



PARECER N° 001-2016 / ASSESSORIA JURÍDICA / SENAC-DF

**CONCORRÊNCIA N° 21/2015.
RECURSO ADMINISTRATIVO
INTERPOSTO POR ASTHAMED
COMÉRCIO DE PRODUTOS E
EQUIPAMENTOS HOSPITALARES
LTDA.**

Senhor Diretor Regional,

Trata-se de recurso administrativo interposto por Asthamed Comércio de Produtos e Equipamentos Hospitalares Ltda, às fls. 159-175, no qual requer a inabilitação da empresa Mendes Comercial de Manufaturados e Serviços Eirelli-EPP na Concorrência SRP nº 021/2015, destinada à aquisição de produtos e equipamentos hospitalares.

A empresa alvo da impugnação apresentou contrarrazões, às fls. 176-181.

É o breve relatório.

I – PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

O item 10 do Edital condutor da licitação estabelece os requisitos necessários ao manejo de recurso, nos seguintes termos:

“10.1 – Das decisões da Comissão Permanente de Licitação, caberá recurso fundamentado, encaminhado, por escrito, por meio de correspondência, expressa em papel timbrado da empresa licitante, assinado pelo seu representante legal, dirigido ao Diretor Regional do Senac – DF, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, localizada no SIA Sul Trecho 03 Lotes 625/695 Ed. Sia Centro Empresarial Cobertura C, SAI – DF CEP 71200-030, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, excluindo-se o dia da comunicação do resultado e incluindo-se o dia do vencimento” (fls. 45).

O recurso interposto atente a todos os requisitos exigidos pelo edital e acima em destaque. Quanto ao prazo, a recorrente tomou ciência da decisão impugnada em 19.NOV.2015 (quinta-feira) e apresentou o recurso em 24.NOV.2015, dentro, portanto, do prazo previsto no edital.

As contrarrazões foram apresentadas em 03.DEZ.2015.

Presentes os requisitos extrínsecos de admissibilidade, opina-se pela **admissão** do recurso. Prossegue-se no exame.

II – COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS HOSPITALARES. AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. LEI 6.360/76. RDC 16/2014 DA ANVISA. DESNECESSIDADE.

A recorrente sustenta que o Senac integra a Administração Pública Indireta e, lastreado nesta assertiva, conclui que a licitação também se rege pela Lei 8.666/93. O art. 27 e seguintes deste diploma legal exigem comprovação da qualificação técnica, a qual, na espécie, está prevista na Lei 6.360/76 e RDC 16/2014 da ANVISA, isto é, há necessidade de a empresa demonstrar que recebeu autorização de funcionamento emitida pelo Ministério da Saúde/ANVISA. Além disto, exige-se a apresentação de alvará sanitário fornecido pela Vigilância Sanitária. A empresa recorrida, no entanto, não apresentou nenhum destes documentos.

Não assiste razão à Recorrente.

Em primeiro lugar, importa esclarecer à Recorrente que há muito se pacificou na doutrina e jurisprudência a natureza jurídica privada dos entes integrantes do Sistema "S". Cita-se, a título ilustrativo, a lição



dos mestres Hely Lopes Meirelles, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filhos:

“São peças jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. São espécies de entidades paraestatais os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros) e, agora, as organizações sociais, cuja regulamentação foi aprovada pela Lei 9.648, de 27.5.98. As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime da iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando sujeitas apenas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas, para o controle de desempenho estatutário. São os denominados entes de cooperação com o Estado”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª edição. Versão atualizada por Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo. Malheiros Editores, 2013, págs. 68/69) “Grifo nosso”.

Não bastasse a demonstração de o Senac se qualificar como pessoa jurídica de direito privado, destaca-se que a Lei 8666/93 consolida no campo das licitações e contratos normas gerais específicas. As primeiras conformam os princípios norteadores das licitações e contratos, estes, sim, aplicáveis no âmbito da administração pública federal, estadual e municipal. As normas específicas ou de procedimento, por sua vez, afetam tão-somente a administração pública federal; a estadual e municipal detém autonomia para editarem suas respectivas normas específicas ou de procedimento, desde que não colidam com os princípios.

Como se percebe, embora não integre a administração pública e, por isto, não se sujeite à Lei 8666/93, o Senac pauta a condução de todos os seus contratos aos princípios norteadores das Licitações e Contratos, previstos na Constituição da República e na mencionada lei.

A regra inserida no art. 27, II, c/c 30, II, concernente à necessidade de comprovação da qualificação técnica como requisito de habilitação, por constituir nítida norma de procedimento, não se aplica às licitações promovidas pelo Senac, a não ser que haja previsão na Resolução nº 958/2012 ou no edital condutor da licitação. O que não é o caso, visto que não houve previsão neste sentido.

Conquanto ausente a necessidade de a empresa participante do certame comprovar habilitação técnica, por existir lei federal, prossegue-se no exame.

A Lei 6.360/76, regulamentada pela Resolução da Diretoria Colegiada - RDC 16/2014 - ANVISA, estabelecem que:

Lei 6.360/76. Art. 2º. Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art. 1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.

RDC 16/2014. Art. 3º. A AFE (*autorização de funcionamento*) 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.

A lei, de fato, exige autorização de funcionamento para condução de diversas atividades, mas, dentre estas, não figura a

comercialização de produtos hospitalares. Neste cenário, não se divisa desrespeito aos dispositivos indicados pela Recorrente.

Opina-se, portanto, pelo **não provimento** do recurso neste tema.

II – PROIBIÇÃO DE LICITAR COM O SENAC. PENALIDADE NÃO CONFIGURADA.

Amparada no item 3.1 do edital, a Recorrente sustenta que a empresa Recorrida está impedida de participar de licitações, uma vez que a ela foi imputada penalidade administrativa consubstanciada na “*suspensão do direito de licitar com a União por 6 (seis) meses, com base no art. 28 do Decreto nº 5450/2005, que se iniciara em 13/11/2015 e terminará em 12/05/2016. A penalidade é o resultado da falha de execução do contrato relativo ao Pregão SRP nº 018/2014, Processo nº 25067.00124/2014-55*”, conforme “aviso de penalidade” divulgado no Diário Oficial da União, Seção 3, pág. 153, de 13.NOV.2015 (fls. 175).

Sem razão.

Dispõe o Item 3.1 do Edital:

“3.1 – Poderão participar desta licitação os fornecedores que:

(...omisso...)

d) não estejam suspensos de licitar ou contratar com o **Senac-DF**”

Conforme relatado, a Recorrida está proibida de participar de licitações promovidas pela UNIÃO, isto é, a penalidade limita-se apenas ao âmbito federal. Importante salientar que a hermenêutica informa que as

penalidades são interpretadas restritivamente, sem o condão de abranger ou extrapolar os termos em que foram impostas. Ora, o “aviso de penalidade” expressamente consignou que a proibição envolve apenas a União, motivo que afasta os estados, municípios e demais órgãos da administração indireta, empresas públicas, entes integrantes do Sistema “S”.

Com relação aos dispositivos da Lei 8.666/93 indicados pela Recorrente, consigna-se que constituem regras de procedimento aplicáveis à administração pública federal, motivo por que se deixa de examinar o recurso, consoante fundamentado no item anterior.

Opina-se pelo **não provimento** do recurso neste tópico, no entanto, **de ofício**, há que analisar a penalidade imputada ao Recorrido pela ótica do item 11.7 do edital, a seguir reproduzido:

“11.7 – **O Senac-DF poderá**, até a assinatura da Ata de Registro de Preços, **desclassificar o licitante** vencedor, por despacho fundamentado, sem direito a indenização ou ressarcimento e sem prejuízo de outras sanções cabíveis, se tiver informação fundada de **qualquer fato ou circunstância**, anterior ou posterior ao julgamento da licitação, **que desabone** a qualificação técnica, habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira ou **regularidade** daquela licitante” (sem destaque no texto original” (fls. 46).

Na espécie, o Recorrido recebeu penalidade concernente à proibição de licitar com a União pelo prazo de 6 (seis) meses, notícia comprovada pela publicação de “aviso” no Diário Oficial da União, datada de 13.NOV.2015 (fls. 175). Importante registrar que o Recorrido, em suas contrarrazões, não negou a existência da penalidade, limitando-se a argumentar que a proibição imposta se limita a fase de habilitação.

Esta Assessoria Jurídica compreende que a penalidade imposta ao Recorrido constitui circunstância que desabona a qualificação-técnica, a habilitação jurídica e a qualificação econômico-financeira, demonstrando a irregularidade do Recorrido.

Como salientado pelo Recorrido e opinado acima, a aludida proibição de licitação não teve o condão de interferir na fase de habilitação, no entanto, até a assinatura da ata de registro de preço, afigura-se viável desclassificar o licitante, no caso, a empresa Recorrida.

De ofício, com base no item 11.7 do edital, **opina-se** pela **desclassificação** da empresa MENDES COMERCIAL DE MANUFATURADOS E SERVIÇOS EIRELI-EPP.

III – PREÇOS. DIFERENÇA ÍNFIMA.

Dada peculiaridade dos argumentos tecidos pela Recorrente, transcreve-se excerto do recurso:

“ Outro fato no mínimo estranho é que ao observar a proposta de preços apresentada pela Mendes Comercial CNPJ: 09.618.981/0001-00 em todos os itens constam valores inferiores à proposta da ora recorrente em exatos 0,1 (um centavo), ou seja não há um item com uma diferença de preços de venda maior ou menor, é exato um centavo. Neste sentido há no mínimo que se questionar?

Como a empresa Mendes Comercial conseguiu acertar o exato preço de venda da ora recorrente em todos os itens, exatos 08 (oito) itens.

Veja Senhor Julgador que para citar um simples exemplo, um apostador não acerta três números da loteria, e que um em 50.000.000 (cinquenta milhões) de apostadores, acerta 05 (cinco), números. A empresa Mendes Comercial, acertou 08 (oito), há que se verificar como isso se deu” (SIC, sem destaque no texto original, fls. 169).

De início, importante asseverar que não se trata de um tema recursal típico, mas revela tão-somente a indignação da empresa Recorrente, o não demanda resposta. Apesar disto, **de ofício**, prossegue-se no exame em atenção aos princípios da publicidade e moralidade, que informam o procedimento licitatório conduzido pelo Senac-DF.

Para facilitar a compreensão da dinâmica do procedimento adotado, apresenta-se um breve resumo do trâmite desenvolvido nesta licitação:

(a) em 14.OUT.2015, divulgou-se no Diário Oficial da União, Seção 3, pág. 175, "aviso de licitação", e aprazou-se para 05.NOV.2015 a abertura dos envelopes (fls. 59);

(b) em 05.NOV.2015, realizou-se a reunião, fracionada em 3 (três) momentos:

i. CREDENCIAMENTO: três empresas apresentaram documentação, Asthamed Comércio (Recorrente) com representante constituído, Mendes Comercial (Recorrida) e Branago Comércio, as duas últimas sem representante.

ii. HABILITAÇÃO: finalizado o credenciamento, na presença do representante da Recorrente, abriu-se os envelopes com os documentos de habilitação. As três empresas foram habilitadas. Na sequência, toda a documentação (habilitação e proposta de preço) foi reunida em um envelope maior, lacrada e todos os presentes assinaram o lacre, inclusive pelo representante da Recorrente.

iii. RECURSAL: o representante da Recorrente formulou questionamento verbal a respeito dos documentos de habilitação. O Presidente concedeu prazo recursal, nos termos do item 10 do edital.

(c) em 19.NOV.2015, realizou-se reunião destinada à abertura das propostas de preços. Além da comissão de licitação, compareceu o representante da empresa Recorrente. Conferido por todos os presentes a integridade do lacre, a Comissão abriu o envelope e tornou pública as propostas de preço apresentadas pelas empresas participantes. Nesta ocasião, o representante da Recorrente detectou a diferença de um centavo de Real em 8 (oito) itens a partir do comparativo entre a sua proposta e a da Recorrida.

Apesar de remota a possibilidade, o fato de 8 (oito) itens coincidirem o preço com diferença ínfima de R\$ 0,01 não se revela suficiente para, de modo isolado, comprovar sem indício de dúvida a existência de fraude ou conluio. Não obstante, se ocorreu alguma irregularidade, ela nasceu fora das dependências do Senac e tampouco envolveu qualquer integrante da Comissão de Licitação. É o que revela a narrativa do procedimento licitatório acima, visto que todos os atos praticados foram públicos e contaram com a presença de representante da Recorrente.

Embora não haja prova robusta de fraude ou conluio praticado entre as empresas participantes, a diferença de apenas R\$ 0,01 na precificação de 8 (oito) itens indica a possibilidade da existência de combinação de preços entre as empresas envolvida. No particular, chama a atenção que a insinuação de fraude se origina de uma das empresas que supostamente se beneficiaria do conluio, mas, tal fato, não a blindou de participação, ainda que por um de seus empregados e à revelia do empregador.

Convém destacar que o cenário ora exposto delineia indícios de combinação de preços, aspecto que, por si só, não contamina o

procedimento licitatório, na medida em que se mostrou escorregio o procedimento conduzido pela Comissão de Licitação. Apesar disto, dado o potencial prejuízo aos cofres do Senac, esta Assessoria Jurídica compreende necessário anular o presente procedimento licitatório, com a finalidade de evitar prejuízos aos participantes e manter íntegro o princípio da moralidade e eficiência administrativa.

Por fim, vale colocar em relevo que se trata de uma licitação com previsão de gastos que extrapola R\$ 2.900.000,00 (dois milhões e novecentos mil reais). Isto significa que a variação de um real ou até poucos centavos no preço unitário dos itens licitados tem o condão de provocar uma variação e prejuízo considerável ao Senac.

Opina-se, portanto, pelo **não provimento** do recurso neste tema. E, **de ofício**, opina-se pela declaração de **nulidade do procedimento licitatório**.

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta Assessoria Jurídica opina pela admissão do recurso interposto e, no mérito, pelo não provimento. De ofício, recomenda-se a declaração de nulidade do procedimento licitatório ou, sucessivamente, a desclassificação da empresa MENDES COMERCIAL DE MANUFATURADOS E SERVIÇOS EIRELI-EPP, caso superada a nulidade.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Brasília (DF), 06 de janeiro de 2016.

(ORIGINAL ASSINADO)
Leonardo Martins Cavalcante
Chefe da Assessoria Jurídica do Senac-DF