

PARECER Nº 411/2023
Salvador/BA, 17 de abril de 2023.

1

De: Assessoria Jurídica
Para: Núcleo de Licitação

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO N.º 190/2022
NASA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI.

Registro de preços para fornecimento de produtos e material de limpeza para atender as unidades do Sesc no interior do Estado pelo período de 12 (doze) meses. Recurso Hierárquico. Ausência de comprovação do desatendimento a requisito editalício. Improvimento.

I – RELATÓRIO

1.1. Trata-se de **RECURSO HIERÁRQUICO** interposto pela **NASA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, contra a **Declaração de vencedora em favor da empresa ASA COMÉRCIO E SERVIÇOS INTEGRADOS LTDA**, no bojo do Pregão Eletrônico nº 190/2022, pleiteando a desclassificação da aludida empresa face às supostas diversas irregularidades perpetradas pela licitante vencedora.

1.2. As razões da insurgência recursal da **RECORRENTE** foram juntados em campo próprio no sistema e encaminhados a esta Assessoria Jurídica no Parecer PE-TE-25121 e tratam, em síntese:

Embora os itens objeto do certame sejam regulados pela ANVISA, sujeitos a registro ou notificação, a Recorrida não atendeu aos requisitos dispostos nas Normas Sanitárias aplicáveis aos produtos objeto do certame, visto que, não apresentou sua Autorização de Funcionamento de Empresa da ANVISA – AFE, em inobservância às exigências legais e regulamentares.

[...]

Analisando o Alvará Sanitário apresentado pela Recorrida, verifica-se que o documento apenas confere licenciamento sanitário para o exercício de atividades comerciais do tipo varejistas, que não corresponde à relação comercial que será travada através da presente licitação.

[...]

Ou seja, no caso em apreço, a relação existente entre o licitante vencedor e a Administração Licitante, pessoa jurídica de direito privado, por certo, será entre pessoas jurídicas, configurando-se, portanto, como comércio atacadista ou distribuidor. Deste modo, não se enquadram as empresas varejistas, impondo-se, portanto, a exigência da AFE e do Alvará da Vigilância Sanitária.



[...]

No caso em análise contudo, além de não ter apresentado o AFE, o Alvará da Vigilância Sanitária apresentado pela empresa, encontra-se cancelado pela Vigilância, ante a identificação de infrações praticadas pela recorrida, conforme Declaração anexa.

[...]

No caso em análise, portanto, inexistente correlação entre o item objeto da Licitação, comércio atacadista de produtos cosméticos e saneantes e o Alvará Sanitário da recorrida, que se limita ao comércio varejista de produtos saneantes e cosméticos – motivo pelo qual, inclusive, a Vigilância Sanitária procedeu ao cancelamento do Alvará apresentado.

[...]

Por todo o exposto, espera e confia no acolhimento das razões supra, para que seja DADO PROVIMENTO ao presente Recurso, para determinar a desclassificação da empresa ASA COMÉRCIO E SERVIÇOS INTEGRADOS LTDA da licitação, prosseguindo o respectivo certame com a convocação dos demais licitantes classificados, para os itens em que a recorrida foi declarada vencedora.

(grifos no original)

1.3. Ademais, não constam nos autos contrarrazões apresentadas pela ASA COMÉRCIO E SERVIÇOS INTEGRADOS LTDA.

Após o recebimento das aludidas peças, a Comissão Especial de Licitação remete, agora, os autos processuais para análise e apreciação por parte desta Assessoria Jurídica.

É o relatório.

Passa-se a opinar.

II – FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1 DA MANIFESTAÇÃO ACERCA DAS RAZÕES DO RECURSO

2.1.1. Inicialmente, importante salientar que o recurso encaminhado pela empresa **NASA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI** foi interposto **fora do prazo regulamentar e editalício**, sendo, portanto, **intempestivo**. Contudo, por amor ao debate, serão apreciadas suas razões.

2.1.2. No que concerne ao mérito recursal, a decisão de homologação dos itens para a empresa ASA COMÉRCIO E SERVIÇOS INTEGRADOS LTDA não merece qualquer reforma, nos termos que se demonstrará a seguir.



2.1.3. É salutar destacar que os documentos exigidos na habilitação têm o escopo de aferir se os licitantes possuem as condições técnicas, fiscais, jurídicas e econômicas necessárias para a execução satisfatória do objeto do certame.

Sob o ponto de vista principiológico, urge pontuar que as exigências alusivas aos documentos de habilitação devem atentar para a competitividade inerente ao processo licitatório, sendo vedado a imposição de requisitos desarrazoados ou que frustrem o universo de licitantes, de acordo com o fixado no art. 2º, do RLC do Sesc, *ad verbis*:

Art. 2º O procedimento licitatório destina-se a selecionar a 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.

Parágrafo único. **O procedimento licitatório deve ser processado e julgado em conformidade com os princípios da licitação** e com o instrumento convocatório, **sem a adoção de critérios que frustrem seu caráter competitivo.**

(grifou-se)

Nesta diretiva, assevera-se que é defeso a inclusão de critérios de seleção que determinem a realização de despesas desnecessárias e anteriores a licitação por parte dos licitantes, levando a limitação indevida da competição, bem como a consequente elevação do preço contratado.

Para tanto, a norma de regência dispõe, taxativamente, quais documentos que podem ser exigidos na qualificação técnica, inclusive, quando for o caso, a prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, nos termos do art. 12, II, do RLC do Sesc, *ad litteram*:

Art. 12. **Para a 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.**

(grifou-se)

Nesse diapasão, acentua-se que o conceito de lei especial advém do ato legislativo, emanado do poder competente, com atendimento aos requisitos fixados na Constituição Federal, consoante a lição do saudoso Prof.º José Cretella Júnior¹, *ad litteris et verbis*:

Entre os vários tipos de leis ocupa lugar de realce a lei das leis, a Constituição, detentora do mais alto posto no escalonamento da pirâmide mandamental. **Declaração solene da norma jurídica feito pelo poder competente, a lei é, considerada do ângulo formal, toda proclamação emanada do órgão que, por excelência, conforme a Constituição, tem a natureza de órgão legislativo.**

(grifou-se)

Noutro bordo, naquilo que se refere às portarias, resoluções, instruções normativas, avisos e regulamentos, estas possuem natureza distinta da lei, uma vez que se apresentam ao mundo jurídico na condição de atos administrativos, ou seja, em hierarquia inferior ao ato legislativo, conforme entendimento doutrinário também firmado pelo Prof.º José Cretella Júnior, nos seguintes termos:

Se a lei conflita com disposição expressa do texto constitucional, é lei inválida; se o regulamento ofende o texto legal regulamentado, o valor que deveria ter desaparece. **A hierarquia descendente é clara: dispositivo constitucional, dispositivo legal, dispositivo regulamentar.** Constituição. Lei. Regulamento. Hierarquia de natureza formal apenas, porque material ou substancialmente o regulamento apresenta os traços comuns à lei.

A lei é ato do legislativo. O regulamento é ato do executivo. **Regulamento é ato administrativo geral.** E nisto se identifica com a lei.

A lei ocupa um lugar à parte, na imperatividade jurídica. Nenhum pronunciamento se fará contra texto expresso da lei.

Em sentido formal, o ato administrativo classifica-se em geral e especial. "Geral" é o ato administrativo cuja declaração diz respeito a uma pluralidade de pessoas ou casos *indeterminados e indetermináveis*, ou seja, é geral e abstrata (regulamentos, circulares).

"Especial" é o ato administrativo cuja declaração se refere a uma ou mais pessoas ou casos individualmente determinados ou determináveis, ou seja, concreta (decretos de nomeação de vários administrados, que foram aprovados em concurso público, ou *decreto de nomeação* de um só administrado que foi aprovado em primeiro lugar e foi nomeado para cátedra universitária; *demissões*; ato que concede licença; *portaria* que suspende funcionário).

¹ CRETELLA JÚNIOR, J. *Valor jurídico da Portaria*. Revista de Direito Administrativo, 1974, Rio de Janeiro.



A portaria é um ato administrativo especial, ou seja, "**declaração concreta de vontade**, de opinião, de juízo, de ciência, **de um órgão administrativo do Estado ou de outro sujeito de direito público administrativo no desdobramento da atividade de administração**" (Ranelletti, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7. ed. 1945. p. 3).

Há, entretanto, a portaria geral, que consiste em **declaração dirigida, de modo abstrato, a situações ou pessoas indeterminadas, impessoais, não concretas, não-identificadas**. Dirige-se a um conjunto de administrados, funcionários ou não.

Por sua vez, o ato administrativo encerra um conteúdo - a vontade da Administração, que pode coincidir ou não com a vontade do destinatário do ato.

Informada pelo interesse público, **a vontade pode consistir numa permissão, autorização, concessão, admissão, sanção, dispensa, orientação (conteúdos)**, veiculadas ou **formalizadas por atos administrativos que tomam nomes variados, tais como avisos, circulares, instruções, decretos, portarias, despachos, vistos, aprovações, homologações.**

[...]

Determinadas formas de atos administrativos são fixadas *ratione personae* (autoridades que os editam) e *ratione materiae* (objeto sobre que versam), como, por exemplo, **os avisos, fórmulas mediante as quais os Ministros de Estado se comunicam a respeito de serviços referentes a áreas ministeriais comuns. O aviso é, pois, de competência ministerial, e versa assunto setorial (saúde, educação, trabalho, comércio, indústria, crédito).**

(grifou-se)

2.1.4. No caso *in examine*, a **RECORRENTE** pleiteia a desclassificação da ASA COMÉRCIO E SERVIÇOS INTEGRADOS LTDA sob o argumento de que esta não teria apresentado, no rol de documentos alusivos à qualificação técnica, a Autorização de Funcionamento da Empresa – AFE, devidamente expedida pela Anvisa, bem assim do Alvará Sanitário expedido por órgão de Vigilância Sanitária competente federal, estadual ou municipal da sede do domicílio do licitante, uma vez que o objeto da licitação envolve a aquisição de produtos e material de limpeza.

Todavia, tal pleito não merece prosperar, visto que a **obrigatoriedade de apresentação da AFE está restrita àquelas empresas atacadistas e distribuidoras** que realizam 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.

Nesta senda, são excluídos, expressamente, da referida exigência aqueles que efetuam o comércio varejista de tais produtos, de acordo com o quanto previsto nos arts. 2º, VI, 3º, *caput* e 5º, III, da RDC n.º 16/2014, *ad litteris et verbis*:

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

[...]

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;**

[...]

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.

[...]

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

[...]

III - **que realizam o comércio varejista de** cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes e **saneantes;**

(grifou-se)

2.1.5. Nesta trilha, impende destacar que a presente licitação é um registro de preço, o qual, por sua natureza, não obriga o Sesc/BA a adquirir todo o quantitativo de produtos de uma única vez, mas sim com fornecimento de forma parcelada, dentro da conveniência e oportunidade da Entidade, **restando evidente que a imposição da exigência de apresentação do referido Alvará afastaria, em verdade, a participação das empresas varejistas do ramo, afrontando o princípio da competitividade.**

Além disso, **incumbe atestar que a empresa RECORRENTE não traz requisito fixado em lei especial a ser considerado, razão pela qual,** também por esse motivo, **impertinente seu pleito de desclassificação da ASA COMÉRCIO E SERVIÇOS INTEGRADOS LTDA no certame em epígrafe.**

2.1.6. Outrossim, no que tange à apresentação de Alvará Sanitário, **a RECORRENTE defende a tese da obrigatoriedade de apresentação deste documento pelas licitantes.** Entretanto, o **edital PE nº 190/2022 não exige a apresentação deste Alvará para a Contratação,** por se tratar de imposição incompatível com o objeto do certame e a sua exigência inadvertida violaria o princípio da vinculação ao *instrumento convocatório*.

Neste sentido, requerer esta documentação não coaduna com o objeto do certame, **uma vez que a atividade desenvolvida pelos potenciais proponentes enquadra-se como de baixo risco**, ou seja, dispensada das exigências de atos públicos vinculados a liberação da atividade econômica, de acordo com a interpretação conjunta do art. 3º, I, da Lei Federal n.º 13.874/2019 c/c o art. 2º, I e Anexo I, da Resolução n.º 51/2019, ad litteris et verbis:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;

Art. 2º Para fins de padronização de redação, passam a ser denominados pelo CGSIM como:

I - baixo risco ou "baixo risco A": a classificação de atividades para os fins do art. 3º, § 2º, inciso II, da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, cujo efeito específico e exclusivo **é dispensar a necessidade de todos os atos públicos de liberação da atividade econômica para plena e contínua operação e funcionamento do estabelecimento;**

[...]

Anexo I

ATIVIDADES DE BAIXO RISCO OU "BAIXO RISCO A"

CCXXXVI - 4612-5/00 - Representantes comerciais e agentes do comércio de combustíveis, minerais, produtos siderúrgicos e químicos (Código CNAE:4612500)

(grifou-se)

2.1.7. Aliás, este entendimento já foi expressamente externado por esta Assessoria Jurídica no bojo de outras Impugnações a Editais realizadas pela empresa **NASA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, que ora interpõe o recurso.

Assim, vale salientar que no rol dos produtos químicos supracitados estão as atividades de representantes comerciais e agentes do comércio de produtos químicos para limpeza e conservação de prédios e domicílios, como pode ser observado na base de dados do CONCLA, disponível em <https://concla.ibge.gov.br/busca-onlinecnae.html?subclasse=4612500&tipo=cnae&versao=7&view=subclasse>.

2.1.8. Portanto, **afigura-se incabível o acolhimento do Recurso aqui apreciado**, consoante os fundamentos jurídicos exaustivamente discutidos.

III – CONCLUSÃO

3.1. Por tudo quanto acima exposto, **conquanto intempestivo o pleito apresentado**, em respeito ao debate, adentrou-se ao mérito e **OPINA-SE pela NEGATIVA DE PROVIMENTO** ao Recurso Hierárquico interposto pela licitante **NASA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, mantendo-se incólume a decisão que declarou vencedoras a **empresa ASA COMÉRCIO E SERVIÇOS INTEGRADOS LTDA no presente certame.**

3.2. Essas são as considerações e opinativo com que devolvemos o expediente para análise e deliberação superiores por parte de V. S.^a.

Atenciosamente,

Assessora Especial da Presidência

Advogado Sesc/BA

