



PARECER

Vieram a esta Procuradoria Geral do Município 4 (quatro) **impugnações** ao Edital do **Pregão Presencial n.º2017.1505.001-SAÚDE** para que fosse oferecido parecer sobre elas.

O **objeto** do citado certame é a contratação de **fornecimento de medicamentos e material hospitalar** para atendimento da **rede básica e secundária da saúde** do Município de Limoeiro do Norte/CE.

Eis os **itens impugnados** do mencionado Edital:

Item	Licitante(s) impugnante(s)
9.1.1. Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União (www.portaldatransparencia.gov.br/ceis)	JB Comércio de Produtos Hospitalares – ME e JBM Distribuidora de Material Hospitalar Ltda. – EPP
9.1.2. Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php)	JB Comércio de Produtos Hospitalares – ME e JBM Distribuidora de Material Hospitalar Ltda. – EPP
9.1.3. Lista de inidôneos, mantida pelo Tribunal de Contas da União – TCU	JB Comércio de Produtos Hospitalares – ME e JBM Distribuidora de Material Hospitalar Ltda. – EPP
9.4.11. As empresas deverão ainda, complementar a comprovação da qualificação econômico-financeira por meio de: 9.4.11.1. Comprovação de possuir Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesesse inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social; 9.4.11.2. Comprovação de patrimônio líquido de 10 (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta.	JB Comércio de Produtos Hospitalares – ME e JBM Distribuidora de Material Hospitalar Ltda. – EPP



<p>9.5.2. Comprovação de aptidão para o fornecimento do objeto licitado quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com lotes pertinente, por período não inferior a três anos, mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado. (...) 9.5.2.2. Somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior. 9.5.2.3. Para a comprovação da experiência mínima de 3 (três) anos, será aceito o somatório de atestados de períodos diferentes.</p>	<p>JB Comércio de Produtos Hospitalares – ME e JBM Distribuidora de Material Hospitalar Ltda. – EPP</p>
<p>9.5.4. No caso de a empresa licitante ser distribuidora deverá também apresentar o Certificado de Boas Práticas de armazenamento e distribuição ou Protocolo, com emissão inferior a 12 meses, referente aos objetos licitados (para medicamentos e produtos de saúde), conforme determinação da Lei Federal n.º 6.360/1976 e Portaria do Ministério da Saúde n.º 802/1998. Em caso de ocorrência de certificado anterior, o protocolo de renovação deverá ser datado nos termos dos artigos 42 e 43 - RDC 39 (14/08/2013) - ANVISA. Todos os protocolos que tratem de Certificados de Boas Práticas de Armazenamento e Distribuição deverão vir acompanhados de comprovante de recolhimento prévio de Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária (TFVS), nos termos do art. 80 (Resolução n.º 39) RDC de 14 de agosto de 2013.</p>	<p>JB Comércio de Produtos Hospitalares – ME, JBM Distribuidora de Material Hospitalar Ltda. – EPP, Equipos Médicos Comércio e Representações Ltda. e Marcos Augusto Ribeiro Gadelha ME – Pro Medical</p>

As empresas impugnantes fundamentam sob o mesmo título de que os **itens impugnados 9.1.1, 9.1.2, 9.1.3, 9.4.11.1, 9.5.2, 9.5.2.2 e 9.5.2.3** se mostram como **restritivos ao caráter competitivo** que deve presidir toda e qualquer licitação.

Já a impugnação ao **item 9.5.4** é motivada pela **ausência de lei** que determine a **exigência** de tal **certificado de boas práticas** em certames licitatórios, revelando ser vindicação **ilegal**.

Item 9.1.1

Exige o Edital que, como condição **prévia** ao exame da documentação de habilitação, que se verifique se a **empresa licitante** consta do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – **CEIS**, mantido pela Controladoria-Geral da União, o que pode ser feito no sítio da rede mundial de computadores - Internet (www.portaldatransparencia.gov.br/ceis).

Como se sabe, o **CEIS** é um **banco de informações** mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) que consolida a **relação das empresas e pessoas físicas** que sofreram **sanções** tendo como efeito **restrição ao direito de participar de licitações** ou de **celebrar contratos com a Administração Pública**.



A Lei n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, conhecida por **Lei Anticorrupção**, trouxe a **obrigatoriedade** para os **entes públicos**, de todos os Poderes e esferas de governo, de manter o cadastro atualizado. Confira:

“Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.

§ 1.º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

§ 2.º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II - tipo de sanção; e

III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3.º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

§ 4.º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.

§ 5.º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

Assim, no desiderato de **impedir a participação** de empresas ou pessoas jurídicas que sofreram **sanções**, trazendo **segurança** para o ente público no aspecto da **idoneidade da licitante**, opino pela **manutenção** do item em comento, assim **indeferindo a impugnação** neste ponto.

Item 9.1.2

Sabemos, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê a aplicação de **punição** ao **agente público**, servidor ou não, que cometer atos de improbidade contra a Administração Pública direta ou indireta, de **qualquer** dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos **Municípios**, aí compreendidas empresas estatais e instituições que recebem recursos públicos a título de subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, ou cujos recursos sejam empregados na sua criação ou custeio.



Então, seja qual for o tipo de ato de improbidade cometido, **uma vez condenado**, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, o agente público **ficará proibido de contratar com o Poder Público** ou de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, **pelo prazo de cinco anos**.

Essa punição é **extensível** às pessoas que, mesmo não sendo agente público, induzem ou **concorrem** para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiam sob qualquer forma direta ou indireta, **inclusive as pessoas jurídicas**.

Assim, não raro, a **pessoa jurídica** que se beneficiou de práticas de improbidade cometidas no curso de processos de contratação **também é condenada por improbidade, ficando proibida de contratar com o Poder Público também pelo prazo de cinco anos**.

Tal como as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/93 (*suspensão do direito de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar*) e no art. 7.º da Lei n.º 10.520/02 (*impedimento para licitar e contratar*), trata-se de **mais uma vedação legal a obstar a participação em licitações e a contratação das empresas punidas**, o que exige **verificação no curso da licitação**. A aferição dessa condição pode ser feita diretamente no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Além dessa consulta, no recente **Acórdão n.º 1.793/2011**, o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) também determinou a **necessidade de aferição de registros impeditivos da contratação por meio da habitual pesquisa** realizada no módulo SICAF do SIASG, bem como por pesquisa no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU.

A propósito, **chamamos a atenção dos membros das comissões de licitação e dos pregoeiros** para, no **processamento dos certames licitatórios**, atentarem à **necessidade de realizar essas verificações**, sob pena de incidir na **conduta penal típica** descrita no **art. 97 da Lei n.º 8.666/93**:

“Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração”.



Opino, então, pelo indeferimento da impugnação deste item.

Item 9.1.3

Tal como o item 9.1.1, cuja fundamentação aqui é pertinente, **exige** o Edital que, como condição **prévia** ao exame da documentação de habilitação, que se verifique se a **empresa licitante** consta da **Lista de Inidôneos**, mantida pelo Tribunal de Contas da União – TCU.

Portanto, objetivando **impedir a participação** de empresas ou pessoas jurídicas que sofreram **sanções**, trazendo **segurança** para o ente público no aspecto da **idoneidade da licitante**, também deve ser **mantido** o item em comento, assim igualmente **indeferindo a impugnação** neste ponto.

Item 9.4.11.1

Repetimos, o **objeto** do presente pregão presencial é a contratação de **fornecimento de medicamentos e material hospitalar** para atendimento da **rede básica e secundária da saúde** do Município de Limoeiro do Norte/CE.

Ocorreu que na Sessão de **16 de março de 2016**, do e. Tribunal de Contas da União (TCU), referente ao **Processo 031.644/2015-5**, da Relatoria do e. Ministro Benjamin Zymler, o **Plenário** da Corte, através do **Acórdão 592/2016**, decidiu que:

“A exigência de capital circulante líquido (CCL) mínimo de 16,66% do valor estimado da contratação, prevista no art. 19, inciso XXIV, alínea b, da IN SLTI 2/2008, é adequada apenas nas licitações destinadas a serviços continuados com cessão de mão de obra em regime de dedicação exclusiva. As licitações para contratos por escopo devem adotar critérios de habilitação econômico-financeira com requisitos diferenciados de CCL, estabelecidos conforme as peculiaridades do objeto a ser licitado, devendo constar justificativa do percentual adotado nos autos do procedimento licitatório.”

No caso, **Representação** formulada por empresa licitante questionara **possível restrição à competitividade** em **pregão eletrônico** promovido pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), destinado à **contratação da terraplanagem das obras do Novo Centro de Processamento Final de Vacinas de Bio-Manguinhos**, no Município do Rio de Janeiro/RJ. A **representante insurgiu-se** contra a **exigência de comprovação de capital circulante líquido (CCL) de, no mínimo, 16,66% do valor estimado da contratação**, entendendo que seria cabível proporcionalizar tal exigência em face do valor anual do contrato, visto que o prazo previsto para execução dos serviços é de quinze meses.



Realizadas as oitivas regimentais, a Fiocruz, entre outros argumentos, aduziu que “o art. 31 da Lei de Licitações e Contratos permite que a Administração Pública exija a demonstração da boa condição financeira e técnica dos licitantes, bem como ser inquestionável a aplicação da IN SLTI 2/2008 ao caso em questão, enquadrado pela entidade como serviço comum de engenharia”.

Analisando o ponto, **anotou o relator inicialmente** que “remansosa jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que os índices contábeis adotados no procedimento licitatório devem ser justificados adequadamente no âmbito do respectivo processo e que somente devem ser exigidos em nível suficiente para assegurar o cumprimento das obrigações”.

Quanto à aplicabilidade da IN SLTI 2/2008 ao caso em questão, enfatizou o relator que “o objeto licitado não pode ser tratado como serviço de engenharia, e sim como obra”. Nessa linha, **anuiu o relator** à manifestação apresentada pela empresa contratada, no sentido de que “**diferentemente do que ocorre com os contratos de serviços continuados**, nos quais a aferição da qualificação financeira é realizada conforme cada período renovável da contratação, nos contratos não continuados **essa avaliação deve ser realizada de acordo com o período total previsto para consecução dos objetivos delineados no ajuste e, por consequência, com o valor total envolvido, sob pena de distorção dos critérios disponíveis para averiguação da saúde financeira dos particulares**”.

E, nesse sentido, o “**percentual exigido de CCL pode ser restritivo em objetos de grande vulto e, ao contrário, se demonstrar insuficiente nos objetos executados em menor prazo**”. Assim, reiterou, “a regra de 16,66% de CCL disposta na IN SLTI 2/2008 é adequada apenas aos serviços continuados”.

Nos contratos por escopo, prosseguiu, “o percentual de exigência de CCL deve ser estabelecido caso a caso, conforme as peculiaridades do objeto a ser licitado, tornando-se necessário que exista justificativa do percentual adotado nos autos do procedimento licitatório”.

Nesses termos, e considerando outras irregularidades apuradas nos autos, **julgou o Plenário parcialmente procedente a Representação**, dando ciência à Fiocruz da irregularidade apurada e **determinando que “em futuros certames licitatórios, observe que a exigência capital circulante mínimo (CCL) de 16,66% é adequada apenas aos serviços continuados com cessão de mão de obra em regime de dedicação exclusiva, sendo cabível, nos demais contratos por escopo, a adoção de critérios de habilitação econômico-financeira com requisitos diferenciados de CCL, estabelecidos conforme as peculiaridades do objeto a ser licitado, tornando-se necessário que exista justificativa do percentual adotado nos autos do procedimento licitatório”**.



Em conclusão, entendemos que, neste item, assiste razão às impugnantas, devendo ser **dado provimento à impugnação** neste ponto para **alterar o ato convocatório** para retificá-lo, **assim excluindo o item 9.4.11.1** e, ato contínuo, deverá ser **novamente disponibilizado, reabrindo-se os prazos de lei**.

Itens 9.5.2, 9.5.2.2 e 9.5.2.3

A questão se resume à apreciação dos apontados itens, sob impugnação, constantes do Edital de Pregão Presencial 2017.1505.001-SAÚDE, da Prefeitura de Limoeiro do Norte, sob a argumentação de que os **atestados para comprovar habilitação técnica** exigidos no edital da licitação **restringiria indevidamente a participação de interessados e afrontaria**, portanto, o **princípio da maior competitividade possível**.

A Prefeitura de Limoeiro do Norte **exige atestados** que comprovem **anterior fornecimento do objeto licitado em quantidade e prazos compatíveis com o objeto desta licitação**.

De fato, verifico que o **edital**, ao conter a **exigência expressa** de que o(s) atestado(s) de capacidade técnica fosse(m) expedido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, por fornecimento de medicamentos e materiais de características semelhantes ao objeto da licitação, condicionando a participação de empresas à apresentação de atestados de capacidade técnica e experiência anterior, inclusive com extenso prazo, **compromete**, em tese, a **ampla participação no certame**.

Analisando-se de forma percuciente a Lei de Licitações e Contratos, afere-se que o seu **art. 30** fixa **limites às exigências relativas à qualificação técnica**. Observa-se que o disciplinamento da comprovação de aptidão é feito por meio de dispositivos de cunho geral (inciso II e §§ 5.º, 6.º, 8.º e 9.º), bem como mediante dispositivos específicos para obras e **serviços** (§§ 1.º, 2.º, 3.º e 10) ou compras (§ 4.º).

O **primeiro** aspecto a se analisar consiste no **meio de prova da aptidão**. Conforme se depreende do art. 30, §§ 1.º, 3.º e 4.º, da Lei n. 8.666/93, a comprovação deve ser feita **por meio da apresentação de atestados** ou certidões, na hipótese tanto de obras e serviços quanto de fornecimento de bens, quando for aplicável ao caso.

Ao analisar o **preceito geral** contido no **inciso II do art. 30** da Lei de Licitações, verificamos que o dispositivo se refere expressamente ao conteúdo que deve constar do texto do atestado, pois especifica que a documentação correspondente deve comprovar a aptidão para o **desempenho de atividade compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**.



Com relação à **parte final do inciso I do § 1º do mesmo art. 30**, entendo que se possa chegar a conclusão idêntica. Para que o licitante comprove a capacitação técnico-profissional, basta demonstrar que possui, em seu quadro, profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica relativa à execução de obra ou serviço similar, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos**.

Com essas considerações, quer se demonstrar que a **Lei de Licitações estabelece diretrizes, limitações e exigências** relativas ao conteúdo dos atestados de comprovação de aptidão, mas silencia no tocante à quantidade de documentos necessários para se fazer tal prova.

Sob esse ângulo, note-se que a **exigência expressa no art. 30, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 configura restrição à competição**, pois **inibe a participação** dos licitantes que, embora **comprovadamente aptos** a executar o contrato, não dispõem do(s) atestado(s) reclamado(s) pela Administração.

O caminho a ser seguido é aquele traçado no **art. 37, inciso XXI, da CR/88**, que assim dispõe:

“Art. 37. Omissis

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.”

Nesse contexto, a **exigência de que o atestado de capacidade técnica seja emitido somente após a conclusão do contrato ou decorrido pelo menos 1 (um) ano após o início da execução fere o preceito constitucional da isonomia**, porque desigualta injustamente concorrentes que apresentam **as mesmas condições de qualificação técnica**, embora não tenham prestado serviços cumprindo aquele prazo.

Ora, a capacidade técnica de realizar o objeto existe, **independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada**, ou não existe. Garantida a capacitação por meio de um atestado, não vejo como a Administração exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais.

Considero não restarem dúvidas de que a exigência de um determinado atestado de qualificação técnica é **incompatível** com o disposto no art. 37, XXI, da Constituição da República e, conseqüentemente, com o art. 3º da Lei n. 8.666/93.



Ademais, no que é pertinente à determinação contida no § 2º do art. 30 da Lei de Licitações, penso que qualquer exigência de experiência anterior, especialmente **quando envolver quantitativos mínimos ou restrições similares**, dependerá da determinação **prévia e explícita**, por parte da Administração, das **parcelas de maior relevância e valor significativo**.

Tal **determinação** destina-se, portanto, a **assegurar o vínculo de pertinência entre o requisito de experiência anterior e o objeto licitado**. Nas palavras do renomado e ilustre MARÇAL JUSTEN FILHO (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 441):

[...] **a comprovação de experiência anterior como requisito de habilitação não se justifica por si só**. Trata-se de condicionamento de natureza instrumental, destinado a restringir a participação no certame aos sujeitos que detenham condições de executar o objeto licitado. Assim, a comprovação da experiência anterior fundamenta a presunção de que o sujeito dispõe de conhecimento e habilidade técnico-empresariais para executar satisfatoriamente a futura contratação.

[...]

Em outras palavras, **a Administração não pode exigir que o sujeito comprove experiência anterior na execução de um objeto exatamente idêntico àquele licitado — a não ser que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que dê respaldo a tanto**.

Sobre o tema, destaco, também, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), retratada no **Acórdão nº. 410/2006**, de relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça:

“8. Por outro lado, **a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional** (art. 37, XXI, CF). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (*somente serão permitidas 'as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'*) e no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei nº 8.666/93. **Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório**.

9. Portanto, **as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra. (...)**”

No caso vertente, **a exigência de que a licitante tenha executado serviço no mínimo igual ao do objeto do pregão contraria esse entendimento, por impor às interessadas condição que extrapola os critérios razoáveis de seleção, invadindo e ferindo a competitividade do certame**.



Opino, assim, que seja **dado provimento à impugnação** também neste ponto, determinando a **exclusão apenas do item 9.5.2.2** e, depois, ser o Edital em comento **novamente disponibilizado, reabrindo-se os prazos de lei.**

Item 9.5.4

Alegam os impugnantes que a **exigência de apresentação de Certificado de Boas Práticas de Armazenamento e Distribuição**, por **não estar disposto em lei** mas em **Resolução da ANVISA** (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), se trata de uma **exigência excessiva**, o que **compromete, restringe ou frustra o caráter competitivo da licitação** em estudo.

Ocorre que, pela Lei n.º 9.782/99, a **ANVISA** tem o **poder** de **regulamentar, regular, controlar e fiscalizar produtos e serviços** que envolvam **risco à saúde pública**, o que torna **legítima** a **Resolução RDC n.º 39/2013**, sobre procedimentos administrativos para a concessão de **Certificado de Boas Práticas de Armazenamento e Distribuição**, até porque o **direito à proteção da saúde prevalece sobre o direito ao livre exercício da atividade econômica.**

Deve, por conseguinte, ser **indeferida a impugnação** neste ponto, mantendo **integralmente o item 9.5.4.**

Em conclusão devem ser **indeferidas** as impugnações referentes aos **itens 9.1.1, 9.1.2, 9.1.3, 9.5.2, 9.5.2.3 e 9.5.4** mantendo-os incólumes no Edital; e, como resultado do **acolhimento** das impugnações aos itens **9.4.11.19.5.2.2**, **devem ser eles excluídos do Edital do Pregão Presencial n.º 2017.1505.001-SAÚDE**, republicando-o com as **correções** e reabrindo-se os **prazos** de lei.

Sob censura.

Limoeiro do Norte-CE, em 26 de junho de 2017.


Abel Ferreira Lopes,
Procurador do Município.
Dr. Abel Ferreira Lopes
Procurador do Município
OAB/CE 5326