

**Impugnação** 02/09/2020 17:59:16

"INDALABOR INDAIÁ LABORATÓRIO FARMACÊUTICO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, sediada na Avenida da Saudade, 434, Dores do Indaiá - MG, inscrita no CNPJ nº 04.654.861/0001-44, neste ato representada por seu representante legal devidamente cadastrado, nos autos do procedimento licitatório modalidade Pregão Eletrônico nº 060/2020, vem respeitosamente à presença de V.Sa., fulcrada no item 7.1 do Instrumento Convocatório, apresentar tempestivamente a presente. **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** com base nas matérias de fato e de direito, para ao final requerer a suspensão do procedimento licitatório em curso e a exclusão da cláusula editalícia/obrigação ora impugnada, conforme abaixo disposto: I - DO CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO: O direito da Impugnante de impugnar o edital de licitação, uma vez violados os princípios que a norteiam, mormente no presente caso aos princípios da legalidade, competitividade e igualdade, que devem pautar os atos da Administração Pública, encontra supedâneo no art. 24 do Decreto nº 10.024/2019 e no item 7.1 (DA IMPUGNAÇÃO E DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO) do próprio edital impugnado abaixo transcritos: Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública. § 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado do data de recebimento da impugnação. § 2º A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação. § 3º Acolhida a impugnação contra o edital, será definida e publicada nova data para realização do certame. 7.1. Até três dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o presente instrumento convocatório, preferencialmente, pelo e-mail: licitar@tre-mg.jus.br. 7.2. A solicitação de esclarecimento de dúvidas a respeito de condições do edital deverá ser efetuada pelas empresas interessadas em participar do certame, até o 3.º (terceiro) dia útil que anteceder a data fixada para a abertura da sessão pública, preferencialmente pelo e-mail: licitar@tre-mg.jus.br. 7.3. As impugnações e os pedidos de esclarecimento, bem como as respectivas respostas, serão divulgados no site www.comprasgovernamentais.gov.br, na Aba "Gestor Público", no link: consultas/comprasgovernamentais/pregoes/agendados - Código UASG do TRE/MG: 070014 -, no prazo de 2 (dois) dias úteis. O fornecedor, além do link "Consultas" da Aba "Gestor Público", poderá visualizar também no menu principal, no link: "visualizar impugnações/esclarecimentos/avisos". 7.4. Os e-mails encaminhados para pedido de esclarecimento ou impugnação deverão ter seu recebimento confirmado pelos telefones (31) 3307-1288, (31)3307-1925 ou (31) 3307-1130. Assim sendo, apresentada a impugnação tempestivamente, dentro do prazo de três dias úteis a que alude o item 7.1 retro transcrito, imperioso o seu conhecimento e julgamento, medida esta que desde já se espera e requer. Acaso o(a) ilustre pregoeiro(a) julgue improcedente a presente Impugnação, requer desde já o encaminhamento da presente peça à autoridade competente para que possa a mesma rever a decisão. II) **PRELIMINARMENTE DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS:** A Constituição Federal de 1988 assegura de modo genérico o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV) como instrumento de defesa dos direitos pessoais, especialmente contra atos administrativos inválidos. Além disso, a Constituição assegura a publicidade dos atos administrativos (art. 37) e o direito ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV). A conjugação dessas regras impede que a Administração produza atos ou provas relevantes sem a participação do particular. Portanto, não caberá restringir a participação de interessado apenas ao momento posterior à decisão. Não existe apenas o direito de recorrer contra decisão desfavorável. A intervenção do particular não se faz apenas a posteriori. Sempre que uma futura decisão puder afetar os interesses de um sujeito específico, a Administração deverá previamente ouvi-lo e convidá-lo a participar da colheita das provas. Essa participação não será passiva nem restrita. Sobre o tema, confirmam-se os estudos de Carlos Roberto Martins Rodrigues (Do Direito de Defesa no Procedimento Administrativo, RDP 73/70-83): "O instrumento convocatório, cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula aos seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º da Lei 8.666/93, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto aquelas de procedimento. Sob certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las. Verificando a nulidade ou a inconveniência dos termos do edital, a Administração poderá valer-se de suas faculdades para desfazimento dos atos administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital". A Lei 8.666/93 atribui legitimação ativa a qualquer cidadão e qualquer futura pretensão licitante para provocar na via administrativa, análise de eventual vício no ato convocatório, conforme se extrai do artigo 41 e seus parágrafos. Em princípio, a matéria de vício na conduta da Administração se regula pelo princípio geral da legitimidade e do interesse de agir. Portanto, todo aquele que possua potencial interesse em participar da licitação tem a faculdade de questionar o ato convocatório. Assim sendo, a não apreciação da impugnação pelo(a) digno (a) Pregoeiro (a) dentro do prazo estabelecido pela Lei e pelo próprio edital, com a devida atenção e exame de suas razões, caracteriza arbitrariedade e ilegalidade, derogando a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, com as consequências de suspensão e cancelamento de todo o processo licitatório. III - **DAS RAZÕES DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO:** 1 - ITENS 1 E 3 - ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS - RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO - EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO (SELO) PELO INMETRO - AUTORIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA ANVISA PARA USO DE ÁLCOOL (RDC 107/2016) - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA COMPETITIVIDADE E LEGALIDADE: Como se sabe, todo e qualquer órgão da Administração Pública sempre ao necessitar obter produtos e serviços, deve obedecer a regra geral de obrigatoriedade de licitar, conforme art. 37, XXI, da Constituição Federal, que estabelece: 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. (destacamos) Os princípios e dispositivos legais que regem os procedimentos licitatórios convergem no sentido de ter como objetivo proporcionar ampla concorrência, igualdade de oportunidades, impessoalidade, além de tratamento isonômico entre os participantes, para que a Administração Pública contrate, sempre, a proposta mais vantajosa. No entanto, se observa no presente instrumento convocatório exigências desproporcionais e irrelevantes para os produtos que se pretendem adquirir nos itens 01 e 03, Álcool etílico hidratado em gel e Álcool etílico hidratado líquido respectivamente, consubstanciado em atendimento às resoluções do INMETRO, o que inviabiliza a participação de diversas empresas interessadas, dentre elas a ora Impugnante (que oferta seu produto a

bastante sutil e completamente desprovido de qualquer supedâneo legal, o Edital ao especificar os referidos itens exige que o "Álcool etílico hidratado em gel: frasco de plástico branco fosco ou transparente reciclável, com 440g (quatrocentos e quarenta gramas) de álcool gel, etílico, 70º INPM, aprovado pelo INMETRO, para uso como higienizador de mãos, antisséptico, com bico dosador (válvula Pump) e o "Álcool etílico hidratado líquido: frasco de plástico branco fosco ou transparente reciclável, com 1L (um litro) de álcool etílico hidratado líquido, neutro, 70º INPM, aprovado pelo INMETRO, para uso como higienizador de ambientes. O frasco deverá ser bem vedado com tampa de rosca e não apresentar nenhum vazamento", dispostos nos itens 01 e 03 atendam as resoluções e portarias vigentes do INMETRO. As previsões dispostas nos itens 1 e 3 no tocante à exigência de que os produtos álcool etílico hidratado (em gel e líquido) atenda resolução e portaria e consequentemente sejam aprovados pelo INMETRO tratam-se de condições restritivas e expressamente vedada pelo artigo 3º, §1ª da Lei 8.666/93, uma vez que apresenta flagrante restrição ao caráter competitivo da licitação, haja vista que os requisitos relacionados ao álcool são de competência exclusiva da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), sendo certo que as certificações do INMETRO estão relacionadas tão somente às embalagens dos produtos vendidos diretamente aos consumidores em farmácias, supermercados e afins. Considerando que as aquisições a serem realizadas através do presente procedimento licitatório relacionam-se ao álcool etílico em gel não inferior a 70% que terá uso único e exclusivo em ambiente do TRE/MG, despidendo portanto, a exigência de se ter selo do INMETRO nas respectivas embalagens. É de conhecimento público e notório que empresas e institutos certificadores atestam, dentro de seus respectivos critérios, a confiabilidade de produtos e serviços por eles analisados, promovendo segurança para os seus adquirentes. Contudo, no presente processo licitatório os produtos adquiridos (álcool em gel e líquido) são objetos de fiscalização e prévia análise e autorização de comercialização, consoante sobredito, única e exclusivamente pela ANVISA. Vejamos o posicionamento jurisprudencial, ilustrado por decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no tocante à exigência de selo de certificações em procedimentos licitatórios deflagrados sobre a modalidade de pregão eletrônico: É ILEGAL A EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO DO INMETRO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO, CONTUDO NÃO HÁ ÓBICE A ADOÇÃO DE TAL CERTIFICAÇÃO COMO CRITÉRIO DE PONTUAÇÃO TÉCNICA. TAL TESE, TODAVIA, NÃO CABE NO PREGÃO, POR SER UMA MODALIDADE FOCADA NO MENOR PREÇO, E NÃO EM PONTUAÇÃO TÉCNICA. ACÓRDÃO 545/2014- PLENÁRIO | RELATOR: JOSÉ MUCIO MONTEIRO (grifamos) É IRREGULAR A EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO ISO E OUTRAS ASSEMELHADAS PARA HABILITAÇÃO DE LICITANTES OU COMO CRITÉRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTAS. ACÓRDÃO 1542/2013- PLENÁRIO | RELATOR: JOSÉ JORGE (destaque nosso) A ANVISA regulamenta o registro e a comercialização do álcool etílico 70% líquidos ou géis antissépticos através da RDC nº. 199 de 26 de outubro de 2006 e da RDC nº 42, de 25 de outubro de 2010 (disponíveis no seu site), sendo certo que esta última assim dispõe: Seção III Definições Art. 4º IX - Preparação alcoólica para higienização das mãos sob a forma líquida: preparação contendo álcool, na concentração final entre 60% a 80% destinadas à aplicação nas mãos para reduzir o número de microrganismos. Recomenda-se que contenha emolientes em sua formulação para evitar o ressecamento da pele. X - Preparação alcoólica para higienização das mãos sob as formas gel, espuma e outras: preparações contendo álcool, na concentração final mínima de 70% com atividade antibacteriana comprovada por testes de laboratório in vitro (teste de suspensão) ou in vivo, destinadas a reduzir o número de microrganismos. Recomenda-se que contenha emolientes em sua formulação para evitar o ressecamento da pele. Art. 10 É proibido, para fins de higienização das mãos, o uso do álcool regularizado na ANVISA, como produto saneante. Há uma grande diferença entre o álcool saneante (desinfetante) e o álcool medicamento ou cosmético (antissépticos). A ABRALIMP – Associação Brasileira do Mercado Institucional de Limpeza – apresenta um artigo muito interessante na sua revista Higi Press, de março de 2007, tendo como título: "Prática de lavagem das mãos em pauta". Na página 15 é apresentada a seguinte citação: "O álcool é essencialmente a primeira escolha para a higienização das mãos. Entretanto, há um desconhecimento praticamente generalizado de que este produto, para ser utilizado na pele, precisa ter uma pureza química e de formulação que são garantidas pelo seu registro no Ministério da Saúde. De acordo com a legislação atual, produtos à base de álcool têm sido registrados como medicamento, cosmético, ou saneante, de acordo com a finalidade a que se destina. Os dois primeiros registros são concedidos a produtos indicados para o uso em pessoas. Já o álcool saneante deve ser utilizado apenas para a limpeza do ambiente hospitalar, sendo proibida a sua aplicação em seres vivos, pois para este produto, os requisitos de qualidade e de pureza exigidos são suficientes para a aplicação em superfícies inanimadas, mas não o tornam confiável ou seguro para ser aplicado na pele." Ressaltamos que as especificações dos itens 1 e 3 do Edital deixa claro qual será a utilização do produto quando cita no descritivo específico para utilização para assepsia das mãos", sendo assim, de acordo com a ANVISA as licitantes podem oferecer para estes itens produtos notificados pela RDC 42/10 como medicamento ou cosmético antissépticos, sendo irrelevante e desnecessária a exigência de selo do INMETRO em suas embalagens como critério de aceitabilidade das propostas, eis que não serão objeto de vendas diretas a consumidores, mas tão somente, para uso interno. Assim, para que esteja de acordo com a legalidade, basta se definir no novo Edital que os produtos não podem ser um saneante domissanitário, definindo como critério de aceitabilidade que os mesmos estejam REGISTRADOS NA ANVISA. Da forma como se encontram as previsões dispostas nos itens 1 e 3 do Edital ora impugnado, esta Coordenadoria de Compras e Licitações do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais está limitando a participação das empresas que fornecem os produtos como medicamentos, ao passo em que a própria ANVISA/MS concedeu o registro do álcool cosmético como sendo antisséptico comprovado por laudos laboratoriais. Registra-se, por oportuno, que ao dar provimento à presente impugnação e proceder a retirada da exigência de que o álcool etílico em gel e líquido, sejam "aprovados" e portanto atendam a resolução do INMETRO estará ampliando a livre concorrência para obter o mesmo produto, registrado e validado pelo Órgão Regulador máximo e exclusivo ANVISA/MS, conforme RDC 07 de 10 de fevereiro de 2015. Resta pois, imperiosa a necessidade de alteração de mencionadas exigências editalícias para que possam ser retiradas às especificações dos itens 1 e 3 Anexo I do edital as exigências de que os mencionados itens sejam aprovados e possuam selo do INMETRO, na exata medida em que o órgão máximo regulador (ANVISA/MS) reconhece o álcool cosmético como antisséptico da pele, podendo ainda, ser acrescentada a exigência de laudos laboratoriais da rede REBLAS quanto a atividade antisséptica e avaliação da atividade bactericida de antissépticos. Conforme exposto quando do início das presentes razões recursais, na verdade, ao instaurar a abertura de todo e qualquer procedimento licitatório, deve existir o interesse da Administração Pública na participação do maior número possível de licitantes no certame a fim de se contratar com a empresa que efetivamente ofereça a melhor "Proposta de Preços" ao erário. O Edital ao exigir que o produto álcool etílico atenda a resoluções/portarias do INMETRO (selo) feriu gravemente o Princípio da Legalidade, o qual determina que inexistindo previsão legal para uma hipótese, não há possibilidade de atuação administrativa, pois a vontade da Administração é a vontade expressa em Lei, sendo irrelevantes as opiniões ou convicções pessoais de seus agentes e conforme sobredito, a própria ANVISA, através da RDC 42/2010 proíbe tão somente o álcool SANEANTE para uso como antisséptico da pele, concedendo, por consequência, o registro do álcool cosmético como sendo antisséptico e não há qualquer exigência feita pela ANVISA de que as embalagens dos mencionados produtos contenham certificados do INMETRO. Assim sendo, esta Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser contra legem praeter legem, mas apenas secundum legem). Ao restringir o fornecimento do produto disposto nos itens 1 e 3 do anexo I somente àqueles que estejam em conformidade com certificação (resolução/portaria do INMETRO), a previsão resta nula eis

escoimada a nulidade apontada, qual seja, a prévia condição de que o Alcool etílico hidratado em gel e líquido seja "aprovado pelo INMETRO". Esta Administração ao fazer tal exigência tornou o Edital do certame viciado e juridicamente impugnável, ressaltando claramente que devem ser corrigido o vício indicado, para a sua validade. Escreve o renomado administrativista ToshioMukai, in "O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos", Ed. Saraiva, 28 ed.,1990, pág. 19, com esteio em Héctor Jorge Escola e José Roberto Dromi, que: "Um dos princípios fundamentais da licitação é o da oposição ou da competitividade, tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo" A doutrina pátria repudia toda e qualquer previsão que venha a diminuir o número de interessados em participar de certames licitatórios. Como ensina o insigne administrativista ADILSON DALARI, citado por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO in Curso de Direito Administrativo, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, Malheiros Editores, 10. edição, pág. 382: "Visa à concorrência pública a fazer com que maior número de licitantes se habilite para o objetivo e facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seu interesse. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório". Mas não é só isso. A lesão ao erário também se caracteriza, pois, em se fazendo a previsão e a exigência combatida, o Edital limita o universo dos interessados, impedindo dessa forma que seja atingido um dos princípios da licitação, ou seja, o princípio da escolha da proposta mais vantajosa, o que implica no pagamento maior a determinado produto aprovado pelo INMETRO, pois os demais, mesmo que autorizados pela ANVISA, não estarão aptos a cumprir a mencionada exigência editalícia. Na obra já citada, ensina o homenageado ANTONIO CELSO BANDEIRA DE MELO: "violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra"(ob. cit., p.409). Por qualquer ângulo que se analise, verifica-se que a previsão combatida de exigência de conformidade do Alcool etílico em gel e líquido sejam "aprovados pelo INMETRO" não pode continuar no arcabouço editalício, sob pena de inquirir de nulidade a lei máxima do certame. Resta claro e cristalino que mencionada previsão editalícia é restritiva à competição, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93. Com efeito, proclama o mencionado artigo: "§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabelecem 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". Assim sendo, não se pode, por restringir a competição, à luz do interesse público, porque é essa a ratio legis. O dispositivo supra elencado visa coibir as exigências infundadas, dirigidas exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, sem qualquer justificativa, razão pela qual deve ser dados provimento à presente Impugnação quanto ao item ora impugnado. IV - DOS PEDIDOS: Por todo o exposto, requer a Impugnante seja a presente Impugnação recebida e julgada procedente, de acordo com os supracitados motivos, adequando o procedimento licitatório e consequentemente o Edital Impugnado ao comando legal e à realidade do fornecimento efetivo dos itens 1 e 3 do Anexo I de acordo com a autorização da própria ANVISA, ou seja, retirando a exigência do Alcool etílico em gel e líquido tenham aprovação e selo do INMETRO, para que possa ser expressa a exigência de atendimento às resoluções e portarias da ANVISA. Termos em que Pede deferimento"

Fechar



Resposta 02/09/2020 17:59:16

Após análise, segue manifestação do setor responsável: "Dentro da perspectiva de serem utilizadas as melhores práticas no estabelecimento das especificações no Termo de Referência, esta SEGAL /CCP, nas aquisições de produtos de limpeza e de higiene, opta por requisitos que garantem a segurança e eficácia dos produtos consumidos. Tais requisitos são validados por meio da comprovação da regularidade junto à ANVISA e do selo do INMETRO nas embalagens. Sabe-se que, em função do cenário de pandemia de coronavírus, por força da RESOLUÇÃO - RDC Nº 350, DE 19 DE MARÇO DE 2020, restou estabelecida condições extraordinárias e temporárias para que empresas fabriquem itens como álcool gel sem autorização prévia. Importante ressaltar que não se trata de aquisição emergencial, mas sim uma previsão para eventuais aquisições pelos próximos 12 (doze) meses, visto que, conforme noticiado pela OMS, o estado de pandemia poderá persistir por um longo período. Por isso, a escolha mais adequada para a especificação do objeto do certame em tela é a REGRA, qual seja, a regulamentação junto à ANVISA, haja vista a necessidade da comprovação de diversos requisitos de eficácia, segurança e de protocolos sanitários, os quais restringiam a comercialização antes da pandemia. Além disso, as exigências contidas no Edital do PE 60/2020, visa, tão somente, garantir a eficiência (comprar o produto adequado), economicidade (evitar perdas com produtos irregulares) e com ampla competitividade (já que as exigências são comuns ao mercado). Tal linha de raciocínio coaduna com estabelecido no artigo 7º do Decreto 10.024 de 20 de setembro de 2019, no tocante aos parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade do produto que se deseja comprar. Destarte que não foram exigidas nenhuma documentação que extrapole aquelas autorizadas pela legislação aplicável. A expectativa é adquirir produto que proporcionem segurança aos jurisdicionados, servidores e magistrados, evitando a compra de insumos sem procedência ou de qualidade duvidosa, pois esta administração não teria como constatar que a matéria prima tem qualidade, se a formulação é adequada ou mesmo se as embalagens foram devidamente higienizadas antes do envase. Além disso, a compra de produtos não rastreados pela ANVISA podem causar lesões, irritações ou até mesmo graves intoxicações (BRASIL, postado por ASCOM/ANVISA, 30 de abril de 2020). Nessa mesma linha, a exigência do selo do INMETRO que demonstre a regularidade da embalagem/rotulagem, restrições, proibições e é condição primordial para a correta utilização do produto, resguardando os usuários de quaisquer prejuízos à saúde. Diante do exposto, esta área requisitante considera improcedente a impugnação, mantendo a especificação do Termo de Referência."