

ILUSTRÍSSIMO SENHORA PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SOBRAL  
ESTADO DO CEARÁ.



PREGÃO ELETRÔNICO Nº 39/2019

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: P070923/2019

ID BB: 755891

À: Sra. Pregoeira Isabel Cunha dos Santos

**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](mailto:contatoce@nuttre.com.br), [comercialce@nuttre.com.br](mailto: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 eletrônica está prevista para o dia 30 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.

Registra-se, por cautela, que a referida impugnação também está em consonância ao disposto no item 17.2 do edital em epígrafe.

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 “Registro de Preço para futuras e eventuais aquisições de Suplementos, Dietas Enterais e Fórmulas

NUTTRE COMÉRCIO DE ALIMENTOS E MEDICAMENTOS LTDA-ME  
CNPJ: 23.025.775-0001/17 – Ins. Estadual: 06.475.371-9 / Rua Antonio Augusto, 2459 – Joaquim Távora – Fortaleza – CE  
Contatos: [contatoce@nuttre.com.br](mailto:contatoce@nuttre.com.br) [comercialce@nuttre.com.br](mailto:comercialce@nuttre.com.br) / Tel.: (85) 3034-7906 – 9-9999-1154

destinadas aos pacientes acompanhados pelo serviço de Vigilância Alimentar e Nutricional, Programa Melhor em Casa e Mandados Judiciais da Secretaria Municipal da Saúde de Sobral” e está previsto para realizar-se as 10 h do dia 30 de maio de 2019.

Ocorre que, ao tomar posse do edital, a Impugnante percebeu que o instrumento convocatório encontra-se viciado em um dos seus itens, qual seja, item 25, com o conseqüente direcionamento do mesmo a um produto específico de uma única marca, cerceando a competitividade.

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 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)**

No caso em comento, na medida em que o item 25 (vinte e cinco) do edital em epígrafe, faz exigência de composição nutricional, inclusive destacando frase patenteada pela marca Danone em todos os seus produtos, percebe-se claramente a intenção de direcionar aquele item, incorrendo em flagrante ilegalidade, ferindo de morte o Princípio da Competitividade, enraizado nos processos licitatórios.

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 do item 25 (vinte e cinco) ao produto Nutrison Advanced Dison da marca Danone, uma vez que outros produtos da mesma categoria também seriam suficientes para tratar as afecções.

### 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:

I - a 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 frustre 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. DOS ITENS IMPUGNADOS

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

**ITEM 25** - DIETA, ENTERAL/ORAL, SISTEMA ABERTO PARA SITUAÇÃO METABOLICA ESPECIAL, PARA CONTROLE GLICÊMICO, DENSIDADE CALÓRICA 1KCAL/ML, NORMOPROTEICO 100% PROTEINA ISOLADA DE SOJA, BAIXO TEOR DE GORDURAS SATURADAS, MIX DE FIBRAS MINIMO 14G/L, MIX DE CAROTENOIDES, SEM SACAROSE LACTOSE E GLUTEM.

**Direcionado ao Nutrison Advanced Dison – MARCA DANONE**

O descritivo encontra-se direcionado o produto da Danone Nutrison Advanced Dison tanto pelo tipo de proteína "100% proteína isolada de soja" quanto pela descrição "mix de carotenoides", nomenclatura patenteada pela marca DANONE.

Nossa Dieta Diben também é uma formulação específica para controle glicêmico, contém densidade calórica 1.0, e 15g de fibra por litro, conforme solicita o descritivo (mínimo de 14g de fibra por litro).

A Diben contém proteínas de alto valor biológico (92% caseinato e 8% proteína do soro do leite), e também um perfil de carboidratos a base de maltodextrina (41%), amido de tapioca (34%) e frutose (24%).

Possui também um excelente perfil lipídico com óleos vegetais e adição de óleo de peixe (3% do total de lipídeos), perfazendo uma relação w6:w3 de 3:1 e, portanto um perfil anti-inflamatório.

Contém também um mix de fibras (15g/l), rica em fibras solúveis que são indicadas para auxiliar no controle glicêmico, com uma proporção de solúvel e insolúvel de

74:26. É uma dieta osmolaridade de 345 mOsm/l, fator importante para tolerância gastrointestinal.



Por todo o exposto, conforme demonstrado acima, não fossem os direcionamentos impostos, outros produtos de outras marcas poderiam participar do certame, uma vez que atenderiam em qualidade ao quanto solicitado.

**ESCLARECIMENTOS ACERCA DAS DIETAS EM SISTEMA FECHADO DA  
FRESENIUS**

O edital solicita em sua maioria dietas de sistema aberto.

As dietas da fresenius são 100% sistema fechado, o que não impede de ser utilizado como sistema aberto, basta que se use o fracionador ou abra a bolsa para utilizá-la como sistema aberto.

Dietas em sistema fechado entregam uma maior segurança em relação a contaminação dessa fórmula. Nossas bolsas possuem uma tecnologia de membrana auto-cicatrizante que se utilizado com o fracionador, pode ser envasado para sistema aberto sem que a dieta fique totalmente exposta ao meio, diminuindo assim riscos de contaminação.

Ademais, uma vez que a licitante oferta produto com qualidade acima do mínimo exigido (sistema fechando quando se solicita sistema aberto), não pode a licitante ter a sua proposta desclassificada.

Por este motivo, para evitar que se tenha entendimento contrário àqueles já consolidados na doutrina e jurisprudência, vêm esclarecer acerca da possibilidade real da oferta do sistema fechado em detrimento do sistema aberto, uma vez que garantida a economicidade, **e mantidos o gênero do produto a ser adquirido, qual seja, dieta.**

Acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho leciona:



**"Obviamente, a oferta de vantagens ou benefícios não previstos ou superiores aos determinados no ato convocatório não prejudica o licitante. Se o benefício não for de ordem a alterar o gênero do produto ou do serviço, nenhum efeito dele se extrairá. Porém, se a vantagem configurar, na verdade, outra espécie de bem ou serviço, deverá ocorrer a desclassificação da proposta – não pela 'vantagem' oferecida, mas por desconformidade com o objeto licitado". (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª Ed, São Paulo: Dialética, 2010.)**

Importa transcrever o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

**ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA DO TIPO MENOR PREÇO. ATENDIMENTO ÀS REGRAS PREVISTAS NO EDITAL. PRODUTO COM QUALIDADE SUPERIOR À MÍNIMA EXIGIDA.**

1. **Tratando-se de concorrência do tipo menor preço, não fere os princípios da isonomia e da vinculação ao edital a oferta de produto que possua qualidade superior à mínima exigida, desde que o gênero do bem licitado permaneça inalterado e seja atendido o requisito do menor preço.**

2. Recurso ordinário não-provido (STJ MS 15817 RS 2003/0001511-4, 2ª T., rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 03.10.2005 p. 156)

Em uma manifestação o Tribunal de Contas da União decidiu:

**É admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade superior à especificada no edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do obtido revelar-se vantajoso para a administração**  
Representação formulada por empresa noticiou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico 21/2011, conduzido pelo Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro – COMRJ, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento de macacão operativo de combate para a recomposição do estoque do Depósito de Fardamento da Marinha no



Rio de Janeiro. A unidade técnica propôs a anulação do certame fundamentalmente em razão de a proposta vencedora ter cotado uniformes com gramatura superior à da faixa de variação especificada no edital (edital: 175 a 190 g/m<sup>2</sup>; tecido ofertado na proposta vencedora: 203 g/m<sup>2</sup>), o que deveria ter ensejado sua desclassificação. O relator, contudo, **observou que o tecido ofertado "é mais 'grosso' ou mais resistente que o previsto no edital" e que o COMRJ havia reconhecido que o produto ofertado é de qualidade superior à prevista no edital.** A esse respeito, anotou que a Marinha do Brasil está habilitada a "emitir opinião técnica sobre a qualidade do tecido". Levou em conta, ainda, a manifestação do Departamento Técnico da Diretoria de Abastecimento da Marinha, no sentido de que o produto atenderia "à finalidade a qual se destina, tanto no que se refere ao desempenho, quanto à durabilidade". Noticiou ainda que a norma técnica que trata desse quesito foi posteriormente alterada para admitir a gramatura 203 g/m<sup>2</sup> para os tecidos desses uniformes. Concluiu, então, não ter havido afronta ao interesse público nem aos princípios licitatórios, visto que o procedimento adotado pela administração ensejará a aquisição de produto de qualidade superior ao desejado pela administração contratante, por preço significativamente inferior ao contido na proposta da segunda classificada. Ressaltou também a satisfatória competitividade do certame, do qual participaram 17 empresas. E arrematou: "considero improvável que a repetição do certame com a ínfima modificação do edital (...) possa trazer mais concorrentes e gerar um resultado mais vantajoso ...". O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu julgar parcialmente procedente a representação, "em face da verificação de apenas de falhas formais na condução do Pregão Eletrônico 21/2011, que não justificam a sua anulação". **Acórdão 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0, relator Ministro Raimundo Carreiro, 6.3.2013.**

Neste compasso, em que pese a maioria dos itens estarem solicitando dietas em sistema aberto, não existe nenhum óbice que a licitante ofereça dieta em sistema fechado, desde que ofereça o menor preço e que a administração pública não tenha nenhum ônus em decorrência disso, como será o caso vertente.



#### 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 ao item direcionado, retirando as especificações de composição nutricional que tem o condão apenas de direcionar a compra pública.

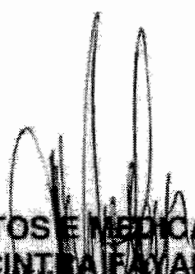




Além disso, requer a aceitação dos produtos em sistema fechado, caso a licitante oferte na disputa o melhor preço, conforme amplamente debatido acima acerca da possibilidade.

Termos em que, pede deferimento.

Fortaleza, 24 de maio de 2019.

  
**NUTTRE COMÉRCIO DE ALIMENTOS E MEDICAMENTOS LTDA-ME**  
**HEDEL FARID CINTRA FAYAD**  
NUTTRE COM. DE ALIMENTOS E MEDIC. LTDA-ME  
CNPJ: 23.025.775-0001-17  
Hedel Farid Cintra Fayad  
Gerente Administrativo Comercial  
**GABRIELLA MAIA MORAES SALES**  
OAB/BA 47066