

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA PREFEITURA DE NOVA ESPERANÇA DO SUDOESTE

REF.:

PE: 61/2022

MEDILAR IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS MÉDICO HOSPITALARES S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.752.236/0001-23, com sede na Rua Norberto Otto Wild, 420, na cidade de Vera Cruz, RS, CEP nº 96.880-000, nesse ato representado por seu Procurador César Augusto Gomes Neumann, portador da carteira de identidade número 4110152107 SSP/RS, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de V. Sa., com fulcro artigo 109, parágrafo 3º. da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 (“Lei de Licitações”), e nos termos do Instrumento Convocatório do **Pregão Eletrônico nº 61/2022**, publicado pela referida Prefeitura, assim como os demais dispositivos legais aplicáveis à espécie, interpor **RECURSOS HIERÁRQUICO** em face da decisão do r. Pregoeiro(a) que habilitou empresa com marca de alimentos/suplementos para **o item nº 154** do Termo de Referência do edital de licitação em referência, pelas razões adiante expostas:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão do r. Pregoeiro que indevidamente habilitou a marca de alimentos/suplementos a ora recorrente no Pregão Eletrônico em referência, pelas razões adiante expostas:

a) Da Tempestividade e Legitimidade

Conforme estabelece a Lei nº 9.784/1999, a ora recorrente detém legitimidade para interpor recurso administrativo, de acordo com a previsão constante do art. 58, inciso I, do aludido Diploma Legal:

“Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I – os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo [...]”

Outrossim, de acordo com os ensinamentos do doutrinador Marçal Justen Filho¹, *in verbis*:

“[...] A legitimidade recursal é atribuída àquele que participa da licitação (ou que se encontra em condições de participar dela) ou do contrato administrativo.

O recurso pode ser interposto, em princípio, pelo licitante, quando se tratar de impugnar atos praticados no curso da licitação [...]”

Nota-se, conforme as razões de direito a serem expostas mais adiante que a recorrente é detém de direitos e interesses que serão amplamente afetados, caso essa referida Comissão não retorne a decisão proferida.

I - DOS FATOS

Este órgão publicou o certame objetivando à escolha da melhor proposta para o item nº 154 do PE 061/2022.

A ora recorrente, interessada em concorrer na licitação, e por ter experiência, capacidade e credibilidade, credenciou-se para participar no pregão, devidamente preparada para atender às exigências do edital e apta à execução do objeto licitado.

¹Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição – São Paulo: Dialética, 2008 – p. 847

Ocorre que, no durante a sessão do pregão eletrônico em referência, a recorrente foi surpreendida com a habilitação de marca de categoria alimentícia no certame no que se refere o item nº 0016 do termo de referência.

Nesse sentido, a recorrente apresentou imediatamente, nos moldes expostos pelo edital, sua inconformidade com a decisão prolatada, demonstrando a intenção de apresentar razões recursais para essa referida Comissão.

Desta forma, passa a recorrente a demonstrar as razões que justificam a sua classificação.

II - DO MÉRITO

a) **Do produto ofertado pela recorrente versus a exigência do edital**

Cumprir observar que o objeto da licitação deve ser descrito de forma a traduzir a real necessidade do Poder Público, com todas as características indispensáveis, afastando-se, evidentemente, as características irrelevantes e desnecessárias, que têm o condão de restringir a competição.

Isso posto, o objeto dessa licitação é claro e preciso quando descreve que o registro de preços busca aquisição de MEDICAMENTOS, conforme EDITAL.

Contudo, a recorrente foi surpreendida com a habilitação de empresa de categoria de suplementos e alimentos, que não atende aos requisitos do edital e principalmente infringido a solicitação do objeto editalício, quando apresentou proposta para o **item nº 154** com produto registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Anvisa, na categoria de “ALIMENTOS C/ ALEGAÇÕES DE PROPRIEDADES FUNCIONAL E OU DE SAÚDE”.

Por definição estabelecida pela Resolução - RDC nº 301/2019, um Medicamento é um “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico (grifo nosso)”, por outro lado um Alimento é “toda substância ou mistura de substâncias, no estado sólido, líquido, pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinadas a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento (grifo nosso)”.

Atualmente a substância lactulose pode ser enquadrada, para fins de regularidade técnica, como um medicamento específico ou um suplemento alimentar, a depender do tipo de direcionamento comercial que cada empresa detentora do produto deseja junto ao mercado.

Com base nisso, cabe saber que conforme Resolução - RDC nº 243/2018, um Suplemento Alimentar é um “produto para ingestão oral, apresentado em formas farmacêuticas, destinado a suplementar a alimentação de indivíduos saudáveis (grifo nosso)” com nutrientes, substâncias bioativas, enzimas ou probióticos, isolados ou combinados”.

No que tange a situação do medicamento Duphalac® (lactulose), o mesmo encontra-se registrado junto à ANVISA desde 2006, atualmente registrado como medicamento específico indicado para “o tratamento sintomático da constipação intestinal, para a prevenção e o tratamento de encefalopatia hepática, tanto no pré-coma quanto no coma hepático e para limpeza intestinal em preparação para colonoscopia em adultos”.

Por outro lado, uma lactulose regularizada como Suplemento Alimentar, tem a seguinte alegação autorizada através da Instrução Normativa - IN nº 28/2018 para essa substância: “As fibras alimentares auxiliam no funcionamento do intestino”.

Lactulose regularizada na categoria de Suplemento Alimentar, não possui finalidade terapêutica, tão pouco, é submetida a Estudos de Segurança e Eficácia específicos. Normalmente, a aquisição de lactulose destina-se ao tratamento e prevenção de pacientes em diferentes condições de saúde, incluindo o estado de encefalopatia hepática e do coma hepático e para limpeza intestinal em preparação para colonoscopia em adultos. Portanto, uma lactulose regularizada como Suplemento Alimentar não atinge os fins terapêuticos propostos.

Com base exposto acima, cabe informar que a lactulose registrada na categoria MEDICAMENTO não deve ser comparada e/ou substituída pela lactulose regularizada na categoria de SUPLEMENTO ALIMENTAR.

Nesse sentido, permitindo que para o **item nº 154** sejam aceitos produtos regulamentados perante ANVISA na categoria de alimentos, esta Prefeitura vai contra o objeto e justificativa da aquisição.

Veja que, a marca habilitada é considerada pelo Ministério da Saúde como suplemento alimentar, destinado a indivíduos saudáveis, não atendendo ao objeto desse edital, que visa atender as necessidades das unidades hospitalares para tratamento de pacientes com algum tipo de enfermidade.

Logo, resta evidente que a marca e produto ofertado pela empresa vencedora não atende ao descritivo técnico do edital, razão pela qual não deveria ter sido classificada nessa licitação.

b) **Argumentação Jurídica**

A primeira finalidade dos atos administrativos e, a mais significativa, é o interesse público, sendo seu dever primordial garantir que as necessidades da coletividade sejam atendidas de forma segura e vantajosa.

O certame licitatório é pautado por normas que o regulam e não devem ser ignoradas em momento algum. O edital estabelece os requisitos mínimos e estes devem ser cumpridos pelos licitantes e pela Administração Pública.

O **artigo 44** da Lei Federal 8.666/93:

“Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1o É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.”

Todos os critérios e todas as exigências deverão constar de modo expresso e exaustivo no corpo do edital, uma vez que esses asseguram a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração e igualdade de participação dos interessados.

O artigo 43 da Lei Federal 8.666/93:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - Verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis”.

Neste interim a jurisprudência do TCU também vem corroborar:

“...A decisão subjetiva é rechaçada pelo ordenamento jurídico, que impõe o julgamento objetivo e a vinculação ao edital, em homenagem aos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade. 3. O edital é a lei interna do

processo de licitação, vinculando aos seus termos tanto a Administração Pública como os licitantes, não sendo aceitável que a Administração, no decorrer do processo ou na realização do julgamento, descumpra as regras previamente estabelecidas no ato convocatório”. (*Acórdão nº 3.474/2006, 1ª C., rel. Min. Valmir Campelo*)

Pelos dispositivos legais acima, conclui-se com clareza que toda e qualquer licitação, a Administração Pública deve obrigatoriamente respeitar o princípio da legalidade, vantajosidade, assim como o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, qual seja, o edital do certame.

Cabe ressaltar que, a habilitação da empresa vencedora na fase de lances do Pregão, não apenas nega vigência aos Princípios da vinculação ao edital, isonomia, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, mas não se mostra alinhada aos axiomas da razoabilidade e proporcionalidade que visam, sobretudo, garantir à Administração que perquiria a contratação de empresa que lhe ofereça maiores vantagens – de preço e de técnica.

Veja ainda que, a classificação, manutenção e habilitação de propostas que infringem os requisitos mínimos apresentados no edital, causam prejuízos, uma vez que, os lances e preços apresentados não correspondem ao objeto da licitação.

Observa, ainda, Marçal Justen Filho, o princípio da vinculação ao edital nos processos de licitação:

“O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos

administrativos praticados no curso da licitação se resolve **pela invalidade destes últimos.**”

Justamente por defender o interesse coletivo, cuidou a Constituição Federal de garantir que qualquer aquisição ou contratação que a Administração Pública pretenda celebrar, deverá ser precedida de procedimento licitatório, com exceção dos casos de dispensa e inexigibilidade bem delimitados pela legislação.

Nesse sentido e de acordo com a previsão contida no caput do artigo 37 da Lei Federal nº 8.666/93 que instituiu normas para licitações e contratos administrativos, expressamente previu em seu artigo 3º que a licitação destina-se a garantir “a seleção da proposta mais vantajosa para a administração”.

Isso posto, é certo que a legislação permite que o administrador insira requisitos peculiares ao objeto pretendido, visando garantir o interesse público e que suas necessidades serão atendidas por produto adequado e com segurança, contudo tal flexibilidade não deve ser usada de forma arbitrária, restringindo a competição sem que exista qualquer respaldo técnico ou legal que justifique.

Adicionalmente, como se sabe, as exigências editalícias visam conferir a aplicabilidade ao art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, que assim dispõe:

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

(...)

*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.”* (grifo nosso)

Quando define o "objeto da licitação", estabelece concomitantemente os limites para qualquer discriminação. Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: (a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; (b) prevê exigência desnecessária e que não envolve

vantagem para a Administração; (c) impõe requisitos desproporcionados com as necessidades da futura contratação; (d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.

Ademais, cabe ressaltar que a licitação é regida por princípios constitucionais que visam garantir a economicidade e eficiência do processo licitatório, neste sentido cabe ressaltar que a licitação tem por fim a proposta mais vantajosa e que atendam os requisitos de segurança tanto para os usuários quanto para os profissionais de saúde da Secretária de Saúde.

Marçal Justen Filho, no tocante ao princípio da economicidade assim afirma:

“... Não basta honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos”.
(Justen Filho, 1998, p.66)”

Carlos Pinto Coelho, citando o Professor Hely Lopes, assim resume o entendimento:

“ ... dever de eficiência é o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com a legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. (Carlos Pinto Motta, 1998, p.35)

9. No art. 41 da Lei 8666/93 A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. No presente processo o objeto em questão visa a aquisição de medicamentos, não podendo ser aceito produtos categorizados como alimentos.

Nesse sentido, importante ressaltar que a legalidade, como princípio de administração, (art. 37, caput – CF/88), estipula que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso².

Como se sabe, a Administração Pública deve se ater, estritamente, ao Edital, e, portanto, às suas exigências, termos e condições.

Tal vinculação emerge como instrumento de realização do princípio da legalidade e encontra sua positivação, não só pela referência contida no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, como, especialmente no seu art. 41, *in verbis*:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Sobre a vinculação do procedimento licitatório às exigências contidas no edital consigna o doutrinador Marçal Justen Filho³:

“Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. (...) ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do

²MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27ª ed. Editora Malheiros, p. 86.

³*in*, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 12ª ed., pp. 384 e 396.

juízo de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo exposto e exaustivo, no corpo do edital.”

Com efeito, o ato convocatório delimita as condições norteadoras da disputa, fixa o seu objeto de forma precisa e enumera os deveres e as garantias das partes interessadas, regulando, assim, o desenvolvimento de todo o relacionamento entre a Administração e os licitantes.

Cumpra salientar, à guisa de conclusão, que é obrigação da Administração Pública, no procedimento licitatório, decidir as questões de forma objetiva, não lhe sendo facultado qualquer subjetivismo, conforme dispõe o art. 44 da Lei nº 8.666/93, abaixo transcrito:

“Art. 44. No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei. ”

III - REQUERIMENTOS

Diante de todo o exposto, a recorrente pede e espera seja o presente recebido, conhecido e, ao final, integralmente provido para em estrito cumprimento aos ditames da legislação pátria, retificar a decisão combatida, inabilitando as empresas ofertantes das marcas categorizadas como suplementos alimentares, no que diz respeito ao item nº 154 do termo de referência.

Caso não seja este o entendimento de V.Sa., requer-se o encaminhamento do presente para apreciação da autoridade superior competente, para que em última análise, avalie seu mérito.

Requer-se, ainda, a interrupção do procedimento até o final do julgamento do presente recurso administrativo, conforme preceitua o artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/1993, abstendo-se esta referida Comissão de praticar quaisquer atos que dê prosseguimento ao certame.

Termos em que,

pede e espera provimento.

Vera Cruz, 16 de novembro de 2022.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a horizontal stroke extending to the right and a vertical stroke below it.

MEDILAR IMPORT. E DISTR. DE PROD. MÉDICO-HOSP. S/A
CÉSAR AUGUSTO NEUMANN
Procurador Legal