

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE MERUOCA
ESTADO DO CEARÁ.



PREGÃO PRESENCIAL Nº 1405.01/2019

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 1405.01/2019

NUTTRE COMÉRCIO DE ALIMENTOS E MEDICAMENTOS LTDA-ME, pessoa jurídica de direito privado, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, CNPJ 23.025.775-0001/17, sediada na Rua Antonio Augusto, 2459 – Joaquim Távora – Fortaleza – CE, neste ato representado por seu Representante Legal **HEDEL FARID CINTRA FAYAD** – Gerente Comercial, brasileiro, divorciado, residente e domiciliado na cidade de Fortaleza - CE, com endereço eletrônico contatoce@nuttre.com.br, comercialce@nuttre.com.br, conforme Contrato Social e Instrumento de procuração em anexo, vem perante Vossa Senhoria, respeitosamente, **IMPUGNAR** o Edital de Licitação relativo ao certame acima epigrafado, ante os fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública presencial está prevista para o dia 28 de maio de 2019, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 2 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da lei 8666/1993 e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005.

Dessa forma, pleiteia-se o conhecimento e acolhimento da presente petição, e posteriormente, o seu deferimento.

2. DA EXPOSIÇÃO FÁTICA

O processo licitatório em referência tem por objeto “**Aquisição de medicamentos e alimentos especiais e material para uso único para doação a pessoas carentes, junto a Secretaria de Saúde do Município de Meruoca.**” e está previsto para realizar-se as 09 h do dia 28 de maio de 2019.

Ocorre que, ao tomar posse do edital, a Impugnante percebeu que o instrumento convocatório estabelece licitação em LOTE, o que dificulta sobremaneira a participação de muitos licitantes, sobretudo porque os itens 1 (um) e 2 (dois) do lote 01 (um)

estão direcionados a compra de produtos de uma única marca, tornando-se, sem dúvidas, uma "licitação de cartas marcadas", direcionado os itens à marca NESTLÉ.



Tais direcionamentos, e a elaboração de edital com disputa por lote e não por item, cerceia a ampla concorrência e a obtenção de preço justo para a administração pública.

A Impugnante, portanto, insurge-se com tamanha afronta aos Princípios Administrativos, além de flagrante descumprimento dos dispositivos legais expressos. É o que se demonstrará a seguir, patente inquestionável ilegalidade.

3. DO DIREITO

3.1. DO DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO

O ordenamento jurídico infraconstitucional estabelece que a Administração Pública, em matéria de licitação, encontra-se afeta, ao atendimento de Princípios, conforme se verifica com a leitura do art. 3º caput da Lei 8.666/93, *literis*:

“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.”

O mesmo artigo em seu § 1º estabelece vedações aos agentes públicos, para que não pratiquem atos tendentes a restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, conforme se verifica:

“§ 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 estabelecam 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)



No caso em comento, na medida em que os itens 1 (um) e 2 (dois) do lote 01 encontram-se direcionados à compra dos produtos Isosource soya em dois itens ambos da marca Nestlé, e no item 05 direcionado ao produto Nutillis da marca Danone com exigências de composição nutricional que tem o condão único de direcionar a compra pública, incorre em flagrante ilegalidade, ferindo de morte o Princípio da Competitividade, enraizado nos processos licitatórios.

Percebe-se uma flagrante quebra de isonomia na medida em que tais descritivos vinculam a compra pública a duas marcas, qual seja, Nestlé (itens 1 e 2) e Danone (item 5), cerceando a competitividade e impossibilitando a participação de todas as outras marcas que possuem produtos similares, como é o nosso caso no processo licitatório vertente.

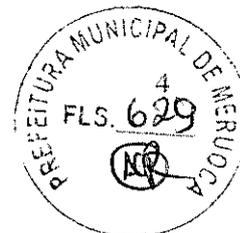
Sobre o tema, o art. 7º, § 5º da lei 8.666/93 faz vedação expressa à realização de licitações cujo objeto seja **sem similitudes ou de marcas**, características **e/ou especificações exclusivas**, *in verbis*:

"§ 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."

O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, da que resultou a exclusão de todas as outras marcas, sem justificativa consistente, configura afronta ao disposto no art. 15, § 7º, I da Lei nº 8.666/93.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União se posicionou da seguinte forma:

"Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores **não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto** pretendido para um determinado processo de licitação." - conforme entendimento do TCU no **Acórdão 641/2004 – Plenário.** (grifo nosso)



De tudo se extrai que tratar os administrados de forma igualitária pressupõe não favorecer nem desfavorecer qualquer um deles. A Administração deve tratar a todos igualmente, impessoalmente, sempre visando à consecução do interesse público, restringindo-se à legalidade de seus atos, sejam eles vinculados ou discricionários. “Atuar discricionariamente não é ‘fazer o que se quer’, mas sim o que se mostra no caso concreto mais idôneo para atingir a finalidade (atendimento da necessidade coletiva)” (BLANCHET, 1999, p. 15).

Além da violação a vários princípios aqui já transcritos, o direcionamento de licitação fere acima de tudo, o próprio propósito e função da licitação. É o que se extrai dos ensinamentos do festejado mestre Hely Lopes Meirelles (2003, p. 264), que por sua vez conceituou licitação como:

“procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos”

Neste compasso, não se justifica o direcionamento dos itens 1 (um) e 2 (dois) do lote 01 aos produtos da marca Nestlé e item 05 do mesmo lote ao produto da marca Danone, uma vez que outros produtos da mesma categoria também seriam suficientes para tratar as afecções. Torna-se ainda mais gravoso quando impõe a disputa por lote, e não por item, desobedecendo, claramente, as orientações do Tribunal de Contas.

3.2. ESPECIFICAÇÃO DOS OBJETOS

Sobre a especificação do objeto, o art. 15 da lei 8.666/93 esclarece de forma inequívoca:

“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:



na especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;" (grifo nosso)

A legislação pátria, em regra, veda a preferência de marca, por haver um nítido direcionamento do certame, o que acaba por infringir os princípios basilares da licitação, em especial o caráter competitivo, uma vez que afasta competidores que comercializam os mesmos produtos de outros fabricantes.

Nesse sentido, os arts. 14 e 15 da Lei nº 8.666/93 estabelecem a necessidade do objeto da licitação ser descrito de maneira adequada, **de forma a evitar descrição obscura e subjetiva dos produtos**. E, em especial, o art. 15, §7º, do referido dispositivo legal, conforme citado acima, preceitua que nas compras deverá ser observada a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

Entende-se, portanto, que tamanha restrição à competitividade agride frontalmente os princípios norteadores da Administração Pública.

Neste sentido citamos deliberação do TCU:

Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, **da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade.** (grifo nosso)

Inclusive a restrição de competição configura-se como crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A esse respeito o STJ se posicionou no seguinte sentido:



"Basta à caracterização do delito tipificado no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 ("Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa) que o agente frustrar ou fraude o caráter competitivo da licitação, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame." (STJ, HC 45.127/MG, julgado em 25/02/2008).

Dessa forma, qualquer exigência no edital deve ser aplicada em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, a participação ampla das interessadas nos processos licitatórios promovidos pela Administração Pública, e não restringir esta participação.

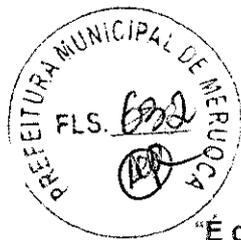
3.3. DA DISPUTA POR LOTE E NÃO POR ITEM.

Além de todo o exposto no que tange ao direcionamento de dois descritivos à compra de produtos específicos de uma única marca, torna-se ainda mais gravoso tal direcionamento, na medida em que **a referida licitação foi dividida em lotes**, sendo a exigência para participar dos referidos lotes, que a proposta do licitante englobe todos os itens desses lotes, restringindo claramente a competitividade no certame, que por sua vez, afigura-se ilegal.

É nesse sentido que disciplina o artigo 23, § 1º, da Lei 8666/93, *in verbis*:

"Art.23 As obras, serviços e compras efetuadas pela administração **serão divididas em tantas parcelas** quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, **procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala**". (grifo nosso)

Nesse mesmo entendimento, foi publicado a Súmula nº 247 do TCU, que estabeleceu que:



"É obrigatória a 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". (grifo nosso)

A Impugnante, portanto, insurge-se contra tamanha afronta aos Princípios Administrativos, além de flagrante descumprimento dos dispositivos legais expressos, uma vez que em regra, a Administração não pode juntar na mesma licitação/lote objetos de natureza distinta, exceto caso tenha justificativa expressa no processo licitatório, o que certamente não é o caso.

A junção de objetos de natureza distinta restringe o universo de participantes vilipendiando o princípio da competitividade.

Observe o que reza o inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93:

§ 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 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;

A licitação por itens, nas precisas palavras de Marçal Justen Filho, "consiste na concentração, em um único procedimento, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos"². Continua, ensinando que "**a licitação por itens deriva do interesse em economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública, agilizando a atividade licitatória**"¹

Nesse ponto, resta claro que o legislador presume que os princípios da isonomia e da competitividade, tão caros à Administração, se coadunam mais com esse tipo de licitação, dividindo-se em quantos itens forem necessários, a fim de garantir a competitividade no certame e a obtenção do justo preço pela Administração Pública, o qual deve ser a regra, **deixando a licitação por lote único como exceção.**

3.4. DOS ITENS/LOTES IMPUGNADOS

Abaixo, destacamos os itens impugnados do edital, que demonstram um direcionamento a produtos de marcas específicas.

ITEM 1 / LOTE 01 – Alimento nutricional completo para nutrição enteral ou oral, normocalórico (1.2 kcal/ml) e normoproteico (44 g/l de proteína), Possuindo em sua composição 100% proteína isolada de soja. Isento de sacarose, lactose e glúten. Apresentação Tetra Pack de 1000ml.

DIRECIONADO AO ISOSOURCE SOYA (NESTLÉ).

O descritivo encontra-se direcionada ao produto da Nestlé, Isosource soya, tanto pela descrição da "densidade calórica, quantidade de proteína e embalagem" como por todo o descritivo de distribuição e fontes de macronutrientes.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11.ed. São Paulo: 2005, Dialética, p. 208.

Nossa dieta Fresubin Soya Fibre é também normocalórico DC 1.0, possui distribuição de proteína normoproteico com 38g/l a dieta especificada em edital. A Fresubin Soya Fibre contém proteínas isolada de soja (100%), isento de sacarose, lactose e glúten como solicitado.



ITEM 2 / LOTE 01 - Alimento nutricional completo para nutrição enteral ou oral, normocalórico (1.2 kcal/ml) e normoproteico (44 g/l de proteína) e acrescido de fibras. Possuindo em sua composição 100% proteína isolada de soja. Isento de sacarose, lactose e glúten. Apresentação tetrapack de 1000ml.

DIRECIONADO AO ISOSOURCE SOYA FIBRE(NESTLÉ).

O descritivo encontra-se direcionada ao produto da Nestlé, Isosource soya, tanto pela descrição da "densidade calórica, quantidade de proteína e embalagem" como por todo o descritivo de distribuição e fontes de macronutrientes.

Nossa dieta Fresubin Soya Fibre é também normocalórico DC 1.0, possui distribuição de proteína normoproteico com 38g/l a dieta especificada em edital. A Fresubin Soya Fibre contém proteínas isolada de soja (100%), isento de sacarose, lactose e glúten como solicitado.

ITEM 5 / LOTE 01 - Espessante e gelificante para alimentos indicado para pacientes com disfagia. A base de maltodextrina, goma xantana e gelificante cloreto de potássio, isento de gluten sem sabor. lata 300g.

DIRECIONADO AO ISOSOURCE SOYA FIBRE(NESTLÉ).

O descritivo encontra-se direcionada ao produto da Nestlé, Nuttilis, por conta da substância do espessante, eles pedem que seja a base de maltodextrina e a presença de gomas, e no mercado o único que atende essas características é o mesmo descrito acima.

Nossos espessantes Thick & Easy (Fresenius), BemVital Espessare (Nutricium) e Sustap espessante (Probene), atende a indicação de espessar, contendo amido de milho e maltodextrina.



4. DA CONCLUSÃO

Conclui-se, por fim, que a Administração Pública, pautada no exercício da Autotutela, deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios, é o que se vê com a leitura do Art. 53, caput, da lei 9.784/99, *literis*:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Esse entendimento encontra guarida nas Súmulas do STF, a seguir:

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. (STF, Súmula nº 346, Sessão Plenária de 13.12.1963)

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (STF, Súmula nº 473, Sessão Plenária de 03.12.1969)

Em suma, portanto, a autotutela é tida como uma emanção do princípio da legalidade e, como tal, impõe à Administração Pública o dever, e não a mera prerrogativa, de zelar pela regularidade de sua atuação, ainda que para tanto não tenha sido provocada.



5. DO PEDIDO

Face ao exposto, requer ao Ilmo. Pregoeiro a **PROCEDÊNCIA** da impugnação, sendo esta protocolada tempestivamente, para retificação do edital no que tange aos itens direcionados, retirando as especificações de composição nutricional que tem o condão apenas de direcionar a compra pública e fraudar a licitação.

Além disso, requer que a aquisição seja por ITEM e não por LOTE, pelo menos nos produtos que dizem respeito aos alimentos especiais, a fim de que se possa ampliar a competitividade.

Termos em que, pede deferimento.

Fortaleza, 23 de maio de 2019.

NUTTRE COM. DE ALIMENTOS E MEDIC. LTDA-ME
CNPJ: 23.025.775/0001-17
Hedel Farid Cintra Fayad
Gerente Administrativo Geral
CPF: 061.615.248-00
NUTTRE COMÉRCIO DE ALIMENTOS E MEDICAMENTOS LTDA-ME
HEDEL FARID CINTRA FAYAD

GABRIELLA MAIA MORAES SALES
OAB/BA 47066