

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO
PERMANENTE DE LICITAÇÃO. FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE.
MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS/ES.**

EDITAL DE CREDENCIAMENTO Nº 002/2017.

PROCESSO Nº 010.950/2017.

LABORATÓRIO FERRARI LTDA-ME, pessoa jurídica de direito privado, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 11.716.483/0001-41, estabelecida na Rua Emília Roepke Boldt, 35-C, Centro, Santa Maria de Jetibá – ES, CEP 29645-000, telefone (27) 3263-2265, endereço eletrônico laboratorioferrari@hotmail.com, neste ato por seu sócio proprietário **JEFFERSON FERRARI TORNEIRI**, brasileiro, casado, farmacêutico, portador da CI n.º 1.626.747-ES e do CPF n.º 088.839.647-30, residente na Rodovia Kurt Karl Ludwig Kerckoff, 214, Vila Nova, Santa Maria de Jetibá – ES, CE 29645-000, vem, com fulcro no § 2º, do artigo 41, da Lei nº 8.666/93, no prazo legal, à presença de V. Exa., a fim de

IMPUGNAR

os termos do Edital em referência, que adiante especifica, o que faz na conformidade seguinte:

I – DA TEMPESTIVIDADE.

Nos termos do artigo 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93, o licitante deverá interpor a impugnação no prazo de dois dias úteis, que anteceder a abertura dos envelopes.

71

No edital em questão, item 4.1, não resta determinada a data para a abertura dos envelopes, somente estando fixada o período para entregas dos mesmos (item 3.1), senão vejamos:

3 – DA DATA, LOCAL E HORA PARA A ENTREGA DOS ENVELOPES:

3.1 - O recebimento dos envelopes referentes ao Credenciamento dar-se-á no Setor de Licitações do Fundo Municipal de Saúde de São Mateus/ES, no endereço acima, no período de 22/08/17 à 12/09/2017, das 13:00 às 17:00 horas.

4 - DA DATA, LOCAL E HORA PARA ABERTURA DOS ENVELOPES:

4.1 - Os envelopes serão recebidos pela Comissão Permanente de Licitação e a sua abertura será em sessão pública que será divulgada nos meios de comunicação oficial do município em até dois dias úteis após o recebimento dos envelopes.

Sem maiores delongas, tempestiva a presente impugnação.

II – DOS FATOS.

A impugnante obteve conhecimento do Edital de Credenciamento, através da publicação do mesmo no Diário Oficial dos Poderes do Estado, tendo total interesse em participar do certame.

Ao verificar as condições para participação no pleito em tela, deparou-se a mesma com as exigências formuladas nos itens nº 1.2 e 5.1, que vem assim redacionadas:

1 – DO OBJETO:

1.1 – Constitui objeto do presente, o Credenciamento de empresas especializadas, para a prestação de serviços referentes a realização de exames citopatológicos e anatomopatológicos conforme rotina adotada pela Secretaria Municipal de Saúde, observados os prazos e procedimentos descritos no edital e anexos.

71

1.2 - Somente poderão participar deste credenciamento empresas que ofereçam atendimento e possuam estrutura física situada dentro do perímetro do Município de São Mateus, legalmente constituídas e integradas por profissionais habilitados a desenvolver os serviços objeto do presente. (Grifo nosso).

5 - DAS CONDIÇÕES GERAIS PARA A PARTICIPAÇÃO:

5.1 - Somente poderão participar deste credenciamento, empresas que desenvolvam atividade compatível com o objeto desta licitação, ofereçam atendimento e possuam estrutura física situada dentro do Município de São Mateus, e atendam a todas as exigências contidas neste edital e seus anexos, além das disposições legais, independentemente de transcrição.

5.4 - Não será permitida a participação de empresas que não prestem todos os tipos de exames previstos neste edital.

Sucedem que, tais exigências são absolutamente ilegais, pois afrontam às normas que regem o procedimento licitatório adotado, como à frente será demonstrado.

III - DA ILEGALIDADE.

De acordo com o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, prevê:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

No mesmo artigo 3º, inciso I, §1º, preconiza o que 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 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; (grifo nosso).

O princípio da competitividade é considerado pela doutrina, como um dos princípios cardeais da licitação, tanto que se existirem conluíus ou de qualquer forma faltar à competição, o instituto da licitação é inexistente. Nesse sentido, assevera o ilustre doutrinador Adilson Abreu Dallari em seu livro Aspectos Jurídicos da Licitação:

"... interessa para a administração receber o maior número de proponentes porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas".

"... na fase de habilitação não deve haver rigidez excessiva, deve se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo (negritou-se), irrelevante para essa comprovação isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; convém ao interesse público que haja o maior número possível de participantes."

Na esteira desse entendimento, foi publicada a Súmula nº 247 do TCU, que estabeleceu que:

"É obrigatória à admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade".

Na medida que os indigitados itens do Edital estão exigindo que o Laboratório que participará do certame, ofereça

atendimento e possua estrutura física situada dentro do perímetro do Município de São Mateus, bem como que prestem todos os tipos de exames, não resta dúvida que o ato de convocação de que se cogita consigna cláusulas manifestamente comprometedoras ou restritivas do caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação.

De acordo com a Lei nº 8.666/1993, é obrigatório o parcelamento quando o objetivo da contratação tiver natureza divisível, quando não acarrete prejuízo para o conjunto a ser licitado, como no presente caso.

Ainda na Lei nº 8.666/93, no artigo 30, § 5º resta expresso:

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação. (Grifo nosso).

Como se não bastasse, os itens objurgados, ferem igualmente o princípio da isonomia consagrada no art. 5º, da Constituição Federal.

O Princípio da Igualdade é contrariado quando há no certame exigências de marca, domicílio do licitante e outras que apenas visam afastar a competitividade do certame de Licitação.

O edital que não cumprir com a Legislação pertinente a sua modalidade, estará eivado de vício, devendo ser corrigido.

O entendimento no nosso Egrégio Tribunal de Justiça em situação semelhante direciona-se no mesmo sentido ora impugnado, vejamos:

LICITAÇÃO - CLÁUSULAS QUE RESTRINGEM O CARÁTER COMPETITIVO - COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE COM LIMITAÇÃO DE TEMPO - IMPOSSIBILIDADE - "Mattos Ltda. Proc. Originário nº 001110025895. Acórdão. Ementa. Agravo de instrumento. Direito administrativo. Licitação. Proposta mais vantajosa. Cláusulas que restringem seu caráter competitivo. Impossibilidade. Comprovação de atividade com limitação de tempo. Impossibilidade. 1. A licitação objetiva garante a proposta mais vantajosa para a administração em conformidade com os

7

princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, dentre outros, **sendo expressamente vedado cláusulas que restrinjam seu caráter competitivo.** Art. 3º da Lei nº 8.666/1993. 2. Não se pode exigir comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo que inibam a participação na licitação, ressalvados os casos previstos em lei. Art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/1993. 3. O fato de uma empresa possuir revenda do fabricante no Estado do Espírito Santo, por no mínimo 5 (cinco) anos, não atesta suas condições de fornecer o suporte técnico para a manutenção das máquinas que pretende vender. 4. A licitação deve ser utilizada pela Administração Pública para que seja assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes, bem como para que seja selecionada a proposta mais vantajosa. Precedentes do STJ." (TJES - AI 0902793-05.2011.8.08.0000 - Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior - DJe 29.05.2013 - p. 75). Grifo nosso.

De fato, a lei licitatória buscou a preservação do que realmente de procura atingir em uma licitação, impondo várias limitações de molde a evitar que exigências não previstas em lei acabassem por representar instrumentos de indevida restrição à liberdade de participação em licitação e desvio da igualdade entre os licitantes. Sobre o assunto, lapidar é a lição do ilustre administrativista Adilson Dallari, em sua obra, *in verbis*:

"A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é o fundamento), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas. Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes." (Aspectos Jurídicos da Licitação - Ed. Saraiva, 3a. ed. atualizada e ampliada, 1997, pág. 88).

71

Colacionando, ainda, a doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO, no tocante a que a imposição de exigências e a definição de condições do "direito de licitar" nunca poderão ultrapassar o limite da necessidade, in verbis:

"Comprovação das condições do direito de licitar A habilitação O exame das condições do direito de licitar é denominado, usualmente, de 'habilitação'. O vocábulo indica tanto a fase procedimental como a decisão proferida pela Administração. Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo estarem presentes as condições do direito de licitar. (...) Restrições abusivas ao direito de licitar A titularidade e a eficácia do direito de licitar não podem ser frustradas através da fixação de condições excessivas ou abusivas. A CF/88 determinou que somente poderiam ser permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI). (...) (...) A imposição de exigências e a definição das condições do direito de licitar NUNCA poderão ultrapassar o limite da necessidade. Qualquer exigência desproporcional ao conteúdo da contratação caracterizará meio indireto de restrição à participação - vale dizer, indevida restrição ao direito de licitar."(In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pags. 180/181, 4a. edição, Aide, RJ, 1996.

Verificada a fragilidade do edital em questão, vez que exclui por completo a possibilidade de competitividade.

Assim, nítida a abusividade das cláusulas 1.1, 1.2, 5.1 e 5.4 do certame licitatório, no qual há a exigência de que a empresa participante ofereça atendimento e possua estrutura física situada dentro do perímetro do Município de São Mateus, e que preste todos os tipos de exames, limitando desta feita aos profissionais farmacêuticos.

As exigências constante no item 1.1 e 1.2, item 5.1 e 5.4 do certame em questão, tolhe a oportunidade de participação das empresas capacitadas e que possuam profissionais igualmente capacitados para a elaboração dos exames previstos no edital.

H

Salienta-se, no entanto, que apesar de se tratar de hipótese de inexigibilidade de licitação, é requisito de validade do credenciamento a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração.

Os itens 1.1 e 5.4, excluem, inadvertidamente, as empresas registradas no Conselho Regional de Farmácia do Estado do Espírito Santo.

Como é cediço, o artigo 1º da Lei 6.830/80 estabelece que "o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros".

Neste contexto, as empresas de farmacêuticos que oferecem os serviços objeto do edital encontram-se registradas no Conselho Regional de Farmácia, isto porque o exercício das análises clínicas e citopatológicas são de competência inclusive do Farmacêutico.

Com efeito, o artigo 2º, inciso I, "b" do Decreto nº 85.878/81, prevê:

"É atribuição dos profissionais farmacêuticos, ainda que não privativa ou exclusiva, a responsabilidade técnica e o desempenho de funções especializadas em órgãos ou laboratórios de análises clínicas ou de saúde pública ou seus departamentos especializados".

Ad argumentandum, é mister trazer à baila os argumentos arrolados pelo Excelentíssimo Desembargador Federal do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Dr. SERGIO SCHWAITZER, nos autos da Apelação em Mandado de Segurança, tombada sob nº 56322.

"A respeito da citologia clínica, por oportuno, verifica-se com base em artigos fornecidos pela Sociedade Brasileira de Citologia Clínica, sociedade científica de objetivos e ideais voltados para a saúde, que a criação e a regulamentação do primeiro curso de especialização, no âmbito da

atividade farmacêutica, foi criado pela Faculdade de Farmácia da Universidade Federal de Goiás, em 1989, exemplo este seguido por demais universidades do país.

Constata-se, no mais, através da leitura do parágrafo 2º, inciso I, "b", do Decreto nº 85.878/81, o qual regulamentou a Lei nº 3.820/60, que *"é atribuição dos profissionais farmacêuticos, ainda que não privativa ou exclusiva, a responsabilidade técnica e o desempenho de funções especializadas em órgãos ou laboratórios de análises clínicas ou de saúde pública ou seus departamentos especializados"*, estando ainda a citologia clínica relacionada como especialidade acadêmica reconhecida pelo Conselho Federal de Farmácia, no artigo 1º, da Resolução nº 366.

Outrossim, a Portaria n. 1230 do Ministério da Saúde, publicada no Diário Oficial da União em 18/10/99 e que implementa uma nova tabela de procedimentos para o Sistema Único de Saúde, habilita o profissional bioquímico a prestar serviços na área de exames citopatológicos cervicovaginal e microflora.

Impende esclarecer, ademais, o que se faz com base em investigação perfunctória acerca da matéria, que o exame ora em foco, o citopatológico, possui caráter preventivo e consiste na retirada de células soltas de um órgão ou presentes em um líquido levado ao laboratório de Anatomia Patológica para ser analisado. Diferentemente dos histopatológicos e anatomopatológicos, que são exames mais complexos acerca de eventual anomalia detectada por ocasião da análise citopatológica.

Portanto, inobstante a previsão contida na Resolução 1.473/97, do Conselho Federal de Medicina tratar de laudos citohistoanatomopatológicos, a presente questão envolve apenas a análise acerca da possibilidade

7

de os exames citopatológicos serem ministrados por outros profissionais, senão médicos.

Desta forma, não há como negar ao farmacêuticobioquímico, a responsabilidade técnica concorrente na realização de exames citopatológicos, improcedendo, destarte, os questionamentos acerca da capacidade deste profissional para tal desiderato, desvelando-se a Resolução nº 1.473/97, da lavra do Conselho Federal de Medicina, ao determinar que os laudos citohistoanatomopatológicos decorrentes dos diagnósticos dos relativos exames, englobados nesse contexto os citopatológicos, são da competência e responsabilidade exclusiva do profissional médico, e assim, caracterizar como infração ética o descumprimento de tal determinação, ato atentatório ao livre exercício profissional, mormente, à atividade farmacêutica."

Assim publicou-se a ementa:

EMENTA - ADMINISTRATIVO - DIVERGÊNCIA ENTRE CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL - EXAME CITOPATOLÓGICO - AUTONOMIA DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO RIO DE JANEIRO - RESOLUÇÃO 1.473/97 - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA - LIMITE - LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. I - As tênues delimitações das atividades profissionais, não raras vezes, são fruto da especificidade angariada pela crescente criação de cursos de graduação cada vez mais restritos ou mesmo das especializações acadêmicas, exigências, decerto, da própria evolução científica. Inobstante, a análise jurídica acerca das demandas que envolvem tais questões, em respeito à citada evolução, deve dissociar-se dos paradigmas pré-constituídos. II - Mostra-se restrita a visão de que o curso de farmácia possui como especificidade a forma de preparar e conservar os medicamentos, a manipulação de remédios, uma vez que se pode, hoje, citar os profissionais Farmacêutico-bioquímicos, Citologistas ou Citopatologistas, merecendo destaque, nesse quadrante, o fato de que foi com o advento da Resolução 04/69 do MEC, que algumas faculdades de farmácia do Brasil, passaram a formar tais categorias profissionais. A ciência moderna e o avanço

tecnológico, hodiernamente, colocam à disposição de todos que trabalham em áreas afins, o conhecimento, respeitados, coerentemente, os limites do exercício. III - Constata-se, através da leitura do parágrafo 2º, inciso I, "b", do Decreto nº 85.878/81, o qual regulamentou a Lei nº 3.820/60, que "é atribuição dos profissionais farmacêuticos, ainda que não privativa ou exclusiva, a responsabilidade técnica e o desempenho de funções especializadas em órgãos ou laboratórios de análises clínicas ou de saúde pública ou seus departamentos especializados", estando ainda a citologia clínica relacionada como especialidade acadêmica reconhecida pelo Conselho Federal de Farmácia, no artigo 1º, da Resolução nº 0366. Outrossim, a Portaria nº 1230 do Ministério da Saúde, publicada no Diário Oficial da União em 18/10/99 e que implementa uma nova tabela de procedimentos para o Sistema Único de Saúde, habilita o profissional bioquímico a prestar serviços na área de exames citopatológicos cérvico-vaginal e microflora. IV - Inobstante a previsão contida na Resolução 1.473/97, do Conselho Federal de Medicina tratar de laudos citohistoanatomopatológicos, a presente questão envolve apenas a análise acerca da possibilidade de os exames citopatológicos serem ministrados por outros profissionais, que não médicos. Assim, não há como se negar ao farmacêutico-bioquímico a responsabilidade técnica concorrente na realização de exames citopatológicos, improcedendo, destarte, os questionamentos acerca da capacidade deste profissional para tal desiderato, desvelando-se a Resolução nº 1.473/97, da lavra do Conselho Federal de Medicina, ao determinar que os laudos citohistoarritomopatológicos decorrentes dos diagnósticos dos relativos exames, englobados nesse contexto, os citopatológicos, são da competência e responsabilidade exclusiva do profissional médico, e assim caracterizar como infração ética o descumprimento de tal determinação, ato atentatório ao livre exercício profissional, mormente, à atividade farmacêutica, ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima informadas. Decide a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator constante dos autos, que fica fazendo parte integrante do presente julgado. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2006. SÉRGIO SCHWAITZER. RELATOR

71

Conforme se vê, no embate ente o Conselho Regional de Farmácia do Espírito Santo e o Conselho Federal de Medicina ficou decidido à unanimidade que o exame citopatológico é de competência concorrente do farmacêutico.

Portanto, inúmeras são as empresas de farmacêuticos registradas no Conselho Regional de Farmácia do Espírito Santo capazes de atender o objeto no presente Edital, mas cerceadas do direito em razão do flagrante direcionamento para a classe médica.

Dada a clareza com que se apresenta a ilegalidade dos itens apontados, pelo mero cotejo com a letra fria da lei, despiciendo é suscitar outros cometimentos doutrinários ou posicionamentos de nossos Pretórios.

Isto posto, ante a inadequação do Edital ao comando normativo vigente, aguardamos o cumprimento da Lei, com a conseqüente retificação do Edital, sob pena de recuso ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, com fulcro no art. 113, §§1º e 2º da Lei 8.666/93.

IV – DO PEDIDO.

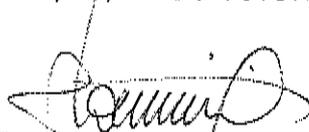
Em face do exposto, requer seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, com efeito para:

- declarar-se nulos os itens atacados – **itens 1.1, 1.2, 5.1 e 5.4 do Edital.**

- determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Santa Maria de Jetibá/ES, 1º de setembro de 2.017.



LABORATÓRIO FERRARI LTDA-ME
- JEFFERSON FERRARI TORNEIRI -

7