

Brumadinho, 23 de Março de 2022.

A
Prefeitura Municipal de Alfenas
Setor de Compras e Licitações
A/C Pregoeiro

REF: PREGÃO ELETRÔNICO 10/2022

Brumalimp Materiais de Limpeza e Descartáveis Ltda., por seu representante legal abaixo assinado, vem pela presente contestar a decisão desta Prefeitura referente à exigência de AFE referente a produtos saneantes e domissanitários e solicitar a retificação do edital com a isenção do citado documento por ter em seu objeto principal como COMÉRCIO VAREJISTA e segundo a ANVISA em seu artigo 5º da RDC 16/2014, este tipo de segmento da economia não necessita de ter este documento.

Dos Fatos:

- 1) A empresa deseja participar do pregão acima epigrafado. Ocorre que a Prefeitura está solicitando documentos que inviabilizam o processo licitatório.

9.11. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

- 9.11.3. Apresentação da AFE (Autorização de Funcionamento de Empresa) emitida pela ANVISA para saneantes domissanitários e cosméticos (documento válido ou publicação no D.O.U.).
- 2) **Art. 30 Lei 8.666/93 – A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:**
II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnicos adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Ora, se há uma limitação no que tange à exigência documental, não dispondo o artigo 30 de um rol taxativo, a Comissão de Licitação tem aptidão discricionária de exigir os documentos técnicos, com certa limitação, desde que atendida à oportunidade e conveniência da Administração Pública, atendidos os princípios que rege o Direito Administrativo, **prezando pela economia processual a fim de evitar a restrição da competitividade.**

No intuito de fomentar a interpretação da abrangência e delimitação do conceito de comércio varejista e atacadista, segundo a ANVISA, torna-se oportuno recordar que o INFORME TÉCNICO



DA ANVISA, INF-20 de 01/02/2015, apresenta a conclusão de que os produtos saneantes de venda restrita ou de uso profissional devem ter comercialização amparada por AFE, sendo que os produtos de venda livre estão dispensados. (Ex. Água Sanitária, desinfetante, detergente...) Tal posicionamento vai de encontro das hipóteses de **não exigência de AFE elencadas no Art. 5º, da RDC 16/2014/ANVISA**, deixando evidente que a lógica empregada é de que apenas para o comércio de produtos saneantes e domissanitários, quando inserido na cadeia de circulação mercadorias ou insumos, **sem destinação final**, será cabível exigir-se a AFE.

Segundo entendimentos do Tribunal de Contas da União, temos o seguinte:

“Para favorecer a competitividade e a obtenção do menor preço, as exigências para participação em licitação não devem passar do mínimo necessário para assegurar a normalidade na execução do futuro contrato, em termos de situação jurídica, qualificação técnica, capacidade econômica e regularidade fiscal”. ACORDÃO 1699/2007 – PLENÁRIO (Sumário).

E ainda acrescenta:

“O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelece que somente serão permitidas, nos processos licitatórios, exigências de qualificação técnica e econômica “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações””. Acórdão 768/2007 PLENÁRIO (Sumário).

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União, em decisão n.º TC/6.029/95-7, já manifestou que:

“... Na fase de habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo desatendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração”. (Min. Adhemar Paladini Ghisi, 13.09.95

Art. 9º- Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei. 8.666/93 de 21 de junho de 1993.

Neste contexto, cumpre estabelecer que as licitações são procedimentos que, precipuamente, destinam-se a observar o princípio da isonomia entre os possíveis licitantes na busca da melhor proposta para o atendimento dos interesses da Administração Pública.

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção 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. (Redação dada pela Lei 12.349, de 2010).

Continuando:

Parágrafo 1º- É vedado aos agentes públicos:

1 – 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 SOCIEDADE COOPERATIVAS, E ESTABELEÇAM PREFERÊNCIAS OU DISTINÇÕES EM RAZÃO DA NATURALIDADE, DA SEDE OU DOMICÍLIO DOS LICITANTES OU DE QUALQUER OUTRA CIRCUNSTÂNCIA IMPERTINENTE PARA O ESPECÍFICO OBJETO DO CONTRATO, RESSALVADO O DISPOSTO NOS PARÁGRAFOS 5º AO 12º DESTE ARTIGO E NO ART. 3º DA LEI 8.248, DE 23 DE OUTUBRO DE 1991; (REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.349, DE 2010).

Neste contexto, em análise a lei que regulamente os processos licitatórios, resta cristalina a vedação à Administração Pública de fazer exigências em processos licitatórios de qualidade técnica, salvo quando estes sejam completamente indispensáveis à garantia mínima do alcance dos objetivos da contratante.

Corroborando tal entendimento, cita-se o Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013952-43.2009.8.19.0061). Na referida decisão, consta expressamente:

*“A exigência contida no item 5.3.3.2 do edital nº065/2009, se bem que direcionada a todos os concorrentes, é ilegal, porquanto desproporcional ao escopo do contrato. Não soa razoável que uma empresa para vender **álcool em gel e pano** para limpeza tenha que ter licença da ANVISA. O apelado invoca aplicação da Lei nº 9782/99, em especial, seu art. 8º que dispõe incumbir à agência reguladora regulamentar, controlar e fiscalizar produtos e serviços que envolvam risco à saúde. Daí exsurge com clareza que o controle e fiscalização se fazem sobre os produtos e serviços, e também sobre as instalações físicas onde são os produtos e bens que envolvam risco à saúde pública **produzidos**. É certo que a agência regulamentadora pode interditar qualquer estabelecimento no qual sejam estocados, comercializados produtos que exponham o público a risco, desde que reconhecida à situação de risco, o que se insere em seu poder de polícia. Mas, isso **não quer dizer que uma empresa seja obrigada a ter licença da ANVISA, tão apenas porque tem em suas instalações produtos que já receberam, por sua vez, a fiscalização do órgão, se não atua no processo de produção dos mesmos**”.*

É necessário destacar que a Lei Federal 8.666/93 possui apenas aplicação subsidiária nos processos licitatórios realizados na modalidade pregão, conforme dispõe o artigo 9º da Lei 10.520/02, que é a Lei que regulamenta o pregão:

“Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

A Lei 10.520/02, que trata do pregão, estabelece:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

*XIII – a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, **quando for o caso**, com a comprovação de que atende as exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnico e econômico-financeira.”*

Conforme se extrai do dispositivo citado, para a realização de licitação na modalidade Pregão é necessário obrigatoriamente **apenas** a comprovação da habilitação fiscal, não sendo necessária a exigência de qualificação técnica.

Daí se conclui que a própria Lei 10.520/02, não exige a comprovação de qualidade técnica.

NÃO OBSTANTE A LEI NÃO EXIGIR A OBRIGATORIEDADE DA APRESENTAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, É IMPORTANTE DESTACAR QUE NÃO CABE AO MUNICÍPIO FISCALIZAR AS ATIVIDADES DA EMPRESA, NEM TAMPOUCO O CUMPRIMENTO DAS NORMAS NECESSÁRIAS AO SEU REGULAR FUNCIONAMENTO OU PRODUÇÃO, HAJA VISTA QUE EXISTEM ÓRGÃOS ESPECÍFICOS DE FISCALIZAÇÃO NO ENTE FEDERADO QUE DETÊM ESSA COMPETÊNCIA.

Segundo o CDC, consumidor é a pessoa, jurídica ou física, que adquire ou utiliza como destinatário final o produto ou serviço, "in verbis":

"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."

(Grifo e destaque nosso)

Tal conceito é essencial para definição da relação de consumo, deixando patente que o consumidor utiliza o produto ou serviço para sua fruição, sendo o elo final da cadeia de comercialização.

Portanto, na linha adotada pelo CDC, resta pacífico que a Administração Pública, enquanto destinatária final de um produto ou serviço, será enquadrada como consumidora para todos os efeitos legais⁴.

Para que não reste dúvida quanto à possibilidade do Município ser enquadrado como consumidor, ressaltamos que tal posição encontra-se sedimentada na esfera do TCU (Tribunal de Contas da União), conforme atestam as seguintes deliberações:

"A Administração Pública pode invocar a Lei 8.078/1990 (CDC) , na condição de destinatária final de bens e serviços, quando suas prerrogativas estabelecidas na legislação de licitações e contratos forem insuficientes para garantir a proteção mínima dos interesses da sociedade, como nas aquisições de softwares produzidos por grandes fabricantes mundiais em que há imposição de contratos de adesão ou cláusulas abusivas à Administração."

(Acórdão 2569/2018-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ, sessão 07.11.2018, grifo e destaque nosso)

"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à Administração Pública enquanto consumidora de bens e serviços."

(Acórdão 5736/2011-Primeira Câmara | Relator: WEDER DE OLIVEIRA, 26.07.2011, grifo e destaque nosso)

Quando a RDC 16/2014/ANVISA regulamenta que a AFE deverá ser exigida em hipótese de distribuição e atacado de produtos de saúde, e isenta o regime varejista de tal imposição, verifica-se que à luz do CDC, podemos concluir que o consumidor, enquanto destinatário final, encontra-se fora do polo da relação jurídica de comércio atacadista, pois sua compra não se atém a produto de venda restrita ou profissional, mas tão somente atende sua necessidade localizada através de produtos de venda livre (de "uso leigo", nos dizeres da própria resolução).

Cumpramos notar que o edital não especifica produto de venda restrita ou profissional, sendo que seus itens são constituídos por produtos comuns, de venda livre, cuja quantidade será adquirida conforme a demanda localizada do órgão, razão pela qual adotou-se o sistema de registro de preços, conforme requisitos do Art. 3º, do Decreto 7892/13.

Diante do exposto, Brumalimp Materiais de Limpeza e Descartáveis Ltda., que tem como atividade principal comércio varejista, vem pela presente solicitar que seja retirado exigência quanto à apresentação de AFE, que compromete o caráter competitivo do pregão, pois este segmento da economia não necessita da Autorização de Funcionamento da ANVISA.

Atenciosamente,
Renato Amorim Rosa
Sócio Administrador

