



PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARÁ

Rua Capitão Gervásio, nº 13 – Centro – Guarará – MG

CEP: 36.606-000 - Tel.: (32) 3264-1185

DECISÃO RECURSO ADMINISTRATIVO

EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 006/2024 - Pregão Presencial

PROCESSO DE LICITAÇÃO Nº 013/2024

OBJETO: AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE LIMPEZA E DESCARTÁVEIS PARA ATENDER AS SECRETARIAS DO MUNICÍPIO DE GUARARA.

RECORRENTE: MARCELO LEITE A. LOBO – 12.233.779/0001-79.

RELATÓRIO.

A Empresa Recorrente acima listada apresenta Recurso Administrativo com o objetivo de reverter a decisão do Sr. Pregoeiro que optou pela sua **DECLASSIFICAÇÃO** para a disputa dos **ITENS 55, 56 e 57 do Edital (SABÃO DE COCO, SABÃO EM BARRA e SABÃO EM PÓ)**, sob o argumento de que a mesma não possuía a **AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO (AFE)** pelo Edital e também pela ANVISA para a comercialização destes produtos.

Em sede de Recurso Administrativo a recorrente alega que estaria dispensada de apresentar a **AFE** em virtude de se tratar de “COMÉRCIO VAREJISTA” e também por que os produtos licitados são de **VENDA LIVRE** e de **BAIXO RISCO**, alegando desde modo que a **AFE** somente é exigida para os produtos saneantes classificados como sendo de **RISCO II**, requerendo com base nestes argumentos a reconsideração da decisão do Pregoeiro para fins de autorizar a sua participação e habilitação da para a venda dos itens em questão.

Em garantia ao Contraditório a Ampla Defesa as demais empresas licitantes foram devidamente intimadas para apresentarem suas **CONTRARRAZOES** de Recurso.

Em sede de Contrarrazões de Recurso, apenas a empresa **COMERCIAL MONTEVERDE LTDA** se manifestou, rebatendo totalmente os argumentos recusais, alegando que o Recurso apresentado não tem a mínima condição de prosperar, uma vez, que a conduta do Pregoeiro foi correta, não existindo qualquer tipo de fundamento que justifique a habilitação da Recorrente no presente certame para a disputa dos itens em questão.

Após este breve relatório, passamos aos fundamentos.



PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARÁ

Rua Capitão Gervásio, nº 13 – Centro – Guarará – MG

CEP: 36.606-000 - Tel.: (32) 3264-1185

DOS FUNDAMENTOS

DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO.

De acordo com as disposições contidas no art. 165, inciso I da Lei Federal nº 14.133/2021 o prazo para apresentação de Recurso é de **03 (três) dias úteis**.

A sessão pública ocorreu em 27/05/2024 (segunda - feira). Contudo, a decisão que inabilitou a Recorrente foi tomada na mesma data, iniciando a partir desta data o prazo para interposição do Recurso.

Desta maneira, como o Recurso foi enviado via e-mail no dia 31/05/2024 (sexta -feira), nota-se portanto ser o mesmo tempestivo.

DA TOTAL FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA RECORRENTE.

“Ausência de apresentação de Impugnação ao Edital no momento adequado”

“Concordância tácita com as exigências editalícias.”

Neste tópico importante demonstrar que realmente a Recorrente não conseguiu comprovar o **INTERESSE DE AGIR** na medida em que deixou de impugnar o Edital de licitação em destaque, na forma prevista do **art. 164 da nova Lei de licitação** que prevê a possibilidade de qualquer pessoa ou licitante **IMPUGNAR o Edital**, quando houver a presença de irregularidades, omissões ou ilegalidades que deveriam ser excluídas do instrumento convocatório.

Vejamos o que diz o dispositivo legal:

Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.

Parágrafo único. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.



PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARÁ

Rua Capitão Gervásio, nº 13 – Centro – Guarará – MG

CEP: 36.606-000 - Tel.: (32) 3264-1185

Contudo, não foi isto que ocorreu!!!!

Contrariando a legislação, nota-se uma **CONDUTA OMISSIVA DA EMPRESA** que após ter conhecimento do Edital preferiu se omitir ao invés de solicitar esclarecimentos da comissão de contratação sobre dúvidas e informações complementares para melhor interpretação do Edital.

A Recorrente poderia ter se utilizado a figura da IMPUGNAÇÃO solicitando a revisão ou a exclusão das exigências que entendia ser irregulares, em especial no que tange a exigência de apresentação da **AFE** para os itens 55, 56 e 57.

Assim, diante da ausência de impugnação podemos concluir que a empresa estava de pleno acordo com a exigência contida no ITEM 9.2 do Edital referente a apresentação de **OUTROS DOCUMENTOS.**

A licitante não apresentou impugnação e agora de maneira extemporânea pretende discutir em sede de RECURSO ADMINISTRATIVO exigências PREDISPOSTAS no Edital, que deveriam ter sido objeto de discussão em sede de impugnação apresentada em momento oportuno e adequado.

Com base nestes argumentos, resta evidente que nos autos do processo de licitação ocorreu a figura da **PRECLUSÃO CONSUMATIVA**, decorrente da clara e total omissão da licitante que se manteve inerte em relação às condições do Edital, fazendo com que houvesse a **CONCORDÂNCIA TÁCITA** com as regras definidas no instrumento convocatório.

Para podermos nos situar sobre o tema, válido trazer o conceito de **PRECLUSÃO CONSUMATIVA**, dos professores **Nelson Nery Júnior** e de **Rosa Maria de Andrade Nery**, que expõem com perfeição a definição de tal instituto jurídico:

"Diz-se consumativa a preclusão, quando a perda da faculdade de praticar o ato processual decorre do fato de já haver ocorrido a oportunidade para tanto, isto é, de o ato já haver sido praticado e, portanto, não pode tornar a sê-lo." (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 9. ed. rev. ampl. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 388).



PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARÁ

Rua Capitão Gervásio, nº 13 – Centro – Guarará – MG

CEP: 36.606-000 - Tel.: (32) 3264-1185

Tal omissão realmente demonstra uma clara **falta de interesse de agir** que não podemos deixar passar despercebida na medida em que representa um verdadeiro obstáculo para o prosseguimento regular e também para o acatamento deste Recurso.

DA VALIDADE DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO (AFE).

“Existência de decisão do Tribunal de Contas de Minas Gerais sobre o tema”.

“Não caracterização da prática de comércio varejista”

Para a análise e decisão deste recurso interessante chamar a atenção para as regras contidas no art. 2º, inciso V e Vi da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 016 de 01 de abril de 2014 do Ministério da Saúde/ANVISA que assim dispõe:

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; (grifamos)

Realmente, lendo e relendo o artigo *suso* citado, nota-se claramente que a **VENDA DE PRODUTOS A SER REALIZADA NESTE PROCESSO DE LICITAÇÃO NÃO PODE SER CARACTERIZADA EM MOMENTO ALGUM COMO SENDO UMA PRÁTICA DE “COMÉRCIO VAREJISTA”** como alega a Recorrente, que em momento algum citou o mencionado dispositivo em suas razões de Recurso.

Ora, para se caracterizar a prática de COMERCIO VAREJISTA devemos considerar um aspecto importante, qual seja: **QUANTIDADE QUE NÃO EXCEDA O USO NORMAL OU DOMESTICO DA PESSOA FISICA.**



PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARÁ

Rua Capitão Gervásio, nº 13 – Centro – Guarará – MG

CEP: 36.606-000 - Tel.: (32) 3264-1185

A parte final do inciso V do art. 2º da Resolução da ANISA já demonstra de forma clara que o **COMERCIO VAREJISTA** não se aplica a relação de consumo a ser instaurada neste processo, na medida em que a **VENDA SERA FEITA PARA PESSOA JURÍDICA OU SEJA, A PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARA.**

Assim, por se tratar de **VENDA A SER REALIZADA ENTRE PESSOAS JURIDICAS (Empresa x Prefeitura)**, realmente estamos diante de uma prática de **COMÉRCIO ATACADISTA**, onde a exigência de **APRESENTAÇÃO DA AFE** para os itens em questão é perfeitamente possível, legal e aplicável.

Lembramos que a exceção do **COMERCIO VAREJISTA** prevista na Legislação citada pela empresa RECORENTE somente se aplicaria caso a venda fosse realizada entre **uma PESSOA JURIDICA (empresa) e uma PESSOA FISICA (consumidor final)**. Realmente este não é o caso dos autos, pois o **CONSUMIDOR** final é neste processo é a própria **PREFEITURA/MUNICÍPIO**.

Vejamos o entendimento do **Tribunal de Contas da União** acerca da matéria:

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. (DENÚNCIA N. 1007383/2017)

Seguindo a mesma linha de raciocínio vem o **Tribunal de Contas do Estado de Minas** entendendo que:

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO PARA AQUISIÇÃO DE ÁLCOOL ETÍLICO EM GEL. CONHECIMENTO. EDITAL EM DESACORDO COM EXIGÊNCIAS DA ANVISA. NEGATIVA DA SUSPENSÃO



PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARÁ

Rua Capitão Gervásio, nº 13 – Centro – Guarará – MG

CEP: 36.606-000 - Tel.: (32) 3264-1185

CAUTELAR DO CERTAME. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

9.3. determinar ao TRE/SP que, no prazo de 15 (quinze) dias, faça constar do edital do Pregão Eletrônico 62/2016 a exigência de que as empresas participantes comprovem o cumprimento dos requisitos previstos na Lei 6.360/1976, no Decreto 8.077/2013 e na Resolução 16/2014/Anvisa, quando aplicável, de modo a garantir que o produto a ser licitado atenda às exigências técnicas necessárias; (TCU - REPR: 01854920160, Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO, Data de Julgamento: 03/08/2016)10

Relevante ainda mencionar que o Superior Tribunal de Justiça - STJ já se manifestou acerca do tema em questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO (AFE/ANVISA) PARA HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO. EDITAL DO PREGÃO. PREVISÃO. RESOLUÇÃO ANVISA. ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO. NATUREZA DO OBJETO LICITADO. AFE COGENTE. DESCLASSIFICAÇÃO DA LICITANTE VENCEDORA. VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO PROVIDO.

1) Segundo o inciso III do art. 5º da Resolução n.º 16/2014 da ANVISA, não é exigida a Autorização de Funcionamento (AFE) dos estabelecimentos ou empresas que realizam o comércio varejista de cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e saneantes.

2) Embora a licitante declarada vencedora tenha por objeto o exercício de atividade varejista, o Edital do pregão presencial n.º 000009/2015 da Prefeitura Municipal de Marataízes estabeleceu a exigência de o licitante vencedor apresentar AFE.

3) Além disso, o inciso VI do art. 2º da Resolução n.º 16/2014 da ANVISA estabelece que o comércio em quaisquer quantidades realizado entre pessoas jurídicas tem natureza de distribuição ou atacadista, e não varejista. (GRIFAMOS)

4) Para a empresa que realize atividade de distribuição de medicamentos e insumos farmacêuticos destinados a uso humano, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes saneantes e envase ou enchimento de gases medicinais, o artigo 3º da Resolução n.º 16/2014 da ANVISA exige a Autorização de Funcionamento (AFE).



PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARÁ

Rua Capitão Gervásio, nº 13 – Centro – Guarará – MG

CEP: 36.606-000 - Tel.: (32) 3264-1185

5) Logo, considerando que o objeto do pregão consiste na escolha da melhor proposta para registro de preços para aquisição de fraldas descartáveis, em atendimento à Secretaria Municipal de Saúde (gênero no qual estão inseridas as fraldas descartáveis, ex vi da definição contida no RDC N.º 211/2005 e no item 1.2 da Portaria n.º 1.480/90, ambos da ANVISA), envolvendo, portanto, pessoas jurídicas, conclui-se, em cognição sumária, que a referida aquisição licitada subsume-se à definição de distribuição ou comércio atacadista, e não de comércio varejista, mister para o qual é cogente a apresentação da AFE.

6) Por conseguinte, tendo em vista que a licitante vencedora não apresentou a competente Autorização de Funcionamento (AFE), nos termos da alínea m do item 10.2.1 do instrumento convocatório, revela-se aplicável, a priori, a hipótese de desclassificação estabelecida no item 10.4 do edital.

7) Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41 da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital (STJ - AgRg no AREsp 458436/RS – Segunda Turma - Ministro HUMBERTO MARTINS - DJe 02/04/2014). 8) Recurso provido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, por maioria, dar provimento ao recurso. Vitória, 23 de fevereiro de 2016. DES. PRES. DES. RELATOR).

Com efeito, mesmo a Recorrente tenha comprovado que EXERCE O COMERCIO VAREJISTA de acordo os as atividades lançadas em seu CNPJ, a **relação de consumo a ser estabelecida será feita exclusivamente entre PESSOAS JURIDICAS**, excluindo portando a aplicação da exceção prevista no art. 5º, inciso III da RDC nº 016/2014, não importando eventual referência expressa ao comércio varejista de produtos saneantes domissanitários no Código e Descrição das Atividades Econômicas Secundárias da Recorrente.

Consoante art. 3º, VIII, alíneas 'a' a 'd', da Lei Federal nº 6.360/1976, os itens 55. 56 e 57 do Edital podem perfeitamente serem caracterizados como sendo produtos Saneantes Domissanitários, que por sua vez, são substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento da água compreendendo, inseticidas, raticidas, desinfetantes e detergentes.



PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARARÁ

Rua Capitão Gervásio, nº 13 – Centro – Guarará – MG

CEP: 36.606-000 - Tel.: (32) 3264-1185

Finalmente, resta evidenciado que a pretensão da Recorrente em ter sua proposta habilitada para os itens em referência, não pode ser acatadas conforme argumentos acima, devendo o presente recurso ser indeferido uma vez, que não existem fundamentos jurídicos ou fáticos que sustentem a pretensão licitante.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, entendo que o Recurso Administrativo aviado pela empresa **MARCELO LEITE A. LOBO – 12.233.779/0001-79**, não merece prosperar, não havendo conduta irregular praticada pelo Sr. Pregoeiro que seja contrária as regras legais, restando ainda comprovado que o presente processo de licitação atendeu perfeitamente as regras condidas na Leis Federais que gerem o certame, não existindo argumentos, fatos ou documentos que justifiquem a sua revogação ou anulação da decisão, ficando mantidos os atos praticados uma vez, que foram atendidos os **Princípios da Isonomia, Legalidade e Vinculação ao Instrumento Convocatório**.

Seja dada publicidade e ciência aos interessados sobre o conteúdo desta decisão.

Guarará em 12 de junho de 2024.



JOSÉ MAURÍCIO DE SALES

Prefeito Municipal