Vê-se portanto: Art. 8º Incube à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. (...) III – cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes; IV – saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação em ambientes domiciliares, hospitalares e coletivos; VI – equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos e hemoterápicos e de diagnóstico laboratorial e por imagem; O QUE É MAIS IMPORTANTE, devido ao risco a saúde de quem faz uso destes produtos, existe um órgão que regulamenta as atividades referentes aos mesmos que é a ANVISA. Percebe-se, claramente, QUE AS EMPRESAS QUE COMERCIALIZAM ESTES PRODUTOS, SEJAM ELAS INDÚSTRIAS OU MESMO DISTRIBUIDORES, tem a obrigatoriedade de possuir a Autorização de Funcionamento da ANVISA. A Lei de Licitações tem como princípios do Estado Democrático de Direito, a Isonomia e Legalidade, conforme a seguir: 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. Insta destacar ensinamento do eminente MARÇAL JUSTEN FILHO (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84) os princípios são de observância obrigatória, “in verbis”: “O conceito de princípio foi exaustivamente examinado por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando afirmou que é “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico” [1]. Deve lembrar-se que a relevância do princípio não reside na sua natureza estrutural, mas nas suas aptidões funcionais. Vale dizer, o princípio é relevante porque impregna todo o sistema, impondo ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas. O princípio é importante não exatamente por ser a “origem” das demais normas, mas porque todas elas serão interpretadas e aplicadas à luz dele. Quando se identifica o princípio fundamental do ordenamento jurídico, isola-se o sentido que possuem todas as formas dele integrantes.” E segue: “O Art. 3º sintetiza o espírito da Lei, no âmbito da licitação. Havendo dúvida sobre o caminho adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art.3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios, mas respeitando as regras adotadas.” “O dispositivo não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações).” O QUE É MAIS RELEVANTE, a CONSTITUIÇÃO FEDERAL estabelece que: 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: 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. Uma vez que a Autorização de Funcionamento (AFE) não é solicitada de todos os licitantes, é ferido o Princípio da Legalidade, pois existe uma Legislação que obriga fabricantes,

distribuidores ou afins a possuir a mesma e, portanto, deve ser solicitada para todos. Fere também o Princípio da Isonomia a partir do momento em que um licitante legalmente qualificado, compete em nível de igualdade, com outro em situação de ilegalidade. Entendimento já consolidado pelo TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – TCE-MG nos autos da Denúncia nº 1007383 (Órgão: Prefeitura Municipal de Ibiá, Exercício 2017, Relator Conselheiro Wanderley Ávila), quando a denunciante pediu para que fosse retirada do edital a obrigatoriedade da apresentação da Autorização de Funcionamento da ANVISA (AFE) dos licitantes. Denúncia que tem em seu inciso II FUNDAMENTAÇÃO, a seguinte redação: “Existindo normas específicas que regulamentam a fabricação e a comercialização dos produtos que compõem o objeto do certame ora atendimento de requisitos previstos em lei especial para a qualificação técnica dos interessados no certame, é de se concluir que não há ilegalidade na exigência contida do edital do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 004/2017. Destaca-se, como já mencionado, que o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 004/2017 tem por objeto a contratação de empresa para fornecimento de material de higiene e limpeza, copa, cozinha e descartáveis. A fabricação e a comercialização dos produtos que compõem o objeto do certame ora analisado estão subordinadas à Lei 6.360/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária. Assim sendo, me alinho ao posicionamento do Órgão Técnico e do Parquet, no sentido de que em processos licitatórios cujo objeto envolva a aquisição de instrumentos como aqueles pretendidos pelo Município de Ibiá no Pregão Presencial nº 004/2017, deve-se observar as normas de vigilância sanitária, sobretudo a Lei nº 6.360/76, razão pela qual afasto a irregularidade apontada.”

EMENTA “DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA VISANDO O FORNECIMENTO DE MATERIAL DE LIMPEZA, HIGIENIZAÇÃO, COPA, COZINHA E DESCARTÁVEIS. ALEGAÇÃO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. A exigência de Autorização de Funcionamento (AFE) concedido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA às empresas participantes do certame, na fase de habilitação, não restringe a competitividade, porquanto tem o objetivo de garantir que o produto a ser licitado atenda às exigências técnicas necessárias. Ademais, a Resolução RDC nº 16, de 1º de abril de 2017, que dispõe sobre os Critérios para Peticionamento de Autorização de Funcionamento (AFE) e Autorização Especial (AE) de Empresas, também trata sobre o comércio varejista e atacadista de produtos que estão sujeitos à vigilância sanitária. A norma definiu o distribuidor ou comerciante atacadista de saneantes, como sendo a empresa que realiza a comercialização desses produtos, em quaisquer quantidades, para pessoas jurídicas ou a profissionais para o exercício de suas atividades. (Informe técnico, nº 20 de 01/02/2015). Ou seja, até mesmo um VAREJISTA quando possui interesse de exercer a função de um distribuidor (atacadista), deverá se enquadrar nas mesmas condições e possuir a AFE. Utilizando-se de um questionamento mais aprofundado, por qual motivo 2 (duas) empresas, sendo uma varejista e outra atacadista, exercendo a mesma função que é de armazenar e transportar, um seria desobrigada de possuir tal documentação e outra não? O TCE na denúncia já mencionada, tem a seguinte redação “em se tratando de contrato de fornecimento de produtos entre a administração pública e empresa fornecedora do ramo, fica configurado o comércio por atacado, por estar sendo realizado entre pessoas jurídicas, conforme aludido no inciso VI, art. 2º da Resolução ANVISA nº 16/2017.” O Conceito de varejista para a ANVISA tange em pessoa jurídica que forneça materiais em quantidades para uso pessoal e diretamente a pessoa física. O que a ANVISA faz é eximir a ATIVIDADE VAREJISTA de possuir AFE, e não as empresas que possuem em seu Contrato Social o objeto de comércio varejista, mas exercem atividade equiparada a um atacadista. A ANVISA não se baseia somente no objeto descrito no Contrato Social da Empresa, mas sim no conjunto do objeto com a atividade exercida. Diante do exposto é de responsabilidade das empresas titulares de registro a manutenção da qualidade, segurança e eficácia dos produtos até o consumidor final, para evitar riscos e efeitos adversos a saúde humana, incluindo todos os agentes atuantes desde a produção ao consumo de maneira solidária. Esta é a única forma do município garantir segurança e qualidade dos produtos a serem adquiridos, visto que caso contrário haverá prejuízo para a administração pública no sentido de sujeitar os servidores e todo o local a produtos de risco à saúde. Como já vastamente comprovado, a Autorização de Funcionamento da Anvisa, em hipótese alguma, poderá deixar de ser solicitada de todos os licitantes interessados em participar da licitação constante no edital em questão...”

3 – DA NATUREZA JURÍDICA DO SESC

Inicialmente, cabe ressaltar que o Sesc não é entidade pública, por conseguinte, não é integrante da Administração Pública, seja ela direta ou indireta. Trata-se de Instituição de direito privado sem qualquer vinculação ao Estado, criada em 13/09/1946 por meio do Decreto-Lei nº 9.853, com objetivo de contribuir para a qualificação do mercado pela formação e valorização do trabalhador, tendo como escopo, ainda, a assistência social nas áreas de educação, saúde, cultura, esporte e lazer.

Aliás, além de estar previsto no artigo 2º do Decreto-Lei nº 9.853 de 13/09/1946, de forma expressa, que o Sesc possui personalidade jurídica de direito privado, a própria Constituição Federal/1988, em seu artigo 240, dispõe que os serviços sociais autônomos e de formação profissional vinculados ao sistema sindical são instituições privadas, e não públicas, como equivocadamente está sendo enquadrado.

Destarte, importante salientar que, em matéria de licitações para contratações de prestadores de serviços ou fornecedores, o Sesc em Minas se sujeita às regras estabelecidas pelo Regulamento de Licitações e Contatos próprio, consolidado pela Resolução nº 1.252/2012, de 06/06/2012, do Conselho Nacional do Sesc, e não à Lei Federal nº 8.666/93 e outras aplicáveis à Administração Pública.

Neste aspecto, importante, ainda, salientar que a validade e eficácia dos procedimentos que envolvem as licitações e contratos no Sesc não são vinculados e determinados pela Lei Federal de Licitações. Não se interpreta extensivamente ao Sesc os deveres, limites, proibições a que a Administração Pública se sujeita, admitindo-se, no que couber, a observância dos princípios gerais da administração pública. Sobre isso, já manifestou o Tribunal de Contas da União em uma de suas decisões:

As Entidades do Sistema “S” não são alcançadas pelo art. 1º da Lei 8.666/93. (AC 3362/2009-1ª Câmara). Os Serviços Sociais Autônomos, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/1993, não estão sujeitos à estrita observância dessa Lei, mas sim a seus regulamentos próprios devidamente publicados, os quais devem se pautar nos princípios gerais do processo licitatório, devendo, contudo, ser consentâneos com os princípios constantes do art. 37,

caput, da Constituição Federal e seguir os princípios gerais relativos à administração pública. (sem destaques no original).

Vê-se, assim, que ao contrário do pretendido na impugnação ao Edital – Pregão Eletrônico nº 0043/2023, não são de aplicação direta no caso em tela a Lei nº 8.666/93, dentre outras normas voltadas à Administração Pública.

Ultrapassadas as questões afetas à natureza jurídica do Sesc em Minas e as normas a que se sujeita, passa-se à análise do mérito.

4 – DA ANÁLISE

Verifica-se que a impugnação em comento solicita incluir na qualificação técnica, como exigência, Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE) para Saneantes, emitido pela Anvisa.

Cabe ressaltar, segundo as premissas do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesc, **têm se que as licitações no âmbito da instituição têm como objetivo a seleção da proposta mais vantajosa e a garantir a legitimidade, a eficiência e a objetividade da aplicação dos recursos do Sesc, bem como o alcance de suas finalidades institucionais.**

Assim, cumprirá ao edital traçar em seu corpo, dentre outras diretrizes, aquelas imprescindíveis à aferição da habilitação dos licitantes, de forma que, uma vez preenchidos, presumir-se-á a aptidão do licitante para executar o contrato. Somente desta forma será garantido um julgamento objetivo e isonômico, sem deixar margens a avaliações subjetivas.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o Ministério da Saúde concentram em si o poder de polícia, para, na matéria de suas competências, regulamentar e fiscalizar a produção, importação e comercialização de determinados produtos. Se algum particular produz ou comercializa produtos específicos sem a autorização da ANVISA ou do MS, cabe a eles, em procedimento próprio, fiscalizar e autuar o particular, exercendo a função de polícia administrativa.

Noutro passo, a procedimento licitatório não é o meio adequado para tal propósito. Por intermédio dele o Sesc em Minas deve se preocupar em selecionar a proposta efetivamente mais vantajosa. Implicaria em desvio de competência pretender que a Instituição, por meio da

licitação, executasse a tarefa de fiscalização da ANVISA e afins, se essas dispõem de meio próprio para tal.

E o fato de não se exigir referidos documentos repousa na vedação legal.

A redação do art. 12 da Resolução 1252/2012 é clara ao prescrever que:

Para habilitação nas licitações **poderá**, observado o disposto no parágrafo único, ser exigida dos interessados, no todo ou em parte, **conforme se estabelecer no instrumento convocatório**, documentação relativa a:

...

II - qualificação técnica:

- a) registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- b) documentos comprobatórios de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação;
- c) comprovação de que recebeu os documentos e de que tomou conhecimento de todas as condições do instrumento convocatório;
- d) prova de atendimento de requisitos previstos em **lei especial**, quando for o caso. (grifos nossos)

...

Nesse sentido, é o entendimento do próprio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

“DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. [...] Entende-se não caber razão à Denunciante quanto à alegação em tela, vez que o disposto constante no caput do art. 31 da Lei n. 8.666/93 **limita, e NÃO OBRIGA**, a Administração a exigir apenas os documentos ali descritos. Ou seja, os artigos 30 e 31 da Lei n. 8.666/93 utilizam a expressão “limitar-se-á”, o que não imprime obrigatoriedade da exigência de documentos, mas, sim, “dá um parâmetro máximo à **DISCRICIONARIEDADE da Administração Pública que, pautada em critérios de conveniência e oportunidade, decidirá se irá ou não exigir a documentação relativa à qualificação técnica** e qualificação econômico-financeira **conforme o caso concreto**.” [DENÚNCIA n. 1041589. Rel. CONS. SUBST. VICTOR MEYER. Sessão do dia 01/10/2020. Disponibilizada no DOC do dia 27/10/2020] (grifos nossos).

“DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. [...] **1. Para a qualificação técnica dos licitantes a Administração PODE EXIGIR comprovação de requisitos previstos em lei especial**, nos termos do art. 30, IV, da Lei n. 8.666/93, observando, contudo, que a capacitação dos concorrentes deve guardar conformidade com o desempenho da atividade objeto da licitação, consoante disposição do inciso II do art. 30 da citada lei.” [DENÚNCIA n. 1058475. Rel. CONS. DURVAL ANGELO. Sessão do dia 22/09/2020. Disponibilizada no DOC do dia 06/10/2020] (grifos nossos).

Na modalidade Pregão, especialmente, a exigência de requisitos de habilitação deve ser restrita ao indispensável, como bem acentuou o Professor Marçal Justen Filho:

“Não se olvide que adotar requisitos complexos para habilitação importaria, na sistemática do pregão, dar oportunidade a uma litigiosidade indesejável. A inversão de fases de habilitação e julgamento destina-se a agilizar o certame. Tendo obtido oferta satisfatória, seria extremamente problemático remeter a Administração a uma desgastante disputa acerca da idoneidade do licitante. Lembre-se que restringir o cabimento do pregão ao fornecimento de bens e serviços comuns significa, **em última análise, reconhecer a desnecessidade de requisitos de habilitação mais severos**. Ou seja, não foi casual a reserva do pregão apenas para bens e serviços

comuns. Como esses bens estão disponíveis no mercado, segundo tendência padronizadas, presume-se não apenas a desnecessidade de maior investigação acerca do objeto. Também se pode presumir que serviços comuns não demandam maior especialidade do fornecedor. Logo, os requisitos de habilitação podem ser os mínimos possíveis". (Em "Pregão Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico", Ed. Dialética, 2001, p. 77). (grifos nossos).

De qualquer modo, como já dito, não cabe ao Sesc em Minas fiscalizar as atividades das empresas interessadas em participar do certame, tampouco o cumprimento das normas necessárias ao seu regular funcionamento, pois, existem órgãos de fiscalização no ente federado que detêm essa competência, e ausência de tais exigências no edital não desobriga as empresas a cumprirem as imposições legais aplicáveis ao ramo que atuam.

Ante tais considerações, entendemos que não há ilegalidade no Edital, mantendo o entendimento contido no atual instrumento convocatório.

5 – DA DECISÃO

Isto posto, **CONHEÇO** da impugnação apresentada, e no mérito **NEGO-LHE PROVIMENTO**, desse modo, mantendo o referido edital inalterado.

Daniela Cristina Alves de Faria da Silva
Pregoeira Oficial