



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

AO PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE ANITÁPOLIS

Pregão nº 15/2019

Sanigran Ltda, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 15.153.524/0001-90, sediada na Rua Jacob Gubaua, 250, Lamenha Grande, CEP 83507-500, Almirante Tamandaré (PR), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DOS FATOS

A Sanigran Ltda, interessada em participar da licitação Pregão nº 015/2019 que tem por objeto registro de preços para aquisição futura, eventual e parcelada de larvicida biológico BTI, analisou as previsões do edital encontrando o vício a seguir exposto:

1.1. ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA QUE IMOTIVADAMENTE VINCULA A FORNECIMENTO DE UMA MARCA

O art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93, que prevê:

Art. 7º [...]

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

É o que se vê no presente caso, pois a Administração exige como requisitos algumas especificações que são exclusivas de uma única marca e que somente ela produz, sem dar qualquer justificativa. Essa decisão infringe, também, jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Abstenha-se de definir as especificações dos produtos a serem adquiridos a partir das características de marcas específicas em atendimento ao disposto no art. 7º, § 5º e 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 295/2008 Plenário).

Observe com rigor, em todos os processos licitatórios, as normas pertinentes e que, ao especificar produtos, faça-o de forma completa, porém sem indicar marca, modelo, fabricante ou características que individualizem um produto particular. (Acórdão 1034/2007 Plenário).

A especificação, no edital, de produto ou bem cuja descrição e características correspondem a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

técnicas, afronta o disposto nos artigos 3º, caput e § 1º, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002. (2387/2013 – Plenário)

A reprodução de especificações técnicas mínimas idênticas às de equipamento de informática de determinada marca, em edital de licitação visando à aquisição desse item, restringe o caráter competitivo do certame, viola o princípio da isonomia e compromete a obtenção da proposta mais vantajosa. (2005/2012 – Plenário)

O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, da que resultou a exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, sem justificativa consistente, configura afronta ao disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei 8.666/1993. (1861/2012 - Primeira Câmara)

A Administração deve abster-se de estabelecer restrições que implicitamente correspondam à fixação de marca exclusiva, tal como a não aceitação de cartuchos e outros suprimentos de informática, compatíveis, similares aos originais dos equipamentos, em obediência ao art. 3º, § 1º, I, art. 7º, § 5º, e art. 15, § 7º, I, da Lei 8.666/1993. (696/2010 – Plenário)

Desta forma, resta evidente que fere os princípios da licitação incluir especificações técnicas e injustificadamente levem a cotação de determinada marca/produto, mesmo que não esteja explícito no edital.

No presente caso a especificação do edital vincula a cotação do produto "Vectobac 12 AS, da Sumitomo", visto que para o item 01 (Larvicida biológico BTI) exige CEPA AM 65-52, que é exclusiva desta marca.

Para melhor compreensão o ingrediente ativo (que é o que realmente faz efeito do produto) é o Bacillus Thuringiensis a 1200 UT. A cepa é a linhagem da bactéria da qual o produto é obtido, ora, se o produto tem o mesmo princípio ativo qual o motivo do órgão exigir forma específica de se obtê-lo?

É possível compreender que a Administração faz esta exigência visando a proteção das pessoas que utilizarão à água tratada, porém, é necessário demonstrar que a Administração está cometendo um equívoco ao exigir exclusividade a referida CEPA, sob o argumento de que esta é homologada pela OMS, pois não é esta CEPA que possibilita a utilização em água para consumo humano, mas sim, a ausência de "produção de enterotoxinas e β -exotoxinas". Explica-se.

A monografia de determinado produto químico é o documento que demonstra o resultado da avaliação e reavaliação toxicológica dos ingredientes ativos destinados ao uso agrícola, domissanitário, não agrícola, ambientes aquáticos e preservante de madeira, e trazem, entre outras informações, os nomes comum e químico, a classe de uso, a classificação toxicológica e as culturas para as quais os ingredientes ativos encontram-se autorizados, com seus respectivos limites máximos de resíduo.

No produto em questão, a monografia pode ser consultada através deste link¹. Analisando este documento é possível verificar que o ingrediente ativo "BACILLUS

1

<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117782/B01%2B-%2BBacillus%2Bthuringiensis.pdf/85be3e76-931e-4277-ae4e-f74e8673a2df>



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

THURINGIENSIS” (independentemente de marca) é aprovado para uso em água para consumo humano, desde que utilizado conforme indicação do rótulo.

A nota 2 da monografia traz um requisito que a “linhagem de *Bacillus thuringiensis* utilizada na formulação deve ser caracterizada e comprovar ausência de produção de enterotoxinas e β -exotoxinas e contaminação por outros microrganismos.”

Linhagem de *Bacillus Thuringiensis* é sinônimo de CEPA de *Bacillus Thuringiensis*.

Diante disto, o que possibilita ou proíbe a utilização do produto em água para consumo humano é a ausência de produção de “enterotoxinas e β -exotoxinas e contaminação por outros microrganismos”. A CEPA AM 65-52 exigida no edital cumpre este requisito, mas além desta, existem outras CEPAS que tem a mesma característica.

É necessário que o produto cotado não produza enterotoxinas e β -exotoxinas, pois são tóxicas também para vertebrados. Veja-se a explicação doutrinária:

Além das toxinas do cristal, ou deltaendotoxinas, algumas cepas de Bt produzem outras toxinas, denominadas exotoxinas, como a β -exotoxina que possui um amplo espectro de ação em insetos. **Porém, devido à sua toxicidade também para vertebrados, os biolarvicidas são obtidos a partir de cepas de Bt que não produzem β -exotoxinas** (POLANCZYK, R.; ALVES, S. *Bacillus thuringiensis*: uma breve revisão. *Agrociência*, v. 2, p. 1-10, 2003)

Um fator preponderante a ser analisado é que a ANVISA sequer registra produtos que tenha a produção de enterotoxinas e β -exotoxinas e, por dedução lógica, todo produto com ingrediente ativo “BACILLUS THURINGIENSIS” registrado na ANVISA pode ser utilizado em água para consumo humano. Para melhor análise do modo de ação do “BTi” é possível consultar esta tese de mestrado².

Há que se deixar claro que nem todos os fabricantes possuem interesse em obter homologação da OMS, pois possuem sua área de atuação restrita, como é o caso da Rogama. Em caso análogo, a doutrina entende que não é legal exigir a apresentação de certificação não compulsória no edital de licitação:

A certificação ISO retrata uma certa concepção acerca de excelência no cumprimento de rotinas e técnicas. Isso não significa que tal concepção seja necessária ou adequada à execução de um certo contrato administrativo. Ou seja, muitos dos requisitos indispensáveis à aludida certificação podem ser desnecessários à execução satisfatória do objeto contratual. Por outro lado, é perfeitamente imaginável que a natureza de um contrato específico comporte certas peculiaridades de que a certificação não cogita. Isso conduziria a riscos de duas ordens. Em primeiro lugar, poderia existir situação em que empresa que não cumprisse os requisitos de certificação se encontrasse em perfeitas condições de executar satisfatoriamente o objeto licitado. Em segundo lugar, poderia ocorrer de empresa certificada não atender às necessidades da Administração Pública — a hipótese até pode revelar-se pouco provável, mas é inquestionável que as exigências para certificação não são necessariamente adequadas para toda e qualquer contratação administrativa. Em suma, há enorme risco de que a exigência da certificação ISO represente uma indevida restrição ao direito de participar da licitação. Mas isso não é o mais grave, pois existe questão jurídica de muito maior relevância. Trata-se de que a

² <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/3931/2/000004.pdf>



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

ausência da certificação ISO não significa inexistência de requisitos de habilitação. Uma empresa pode preencher todos os requisitos para obtenção da certificação, mas nunca ter tido interesse em formalizar esse resultado. Exigir peremptoriamente a certificação como requisito de habilitação equivaleria a tornar compulsória uma alternativa meramente facultativa: nenhuma lei condiciona o exercício de alguma atividade à obtenção do Certificado ISO. Portanto, obtém a certificação quem o desejar (e preencher os requisitos pertinentes, é óbvio). (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 436.)

O TCU também se manifestou no mesmo sentido:

Irregularidade: inclusão, no edital e no contrato decorrente, de exigência de apresentação, pelas licitantes, de Certificação ISO, considerada desnecessária e restritiva, afrontando ao art. 37 da CF/88 e ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, bem como descumprindo determinação do TCU expressa na Decisão Plenária 1.526/02-P, de 06/11/2002. (...) 33. Aproveitando excerto de ensinamento de Marçal Justen Filho, citado na defesa dos responsáveis — “Para concluir, nada impede que o ato convocatório preveja certificado ISO como evidência de habilitação. O que não se admite é a vedação de participação das empresas não certificadas. Dever-se-á assegurar aos interessados, mesmo não dispondo da certificação, a faculdade de comprovar sua idoneidade para execução do objeto licitado”. (Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Marçal Justen Filho, 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 340) —, perguntamos: foi dada oportunidade aos demais licitantes que não possuíam a certificação requerida de comprovar sua idoneidade para execução do objeto? Pelo que observamos nos dispositivos editalícios aqui citados, ficou claro que não. (...) 43. O Tribunal reiteradas vezes já se manifestou a respeito da exigência de certificação ISO, considerando-a ilegal como requisito de habilitação técnica, porém aceitando-a como critério de pontuação (Decisões Plenárias 408/96, 20/98 e 140/99; Acórdão 1937/2003 — Plenário). No caso em tela, como se tratava de uma licitação na modalidade pregão, que tem como critério de julgamento obrigatório o menor preço, não seria possível estabelecer um procedimento de pontuação técnica. Tal fato, entretanto, não pode justificar a inserção de tal exigência como se item de qualificação técnica fosse, ou seja, com caráter eliminatório. (Acórdão) (...) 9.1. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. (omissis), em face da inclusão, no edital e no contrato decorrente, de exigência de apresentação, pelas licitantes, de Certificação ISO, considerada desnecessária e restritiva ao caráter competitivo do certame, afrontando o art. 37 da Constituição Federal e o art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, bem como descumprindo determinação do TCU expressa na Decisão 1.526/02-TCU-Plenário, de 06/11/2002.3 (TCU — AC 1890-38/07-P — Sessão: 12/09/2007 — Relator: Ministro Raimundo Carreiro)

9.2. determinar à Agência de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex Brasil) que, nas próximas licitações: (...) 9.2.4. abstenha-se de exigir, nas licitações realizadas na modalidade pregão, certificados da série ISO 9000 e carta de solidariedade do fabricante, por falta de amparo legal, uma vez que esses expedientes não compõem o rol dos documentos habilitatórios contidos no Capítulo V do seu Regulamento de Licitações e Contratos; (Relatório) 21. Nesse mesmo projeto, no item denominado Proposta Comercial, prescrevesse que, caso a licitante não seja o próprio fabricante dos equipamentos ofertados, deverá apresentar carta do fabricante, específica para essa licitação e dirigida à Apex, em nome da licitante, responsabilizando-se com os prazos de atendimento, serviços de assistência técnica e fornecimento de peças de reposição durante a vigência do contrato. (...) 25. Para melhor elucidar a questão, transcrevemos, a seguir, trecho do voto condutor do Acórdão n. 223/2006 — Plenário, no qual o Excelentíssimo Ministro Relator, Benjamin Zymler, posiciona-se em relação à exigência de carta de solidariedade: “Contudo, se a exigência da declaração de solidariedade não puder ser enquadrada na documentação prevista nos arts. 28 a 32 da Lei de Licitações, então será descabida. E é exatamente essa a situação. Dessa forma, ainda que entenda que a Administração precisa criar mecanismos para se proteger, não é possível estabelecer exigências adicionais, além das previstas em lei, para a fase de habilitação. Assim sendo, a Administração dispõe, dadas as restrições legais, das seguintes alternativas: a) pontuar tal garantia na licitação modalidade técnica e preço; b) exigência



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

de garantia (art. 56 da Lei n. 8.666/1993) para a execução contratual; c) estipulação de multa contratual.” 26. Vimos, então, que o Tribunal não admite a exigência de carta de solidariedade como critério de habilitação, haja vista que ela deixa ao arbítrio do fabricante indicar as empresas participantes da licitação, pois esse documento pode ser negado a algumas delas em benefício de outras. (TCU — AC-0539-13/07-P — Sessão: 04/04/2007 — Relator: Ministro Marcos Bem-querer Costa)

Por fim, um entendimento mais atual que demonstra que não é lícito exigir certificação não compulsória:

1. É lícito a Administração exigir, como critério de aceitação das propostas, que os produtos de informática ofertados pelos licitantes cumpram os requisitos técnicos previstos na Portaria Inmetro 170/2012. Todavia, **não pode ser exigida a certificação correspondente, pois constitui modalidade voluntária de certificação, cuja emissão depende de requerimento do fabricante dos produtos, o qual não tem obrigação legal de fazê-lo.**

Pedido de Reexame, em sede de representação, questionou acórdão do TCU que considerara ilegal a exigência de certificação na forma da Portaria Inmetro 170/2012. No caso concreto, a exigência da referida certificação fora feita a título de documentação técnica a ser apresentada pelo proponente primeiro classificado, não se tratando, portanto, de exigência para habilitação. Reconheceu o relator que “há precedentes neste Tribunal que consubstanciam o entendimento de que a exigência de apresentação de certificações com base na Portaria 170 do Inmetro e no Decreto 7.174/10 é permitida em licitações como requisito dos bens a serem adquiridos, e não como critério de habilitação”, a exemplo dos Acórdãos 1225/2014 e 165/2015 Plenário. No entanto, ponderou o relator que a exigência de documentação técnica feita no edital “pelo menos em tese, pode constituir óbice para competitividade do certame. Isso se dá pelo fato de que, apesar do fato de a emissão do documento não estar vinculada a nenhuma instituição certificadora específica, e de se ter como objetivo a demonstração da adequação técnica do objeto ofertado, o estabelecimento da exigência de certificação de adequação técnica segundo normas do Inmetro, como único meio de comprovação do cumprimento dos requisitos do produto, a meu ver, pode representar uma restrição indevida do universo potencial de licitantes”. Frisou o relator que “a Portaria nº 170, de 10 de abril de 2012, estabeleceu, sob a modalidade de certificação voluntária, os requisitos técnicos para 2 produtos de informática, uma vez que tal avaliação de conformidade tem como única finalidade informar e atrair o consumidor. Efetivamente, não se trata de uma certificação compulsória (obrigatória), pois não é resultante do exercício do poder de polícia da autarquia. Logo, é razoável que a Administração exija dos licitantes que os produtos por eles ofertados cumpram os requisitos técnicos previstos na referida norma, mas não podem ser obrigados a apresentar a certificação correspondente, pois ela é emitida por requerimento do fabricante, que não tem nenhuma obrigação legal de fazê-lo”. Conhecendo do Pedido de Reexame, o ministro relator votou pela negativa de provimento, sendo seguido pelo Plenário. Acórdão 445/2016 Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro Raimundo Carreiro.

Além disto, é ilegal vincular a aceitação de um produto à uma organização internacional, visto que cabe a ANVISA a regulação deste tipo de produto no Brasil, conforme as informações disponibilizadas em seu site:

Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é uma autarquia sob regime especial, que tem sede e foro no Distrito Federal, e está presente em todo o território nacional por meio das coordenações de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados.

Tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados.

Para garantir que o produto pode ser utilizado com segurança, inclusive em água para consumo humano a Administração deve exigir que o produto seja registrado na ANVISA e que não haja produção de "produção de enterotoxinas e β -exotoxinas" e **não exigir CEPA específica.**

Entende-se, assim, que o edital deve ser alterado para que outras marcas possam participar, bastando que a Administração ajuste a especificação para possibilitar a ampla concorrência, de acordo com o apontado acima.

2. DA FORMA DE CÁLCULO DO PRAZO DE IMPUGNAÇÃO

Diante do recebimento de julgamentos de impugnações calculando de forma equivocada o prazo e se antecipando a uma inesperada declaração de intempestividade da presente peça a impugnante vem apresentar a correta forma de cálculo do prazo de impugnação, **que deve ser analisada, somente no caso de a Administração pretender considerar a presente impugnação intempestiva.**

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

No caso da impugnação a contagem do prazo é um pouco mais complexa visto que é um prazo "para trás", também conhecida como contagem regressiva. Na impugnação dos editais, o prazo é de 2 (dois) dias úteis antes do certame, (inciso II do artigo 41 da Lei 8.666/1993, para as licitantes, nas modalidades tradicionais, e artigo 12 do Decreto 3.555/2000, para qualquer pessoa, no pregão). Ou seja, se a licitação for marcada para quinta-feira a impugnação deve ser apresentada na terça-feira, pois não conta a quinta-feira, que é o dia de início, e conta a quarta e a terça-feira, que é o dia final.

Esse tema foi abordado no Acórdão nº 2.625/2008 – TCU – Plenário, cujo relator foi o Ministro Raimundo Carreiro:

1.1.4. Todavia, cabem três ressalvas em relação à resposta da Caixa.

1.1.4.1. A primeira acerca da contagem legal dos prazos. No caso, o dia de início da contagem regressiva, a ser desconsiderado nos termos do art. 110 da Lei nº 8.666/93, foi o dia 11/7/2008. O primeiro dia útil foi o dia 10/7/2008. E o segundo dia útil, prazo limite para impugnação do edital, foi o dia 9/7/2008. Assim, equivocou-se a Caixa quando alega que "considerou de bom tom estender este prazo até as 08hs do dia 09/07", uma vez que a lei estabelece a contagem dos prazos em dias, e não em horas.

Para facilitar a compreensão, sendo o certame no dia 20, o dia 19 é um dia antes, e o dia 18 é dois dias antes, pois exclui o primeiro (dia 19) e inclui o último (dia 18). Estando



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

permitida a impugnação até dois dias antes, a impugnação deve ser aceita como tempestiva, neste exemplo, se apresentada até o dia 18, inclusive, ou seja, até o último minuto de expediente do dia 18.

Desta forma, caso a Administração entenda que a impugnação é intempestiva, deverá primeiramente analisar os presentes argumentos e verificar se não está efetuando a contagem de forma equivocada.

3. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer-se:

1) O recebimento da presente impugnação, julgando-a procedente e alterando as previsões do edital.

2) Que sejam comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails tiago.sandi@sandieoliveira.adv.br, bruna.oliveira@sandieoliveira.adv.br e contato@sandieoliveira.adv.br, sob pena de nulidade.

Nestes termos, pede deferimento.

Almirante Tamandaré (PR), 3 de dezembro de 2019.

Tiago Sandi
OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633