

**ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) AUTORIDADE RECUSAL (A) DA
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAJÁ-RN, QUEM COUBER POR
DETERMINAÇÃO LEGAL.**

PREGÃO ELETRÔNICO 012001/2022

GAHE GASES E TRANSPORTE EIREILI, pessoa jurídica de direito privado, portador do CNPJ nº 33.152.064/0001-67, com sede na Av. Jerônimo Rosado, 96 "C", Centro, Baraúna-RN, CEP nº 59.695-000, , vem através de seu representante legal que esta subscreve, exercendo o direito de petição perante os órgãos públicos (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da Constituição Federal), apresentar

**RECURSO ADMINISTRATIVO
COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO**

com fulcro nos art. 109, inciso II, da Lei 8.666 de 1993 e art. 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/02 e com fundamento nos fatos e direitos a seguir expostos:

EXPOSIÇÃO FÁTICA

01. A Prefeitura Municipal de Itajá-RN, lançou Edital de licitação (Pregão Eletrônico nº 012001/2022) visando o registro de preços para eventual e futura aquisição de oxigênio medicinal, para atender a demanda da Secretaria Municipal de Saúde e Vigilância Sanitária de Itajá-RN

02. Ocorre que após a fase de lances a empresa recorrente foi inabilitada por não ter apresentado a autorização de funcionamento da ANVISA e por supostamente os preços estarem acima do de referência. Ocorre que o pregoeiro sequer deu oportunidade para oferta de preços, nem informou qual era o preço de referência, estando a decisão equivocada também porque é desnecessária a apresentação da AFE.

03. Isso porque as empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases, tais como a recorrente, não são necessários possuir quaisquer autorização de Funcionamento da ANVISA.

04. Na realidade, a ANVISA ainda não estabeleceu os requisitos para a concessão de AFE das empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais, sendo inaplicável a RDC 16/2014 ao caso, pois a notificação de gases medicinais encontra-se suspensa.

05. Perceba, portanto, que a recorrente não necessita de AFE para seu funcionamento, restando portanto indevida sua desclassificação, conforme percebe-se na informação constante no próprio site da ANVISA e nas demais considerações a seguir delineadas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I – DO EFEITO SUSPENSIVO

06. De início requer que seja atribuído o efeito suspensivo ao presente recurso, nos termos do art. 109, §2º da Lei 8.666 de 1993. Requer tal solicitação, tendo em vista, que a continuidade da licitação trará notórios danos ao petionário.

II - DA INDEVIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO RECORRENTE

07. Como já adiantado no resumo dos fatos, é equivocada a desclassificação do recorrente por não ter apresentado a AFE da ANVISA já que ela realiza somente as etapas de distribuição, armazenamento e

transporte de gases, nessa feita, não é necessária possuir quaisquer autorização de Funcionamento da ANVISA, conforme indicação constante no próprio site da ANVISA.

08. Vislumbre que a licitação detém como objeto o registro de preços para eventual e futura aquisição de oxigênio medicinal, para atender a demanda da Secretaria Municipal de Saúde e Vigilância Sanitária de Itajá-RN. O gás medicinal é regulado pela RDC nº 70/2008, de 1º de outubro de 2008 da ANVISA, que trouxe a obrigatoriedade dos fabricantes de gases medicinais procederem à devida adequação a esta legislação (art. 2º).

09. **Contudo as referidas resoluções tiveram seus prazos suspensos pela RDC nº 25/2015 da ANVISA, ou seja, atualmente a notificação de gases medicinais está suspensa,** senão vejamos a referida resolução:

RESOLUÇÃO Nº 25, DE 25 DE JUNHO DE 2015 MINISTÉRIO DA SAÚDE AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DIRETORIA COLEGIADA DOU de 26/06/2015 (nº 120, Seção 1, pág. 26) Dispõe sobre a Suspensão de Prazos Relativos à Notificação de Gases Medicinais Estabelecidos na Resolução-RDC nº 68, de 16 de dezembro de 2011.

A DIRETORIA COLEGIADA DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, no uso das atribuições que lhe confere os incisos III e IV, do art. 15 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, o inciso V, e §§ 1º e 3º do art. 5º do Regimento Interno aprovado nos termos do Anexo I da Portaria nº 650 da Anvisa, de 29 de maio de 2014, tendo em vista os incisos III, do art. 2º, III e IV, do art. 7º da Lei nº 9.782, de 1999, o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Agência, instituído por meio da Portaria nº 422, de 16 de abril de 2008, e conforme deliberado em reunião realizada em 24 de junho de 2015, adota a seguinte Resolução da Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente Substituto, determino a sua publicação:

Art. 1º - Fica suspenso o prazo estabelecido pelo art. 1º da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 68, de 16 de dezembro de 2011.

Art. 2º - Fica também suspenso o prazo estabelecido no item 4.13. do Anexo I da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 70, de 1º de outubro de 2008, alterado pela Resolução da Diretoria Colegiada nº 68, de 16 de dezembro de 2011.

Art. 3º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

IVO BUCARESKY - Diretor-Presidente - Substituto

10. Apesar da RDC nº 70/2008 trazer a obrigatoriedade dos fabricantes de gases medicinais procederem à devida adequação a esta legislação (art. 2º) nada tratou das empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais, o que significa dizer que estas empresas não precisam deter AFE da ANVISA. Tal

fato é tão verdadeiro que a própria ANVISA em seu site¹ trouxe a referida informação senão vejamos:

(...) 2. Os gases medicinais são regulados pela Anvisa?

Sim, os gases medicinais são regulados pela Anvisa.

Alinhada com as tendências internacionais de classificar estes produtos como medicamentos, e considerando as especificidades dos gases medicinais, a ANVISA publicou as Resoluções, RDC n. 69 e n. 70, de 1º de outubro de 2008.

A RDC n. 69/2008 estabelece as Boas Práticas de Fabricação de gases medicinais e a RDC n. 70/2008 estabelece a lista de gases medicinais de uso consagrado e de baixo risco sujeitos a notificação e os procedimentos para a notificação. Os gases medicinais não relacionados na lista da RDC 70/2008 devem ser submetidos a registro junto a ANVISA.

É por meio da notificação que as empresas comunicam a fabricação de gases medicinais à ANVISA.

Todavia, atualmente a notificação de gases medicinais está suspensa, conforme Resolução RDC n. 25, de junho de 2015.

4. As empresas que fabricam gases medicinais são reguladas pela Anvisa?

Sim. Todas as empresas que participam das etapas de produção de gases medicinais, tais como síntese química, compressão ou separação de gases e qualquer tipo de envase são reguladas pela ANVISA.

Assim, embora a notificação dos Gases Medicinais esteja suspensa, todas as empresas que fabriquem ou envasem gases medicinais devem obrigatoriamente possuir a Autorização de Funcionamento – AFE, expedida pela ANVISA e cumprir com os requerimentos de Boas Práticas de Fabricação, estabelecida pela RDC N. 69/2008, alterada pela RDC 9, de 04 de março de 2010.

A concessão de AFE é orientada pelas Resoluções RDC 16, de 01 de abril de 2014 e RDC 32, de 5 de julho de 2011, que abrangem empresas fabricantes e envasadoras de Gases Medicinais.

¹ <http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produtos/gases-medicinais/informacoes-gerais>

Considerando o impacto regulatório no mercado de gases medicinais e as especificidades do setor, a ANVISA ainda não estabeleceu os requisitos com a concessão de AFE para as empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais e, portanto, essas empresas não necessitam de AFE para seu funcionamento.

Os estados e municípios, com base em legislações próprias, podem expedir Licença Sanitária para empresas distribuidoras, armazenadoras e transportadoras de Gases Medicinais. (...)

11. Percebe-se, portanto que para as empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases, tais como a recorrente não são necessário possuir AFE da ANVISA. Ressaltasse que há jurisprudência nesse sentido, senão vejamos o seguinte julgado:

Processo: 0800102-38.2019.8.20.5127 Parte Autora: IMPETRANTE: ING - INDUSTRIA NORDESTINA DE GASES EIRELI - ME Parte Ré: IMPETRADO: MUNICIPIO DE SANTANA DO MATOS/RN

DECISÃO

Trata-se de pedido de liminar em Mandado de Segurança impetrado por ING – INDUSTRIA NORDESTINA DE GASES EIRELI - ME contra ato supostamente ilegal do da Pregoeira da Prefeitura Municipal de Santana dos Matos, Sra. Francisca Liane de Araújo Alves, sua equipe de apoio, e da Comissão Permanente de Licitação designada pela Portaria nº 040/2019.

Aduz o impetrante, em síntese, que o Edital de Licitação (Pregão Presencial nº 028/2019, Proc. Administ. MSM/RN nº 871/2019), que tem como objeto o Registro para possível aquisição gradativa de recarga de gás oxigênio medicinal, exigiu no item 7.1.4, alínea "c" (ID42173841) Autorização de Funcionamento da ANVISA.

Em razão disso, o impetrante impugnou o Edital, no entanto, a Pregoeira indeferiu o referido pedido (ID42173894), tendo ele alegado que tal cláusula restringe o caráter competitivo da licitação. Alega ter o direito líquido e certo a participar da licitação, vez que a resolução que exigia-se tal Autorização de Funcionamento – AFE – teve seus prazos suspensos pela RDC nº 25 de 25.06.2015 da ANVISA, ou seja, atualmente a notificação de gases medicinais está suspensa.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, recebo a petição inicial, pois, a princípio, estão presentes as condições da ação e os pressupostos

processuais, nos termos do art. 6º, da Lei nº 12.016/2009 c/c arts. 282 e seguintes, do Código de Processo Civil.

Quanto à tutela de urgência, passo a analisar a presença dos pressupostos previstos no artigo 7º, III, da Lei 12.016/09, quais sejam, (a) a relevância do fundamento e (b) risco de ineficácia da ordem mandamental, o denominado periculum in mora. Ao compulsar os autos, é de se reconhecer que estão presentes os requisitos para concessão liminar da ordem mandamental pleiteada.

Em relação à relevância do fundamento, vale destacar, por importante, que não consta do rol exaustivo do art. 30 da Lei nº 8.666/93, a exigência de Autorização de Funcionamento (AFE) expedida pela Agência Nacional de Vigilância (ANVISA), ainda que se alegue que tal exigência seja cabível com fulcro no inciso IV do art. 30 do referido diploma legal.

Assim, a exigência desta magnitude deveria ser feita dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade de modo a não restringir a competitividade do certame.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança 5.606-DF-(98.0002224-4) afirma que: “As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa”.

Além disso, em consulta ao site oficial da ANVISA, em 24 de abril de 2018, que dispõe sobre o assunto – <http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produtos/gasesmedicinalis/informacoes-gerais> –encontrou-se os seguintes dizeres: “Considerando o impacto regulatório no mercado de gases medicinais e as especificidades do setor, a ANVISA ainda não estabeleceu os requisitos com a concessão de AFE para as empresas que realizam as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais e, portanto, essas empresas não necessitam de AFE para seu funcionamento.”

Ademais, conforme disposto no §1º, inciso I, do art. 3º da Lei nº 8.666/93, é “vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em

razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

Quanto ao risco de ineficácia da ordem mandamental, o denominado *periculum in mora*, observa-se que o mesmo restou demonstrado, pois o impetrante, em face do indeferimento pedido de impugnação pela pregoeira, pode, caso não seja deferido o pleito liminar, vir a sofrer inúmeros prejuízos e transtornos ínsitos ao procedimento licitatório em análise.

Portanto, entendo haver elementos plausíveis para o deferimento da tutela de urgência. Ressalte-se, por fim, que o caso dos autos não trata de qualquer das vedações à concessão de tutela de urgência contra o Poder Público previstas no art. 1º da Lei 9.494/97 e no art. 7º, § 2º, da Lei 10.016/09.

Contudo, entendo que a suspensão do certame não atende ao interesse público, uma vez que pode prejudicar indevidamente a contratação, uma vez que, se a Administração logrou realizar o registro de preços para insumo de tanta importância, subsiste a necessidade de realizar a devida contratação em tempo hábil.

Desta feita, o certame licitatório deverá prosseguir normalmente, abstendo-se o poder público municipal, contudo, de desclassificar quaisquer licitantes que não tenham atendido o item 7.1.4, alínea "c" (ID42173841) Autorização de Funcionamento da ANVISA.

Ante o exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido de liminar, apenas para determinar que o ente público municipal se abstenha de desclassificar qualquer licitante por não atendimento ao item 7.1.4, alínea C (Autorização de Funcionamento da ANVISA) do Edital do Pregão Presencial nº 028/2019, Proc. Administ. MSM/RN nº 871/2019, até o julgamento final do presente mandamus, sob pena de eventual responsabilização administrativa (improbidade), civil e/ou penal.

Poderá a autoridade administrativa, por critério de conveniência e oportunidade administrativos, revogar eventual fase posterior do certame e republicar o edital sem a exigência do item 7.1.4, alínea C, a fim de propiciar maior publicidade e participação de licitantes interessados.

Notifique-se a autoridade coatora para cumprir esta decisão e para, no prazo legal, prestar informações. Dê-se ciência do presente mandamus à Procuradoria deste Município, para os fins do inciso II do artigo 7º da Lei

12.016/09. Em seguida, abra-se vista dos autos ao Ministério Público, para se manifestar no prazo improrrogável de 10 (dez) dias (art. 12 da Lei n. 12.016/09).

Após tudo isso, retornem os autos conclusos para julgamento.

Expedientes necessários. Cumpra-se.

SANTANA DO MATOS/RN, 24 de abril de 2019

DEMETRIO DEMEVAL TRIGUEIRO DO VALE NETO
Juiz de Direito

12. Vale dizer ainda que RDC nº 16 de 01 de Abril de 2014 não se aplica ao caso posto por tratar somente das empresas fabricam e envasam gases medicinais, não se tratando da recorrente eis que somente realiza as etapas de distribuição, armazenamento e transporte de gases medicinais e, portanto, não necessita de AFE para seu funcionamento.

13. Dessa forma podemos perceber que restou indevida a desclassificação do recorrente especialmente porque o pregoeiro sequer deu oportunidade para oferta de preços, nem informou qual era o preço de referência, **restando completamente injusta a desclassificação por falta de clara motivação (fática e jurídica) do ato administrativo.**

III - DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

14. Perceba que a exigência da Autorização de Funcionamento da ANVISA que culminou na desclassificação da recorrente, não possui qualquer embasamento jurídico, notadamente porque a Lei 8.666/93 não prevê que os licitantes tragam os referidos documentos na qualificação técnica.

15. Veja julgador, o art. 30 da Lei nº 8.666/93 enumera os documentos que poderão ser exigidos para fim de comprovação da qualificação técnica, entre os quais não se incluem os documentos exigidos, senão vejamos na íntegra o que diz art. 30 da Lei nº 8.666/93:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da

qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

16. As exigências de qualificação técnica contidas no art. 30 da Lei n. 8.666, de 1993, são "*números cláusulas*", vale dizer, encontram-se esgotadas naquele dispositivo, sendo defeso à Administração Pública inovar, sob pena de estar atuando fora dos limites da lei e indo de encontro ao princípio da legalidade. Nesse sentido, cumpre colacionar, aresto do Tribunal de Contas da União que se manifestou nos seguintes termos:

[...] as exigências contidas no art. 30 da Lei n. 8.666, de 1993, são do tipo numerus clausus, ou seja, encontram-se esgotadas naquele dispositivo, sendo defeso, aos diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, inovar. [...] (TCU, Decisão n. 739/2001, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 26.9.2001) (Grifado)

17. Diferente do particular a Administração Pública possui limites, não estando livre para fazer ou deixar de fazer algo de acordo com a vontade de seus administradores, mas deverá obedecer à lei em toda a sua atuação. Se não há na lei a necessidade do licitante trazer tais documentos objeto da desclassificação do recorrente não pode o Progeiro exigí-lo, pois se assim o for estará extrapolando os limites da competência que lhe foi legalmente atribuída (excesso de poder).

18. O princípio da legalidade encontra-se previsto no, caput, do art. 37 da Constituição Federal, princípio este de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei n° 8.666, cujo art. 4° estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1° têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.

19. Ademais, cumpre ressaltar, que eventuais exigências de qualificação técnica, não explicitadas no art. 30 da Lei n. 8.666, de 1993, somente seriam justificáveis se os referidos requisitos fossem previstos em lei especial, passando a situação, então, a enquadrar-se no inciso IV do referido art. 30. Tal situação, entretanto, consoante posicionamento do TCU

(Decisão n. 739/2001, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 26.9.2001) caso existente, deve ser expressamente consignada no edital de licitação, em nome da motivação que deve nortear os atos administrativos. Fato este que não se verifica no Edital, pois sequer aludiu eventuais leis especiais que estejam a requerer o cumprimento das ditas exigências desarrazoadas.

20. Acerca do assunto, observe o que diz o Jurista Marçal Justen Filho²: “O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, a cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir o mais do que ali previsto. Mas poderá demandar menos.”

21. Se não há determinação legal que determine a exigência efetuada pelo pregoeiro sua decisão traduz ordem incompatível com a Constituição Federal que estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

22. Na mesma esteira, Hely Lopes Meirelles, pai do Direito Administrativo Brasileiro leciona que “Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza”.

IV - DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS E DA RESTRIÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO

23. Por conseguinte, cumpre salientar, que as exigências solicitada pelo pregoeiro restringem o caráter competitivo da licitação o que é vedado por lei, de acordo com o inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93. Vejamos:

Art. 3º da Lei 8666/93

² (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 306).

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (negrito e grifo nosso)

24. **Por fim, cumpre registrar, que a decisão do Pregoeiro evitará que o menor preço seja adquirido pelo Município, pois foi o recorrente detinha o melhor preço da disputa, sequer podendo oferecê-lo já que sequer foi deferido essa oportunidade, havendo clara ofensa ao princípio da economicidade e fundamentação dos atos administrativos.**

DOS PEDIDOS

Ante o acima exposto, vimos à Presença de Vossa Excelência, com o devido respeito e máximo acatamento, a fim de requerermos, que se digne em:

01 – Deferir o recurso administrativo, isto é:

- a) Que a empresa recorrente seja habilitada por ter cumprido com todos os requisitos exigidos no Edital, consoante argumentos anteriormente expostos;
- b) Seja retirado do Edital e desconsiderada as supostas cláusulas desatendidas pelo recorrente;
- c) Seja reaberto a disputa de preços.

02 – Caso não seja possível o deferimento do item anterior:

- a) Que seja oficiado ao Ministério Público Estadual, pois é o fiscal da lei nesses casos (art. 101 da Lei 9.866 de 1996).
- b) Surgirá margem para a interposição de uma ação anulatória de ato administrativo, mandado de segurança e representação junto ao Ministério Público e Tribunal de Contas, tratando-se de vias judiciais.

03 – Seja julgado o presente recurso, procedente para o fim de manter em legítimo o processo licitatório e de acordo com as Legislações pertinentes à matéria.

04 – De qualquer decisão proferida seja fornecida as fundamentações jurídicas da resposta e todos os pareceres jurídicos a este respeito atendendo o princípio da motivação dos atos administrativos.

05 – Seja respeitado o Princípio da Publicidade, Contraditório e Ampla Defesa, notificando o recorrente através de AR (Aviso de Recebimento) para tomar ciência do julgamento.

Nesses termos, pede deferimento.

Natal/RN, 3 de fevereiro de 2022.

SOCIO: PEDRO GABRIEL MAIA SILVA
RG: 003.324.758
CPF: 082.725.594-20