

MUNICÍPIO DE ARAXÁ**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA, PLANEJAMENTO E GESTÃO****SETOR DE LICITAÇÃO**

Avenida Rosália Isaura de Araújo, nº 275 — Bl. 03, B. Guilhermina, Araxá/MG, CEP 38.180-802

Ref.: **Pregão Eletrônico nº 09.093/2024**

Processo Licitatório nº 151/2024

Ilmo. Sr. Pregoeiro,

NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 75.014.167/0001-00, sediada à Rua Almirante Gonçalves, nº 2247, Água Verde, Curitiba – PR, CEP 80.250-150, neste ato representada na forma de seu Contrato Social, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar tempestiva **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, o que faz com fundamento no item 25 do Edital, pelas razões a seguir expostas.

Impugnação aos itens 40, 41, 57 e 58 do Termo de Referência

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO**1. ESCLARECIMENTOS FÁTICOS INTRODUTÓRIOS**

Trata-se de procedimento licitatório que tem por objeto "AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DESCARTÁVEIS E INSUMOS DE NUTRIÇÃO ENTERAL DESTINADOS AO ATENDIMENTO DE PACIENTE EM TRATAMENTO, BEM COMO PARA CUMPRIMENTO DE MANDADOS JUDICIAIS E DEMANDAS ADMINISTRATIVAS, ATRAVÉS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE", nos termos do item 1.1 do instrumento convocatório em análise.

No entanto, após verificar os itens **40, 41, 57 e 58**, todos do Termo de Referência, constata-se irregularidade, de modo que sua manutenção configura ilegalidade insanável, motivo pelo qual necessária sua retificação. Confira-se o descritivo para os itens:

40	72364	MODULEN EMBALAGEM COM	UN	160	R\$ 463.3000	R\$ 74.128.0000	R\$ 0,5000
----	-------	-----------------------	----	-----	--------------	-----------------	------------

		400 GRAMAS. NUTRIÇÃO COMPLETA PARA PACIENTE COM DOENÇA DECROHN. ALIMENTO PARA SUPLEMENTAÇÃO DE NUTRIÇÃO ENTERAL OU ORAL. EMBALAGEM COM 400 GRAMAS. PARA ATENDIMENTO À MANDADO JUDICIAL. (DISPUTA RESERVADA A MICROEMPRESA DE PEQUENO PORTE)					
41	71977	MODULEN EMBALAGEM COM 400 GRAMAS. NUTRIÇÃO COMPLETA PARA PACIENTE COM DOENÇA DE CROHN. ALIMENTO PARA SUPLEMENTAÇÃO DE NUTRIÇÃO ENTERAL OU ORAL. EMBALAGEM COM 400 GRAMAS. PARA ATENDIMENTO À MANDADO JUDICIAL.	UN	1440	R\$ 463,3000	R\$ 667.152,0000	R\$ 0,5000
57	72373	PEPTAMEN JUNIOR LATA COM 400 GRAMAS. ALIMENTO INFANTIL À BASE DE PROTEÍNA DO SORO HIDROLISADA, SEM LACTOSE, COM TCM, NORMOCALÓRICO E À BASE DE PEPTÍDEOS. INDICADO PARA PACIENTES CRÍTICOS, BRONCO ASPIRAÇÃO, DIFICULDADE DE ABSORÇÃO DE PROTEÍNAS E DESCONFORTO GÁSTRICO. RECOMENDADO PARA CRIANÇAS DE 1 A 10 ANOS. LATA COM NO MÍNIMO 400 GRAMAS. PARA ATENDIMENTO À MANDADO JUDICIAL. (DISPUTA RESERVADA A MICRO EMPRESA DE PEQUENO PORTE)	UN	120	R\$ 264,4166	R\$ 31.729,9920	R\$ 0,5000
58	70549	PEPTAMEN JÚNIOR LATA COM 400 GRAMAS. ALIMENTO INFANTIL À BASE DE PROTEÍNA DO SORO HIDROLISADA, SEM LACTOSE, COM TCM, NORMOCALÓRICO E À BASE DE PEPTÍDEOS. INDICADO PARA PACIENTES CRÍTICOS, BRONCO ASPIRAÇÃO, DIFICULDADE DE ABSORÇÃO DE PROTEÍNAS E DESCONFORTO GÁSTRICO. RECOMENDADO PARA CRIANÇAS DE 1 A 10 ANOS. LATA COM NO MÍNIMO 400 GRAMAS. PARA ATENDIMENTO À MANDADO JUDICIAL	UN	1080	R\$ 264,4166	R\$ 285.569,9280	R\$ 0,5000

Os itens 40 e 41 direcionam o objeto licitado ao produto de marca “Modulen IBD”, enquanto os itens 57 e 58 direcionam o objeto em favor do produto “Peptamen Jr.” para os produtos a serem adquiridos. Uma interpretação isonômica deverá ser levada em consideração para a reforma da redação atual nos itens mencionados.

Assim, ao observar a descrição do referidos itens, na forma em que se encontram, tem-se que **há direcionamento ilícito e indevida restrição à competitividade do certame**, ao especificar marca indevidamente e estabelecer condições específicas que somente são atendidas por um único produto entre os disponíveis no mercado, apesar de remissão a processos judiciais, com ofensa a diversos dispositivos legais e constitucionais, em especial àqueles contidos no art. 5º, *caput*, da Lei nº 14.133/2021¹ e art. 37, *caput* e inc. XXI, da Constituição da República,² não obstante a jurisprudência consolidada do E. Tribunal de Contas da União sobre o tema. Explica-se.

OS ITENS 40 E 41

No caso dos itens 40 e 41 (“Modulen IBD”), a dieta nutricional em questão, com a finalidade de tratar as doenças inflamatórias intestinais, como a *Doença de Crohn*, referida marca não poderia ter sido fixada exclusivamente, considerando que há produto similar, devidamente aprovado pela Anvisa para o tratamento da doença em questão, que contém ligeira diferença em tais quantitativos, ainda assim sendo igualmente indicado. Indica-se, nesse sentido, o produto ofertado pela ora impugnante NUNESFARMA, que **atende a todos os requisitos técnicos-nutricionais para tratar das doenças em questão**.

Trata-se do **Nesh PentaSure IBD**: uma fórmula modificada para nutrição enteral e oral, oligomérica, normocalórica e normoproteica na diluição padrão. Contém TGF-B2 em sua composição, contribuindo para ação anti-inflamatória e reparadora da mucosa intestinal.³

¹ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do **interesse público**, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da **eficácia**, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do **juízo objetivo**, da **segurança jurídica**, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da **celeridade**, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Grifou-se).

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**. (Grifou-se).

³ Confira-se conforme site da fabricante: <[Nesh Pentasure IBD – Nunesfarma \(neshlab.com.br\)](http://NeshPentasureIBD-Nunesfarma.neshlab.com.br)>.

A dieta é formulada exatamente para manutenção e recuperação do estado nutricional de pacientes com doenças inflamatórias intestinais como a *Doença de Crohn* e retocolite ulcerativa, sendo altamente recomendado para o tratamento de tais doenças.

Desse modo, conforme demonstrar-se-á amplamente ao longo das presentes razões, o produto indicado no descritivo não é o único que atende à finalidade do objeto do Edital e, a partir das decisões judiciais que solicitam a dieta, se infere exatamente a necessidade de se adquirir produto que seja o mais adequado às demandas em questão.

Para que não restem dúvidas do que aqui se afirma, confira-se a distribuição energética do produto fornecido pela impugnante NUNESFARMA:

- 16% de proteínas (normoproteica), sendo 100% proteína do soro do leite hidrolisada;
- 44% de carboidratos, sendo 51% maltodextrina e 49% frutose;
- 40% de lipídeos (hiperlipídica), sendo 63,17% Triglicerídeo de Cadeia Média (TCM) e 36,83% óleo de milho.

Além de tudo, o produto *Nesh Pentasure IBD* não contém glúten, lactose e fibras, é sem adição de sacarose (**ao contrário do produto Modulen**), sem colesterol (**ao contrário do produto Modulen**) e possui sabor baunilha, o que o torna muito palatável aos pacientes, contando com excelente aceitabilidade.

Veja-se a embalagem do produto, conforme imagem ilustrativa abaixo:



No caso em exame, da leitura do Edital e seu Termo de Referência, resta claro que o que se objetiva é a aquisição de dieta para tratamento de pacientes que sofrem com a *Doença de Crohn*. Assim, **a marca não possui relevância na definição do produto a ser adquirido**, e o direcionamento dos requisitos editalícios mediante condições que somente podem ser atendidas por determinado produto poderá implicar favorecimento ilícito e restrição à competitividade, já que o principal componente da dieta que auxilia na ação anti-inflamatória e reparadora da mucosa intestinal é o fator de crescimento transformador 2 (TGF- β 2), presente tanto no *Nesh Pentasure IBD* quanto no "Modulen", da Nestlé.

Para quem é indicado Nesh Pentasure IBD +

Pacientes com Doença Inflamatória intestinal, como Doença de Crohn e Retocolite Ulcerativa, além daqueles que necessitam de nutrição com TGF- β 2, proteína que contribui para ação anti-inflamatória e reparadora da mucosa intestinal.

Nada obstante, frise-se, para que não restem dúvidas: a dieta *Nesh Pentasure IBD* é uma nutrição completa especializada para os casos de doenças inflamatórias intestinais, permite a recuperação do estado nutricional e contém os aportes necessários para a melhora do paciente com doença inflamatória intestinal e *Doença de Crohn*, contém TGFb2, que contribui na ação anti-inflamatória e reparadora da mucosa intestinal.

OS ITENS 57 E 58

Já nos itens 57 e 58 (“Peptamen Junior”), a dieta pediátrica em questão, com a finalidade atender as necessidades nutricionais específicas de crianças entre 01 e 10 anos com riscos de broncoaspiração e intolerância gastrointestinal e dificuldade na absorção da proteína intacta a partir de demandas judicializadas, a marca “Peptamen Junior” não poderia ter sido fixada exclusivamente, considerando que há produto similar, devidamente aprovado pela Anvisa para o tratamento da necessidade em questão, que contém ligeira diferença nos quantitativos de seus componentes em relação ao Termo de Referência, que deverá ser retificado, ainda assim sendo igualmente indicado. Indica-se, nesse sentido, o produto ofertado pela ora impugnante NUNESFARMA, que **atende a todos os requisitos técnicos-nutricionais para tratar das necessidades em questão.**

Trata-se do ***Nesh Pentasure Pedia***: uma fórmula pediátrica para nutrição enteral e oral, oligomérica, normocalórica e normoproteica na diluição padrão. Isenta de lactose e glúten.

Reitera-se: a dieta é formulada exatamente para o atendimento das necessidades nutricionais específicas de crianças entre 01 e 10 anos com riscos de broncoaspiração, em processo de desmame de nutrição parenteral, situações de retardo de esvaziamento gástrico, com intolerância gastrointestinal e com dificuldade na absorção da proteína intacta, conforme previsto no art. 15 da RDC nº 21/2015 (ANVISA).

O produto apresenta homogeneização e viscosidade adequadas que permitem sua administração através de tubo, contando com testes de homogeneização em 5 (cinco) tubos nasogástricos, na diluição de 40g (quarenta gramas) de pó para 160ml (cento e sessenta mililitros) de água, o que foi devidamente analisado pela ANVISA.

Desse modo, conforme demonstrar-se-á amplamente ao longo das presentes razões, o produto indicado no descritivo não é o único que atende à finalidade do objeto do Edital e, a partir das decisões judiciais que solicitam a dieta, se infere exatamente a necessidade de se adquirir produto que seja o mais adequado às demandas em questão.

Para que não restem dúvidas do que aqui se afirma, confira-se a distribuição energética do produto fornecido pela impugnante NUNESFARMA:

- 12% de proteínas, sendo 100% proteína do soro do leite hidrolisada;
- 54% de carboidratos, sendo maltodextrina, sacarose e amido;
- 34% de lipídeo, sendo óleo de girassol, TCM e óleo de milho.

Veja-se a embalagem do produto, conforme imagem ilustrativa abaixo:



No caso em exame, da leitura do Edital e seu Termo de Referência, resta claro que o que se objetiva é a aquisição de dieta formulada à base de peptídeos, para o atendimento de crianças de 01 a 10 anos, com necessidades especiais e restrições alimentares, isto é, que muitas vezes demandam ministração por sonda, por sofrerem por circunstâncias específicas e riscos de broncoaspiração.

Para quem é indicado o Nesh PentaSure PEDIA? +

Crianças de 01 a 10 anos com riscos de broncoaspiração e com intolerância gastrointestinal e/ou dificuldade na absorção da proteína intacta.

A dieta *Nesh Pentasure Pedia* é uma nutrição pediátrica compatível com o item editalício em questão e contém os aportes necessários para um adequado manejo às crianças entre 01 e 10 anos.

2. A EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES INSANÁVEIS NO EDITAL

Registre-se que é através do instrumento convocatório que a Administração Pública define o objeto da licitação, fixa os parâmetros de julgamento e torna previsíveis os critérios a serem avaliados no curso do processo licitatório.

Em outras palavras, cumpre ao Edital definir os direitos e deveres da Administração e dos possíveis contratantes, conferindo estabilidade e segurança jurídica ao certame, pelo que “[a] Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (princípio da vinculação ao instrumento convocatório).

Assim, depois de publicado o instrumento convocatório e transposto o prazo de impugnações e esclarecimentos, não se admitem – salvo previsão expressa da lei – quaisquer alterações unilaterais e/ou supressões aos termos antes afixados. O Edital impõe, **de forma vinculante**, os provimentos a serem concretizados pela Administração Pública e pelos particulares.

É nesse sentido, portanto, o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça:

O 'Edital' no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, e norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o 'objeto da licitação', discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o poder público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.⁴

Assim, **a modificação do Edital para corrigir eventuais distorções no procedimento antes da abertura da sessão é medida que se impõe**, seja em atendimento a pedido de interessado, seja *sponte propria*.

Esclarece-se, desde já, que tal pedido não deve ser entendido como uma crítica negativa ao ato convocatório, mas sim e unicamente como uma oportunidade para a Administração Pública aperfeiçoar esse instrumento e seus anexos, conferindo segurança jurídica, razoabilidade e competição sadia ao certame que se levará a cabo, bem como, para que, mediante essa colaboração, seja possível o suprimento de ilegalidades, como é o caso.

Dessa forma, e por constituir medida de rigor à adaptação do presente Edital, principalmente ante a necessária demonstração de boa-fé das empresas participantes, para fazer excluir previsão

⁴ STJ, MS 5.418/DF - 1ª S., Min. Demócrito Reinaldo, DJ, 01.6.1998, p. 24.

editalícia com a qual não se pode desenvolver licitamente o objeto pretendido, vem a Requerente, tempestivamente, propor a alteração do Edital no aspecto ora impugnado.

3. O REGISTRO NA ANVISA — A PRESUNÇÃO DE EFICÁCIA E ADEQUAÇÃO DOS PRODUTOS PARA O TRATAMENTO NUTRICIONAL DE PACIENTES COM DOENÇAS INFLAMATÓRIAS INTESTINAIS E CRIANÇAS COM NECESSIDADES ESPECÍFICAS

Antes de adentrar ao mérito das diferenças entre as formulações e dos benefícios de uma formulação especializada para a terapia nutricional de pacientes com DIIs, frisa-se que a existência de parecer e registro de autorização específicos conferidos pela ANVISA para o produto *Nesh Pentasure IBD*, como produto nutricional especificamente direcionado ao tratamento de pacientes com DIIs, estabelece e garante uma perfeita destinação do produto ao que ele propõe, de modo que, em qualquer certame público dessa natureza, é **obrigatório seja possibilitado o seu oferecimento quando busca tratar as Doenças Inflamatórias Intestinais**.

Como se sabe, a **ANVISA é a agência reguladora especializada no controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços relacionados à saúde**, como medicamentos e dietas nutricionais específicas para o tratamento de determinadas doenças, como a *Doença de Crohn*. Essa finalidade institucional foi bem estabelecida no art. 6º da Lei nº 9.782/1999:

Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do **controle sanitário** da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, **inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados**, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras. (Grifou-se).

Além disso, compete à Anvisa, dentre outras atribuições:

Art. 7º **Compete à Agência** proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

II - fomentar e **realizar estudos e pesquisas** no âmbito de suas atribuições;

III - **estabelecer normas**, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

(...)

IX - **conceder registros de produtos**, segundo as normas de sua área de atuação;

(...)

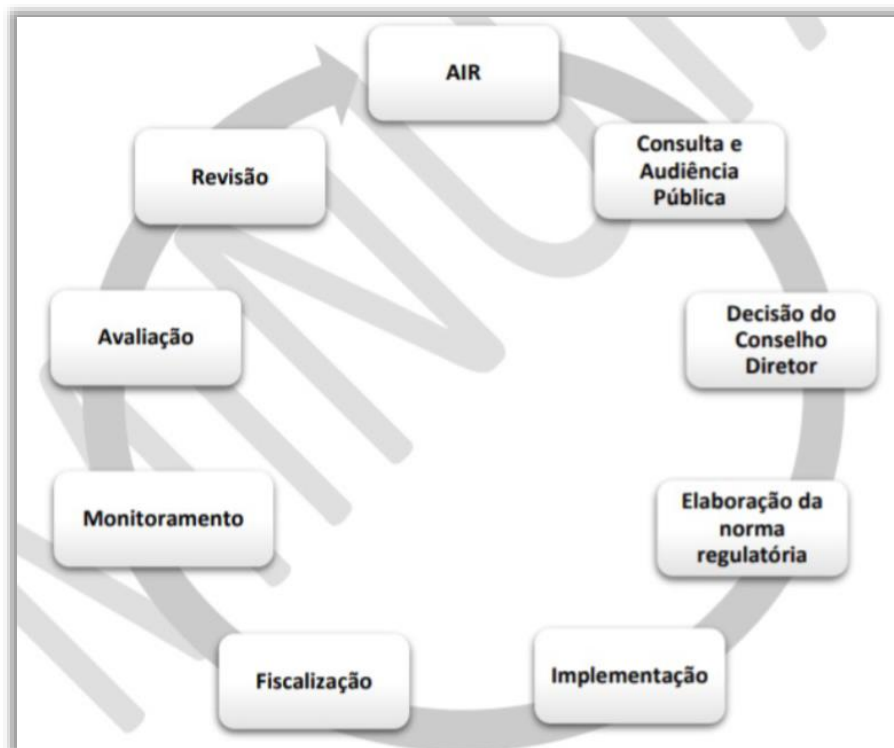
XV - **proibir** a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, **em caso de violação da legislação** pertinente ou de risco iminente à saúde;

(...)

XXII - coordenar e executar o **controle da qualidade de bens e produtos** relacionados no art. 8º desta Lei, por meio de análises previstas na legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde; (grifou-se).

Em suma, a ANVISA tem por missão institucional o controle dos produtos de sua competência, através de análises específicas para o escopo a que se propõem, somente concedendo registro e aprovação após satisfeito todo o ciclo regulatório, inclusive mediante realização de análise de impacto regulatório prévio (AIR). **Nenhum outro órgão da Administração ou tampouco qualquer particular tem competência para questionar a eficácia de produto sem que isso seja submetido à ANVISA, já que é este o órgão responsável por atestar a sua qualidade e eficácia, liberando-o para livre venda em todo território nacional.**

Veja-se, de forma ilustrada, como ocorre o ciclo regulatório anterior à autorização de um medicamento ou produto, em uma análise de impacto regulatório:



É dizer, para a aprovação de um produto perante a Anvisa é necessário o preenchimento de diversos e rigorosos controles de qualidade e análise, de modo que o produto autorizado atenda a, ao menos, os seguintes critérios:

- Seja de **boa qualidade**;
- Seja **eficaz**; e
- Seja **seguro** para o fim a que se propõe.

Assim, a concessão de um registro favorável a determinado produto pela ANVISA é uma garantia de que ele poderá ser comercializado para determinado tratamento e, mais do que isso, é um atestado de que a autoridade pública nacional responsável por seu controle anuí com o uso e distribuição do *Nesh Pentasure IBD* para o tratamento das DIIs. Portanto, **o produto em questão (oligomérico) goza de presunção de sua eficácia para o tratamento de pacientes com Doenças Inflamatórias Intestinais**, mormente para aquisição realizada por entes públicos em licitações.

Mas, ainda que não fosse atribuição da Anvisa realizar tal controle e, dessa forma, não houvesse presunção sobre a eficácia do produto, todas as informações prestadas sobre a adequação do produto para o tratamento de pacientes com *Doença de Crohn* seriam de fácil constatação pelo corpo técnico auxiliar de Vossa Senhoria, a partir da simples comparação das informações nutricionais do "Modulen" e do *Nesh Pentasure IBD*, por exemplo, aliado à análise da literatura científica sobre o tema.

Outrossim, a Gerência de Produtos Especiais da Gerência Geral de Alimentos da ANVISA homologou em 25/04/2022 o parecer do Processo: 25351168504202118 e deferiu o registro do produto *Nesh Pentasure Ibd* sob número 6.7475.0002.001-2 como Fórmula Modificada para Nutrição Enteral e Oral e relatou, dentre outras coisas, que:

A documentação instruída pela empresa na petição é indicativa de que o processo utilizado na fabricação do produto é consistente; e que a modificação realizada no padrão de fórmula enteral se refere ao aumento do aporte de lipídeos (41,3%VET), redução do aporte de carboidratos (41,7%VET), e ácidos graxos ômega-3, **a fim de tender as necessidades especiais dos pacientes Doença Inflamatória Intestinal DII e Doença de Crohn**. (Grifou-se).

Ora, a própria ANVISA reconheceu e habilitou o produto *Nesh Pentasure IBD* para a finalidade específica de tratamento dos pacientes acometidos pela *Doença de Crohn* e doença inflamatória intestinal, no geral. Não poderá a Administração, ou mesmo eventual licitante concorrente, contestar a eficácia do produto atestada pela Anvisa para o tratamento da doença em questão sem o devido processo legal, a ser submetido exclusivamente perante à Anvisa, que detém tal competência em território brasileiro.

4. O PLENO ATENDIMENTO DOS PRODUTO NESH PENTASURE AOS CRITÉRIOS TÉCNICOS E OBJETIVOS PARA O TRATAMENTO DAS DOENÇAS INDICADAS

Como se vê, **as dietas apresentadas pela impugnante NUNESFARMA atendem a todos os requisitos técnicos na composição de seus produtos para o pleno atendimento ao objeto do Edital e o descritivo dos itens**, sendo inclusive superior em alguns aspectos, o que é de interesse da Administração Pública a partir de seus princípios basilares.

Destarte, do que se depreende dos requisitos editalícios ora postos, o único critério supostamente não atendido, por mero desencontro ou falta de informações no que concerne ao tema, já suficientemente explorado e exposto nas presentes razões, seria o fato de a dieta indicada no descritivo editalício para os itens indicarem equivocadamente marca de fabricação específica, **coincidindo com apenas um dos dois produtos autorizados para a finalidade proposta em âmbito nacional**. Além disso, no que se refere às especificações do produto, especialmente relativamente à origem e valor proteicos, a dieta *Nesh Pentasure IBD* é superior, conforme será adiante demonstrado.

Como já demonstrado de forma clara e objetiva, a partir da doutrina especializada e dos demais documentos encaminhados ao conhecimento deste Ilustre Pregoeiro conjuntamente à presente, **não há motivos de ordem técnica para restringir o certame exclusivamente para licitantes que ofertem dietas da marca “Modulen” e “Peptamen Junior”**, em completo prejuízo do interesse público e do caráter competitivo do procedimento licitatório e à concorrência.

4. DA INDEVIDA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE

Como cediço, a licitação destina-se a selecionar a proposta que represente maior vantajosidade para a Administração Pública, sempre tendo como premissa a observância do princípio constitucional da isonomia, além dos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade etc. (art. 5º, *caput*, da Lei n.º 14.133/2021).

Registre-se que restrições indevidas podem ocasionar inúmeros prejuízos, e, inclusive, impedir a contratação mais vantajosa. Não sem razão este é o posicionamento pacificado no Tribunal de Contas da União:

A hipótese de *restrição à competitividade* não deve ser examinada somente sob a ótica jurídica e teórica, **deve levar em conta também se as cláusulas supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade do certame**. (Acórdão 2066/2016-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN). (Grifou-se).

* * *

Nas aquisições de hemoderivados é possível especificar os produtos sem risco de direcionamento do certame, desde que **na elaboração da caracterização do objeto a ser licitado sejam observados os princípios da impessoalidade ou da finalidade pública, da eficiência e da isonomia, com descrição adequada do objeto de forma a atender ao interesse público, maximizar o resultado e ampliar a competitividade, evitando-se tanto a deficiência como o excesso de caracterização do objeto.** (Acórdão 975/2009-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO). (Grifou-se).

Neste sentido, com o intuito exclusivo de ampliar a competitividade, sem restringir inadequadamente o certame, respeitosamente, **requer-se a realização de análise técnica e esclarecimentos para as devidas alterações em relação ao descritivo e ao critério de julgamento,** inclusive nos termos da Lei nº 14.133/2021, que rege o presente certame.

Não por acaso, a Constituição Federal, e bem assim a Lei de Licitações, prevê que o certame licitatório deve ser pautado pelo princípio da ampla concorrência, garantindo-se o seu caráter competitivo, de modo que o edital de licitação deve conter apenas e tão somente as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento do objeto licitado. Confira-se os dispositivos de regência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública **que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados **os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável**, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Grifou-se).

Ora, da leitura dos dispositivos em questão, fica claro que a *mens legis* adotada pelo legislador é de privilegiar que o certame licitatório, sempre que possível, excetuadas as hipóteses legais (v.g. dispensa de licitação, inexigibilidade etc.), privilegie a ampla concorrência, com o maior número de licitantes possíveis. Para que a finalidade legal seja atingida, **a Administração Pública deve integrar ao edital do certame apenas e tão somente os requisitos necessários para atingir a finalidade do certame. Nem mais, nem menos.**

Resta patente, portanto, que, ao prever no Edital do Pregão Eletrônico n.º 90003/2024 a indicação de critérios excessivos no descritivo que direcionam indevidamente o produto apenas à marca "Modulen", ausente qualquer justificativa plausível para manter a redação deste modo, se restringiu a ampla concorrência, frustrando o caráter competitivo do certame, uma vez que o produto da Impugnante atende perfeitamente o descritivo do Edital. Houve, pois, flagrante ofensa ao art. 5º, *caput*, da Lei n.º 14.133/2021 e art. 37, *caput* e XI, da CFRB/88.

Sobre o tema, ainda, ressalta-se consolidado entendimento do E. Tribunal de Contas da União:

A Administração não pode fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. **Deve garantir ampla participação na disputa licitatória**, com o maior número possível de concorrentes, desde que qualificados técnica e economicamente, para garantir o cumprimento das obrigações. (TCU Acórdão, 402/2008 Plenário).

Sobre a ordinária vedação à especificação de marcas em ato convocatório, a Lei nº 14.133/2021 é cristalina ao preceituar, em seu art. 41, a proibição de tal prática fora dos parâmetros especificados. Contudo, em que pese tal regramento seja flexibilizado em determinados casos, isso somente ocorre em casos excepcionalíssimos, em consonância a critérios bem delineados para que se evite arbitrariedades e desvio da finalidade competitiva do procedimento licitatório.

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:

I - indicar uma ou mais marcas ou modelos, **desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:**

- a) em decorrência da necessidade de **padronização** do objeto;
- b) em decorrência da **necessidade de manter a compatibilidade** com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
- c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor **forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante:**

d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo **aptos a servir apenas como referência**; (grifou-se).

Sobre o tema o E. TCU delimitou algumas balizas para que tal ilegalidade não ocorresse, entre as quais reforça-se a **máxima excepcionalidade na indicação de marcas**, mesmo para a mera referência de qualidade ou facilitação do que se busca adquirir. Veja-se:

REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA REALIZAÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO. ESPECIFICAÇÃO DE MARCA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. 1. É ilegal a indicação de marcas, nos termos do § 7º do art. 15 da Lei 8.666/93, salvo quando devidamente justificada por **critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido**. 2. Quando necessária a indicação de marca como **referência** de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, **deve esta ser seguida das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade"**, devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração. 3. Pode, ainda, a administração inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou instituto idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital. (TCU, Acórdão 2.300/2007, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU 05/11/2007).

Conforme se pode notar do acórdão supramencionado, extraída do Plenário da Corte de Contas, se tem que a indicação de marca deverá **sempre** ser devidamente justificada por **critérios técnicos ou de qualidade**, devidamente comprovados, seguida das expressões **"ou equivalente", "ou similar", ou "ou de melhor qualidade"**.

Nesse contexto, para que não restassem dúvidas sobre os limites acerca da excepcional possibilidade de indicação de marcas em Editais, gravou-se a Súmula 270, conforme a seguinte redação:

Súmula 270/TCU: *Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção.* (Grifou-se).

No presente caso, não se verifica a estrita necessidade exigida pelo E. TCU ou tampouco a prévia justificção que esteja em conformidade com a hipótese de exceção posta pela Lei nº 8.666/93. Afinal, é de interesse público que, sempre que se aplique uma exceção no uso do patrimônio público, esta seja muitíssimo bem fundamentada, para além de justificativas imprecisas, como a de que determinada marca é descrita em mandado judicial.

Assim, não pode a Administração agir de modo a prejudicar fornecedores menores, ao direcionar as especificações do descritivo para as características de um único produto presente no mercado, favorecendo-o, entre os dois únicos existentes.

Nesta senda, tampouco se pode ignorar o fato de que o produto ofertado pela impugnante NUNESFARMA é aprovado pela Anvisa⁵ e especificamente destinado à finalidade almejada.

Ainda, rememora-se que a composição dos produtos ofertados pela licitante NUNESFARMA, atendem rigorosamente às finalidades para as quais se destinam, bem como seu parecer e registro de autorização pela Anvisa, tem-se que perfeita sua destinação, de modo que **obrigatória seja possibilitado o seu oferecimento em todos os certames, mesmo aqueles em que se tome o produto Modulen e Peptamen Junior como referência**. Tal situação é de fácil constatação pelo corpo técnico auxiliar do pregoeiro, a partir da simples comparação das informações nutricionais do "Modulen" e do *Nesh Pentasure IBD*, bem como em relação a "Peptamen Junior" e *Nesh Pentasure Pedia*.

Tampouco se pode ignorar o fato de que o tratamento conferido pela Anvisa às dietas em questão, cujas características elementares são comuns aos produtos analisados, é de **alimento**, e não de medicamento.

Nesse sentido, veja-se a definição da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 21/2015, da Anvisa, para que uma dieta seja considerada uma fórmula para nutrição:

Art. 4º Para efeito deste regulamento são adotadas as seguintes definições:

I - fórmula para nutrição enteral: **alimento para fins especiais** industrializado apto para uso por tubo e, opcionalmente, por via oral, consumido somente sob orientação médica ou de nutricionista, especialmente processado ou elaborado para ser utilizado de forma exclusiva ou complementar na alimentação de pacientes com capacidade limitada de ingerir, digerir, absorver ou metabolizar alimentos convencionais ou de pacientes que possuem necessidades nutricionais específicas determinadas por sua condição clínica; (grifou-se).

Nesse sentido, para sistematizar o tema de modo mais didático, a Anvisa publicou um manual com perguntas e respostas sobre o tema, no qual, diante do questionamento acerca da diferença entre uma dieta enteral e parenteral, se tem a seguinte resposta:

4. Qual é a diferença entre nutrição enteral e nutrição parenteral?

⁵ Registro MS nº 6.7475.0002.001-2.

Nutrição enteral abrange a entrega de nutrientes ao paciente via trato digestório e a nutrição parenteral, via sistema endovenoso. Deve ser observado que **no primeiro caso, os produtos precisam ser regularizados como alimentos** e, no segundo, como medicamentos. (Grifou-se).

Isto é, para a Anvisa, sempre que se está a tratar de uma dieta enteral, se está a tratar de **alimentos**, e **não medicamentos**, de modo que resta evidente a diferença e o rigor conferidos a cada modalidade em suas especificidades.

Com efeito, tem-se que o que se busca é, em verdade, uma dieta enteral para o atendimento a pacientes que sofrem desse mal, devidamente aprovada pela Anvisa, **como é o caso da dieta Nesh PentaSure IBD**, ofertada pela impugnante NUNESFARMA.

Não por acaso o produto ofertado pela Impugnante é tão referendado por profissionais e instituições médicas:

Declaro para os devidos fins e a quem possa interessar, que tive a oportunidade de utilizar o produto Pentasure IBD tanto em pacientes por via oral como suplementação, quanto em pacientes com uso de dieta por via enteral em doentes internados em enfermaria e Unidade de Terapia Intensiva.

Nessa experiência pude constatar uma boa aceitação do produto com relação a palatabilidade e adesão dos pacientes ao tratamento proposto. A sua composição com proteína hidrolisada e TGF Beta 2 trouxe uma substancial melhora dos parâmetros clínicos e nutricionais dos pacientes.

Assim sendo, posso comprovar a eficácia e qualidade do Pentasure IBD onde a impressão que tive foi a melhor possível. Coloco-me a disposição para enviar informações e compartilhar a experiência.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
HOSPITAL UNIVERSITÁRIO POLYDORO ERNANI DE SÃO THIAGO
SETOR DE HOTELARIA HOSPITALAR**PARECER TÉCNICO**

Declaro para os devidos fins que o produto Nesh Pentasure IBD, Nunesfarma, foi aprovado na análise técnica realizada no Hospital Universitário Polydoro Ernani de São Thiago, nos seguintes critérios: palatabilidade, diluição, aceitação, tolerância e sintomas gastrointestinais. O produto encontra-se apto para ser administrado aos pacientes com doenças inflamatórias intestinais.

Merece menção o fato de que também outros entes da Administração Pública já adquiriram o *Nesh Pentasure IBD* e nada tiveram a reclamar.

Nesse sentido, cita-se, a mero título exemplificativo, os seguintes processos (documentos anexos): Pregão Eletrônico nº 188/2022, do Município de Petrópolis/RJ; Pregão Eletrônico nº 073/2022, do Fundo Municipal de Saúde do Município de São João Del-Rei/MG; Pregão Eletrônico nº 152/2022, do Departamento Municipal de Saúde do Município de Franca/SP, entre tantos outros. Tais precedentes em matéria de licitação atestam a plena viabilidade na aquisição do produto, de modo mais vantajoso à Administração e mais adequado ao paciente que o recebe.

Com efeito, não por acaso se está observando um novo comportamento nos editais de licitação Brasil a fora, no sentido de incluir o *Nesh Pentasure IBD* como referência para aquisição da fórmula enteral destinada aos pacientes com *Doença de Crohn*. Veja-se, como exemplo disso, os itens 08 e 09 do Edital de Pregão Eletrônico nº 066/2023, do DRS VIII — Franca, vinculado à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo:

08	Alimento para dieta enteral ou oral; nutricionalmente completo; para doença inflamatória intestinal e doença de Crohn; composto de carboidratos, lipídeos, proteínas, tgf-b2; sem adição de lactose e isento de glúten; em pó. REFERÊNCIAS: <u>MODULEN / PENTASURE IBD</u>	6228461	Grama	PRINCIPAL 75%	120.000
09	Alimento para dieta enteral ou oral; nutricionalmente completo; para doença inflamatória intestinal e doença de Crohn; composto de carboidratos, lipídeos, proteínas, tgf-b2; sem adição de lactose e isento de glúten; em pó. REFERÊNCIAS: <u>MODULEN / PENTASURE IBD</u>	6228461	Grama	RESERVADA 25%	40.000

Por esta razão, deve o administrador adotar **todas as providências** para que se confirme a lisura do procedimento licitatório mediante a garantia da ampla concorrência, com a participação de dietas que, com composição similar ou superior e, aprovadas pela Anvisa, atendem à mesmíssima finalidade.

6. A SUPERIORIDADE DE NESH PENTASURE IBD EM RELAÇÃO À CONCORRÊNCIA NOS ITENS 40 e 41

Ato contínuo, o Edital incorre em ilegalidade naquilo que se refere à excessividade constante nas especificações do produto a ser adquirido. Novamente, o Edital descreveu o item de forma que implica claríssima restrição de competitividade de modo que, em que pese não seja o único no mercado para a finalidade almejada, apenas o produto "Modulen" é capaz de atender.

Nesse sentido, confira-se novamente os requisitos editalícios para os itens em questão:

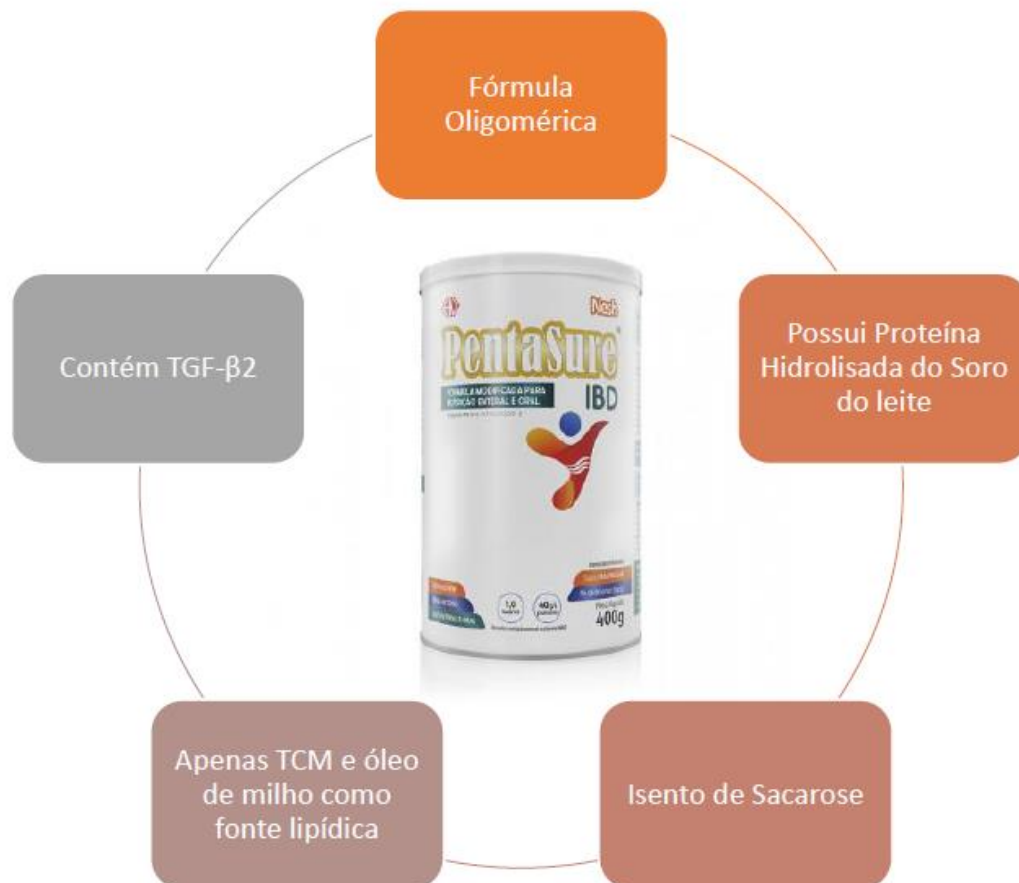
40	72364	MODULEN EMBALAGEM COM	UN	160	R\$ 463.3000	R\$ 74.128.0000	R\$ 0,5000
----	-------	-----------------------	----	-----	--------------	-----------------	------------

		400 GRAMAS. NUTRIÇÃO COMPLETA PARA PACIENTE COM DOENÇA DECROHN. ALIMENTO PARA SUPLEMENTAÇÃO DE NUTRIÇÃO ENTERAL OU ORAL. EMBALAGEM COM 400 GRAMAS. PARA ATENDIMENTO À MANDADO JUDICIAL. (DISPUTA RESERVADA A MICROEMPRESA DE PEQUENO PORTE)					
41	71977	MODULEN EMBALAGEM COM 400 GRAMAS. NUTRIÇÃO COMPLETA PARA PACIENTE COM DOENÇA DE CROHN. ALIMENTO PARA SUPLEMENTAÇÃO DE NUTRIÇÃO ENTERAL OU ORAL. EMBALAGEM COM 400 GRAMAS. PARA ATENDIMENTO À MANDADO JUDICIAL.	UN	1440	R\$ 463,3000	R\$ 667.152,0000	R\$ 0,5000

Comparativamente, veja-se as características dos produtos "Modulen" e *Nesh Pentasure IBD*:

Nutrientes	Pentasure IBD	Modulen
Distribuição calórica	44% CHO 16% PTN 40% LIP	44% CHO 14% PTN 42% LIP
Apresentação	Lata 400g	Lata de 400g
Capacidade colher-medida	10g	8,3g
Rendimento	2 litros	2 litros
Complexidade de macronutrientes	Oligomérica <i>Contém ptn hidrolisada</i>	Polimérica <i>Apenas ptn intacta</i>
Densidade energética	1,0 kcal/ml	1,0 kcal/ml
Carboidratos	Normocalórica	Normocalórica
Lactose	Normoglicídica	Normoglicídica
Proteínas	Isento	Isento
TGF-β2	Normoprotéica	Normoprotéica
Gorduras	Contém	Contém
Colesterol	Hiperlipídica	Hiperlipídica
Fibras	Isento	Isento
Sódio	Isento	Isento
Osmolaridade	Hipossódica	Hipossódica
Nº de Registro	Hipotônica	Hipertônica
	nº 6.7475.0002.001-2	nº 4.0076.1778

O produto ofertado pela ora Impugnante NUNESFARMA detém em sua distribuição calórica um maior índice de proteínas (16%), derivadas da proteína do soro do leite (*whey*); uma menor porcentagem de gorduras (40%); e ainda é livre de sacarose e conta com o sabor baunilha, que o torna mais palatável aos pacientes.



Como se sabe, **há apenas 2 (dois) produtos no mercado nacional que se podem dizer especializados para o tratamento das doenças inflamatórias intestinais**, dentre as quais se inclui a *Doença de Crohn*: o "Modulen" (Nestlé) e o *Nesh PentaSure IBD* (Hexagon Nutrition/Nunesfarma). Ambos os produtos contam com essa característica devidamente reconhecida perante a Anvisa, autoridade competente em território brasileiro.

Ademais, ambos os produtos contam com tecnologias e métodos de desenvolvimento que atendem aos critérios técnico-científicos amplamente difundidos pela comunidade internacional para que atendam à eficácia pretendida no tratamento de quem deles necessite. Ora, sendo assim, qualquer critério editalício deverá, sem nenhuma dúvida, observar a ampla participação de ambos os produtos, jamais podendo especificar critérios que acabem por restringir a competitividade em favor de um ou outro, como se verifica no presente caso, com a indicação de exigências exclusivas do "Modulen".

No caso do produto ofertado pela Impugnante NUNESFARMA, o que se busca através das presentes razões de impugnação é que não se restrinja a licitação a determinada marca, já que também o seu produto, de marca distinta, atende tão bem ou melhor à finalidade da aquisição.

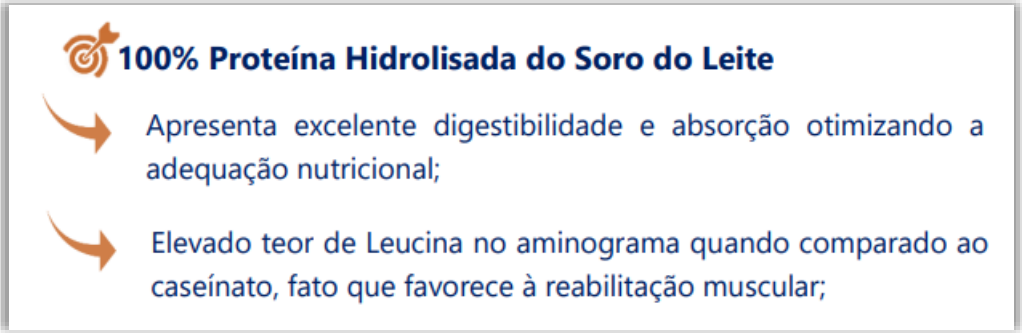
Na verdade, o que se tem é que o produto *Nesh Pentasure IBD* não apenas é similar ao "Modulen" em sua finalidade, como também se mostra **superior** quando analisados os critérios técnicos em sua composição.


Exemplo disso é o fato de que a dieta "Modulen", fabricada pela Nestlé, é inferior no que se refere à sacarose, já que o *Nesh Pentasure IBD* é isento desse composto. O *Nesh Pentasure IBD* também é **superior** por ser isento de colesterol, ao contrário de seu concorrente.



Além disso, a dieta *Nesh Pentasure IBD*, ofertada pela impugnante NUNESFARMA é divergente apenas no que diz respeito à porcentagem de proteína sobre seu valor energético total (14% vs. 16% *Nesh Pentasure IBD*) e à porcentagem de gorduras (42% vs. 40% *Nesh Pentasure IBD*), sendo o produto *Nesh Pentasure IBD* **mais benéfico e superior** à especificação referencial **em todos os casos**.

Explica-se.

O *Nesh Pentasure IBD* conta com proteínas hidrolisadas, que possuem um mecanismo de transporte de captação a permitir uma melhor absorção intestinal em relação às proteínas inteiras, ou seja, são como que proteínas já "pré-digeridas", facilitando o tratamento pelo organismo do paciente que sofre das doenças inflamatórias intestinais, como a *Doença de Crohn*, sendo tal fórmula frequentemente utilizada na prática clínica para indivíduos com suspeitas de intolerância gastrointestinal ou má-absorção.



 **100% Proteína Hidrolisada do Soro do Leite**

-  Apresenta excelente digestibilidade e absorção otimizando a adequação nutricional;
-  Elevado teor de Leucina no aminograma quando comparado ao caseinato, fato que favorece à reabilitação muscular;

Assim, o fato de uma nutrição ter proteínas hidrolisadas oriundas do soro do leite (*Nesh Pentasure IBD*) não representa qualquer prejuízo com relação àquela cuja proteína é proveniente do caseinato de potássio ("Modulen"), sendo elas hidrolisadas ou parcialmente hidrolisadas, já que o que se está a tratar é a utilidade e os potenciais efeitos de tais composições para um produto destinado precipuamente ao tratamento da *Doença de Crohn* ou similares.

Considere-se, ainda, que o caseinato de potássio, assim como o soro do leite, é uma proteína derivada do leite, sendo, contudo, uma proteína de digestão lenta, produzida a partir da separação

da caseína do leite. Desse modo, a caseína é uma proteína digerida de forma um pouco mais lenta que outras como o *whey*, por exemplo.

O *whey* (soro do leite), por sua vez, é uma proteína considerada “completa”, **contendo todos os aminoácidos essenciais ao organismo humano**, sendo rapidamente absorvida e, por isso, uma proteína tão indicada para pacientes com *Doença de Crohn* e utilizada pelo *Nesh Pentasure IBD*.

No que se refere aos associados à proteção da inflamação intestinal, a Tabela 6.4.2 “Valor Nutricional de Proteínas Chave” do manual de referência para produtos de soro de leite e lactose dos EUA, elaborado pelo Conselho de Exportação de Lácteos dos EUA, a proteína do soro do leite (*whey*) apresenta um valor biológico maior que a caseína e outras fontes de proteína.⁶

VALOR BIOLÓGICO: whey = 104; caseína = 77

TAXA DE EFICIÊNCIA PROTEICA: whey = 3,2; caseína = 2,5

UTILIZAÇÃO DA PROTEÍNA LÍQUIDA: whey = 92; caseína = 76

Nesse sentido, Sprong; Schonewille e Van Der Meer (2010) avaliaram o efeito protetivo intestinal do *whey protein* hidrolisado, comparando o uso de 3 diferentes fontes de proteína — caseinato; *whey protein*; ou caseína + treonina e cisteína — em dietas de ratos que sofreram indução de inflamação intestinal. Segundo os autores, a baixa disponibilidade de treonina e cisteína limita a síntese de mucinas em condições como a DII e, considerando que o *whey protein* é rico nestes aminoácidos, contrariamente à caseína, seu uso pode ser mais favorável em pacientes sob esta condição.

De acordo com os resultados do estudo, o *whey protein* reduziu a expressão gênica de marcadores de inflamação e diminuiu os sintomas clínicos de diarreia e perda de sangue fecal. Além disso, a proteína do soro aumentou a secreção de mucina fecal sem afetar a expressão gênica de MUC2, sugerindo aumento da síntese de mucina. Ainda, aumentou a contagem de lactobacilos fecais e bifidobactérias. A suplementação de treonina e cisteína na dieta com caseína mostrou efeitos comparáveis. Em conclusão, a proteína do soro protegeu os ratos contra a inflamação intestinal induzida. Isso provavelmente pode ser explicado por seu conteúdo de treonina e cisteína, já que a dieta de caseína, quando adicionada destes aminoácidos apresentou efeito semelhante. A proteção

⁶ Fonte técnica: USDEC, US Dairy Export Council. *Reference manual for US whey and lactose products*. Arlington, VA: US Dairy Export Council, 2006.

pode ser o resultado tanto da estimulação da síntese de mucina intestinal quanto da modificação da composição da microflora.⁷

Nesse diapasão, não há qualquer indício de que essa sutil diferença entre ambos os produtos seria de qualquer modo prejudicial aos pacientes acometido de tais doenças: pelo contrário, **há fortes evidências de que as proteínas hidrolisadas com origem no soro do leite são melhor absorvidas pelos organismos dos pacientes**, tornando o produto *Nesh Pentasure IBD* altamente recomendado para o fim a que se propõe, sendo muito adequado para a aquisição por parte do Poder Público nos casos em que o Judiciário determina a aquisição de nutrições para a *Doença de Crohn*, ainda que o faça mencionando a marca "Modulen".

Em apoio a tal entendimento, são diversos os estudos e análises técnicas realizados, de modo que não há dúvidas sobre o pleno atendimento do produto *Nesh Pentasure IBD* como um dos mais adequados e indicados para a finalidade apontada no Termo de Referência.

Orientação nutricional e dietética

A alimentação tem um papel importante na DII. A manipulação da dieta propicia a redução da inflamação; porém, a reintrodução de uma dieta livre, sem orientação nutricional, resulta no aumento da calprotectina fecal e sustenta por pouco tempo a remissão.⁸

Em geral, as necessidades energéticas de pacientes com DII são similares às da população saudável. Entretanto, as necessidades de proteínas aumentam na DII ativa e a ingestão deve ser de 1,2 e 1,5 g/kg/dia. Na remissão da doença, as necessidades proteicas são similares às da população saudável (1 g/kg/dia). Ainda não existe uma **dieta oral** que possa ser recomendada para promover a remissão em pacientes com DII, com doença ativa e dietas de exclusão não devem ser recomendadas para atingir a remissão.⁷

Ainda nesse sentido, veja-se quadro resumo sobre o exemplar atendimento do produto às exigências consensuais da comunidade científica internacional a respeito do tratamento das doenças inflamatórias intestinais:

⁷ Fonte técnica: SPRONG, R. C.; SCHONEWILLE, A. J.; VAN DER MEER, R. *Dietary cheese whey protein protects rats against mild dextran sulfate sodium-induced colitis: Role of mucin and microbiota*. Journal of dairy science, v. 93, n. 4, p. 1364-1371, 2010.

Nutrientes	Tratado de Doença Inflamatória Intestinal (GEDIIB) 2023	Sociedade Europeia de Nutrição Enteral e Parenteral (ESPEN) 2023	Nesh Pentasure IBD
Complexidade de nutrientes (polimérica, semi-elementar /oligomérica, elementar)	Não há diferença significativa. Atenção: palatabilidade, aceitabilidade e custo	Não há diferença significativa.	Fórmula oligomérica com excelente palatabilidade Atende às diretrizes
Calorias	25 a 30kcal/dia	30 a 35kcal/Kg de peso dia	1 A 1,5Kcal/ml Atende às diretrizes
Proteínas	1,2 a 1,5kcal/kg de peso dia	1,2 a 1,5kcal/kg de peso dia	16% de proteínas Atende às diretrizes
Suplementação nutricional com TGF-β2	Indicado na fase ativa	-	Atende às diretrizes

Assim, visando o caráter proteico, o *Nesh Pentasure IBD* se revela um produto **superior** às próprias especificações indicadas no descritivo do Termo de Referência para o referido item, já que é característica dos pacientes com DII necessitarem de uma maior ingestão de proteínas. Não apenas com base no trecho supracitado, pode-se dizer que **é entendimento pacífico e consolidado no meio da Nutrição que os pacientes acometidos por Doença Inflamatória Intestinal necessitam de mais proteínas para a devida recuperação do estado nutricional**. Não se pode ignorar o fato de que, para o paciente em fase ativa, cuja prevalência de desnutrição é alta, este macronutriente fará toda a diferença em seu tratamento. Assim, uma porcentagem superior de proteínas hidrolisadas do soro de leite é ainda mais benéfica. Senão, consulte-se a competente comissão técnica, para diligências e esclarecimentos, que atestará o que aqui se afirma.

Necessário considerar, no caso do produto *Nesh Pentasure IBD*, que **este conta com uma maior quantidade proporcional de TCM** (Triglicerídeo de Cadeia Média) em relação ao produto "Modulen".

Considere-se que **o Triglicerídeo de Cadeia Média (TCM) reduz a esteatorréia e a diarreia, bem como a excreção de eletrólitos fecais em pacientes com área reduzida da mucosa do intestino delgado devido a ressecção ou doença**. Esses efeitos são considerados associados à rápida

absorção do TCM, que não depende da formação de micelas, hidrólise intraluminal e reesterificação da mucosa. O cólon humano geralmente não é considerado um local de absorção de gordura, mas vários experimentos indicaram que, devido à sua solubilidade em água, os ácidos graxos de cadeia média são efetivamente absorvidos no cólon.

Essas características nutricionais também os tornam fontes de energia adequadas para pacientes com Doença de Crohn, eis que múltiplas ulcerações e inflamação da mucosa no intestino delgado diminuem acentuadamente a absorção. Os resultados combinados sugerem que os TCM são potencialmente benéficos no tratamento nutricional de pacientes com DC por dois motivos: 1) uma absorção mais rápida no intestino delgado e grosso; e 2) uma menor atividade pró-inflamatória.

Nada obstante, importante mencionar que o *Nesh Pentasure IBD* tem como fonte lipídica apenas TCM e óleo de milho, sendo um grande diferencial em relação a seu concorrente. O TCM é, indubitavelmente, a melhor fonte lipídica para esses pacientes, que sofrem com conhecidas dificuldades absorptivas, servindo para adição de calorias e como veículo de nutrientes lipossolúveis.

Ato contínuo, os pacientes com acometimento do íleo devem adotar dietas baixas em gorduras, sendo necessária a substituição por TCM na presença de esteatorreia (gordura nas fezes).

O fato de o *Nesh Pentasure IBD* ser **livre de sacarose** também implica sua superioridade em relação à concorrência.

A sacarose é um dissacarídeo, sendo considerado um tipo de açúcar (carboidrato) comumente associado ao açúcar refinado e xarope de milho, por exemplo, composto por glicose e frutose, mas é associado a diversos problemas de saúde, como a obesidade, diabetes e até mesmo problemas cardíacos derivados de aumento de pressão arterial.

Os macronutrientes (carboidratos, lipídios e proteínas) e micronutrientes (vitaminas e minerais) são necessários para o corpo humano funcionar e vários deles são obtidos naturalmente da dieta e da microbiota residente.⁸

O processo de digestão de carboidratos utiliza várias enzimas, sendo altamente dependente do tipo específico de carboidrato ingerido. A contribuição da microbiota intestinal para a degradação dos carboidratos é necessária, pois os humanos produzem apenas 17 enzimas ativas em carboidratos, enquanto algumas espécies bacterianas no intestino têm mais de 200 enzimas ativas em carboidratos.⁹

⁸ Statovci D, Aguilera M, MacSharry J, Melgar S. The Impact of Western Diet and Nutrients on the Microbiota and Immune Response at Mucosal Interfaces. *Front Immunol.* 2017 Jul 28;8:838.

⁹ Jamar, G., Ribeiro, D. A., & Pisani, L. P. (2020). High-fat or high-sugar diets as trigger inflammation in the microbiota-gut-brain axis. *Critical Reviews in Food Science and Nutrition*, 1–19.

As maltodextrinas são polímeros derivados da hidrólise do amido, utilizados como suplemento dietético para satisfazer as demandas energéticas do corpo.¹⁰

Durante condições patológicas, como doença inflamatória intestinal, a homeostase na mucosa intestinal é interrompida. **Uma dieta com alto teor de sacarose promove inflamação e crescimento de bactérias patogênicas/patobiontes (causadoras de doenças) no intestino.**

Alguns estudos experimentais mostraram o efeito negativo dos açúcares na Doença Inflamatória Intestinal pela alteração da microbiota intestinal. Uma dieta rica em açúcares simples aumentou significativamente a abundância de patobiontes, como *E. coli* e *Candida*, e promoveu a infiltração de neutrófilos, levando à ruptura da integridade da barreira.¹¹

A disbiose induzida pela sacarose é caracterizada por um florescimento em *Clostridium* e *Bacilli*; um marcador de diminuição de *Lactobacillus spp.*, *Sphingomonas* e *Klebsiella*; e aumentando algumas bactérias, como o filo Firmicutes (*Faecalibacterium* e *Streptococcus*) e Proteobacteriafilo (*Sutterella* e *Bilophila*).

Assim sendo, com finalidade de ser mais benéfico ao paciente, o Nesh Pentasure IBD possui como fontes exclusivas de carboidratos: maltodextrina (51%) e frutose (49%). A fórmula não possui sacarose em sua composição, sendo superior a seu concorrente nesse aspecto.

Por outro lado, o *Nesh Pentasure IBD* é totalmente livre de sacarose, o que deve ser considerado pelas ponderações de Vossa Senhoria de forma benéfica.

Note-se que o E. Superior Tribunal de Justiça há muito se posiciona no sentido de que inexistente violação ao Edital quando o produto apresentado detém características superiores às exigidas no descritivo, sendo abusiva a desclassificação do licitante por critérios não pertinentes à finalidade almejada:

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.

¹⁰ Bruna Girardi e outros, Quimioprevenção do câncer colorretal relacionado à inflamação por formulações dietéticas enriquecidas com silimarina, ácido acetil-11-ceto-beta-boswélico, curcumina e maltodextrina em modelo animal, *Carcinogênese*, Volume 39, Edição 10, outubro de 2018, Páginas 1274–1282.

¹¹ Yan J, Wang L, Gu Y, Hou H, Liu T, Ding Y, Cao H. Dietary Patterns and Gut Microbiota Changes in Inflammatory Bowel Disease: Current Insights and Future Challenges. *Nutrients*. 2022 Sep 27;14(19):4003.

2. Recurso ordinário não-provido.

(RMS n. 15.817/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 6/9/2005, DJ de 3/10/2005, p. 156). (Grifou-se).

* * *

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA.

1. **A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva.** Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, **é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados**, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal. (...)

4. Configura-se excesso de exigência, especialmente por a tanto não pedir o edital, inabilitar concorrente porque os administradores da licitante não assinaram em conjunto com a dos contadores o balanço da empresa.

5. Segurança concedida.

(MS n. 5.779/DF, relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 9/9/1998, DJ de 26/10/1998, p. 5). (Grifou-se).

No mesmo sentido são as lições de Marçal Justen Filho:

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.¹² (Grifou-se).

Veja-se que, segundo o aclamado doutrinador, a oferta de vantagens ou benefícios superiores ao determinado, quando não altera o gênero do produto, não gera prejuízos, sendo que a desclassificação da proposta somente poderá ocorrer quando das vantagens existentes se configura uma outra espécie de produto, o que não se tem no caso em análise.

¹² *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010.

Em reforço a todo esse entendimento, veja-se o teor do item nº 2 do Informativo de Licitações e Contratos nº 142, publicado pelo E. Tribunal de Contas da União:

2. 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 certame e o preço 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/m²; tecido ofertado na proposta vencedora: 203 g/m²), 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/m² 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.** (Grifos no original).

De todo modo, ainda que se considere que as características apresentadas pelo produto *Nesh Pentasure IBD* não sejam necessariamente superiores às apontadas do descritivo, o que não se espera, mas se admite por remota hipótese, há de se convir que não é razoável exigir somente esta marca, direcionando o produto a um único fabricante (Nestlé) e, novamente, restringindo a competitividade em detrimento de todos aqueles que poderão atender à finalidade ora almejada.

Deste modo, deverá o Edital ser retificado, para que conste tão somente "dieta de nutrição enteral especializada para o tratamento de Doença de Crohn", sob pena de direcionamento e ilegal restrição à ampla competitividade e excessividade da exigência, além de responsabilização pessoal dos agentes públicos envolvidos no ato de direcionamento.

7. A SIMILARIDADE ENTRE NESH PENTASURE PEDIA E O INDICADO PARA OS ITENS 57 e 58

Confira-se novamente os requisitos editalícios para o item em questão:

57	72373	PEPTAMEN JÚNIOR LATA COM 400 GRAMAS. ALIMENTO INFANTIL À BASE DE PROTEÍNA DO SORO HIDROLISADA, SEM LACTOSE, COM TCM, NORMOCALÓRICO E À BASE DE PEPTÍDEOS. INDICADO PARA PACIENTES CRÍTICOS, BRONCO ASPIRAÇÃO, DIFICULDADE DE ABSORÇÃO DE PROTEÍNAS E DESCONFORTO GÁSTRICO. RECOMENDADO PARA CRIANÇAS DE 1 A 10 ANOS. LATA COM NO MÍNIMO 400 GRAMAS. PARA ATENDIMENTO À MANDADO JUDICIAL. (DISPUTA RESERVADA A MICRO EMPRESA DE PEQUENO PORTE)	UN	120	R\$ 264,4166	R\$ 31.729,9920	R\$ 0,5000
58	70549	PEPTAMEN JÚNIOR LATA COM 400 GRAMAS. ALIMENTO INFANTIL À BASE DE PROTEÍNA DO SORO HIDROLISADA, SEM LACTOSE, COM TCM, NORMOCALÓRICO E À BASE DE PEPTÍDEOS. INDICADO PARA PACIENTES CRÍTICOS, BRONCO ASPIRAÇÃO, DIFICULDADE DE ABSORÇÃO DE PROTEÍNAS E DESCONFORTO GÁSTRICO. RECOMENDADO PARA CRIANÇAS DE 1 A 10 ANOS. LATA COM NO MÍNIMO 400 GRAMAS. PARA ATENDIMENTO À MANDADO JUDICIAL	UN	1080	R\$ 264,4166	R\$ 285.569,9280	R\$ 0,5000

Comparativamente, veja-se as características dos produtos "Peptamen Junior" e *Nesh Pentasure Pedia*:



Nutrientes	Nesh Pentasure Pedia	Peptamen Jr.	Peptamen Jr. (Fórmula nova)
Distribuição calórica	54% CHO 12% PTN 34% LIP	54% CHO 12% PTN 34% LIP	59% CHO 13% PTN 28% LIP
Apresentação	Lata 400g	Lata de 400g	Lata de 400g
Capacidade colher-medida	20g	7,85g	9,3g
Rendimento	1900ml	1800ml	1800ml
Complexidade de macronutrientes	Oligomérica Contém ptn hidrolisada	Oligomérica Contém ptn hidrolisada	Oligomérica Contém ptn hidrolisada
Densidade energética	1,0 kcal/ml	1,0 kcal/ml	1,0 kcal/ml
	Normocalórica	Normocalórica	Normocalórica
	Normoglicídica	Normoglicídica	Normoglicídica
Carboidratos			
Lactose	✘	✘	✘
Proteínas	Normoprotéica	Normoprotéica	Normoprotéica
	100% proteína hidrolisada do soro do leite	100% proteína hidrolisada do soro do leite	100% proteína hidrolisada do soro do leite
Gorduras	Normolipídica	Normolipídica	normolipídica
Colesterol	✘	✔	✔
Fibras	✘	✘	✘
Nº de Registro	6747500030018	659650138/400761718	659650138/400761718

Embora ambos os produtos contem com tecnologias e métodos de desenvolvimento que atendem aos critérios técnico-científicos amplamente difundidos pela comunidade internacional para que atendam à eficácia pretendida no tratamento de quem deles necessite, **entre ambos, apenas o Nesh Pentasure Pedia é isento de colesterol**. Além disso, oferece **melhor rendimento**, o que implica economicidade e, conseqüentemente, aumento de eficiência.

Ora, sendo assim, qualquer critério editalício deverá, sem nenhuma dúvida, observar a ampla participação de ambos os produtos, jamais podendo restringir a competitividade em favor de um ou outro, como se verifica no presente caso, com a indicação de marca de forma restritiva, sob o argumento de atendimento a decisões judiciais.

No caso do produto ofertado pela Impugnante NUNESFARMA, o que se busca através das presentes razões de impugnação é que não se restrinja a licitação a determinada marca, já que também o seu produto, de marca distinta, atende tão bem ou melhor à finalidade da aquisição.

Sobre a composição do *Nesh Pentasure Pedia*,¹³ para que não restem dúvidas, é composto pelos seguintes ingredientes: maltodextrina, sacarose, proteína hidrolisada do soro do leite, óleo de girassol 70% (diluído em sólidos de milho, caseinato de sódio, mono e diglicerídeos de ácidos graxos e palmitato de ascorbila), amido de milho, triglicerídeos de cadeia média 68% (diluídos em maltodextrina, sólidos do leite, mono e diglicerídeos de ácidos graxos e palmitato de ascorbila), óleo de milho 50% (diluído em sólidos do xarope de glicose, sólidos do leite, mono e diglicerídeos de ácidos graxos e palmitato de ascorbila), fosfato tricálcico, cloreto de potássio, cloreto de sódio, citrato tripotássico, citrato trissódico, bi tartarato de colina, carbonato de cálcio, ácido docosahexaenóico 10% (DHA) obtido de óleo de alga *Cryptocodinium cohnii*, óxido de magnésio, ácido ascórbico (Vitamina C), mio-inositol, L- taurina, L- carnitina revestida 50% (diluída em fosfato de cálcio tribásico micronizado, etil celulose e cloreto de metileno), pirofosfato férrico, niacinamida (Vitamina B3), acetato de tocoferol (Vitamina E) 50% (diluído em amido modificado e dióxido de silício), ácido araquidônico 10% (ARA), sulfato de zinco monohidratado, pantotenato de cálcio (Vitamina B5), cloridrato de piridoxina (Vitamina B6), riboflavina (Vitamina B2), mononitrato de tiamina (Vitamina B1), sulfato de manganês monohidratado, acetato de retinol (vitamina A) (diluído em amido, açúcar, dióxido de silício, EDTA dissódico e ascorbato de sódio), sulfato de cobre pentaidratado, ácido n-pteróil-lglutâmico (Vitamina B9), iodeto de potássio 10% (diluído em amido), molibdato de sódio dihidratado 10% (diluído em amido), filoquinona (Vitamina K) 5% (diluída em dextrina), selenito de sódio anidro 10% (diluído em amido), cloreto de cromo 10% (diluído em amido), ergocalciferol (Vitamina D), d-biotina (Vitamina B7) 2% (diluída em lactose), cianocobalamina (Vitamina B12) 0,1% (diluída em amido), espessante carragena, aromatizante artificial de baunilha. Além disso, é isento de lactose e glúten.

A composição do produto revela uma alta tecnologia no processo de fabricação aliada a uma alta competência em seu desenvolvimento especialmente pensado para o atendimento de crianças entre 01 e 10 anos com necessidades especiais, conforme as especificações editalícias.

Ademais, convém salientar que a função da maltodextrina se estende para as formulações pediátricas como um carboidrato substituto da lactose, pois uma parte considerável da população sofre com a deficiência da lactase. Já o amido de milho é comumente utilizado como ingrediente funcional por ser um polímero, enquanto a sacarose promove o fornecimento de energia de modo mais imediato por ter absorção, e biodisponibilidade rápida.

Observe-se, ainda, que o *Nesh Pentasure Pedia* possui em sua composição 100% de proteína do soro do leite hidrolisada. Os peptídeos presentes na formulação atuam melhorando a tolerância e reduzindo sintomas gastrointestinais em pacientes com disfunção do trato gastrointestinal, o que contribui para uma melhor digestão e absorção de nutrientes.

¹³ Vide informações sobre ingredientes no registro da ANVISA: 674750003.

Já as gorduras insaturadas como os ácidos graxos com insaturações em n-3 e n-6 são cruciais para o desenvolvimento cerebral. Os triglicérides de cadeia média (TCM) são ácidos graxos saturados de cadeia média, encontrados na sua forma natural em óleos vegetais, e no leite humano. Por serem de alta solubilidade e possuírem moléculas pequenas, são facilmente hidrolisados pelas lipases em ácidos graxos e glicerol, sendo absorvidos pelo intestino sem a necessidade dos ácidos biliares.

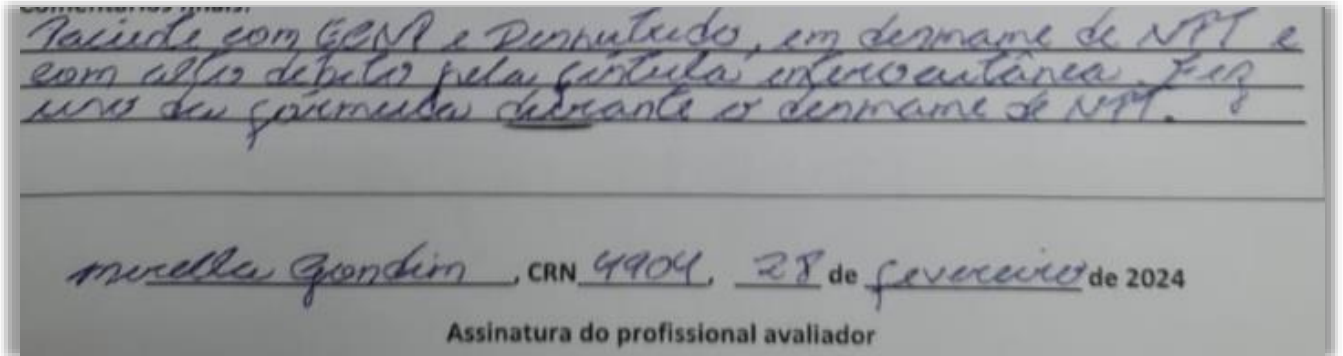
Tal posicionamento encontra amparo na melhor literatura científica internacional, v.g.:

1. DUPUIS, John H.; LIU, Qiang. Potato Starch: a Review of Physicochemical, Functional and Nutritional Properties. In: American Journal of Potato Research. [s.l.] : American Journal of Potato Research, 2019. v. 96p. 127–138. DOI: 10.1007/s12230-018-09696-2.
2. HOFMAN, Denise L.; VAN BUUL, Vincent J.; BROUNS, Fred J. P. H. Nutrition, Health, and Regulatory Aspects of Digestible Maltodextrins. Critical Reviews in Food Science and Nutrition, [S. l.], v. 56, n. 12, p. 2091–2100, 2016. DOI: 10.1080/10408398.2014.940415.
3. Ibrahim H, Mansour M, El Gendy YG. Peptide-based formula versus standard-based polymeric formula for critically ill children: is it superior for patients' tolerance? Arch Med Sci. 2020 Apr 6;16(3):592-596. doi: 10.5114/aoms.2020.9415.
4. NOSAKA N, et.al. Effects of dietary medium-chain triacylglycerols on serum lipoproteins and biochemical parameters in healthy men. Biosci Biotechnol Biochem. 2002;66:1713-8.
5. BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Resolução da Diretoria Colegiada – RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC Nº 21, DE 13 DE MAIO DE 2015. Dispõe sobre o regulamento técnico de fórmulas para nutrição enteral.

Não por acaso, outro fator que demonstra a alta qualidade do produto é o fato de seu estudo de estabilidade permitir um **prazo de validade de 24 (vinte e quatro) meses, ao contrário de seu concorrente Peptamen Júnior, cujo prazo de validade é de apenas 12 (doze) meses**. É dizer, o prazo de validade do produto fabricado pela Nestlé é a metade do prazo concedido ao produto da Impugnante NUNESFARMA, desenvolvido e fabricado em parceria com a *Hexagon Nutrition*.

Ademais, todas essas características estão revertendo reconhecimento pelo Poder Público, em outros órgãos e localidades que tiveram a oportunidade de avaliar o *Nesh Pentasure Pedia*, **como é o caso do Hospital Público de Pernambuco**, conforme formulário de avaliação clínica anexo.

Veja-se:



Descreve-se características como: boa aceitação; boa diluição, bem como o uso via SNE e inexistência de sintomas após o uso da fórmula. Veja-se:

Aceitação Geral:

- Boa aceitação
 Parcial aceitação
 Rejeição

Diluição:

- Boa diluição
 Dificil diluição

Fez uso via SNE.

Comentarios:

Paciente não apresentou sintomas GI. após uso da fórmula.

Deste modo, deverá o Edital ser retificado, para que conste seja aceito no certame também o produto *Nesh Pentasure Pedia*, sob pena de direcionamento e ilegal restrição à ampla competitividade e excessividade da exigência.

8. DO NÃO DESCUMPRIMENTO DE MANDADOS JUDICIAIS NA AQUISIÇÃO DE MARCA DIVERSA À INDICADA NO TERMO DE REFERÊNCIA PARA OS ITENS

Antecipando eventual alegação no sentido de que os descritivos se justificariam pelo atendimento de ordens judiciais que citem a marca específica do produto indicado como referência no ato convocatório, desde já se insurge a Impugnante a respeito de referida linha de argumentação.

A Administração Pública, sempre guiada pelo princípio da legalidade, entre outros, deve obedecer a Lei de forma peremptória, especialmente naquilo que diz respeito ao procedimento licitatório, pelo qual se opera a compra e venda de bens em prol da coletividade.

Desse modo, é necessária e obrigatória a observância a todas as regras inerentes às fases de um procedimento de aquisição de produtos, inexistindo qualquer previsão legal ou entendimento jurisprudencial que corrobore posicionamento coerente no sentido de que haveria uma justificativa válida apta a restringir a competitividade ao ponto de indicar marca específica com simples remissão a "mandados judiciais", sem inequívoca comprovação de que estes proibem a aquisição de produto similar ou superior.

Ora, se determinada decisão judicial defere pedido de cidadão necessitado de uma determinada dieta, para que a Administração forneça determinado produto, essencial a seu tratamento, isso não se dá a partir de uma marca em específico, **mas de toda uma composição que, em conjunto, caracteriza a dieta em si como adequada ao tratamento em questão.**

No caso do produto ofertado pela impugnante NUNESFARMA, o que se busca através das presentes razões de impugnação é que não se restrinja a licitação a determinada marca, já que também o seu produto, de marca distinta, atende tão bem ou melhor à finalidade da aquisição.


É dizer, caso os receituários médicos prescrevam a dieta "Modulen" ou "Peptamen Junior", o fazem apenas por ser mais conhecida e consolidada no mercado, mas não o fazem com base em sua composição energética, formulação, conteúdo nutricional ou princípio ativo, o que também é equivocado, já que se passa a percepção de que somente aquele produto, de modo exclusivo, é capaz de tratar determinada doença, quando isso não corresponde à realidade.

Ainda que no presente certame a dieta "Modulen" ou "Peptamen Junior" possa ter sido especificada na decisão judicial apenas em razão de se apresentar como aquela adequada ao tratamento da doença do paciente por prescrição médica, **é claro que, caso exista dieta similar, poderá esta ser adquirida.** Veja-se, por exemplo e paradigma, uma decisão judicial que determina a aquisição de "Modulen", sempre ressalvando a existência de produto equivalente:

de 2011, como se constata pela primeira ação proposta pela representante legal do adolescente Henrique. Dessa feita concedo tutela de urgência para condenar solidariamente a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e o Município de Marília a fornecer **24 latas ao mês** do produto denominado **Modulen** (dieta enteral polimérica), ou, produto equivalente que esteja disponível na rede pública. A marca Modulen foi referida com base nas informações aqui prestadas pela genitora do menor e pelo fato de ser ela a única apropriada para circunstâncias do paciente.

Assim deve ser interpretada toda e qualquer decisão judicial que condene o Estado à compra e fornecimento de dieta enteral para tratamento de *Doença de Crohn*.

Em outros casos, não é diferente:




Relatório Nutricional

A paciente [REDACTED], nascida em [REDACTED], é portadora de Doença de Crohn, encontra-se baixo peso (IMC: 18,7Kg/m²). A fim de complementar o aporte calórico diário e auxiliar no restabelecimento do quadro de saúde, sugiro uso de fórmula para nutrição oral normocalórica especializada que contribua para ação anti-inflamatória e reparadora da mucosa intestinal, isenta de glúten e lactose (*Modulen®* ou similar).

Oriento a utilização via oral de 50g ao dia, totalizando média de 4 latas de 400g ao mês.

Varginha, 02 de dezembro de 2021

À disposição,


Esther Silva Rosa Oliveira
 CRN9-6905
 Nutricionista

No relatório nutricional acima, extraído dos autos nº 0036873.49.2018.8.13.0707, onde se requer produto para o tratamento da paciente, o receituário nutricional prescreveu expressamente: **"fórmula para nutrição oral normocalórica especializada que contribua para ação anti-inflamatória e reparadora da mucosa intestinal, isenta de glúten e lactose"**. Entre parênteses, a possibilidade de aquisição de produto similar.

Portanto, **até que se demonstre o contrário, a demanda admite aquisição de fórmula nutricional similar ao "Modulen", como o Nesh Pentasure IBD e ao "Peptamen Junior", como o Nesh Pentasure Pedia.**

Sendo assim, a indicação de marca em mandado ou decisão judicial se dá tão somente em razão do critério da praticidade. Adquirir a dieta "Modulen" para o tratamento de *Doença de Crohn* por ser o mais conhecido **equivale a adquirir Novalgina, com exclusão de todos os demais, para o consumo de "dipirona", o que seria um absurdo, evidentemente.** Dessa forma, cotidianamente manda o Poder Judiciário comprar aquele este ou aquele produto, como o "Modulen", pois fora aquela a indicação constante no receituário, não tendo o Poder Judiciário, *a priori*, conhecimento técnico-científico adequado para se atender aos critérios de compra da Administração. Destaca-se, seguindo-se o exemplo acima, que o próprio Poder Judiciário reconhece a possibilidade de fornecimento de produto/medicamento similar e/ou genérico, sem que tal situação importe em contrariar a prescrição do profissional da saúde. Confira-se:

Recursos inominados. Fazenda Pública Estadual e Municipal. Direito à saúde. Fornecimento de Medicamento – "XARELTO". Adequação às teses fixadas pelo C. STJ. Substituição por medicamento genérico. Possibilidade. Ação julgada Recurso da Fazenda Pública Estadual provido para consignar que **o medicamento prescrito poderá ser substituído por genérico de eficácia comprovada e com o mesmo princípio ativo.** Recurso do Município reiterando teses defensivas já analisadas pelo juízo de primeiro grau. Recurso da Fazenda Pública Estadual a que se dá provimento. Recurso da Fazenda Pública Municipal a que se nega provimento. (TJ-SP - RI: 10012894520218260444 SP 1001289-45.2021.8.26.0444, Relator: Matheus Oliveira Nery Borges, Data de Julgamento: 28/10/2022, 2º Turma da Fazenda Pública, Data de Publicação: 28/10/2022). (Grifou-se).

Em outras palavras, quando a norma decorrente da decisão judicial ordena à Administração adquirir determinado produto, **cabe a esta averiguar, por meio de procedimento interno, qual produto, naqueles parâmetros, atende aos critérios da vantajosidade e economicidade para o fim a que se busca**, sempre atendendo a uma finalidade específica. Nesse diapasão, a fuga de tal modo de proceder simboliza, e concretiza de modo efetivo, uma verdadeira ilegalidade, na medida em que se está a criar novas regras de favorecimento para determinada marca.

Em que pese possa o Poder Judiciário determinar a compra de determinado produto em razão de seu livre convencimento sobre o que disse determinado laudo médico, **é dever da Administração diligenciar todas as opções adequadas à finalidade que se busca**, para que, ao mesmo tempo, se cumpra a decisão judicial (adquirir produto ou medicamento para tratar o paciente com o produto adequado) e se faça uma boa gestão dos recursos públicos. Tudo em respeito a um dos mais sagrados preceitos inerentes à licitação em âmbito público: a ampla concorrência, com isonomia.

Ainda, mesmo que se admita que, em determinados casos, a ordem judicial possa vedar expressamente produtos similares de outras marcas, o que não se sabe se existe no presente caso, referida interpretação deve ser efetuada casuisticamente.

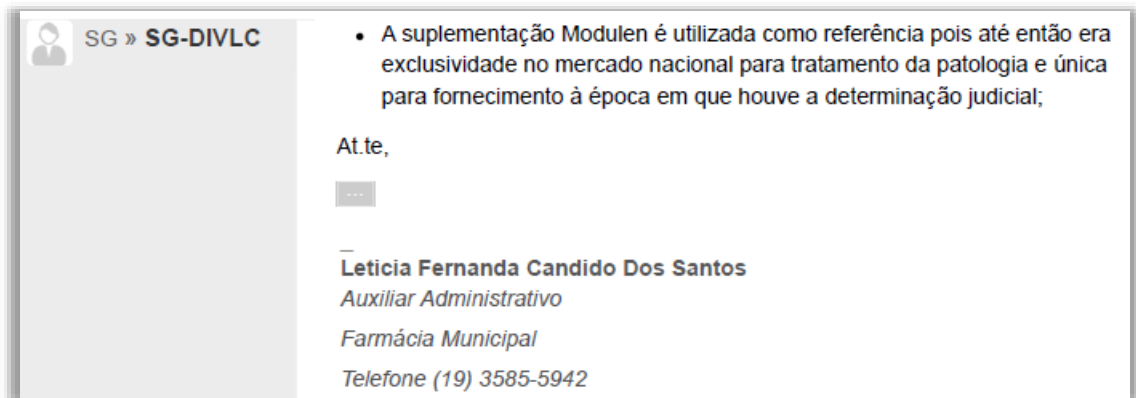
O que não se pode admitir é que o certame licitatório se paute apenas nos mandados judiciais que vedam produtos similares, o que se traz sob hipótese, quando referida vedação não é a regra, mormente para além de existirem mandados em que seja lícito o fornecimento de produtos similares, **há ainda o atendimento de demandas administrativas que não necessitam do rigor de uma ordem mandamental sobre determinada marca. Neste cenário, o procedimento licitatório deve prever dois descritivos**, isto é, um exclusivo para o "Modulen"/"Peptamen Jr.", estritamente para cumprimento dos mandados judiciais que tenham indicado os produtos, **com vedação de produtos similares**, e outro para contratação de toda e qualquer dieta capaz de atingir a finalidade específica, isto é. Caso contrário, jamais se poderá restringir o fornecimento a determinado grupo econômico.

Veja-se, como exemplo disso, o seguinte descritivo, extraído do Termo de Referência do edital do Pregão Eletrônico nº 46/2023, do DRS IX — Marília, vinculado à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, em que se faz essa distinção:

2	Dieta enteral adulto especializada / para Doença de Crohn, normocalórica, normoprotéica, isenta de lactose e glúten / GRAMA (g) / MODULEN IBD / NESTLE	3891089	Gramas (21)	33.600
3	Dieta enteral adulto especializada / para Doença de Crohn, normocalórica, normoprotéica, isenta de lactose e glúten / GRAMA (g)/SEM MARCA	6228461	Gramas (21)	175.200

Não raro, após pedido de esclarecimento solicitado previamente em certames licitatórios que indicam a dieta "Modulen" para atendimento a decisões judiciais, a resposta que se tem costuma ser

no sentido de frisar que a referência indicada é em razão da exclusividade do produto da Nestlé à época em que houve a determinação judicial utilizada como base:



Nesse contexto, necessário considerar que **esse paradigma mudou completamente**. Hodiernamente, como se sabe, o “Modulen” (Nestlé) não é mais o único produto disponível para tratamento de pacientes com *Doença de Crohn*, posto que, com o lançamento do *Nesh Pentasure IBD*, produto especializado, em 2022, esse paradigma mudou. Assim, **é de interesse público** que se realize a interpretação mais adequada, mesmos nesses casos, de modo que não seja a mais restritiva, mas devidamente contextualizada para o ano de 2024.

9. DA ANALOGIA À INTERCAMBIALIDADE DOS MEDICAMENTOS E DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ato contínuo, frisa-se que é sabido por esta Licitante que, conforme redação do próprio texto do objeto do instrumento convocatório, a demanda pelo produto em questão se dá em razão da existência de demanda administrativa, bem como decisões judiciais, liminares ou definitivas, que imputam aos entes federativos e seus respectivos órgãos a necessidade de empenho e aquisição do que ali se determina, sob pena de sofrerem penalidades imputadas pelo Poder Judiciário, em prejuízo do próprio orçamento.

Por isso, mister salientar que, **mesmo que determinada decisão judicial determine a compra deste ou daquele produto, não deve o administrador adquiri-lo em violação às regras atinentes às contratações públicas constitucionalmente estabelecidas**. Isto é, não se pode sacrificar o bem jurídico decorrente do processo licitatório para simplesmente adquirir produto sem a devida competição.

Com efeito, no âmbito da aquisição de medicamentos, aplica-se a máxima da **intercambialidade**, conforme orientações e regulamentos emitidos pela ANVISA, entre os quais se

confere maior relevo à RDC nº 58/2014,¹⁴ qual trata especificamente sob o tema em debate. No mesmo sentido dispõe a Lei nº 9.787/1999.

Referida resolução permite que, nos casos em que haja aquisição de medicamentos não isentos de prescrição, sejam adquiridos medicamentos similares ou análogos, a rigor das resoluções aprovadas pela Anvisa, mediante apresentação de testes e estudos de biodisponibilidade, bioequivalência e bioisência. Assim, a aquisição de tais medicamentos seria medida que se imporia nos processos licitatórios, quando da aquisição de determinados medicamentos.

Dessa forma, considerando que a restrição à competitividade é medida excepcional naquilo que se refere à prescrição de medicamentos, com o estabelecimento de requisitos objetivos para a aquisição de medicamentos similares quando sob prescrição, no presente caso não há qualquer plausibilidade em referida restrição, por diversas razões.

Assim sendo, existindo permissivo legal para a intercambialidade de medicamentos sob prescrição e, considerando que o produto em questão detém maior liberdade para seu manejo e introdução, **sua aquisição pela Administração Pública se mostra viável** nos presentes casos, e **a permissão de sua competição é cogente**, em decorrência do caráter competitivo inerente aos processos licitatórios, desde sua fase preparatória, até sua homologação e adjudicação, conforme preceitua a Lei nº 14.133/2021 e a Constituição da República.

Com efeito, considerando-se que a dieta solicitada pelo d. magistrado, apoiados em prescrição médica, poderá ser simplesmente de "Modulen", visando especialmente ao tratamento da *Doença de Crohn*, tem-se que o que se busca é, em verdade, uma dieta enteral para o atendimento a pacientes que sofrem desse mal, devidamente aprovada pela Anvisa, **como é o caso da dieta Nesh Pentasure IBD**, ofertada pela impugnante NUNESFARMA.

Ou seja, quando se determina a aquisição de "Modulen", **o que se determina é a aquisição de dieta nutricional adequada ao tratamento de Doença de Crohn**, devidamente aprovada pela Anvisa.

Logo, outra conclusão não é possível se não a de que a indicação expressa de marca, sem menção para fins meramente indicativos de referência, é um direcionamento ilícito de marca alimentícia que viola os princípios e mandamentos mais basilares das contratações públicas.

Por esta razão, tem-se que, se uma dieta dessa natureza é assim considerada como alimento, ao contrário das dietas parenterais, deve o administrador adotar **todas as providências** para que se

¹⁴ Dispõe sobre as medidas a serem adotadas junto à Anvisa pelos titulares de registro de medicamentos para a intercambialidade de medicamentos similares com o medicamento de referência.

confirme a lisura do procedimento licitatório mediante a garantia da ampla concorrência, com a participação de dietas que, com composição similar e aprovadas pela Anvisa, atendem à mesmíssima finalidade.

10. DO PROCESSO DE FABRICAÇÃO DO PRODUTO

Cumpra-se ressaltar que o *Nesh Pentasure IBD* não é exclusivamente brasileiro em sua formulação e fabricação, mas desenvolvido pela NUNESFARMA NESH em parceria com a empresa indiana HEXAGON NUTRITION, contando com amplo respaldo e suporte técnico e logístico da empresa, de modo a entregar aos pacientes a melhor tecnologia existente no mercado.

PentaSure®

A *Hexagon Nutrition* é uma empresa de nutrição pura diferenciada e orientada para a pesquisa que oferece produtos de soluções de nutrição clínica, pré-misturas de micronutrientes e produtos terapêuticos. Seus produtos são comercializados em toda a Índia e exportados para **mais de 70 países** para atender à demanda por nutrição por meio de nutrição clínica e nutrição terapêutica.



HEXAGON NUTRITION

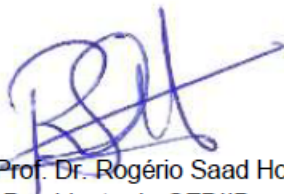
No Brasil, o produto foi lançado na Semana Brasileira de Doença Inflamatória Intestinal (SEBRADII), em agosto/2022, em Campinas/SP. Veja-se a carta gentilmente declinada pelo Prof. Dr. Rogério Saad Hossne, Presidente do GEDIIB e da 3ª SEBRADII:

Temos a honra e satisfação de agradecer a participação da NunesFarma na 3ª Semana Brasileira de Doença Inflamatória Intestinal, "SEBRADII", maior evento Latino Americano de Doenças Inflamatórias Intestinais, que reuniu os maiores profissionais médicos de várias especialidades do Brasil, representantes da América Latina e Estados Unidos, entre os dias 24 a 28 de agosto de 2022 na cidade de Campinas, São Paulo.

Na oportunidade foi lançada uma nova fórmula de nutrição enteral e oral contendo TGF- β 2 para Doença Inflamatória Intestinal, o Nesh Pentasure IBD. Neste sentido, queremos ressaltar que presença de sua empresa e lançamento foi de suma importância para os participantes do nosso evento.

Seguimos a disposição.

Atenciosamente.



Prof. Dr. Rogério Saad Hossne
Presidente do GEDIIB
Presidente da 3ª SEBRADII

Dessa forma, em que pese ainda seja relativamente nova e desconhecida no Brasil, a fórmula do *Nesh Pentasure IBD* é uma das mais comercializadas em todo o mundo, conferindo-lhe ainda maior credibilidade para o combate às doenças inflamatórias intestinais.

11. DA AMPLA UTILIZAÇÃO DO PRODUTO POR OUTROS ENTES E ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Observe-se como o *Nesh Pentasure IBD* é amplamente utilizado em diversos Municípios e instituições médicas pelo país, a partir de uma breve relação de alguns deles:

- Hospital Universitário de Florianópolis/SC;
- Prefeitura Municipal de Londrina/PR;
- Prefeitura Municipal de Franca/SP;
- Prefeitura Municipal de Petrópolis/RJ;
- Prefeitura Municipal de Taquaritinga/SP;
- Prefeitura Municipal de Bragança Paulista/SP;

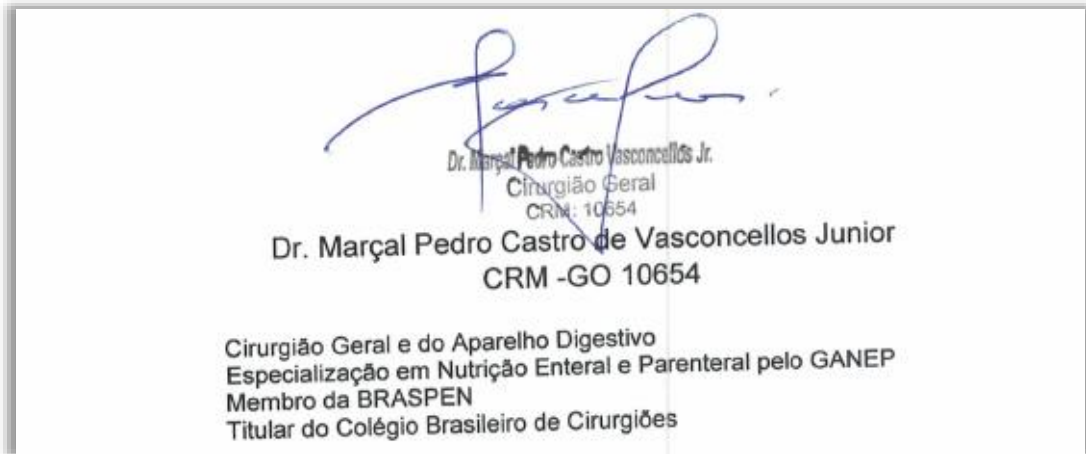
- Departamento Regional de Saúde Franca/SP;
- Departamento Regional de Saúde Marília/SP;
- Departamento Regional de Saúde Bauru/SP;
- Departamento Regional de Saúde de Araçatuba/SP;
- Departamento Regional de Saúde de Barretos/SP;
- Estado de São Paulo;
- Estado do Amazonas;
- Estado do Ceará;
- Estado do Rio Grande do Sul;
- Estado de Santa Catarina;
- Estado do Mato Grosso
- Etc.

Além destes, o produto *Nesh Pentasure IBD* já foi testado e aprovado por médico geral e do aparelho Digestivo, Dr. Marçal Pedro Castro de Vasconcellos Junior, que atesta sua recomendação especial pelo produto. Veja-se:




Declaro para os devidos fins e a quem possa interessar, que tive a oportunidade de utilizar o produto Pentasure IBD tanto em pacientes por via oral como suplementação, quanto em pacientes com uso de dieta por via enteral em doentes internados em enfermaria e Unidade de Terapia Intensiva.

Nessa experiência pude constatar uma boa aceitação do produto com relação a palatabilidade e adesão dos pacientes ao tratamento proposto. A sua composição com proteína hidrolisada e TGF Beta 2 trouxe uma substancial melhora dos parâmetros clínicos e nutricionais dos pacientes.

Assim sendo, posso comprovar a eficácia e qualidade do Pentasure IBD onde a impressão que tive foi a melhor possível. Coloco-me a disposição para enviar informações e compartilhar a experiência.



Também o Hospital Universitário de Florianópolis/SC utiliza o *Nesh Pentasure IBD* e declara convictamente o produto apto para doenças inflamatórias intestinais, seguindo os critérios: palatabilidade, diluição, aceitação, tolerância e sintomas gastrointestinais:

		UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA HOSPITAL UNIVERSITÁRIO POLYDORO ERMANI DE SÃO THIAGO SETOR DE HOTELARIA HOSPITALAR	
PARECER TÉCNICO			
<p>Declaro para os devidos fins que o produto Nesh Pentasure IBD, Nunesfarma, foi aprovado na análise técnica realizada no Hospital Universitário Polydoro Ermani de São Thiago, nos seguintes critérios: palatabilidade, diluição, aceitação, tolerância e sintomas gastrointestinais. O produto encontra-se apto para ser administrado aos pacientes com doenças inflamatórias intestinais.</p>			
Florianópolis, 04 de maio de 2023.			



Documento assinado digitalmente
VIVIANE RODRIGUES GONCALVE...DINGEE
Data: 04/05/2023 08:39:09-0300
CPF: ***.009.569-**
Verifique as assinaturas em <https://w.ufsc.br>

Viviane R. G. Silva Dingee
Nutricionista do Setor de Hotelaria Hospitalar
Divisão de Infraestrutura e Logística Hospitalar
Gerência Administrativa
Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) - Filial HU/UFSC

Outrossim, em outro caso, por ocasião de processo licitatório do Estado do Rio Grande do Sul, o departamento técnico nutricional permitiu participação do produto *Nesh Pentasure IBD* no certame, já que adequado à mesma finalidade aqui almejada e inexistia, até então, concorrente ao produto "Modulen".¹⁵

Ao DA/Compras,

Em resposta ao pedido de impugnação da empresa Nunesfarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos LTDA, em relação ao descritivo do Lote 03 - NUTRIÇÃO COMPLETA ALTAMENTE ESPECIALIZADA PARA PACIENTES COM DOENÇA DE CROHN PARA NUTRIÇÃO ORAL OU ENTERAL ISENTO DE GLU TEN EM EMBALAGENS DE 250 GRAMAS A 1000 GRAMAS APROXIMADAMENTE (MODULEN IBD), informamos que a marca que consta entre parênteses tem apenas caráter exemplificativo. Salientamos que só consta uma marca como exemplo, pois até então, não havia no mercado outros produtos que atendessem às exigências do descritivo.

Caso a empresa em questão tenha um produto que atenda ao descritivo, neste quesito não há impeditivo para a mesma participar do certame.

Atenciosamente,

Adriane da Silva Carvalho
Especialista em Saúde - Nutricionista
ID 4468872
Departamento de Assistência Farmacêutica/SES

¹⁵ Naquele certame, o produto *Nesh Pentasure IBD* sagrou-se vencedor.

Neste caso em específico (licitação da **Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul**), a Impugnante sagrou-se vencedora com o produto *Nesh Pentasure IBD*. Também teve mesmo êxito em certame da **Secretaria de Saúde do Estado do Mato Grosso**.

São muitos os casos, em todo o Brasil.

Merece menção o fato de que também outros entes da Administração Pública já adquiriram o *Nesh Pentasure IBD* e nada tiveram a reclamar. O produto tem bom histórico e conta com ampla aceitação por pacientes, além de especialistas médicos e em nutrição, com expressa recomendação realizada de modo expresse por especialistas de referência no ramo.

Nesse sentido, cita-se, a mero título exemplificativo, os seguintes processos (documentos anexos): Pregão Eletrônico nº 188/2022, do Município de Petrópolis/RJ; Pregão Eletrônico nº 073/2022, do Fundo Municipal de Saúde do Município de São João Del-Rei/MG; Pregão Eletrônico nº 152/2022, do Departamento Municipal de Saúde do Município de Franca/SP, entre tantos outros. Tais precedentes em matéria de licitação atestam a plena viabilidade na aquisição do produto, de modo mais vantajoso à Administração e mais adequado ao paciente que o recebe.

Apenas para a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, foram diversas as entregas, quais se comprovam através da emissão de recentes atestados de capacidade técnica emitidos pelo órgão:

ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Atestamos para os devidos fins e a quem possa interessar, sob regimento da Lei n.º 8.666/93, que a Empresa "**NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA**", inscrita **CNPJ nº 75.014.1670001-00**, estabelecida no Endereço: Rua Almirante Gonçalves, nº 2247, Bairro: Agua Verde, Município de Curitiba-PR. CEP 80.250-150, forneceu a esta **SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE**, inscrita no **CNPJ: 46.374.500/0252-60** Endereço AV DOUTOR ENEAS CARVALHO DE AGUIAR, nº188 - CERQUEIRA CESAR - CEP:05403-000 - SÃO PAULO - SP, através da **Coordenadoria Geral de Administração -CGA**, os produtos relacionados abaixo, em plenas condições de uso, no prazo de entrega estabelecido em Edital.

Nº do Processo CGA	DESCRIPTIVO	EMPENHO	Quantidade em unidades	NOTA FISCAL - Data de emissão	Entrega Percentual
SEI 024.00012777/2023-34 Pregão Eletrônico nº 143/2023 Oferta de Compra 090102000012023OC00225	ALIMENTO PARA DIETA ENTERAL OU ORAL NUTRICIONALMENTE COMPLETO, PARA DOENÇA INFLAMATORIA INTESTINAL E DOENÇA DE CROHN, COMPOSTO DE CARBOIDRATOS, LÍPIDEOS, PROTEÍNAS, TGF-B2, SEM ADIÇÃO DE LACTOSE E ISENTO DE GLUTEN, EM PO, ACONDICIONADO EM EMBALAGEM HERMETICAMENTE FECHADA, <i>Marca: NESH PENTASURE IBD HEXAGON; LATA 400g.</i> A APRESENTAÇÃO DO PRODUTO DEVERA OBEDECER à LEGISLAÇÃO ATUAL VIGENTE.	2023NE01188 de 27/06/2023	420.000 (g) GRAMA Apresentado: 1050 LATAS <i>Com 400 gramas</i>	Nº 173.592	07/07/2023 TOTAL

Declaramos por fim; de comprovação de qualificação técnica, que a empresa **NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA**", inscrita **CNPJ nº 75.014.1670001-00**, desempenhou satisfatoriamente as suas obrigações, cumprindo as exigências estabelecidas, não constando até o presente data nada que possa desaboná-la.

São Paulo, 20 de julho de 2023.


Maria Selma De Oliveira Ramos
 Diretor Técnico II

ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Atestamos para os devidos fins e a quem possa interessar que a empresa **NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, estabelecida na Rua Almirante Gonçalves nº 2.265, Curitiba, PR, inscrita no CNPJ sob nº 75.014.167/0001-00, forneceu a esta Secretaria de Estado da Saúde, os produtos abaixo especificados em plenas condições de uso, no prazo de entrega estabelecido.

Pregão Eletrônico 131/2023 - Processo nº 024.00000444/2023-91

DESCRIÇÃO	MARCA/ FABRICANTE/ EMBALAGEM	QUANT.	NOTA DE EMPENHO	NOTA FISCAL
ALIMENTO PARA DIETA ENTERAL OU ORAL NUTRICIONALMENTE COMPLETO, PARA DOENÇA INFLAMATORIA INTESTINAL E DOENÇA DE CROHN, COMPOSTO DE CARBOIDRATOS, LÍPIDEOS, PROTEÍNAS, TGF-B2, SEM ADIÇÃO DE LACTOSE E ISENTO DE GLUTEN, EM PÓ, ACONDICIONADO EM EMBALAGEM HERMETICAMENTE FECHADA, A APRESENTAÇÃO DO PRODUTO DEVERA OBEDECER A LEGISLAÇÃO ATUAL VIGENTE	NESH PENTASURE IBD/ NUNESFARMA/ LATA 400G	86.800	2023NE01045	173326

Declaramos por fim que a empresa em questão desempenhou satisfatoriamente as suas obrigações, cumprindo as exigências estabelecidas, não constando até a presente data nada que possa desaboná-la.

São Paulo, 26 de junho de 2.023.


Maria Selma de Oliveira Ramos
 Diretor Técnico II

Portanto, resta mais do que clara a referência e confiança depositada no *Nesh Pentasure IBD* por todos que dele utilizam em seus Municípios, hospitais etc. Trata-se de produto de alta confiabilidade e aceitação popular.

12. DA VIOLAÇÃO À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Nada obstante, guiado pelo princípio da proporcionalidade, o Administrador, ao aplicar o direito, deve considerar os valores inerentes à administração pública que atendam, ao mesmo tempo, a economicidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade e o devido processo legal.

No entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. (...) Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sobre a mera alegação de que não a entendeu razoável. (...) Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais te emprestado ao controle.¹⁶

No presente caso, a patente ilegalidade decorrente da violação à razoabilidade decorre de exigência que só poderá ser cumprida por restrita parcela do mercado, ou seja, por fornecedores que forneçam a marca "Modulen" e "Peptamen Junior", não sendo estas as únicas aptas à finalidade almejada pela Administração, restringindo ilegalmente o fornecimento de produtos até mesmo mais eficazes à solução do problema a que se busca solução. Destarte, de modo complementar, o princípio da proporcionalidade.

Ainda, de acordo com Marçal Justen Filho,¹⁷ em matéria de licitações, o princípio da proporcionalidade se traduz na necessidade de equilíbrio na busca de dois fins igualmente relevantes: a realização do princípio da isonomia deve dar-se simultaneamente com a seleção da proposta mais vantajosa e a discricionariedade é mais intensa por ocasião da confecção do ato convocatório e as escolhas da Administração Pública deverão ser norteadas pelo Princípio da Proporcionalidade.

A razoabilidade, em primeiro lugar, se insere dentro do controle da legitimidade do exercício das competências administrativas. Relativamente à aplicação da lei em cada caso, o princípio da razoabilidade é um dos instrumentos normativos de controle de legitimidade da atuação estatal, por exigir que se investigue tal atuação para além da mera conformidade formal dos atos com os parâmetros disciplinadores legais.

A proporcionalidade, por sua vez, conforme as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, preceitua que as competências administrativas somente podem exercidas validamente ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas

¹⁶ *Manual de Direito Administrativo*. Editora Lúmen Júris. 2003, Rio de Janeiro, páginas 23 e 24.

¹⁷ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, páginas 51 e 52.

e “os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade”.¹⁸

É razoável e proporcional sempre ampliar a concorrência e, por consequência, a proporcionalidade do certame, eis que a ampliação deve ser privilegiada em relação à restrição em matéria licitatória, dado o interesse público envolvido.

Logo, diante das exigências inadequadas acima verificadas, e pelas razões supra expostas, necessária a adequação do Edital de modo a não prejudicar injustamente as empresas participantes do certame que detém produto de marca diversa às da Nestlé, que servem precisamente para a mesma finalidade, com mesma ou superior eficácia para a finalidade declarada.

13. SUGESTÃO DE APRIMORAMENTO PARA OS DESCRITIVOS

Como já exposto de modo exaustivo, a manutenção do instrumento convocatório nos termos em que se encontra poderá ocasionar sérios prejuízos à Administração Pública, no que se refere ao dispêndio de orçamento do Município de Franca, bem como representará violação aos princípios da ampla concorrência, da isonomia e da supremacia do interesse público.

Nada obstante, restringir o certame apenas à parcela do mercado que ofereça os produtos “Modulen” e “Peptamen Junior” (Nestlé) ocasionará necessariamente um dano à própria economicidade e vantajosidade, já que o *Nesh Pentasure IBD e Pedia*, produtos regulados e autorizados pela ANVISA para a finalidade proposta, detém formulação de excelência nutricional, com grande tradição a nível mundial, em que pese sua presença em território nacional seja relativamente recente, **além de oferecer preço mais atrativo** em relação a seu concorrente direto.

Destarte, sugere-se a Vossa Senhoria, para que se proporcione uma competição mais competitiva e isonômica, além de tecnicamente mais acurada, que atenda a parâmetros estabelecidos pela própria comunidade científica, ou, caso se entenda diferentemente, que se comprove que as decisões judiciais em questão tenham expresso caráter restritivo, ou seja, que não permitam expressamente o fornecimento de produtos similares ao indicado nos termos da decisão.

A retificação dos itens nesses termos não ocasionaria qualquer prejuízo à realização do certame: pelo contrário, representaria a prevalência de um modo de agir guiado pela Constituição da República de 1988, priorizando a competitividade no âmbito das licitações públicas.

Destarte, sugere-se a retificação do presente ato convocatório conforme experiência oriunda de caso recente e muito semelhante ao presente caso, em edital promovido pela Secretaria da Saúde

¹⁸ *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Malheiros, p. 91-93.

do Estado de São Paulo, para o Departamento Regional de Saúde de Barretos (DRS-V), em que, o descritivo foi disposto, de modo que houvesse parâmetros bastantes e suficientes para a aquisição do produto de modo competitivo e isonômico. Veja-se:

ITEM	CÓDIGO BEC	DESCRIÇÃO DO PRODUTO	UNIDADE DE FORNECIMENTO	QUANTIDADE SOLICITADA	VALOR UNITÁRIO	VALOR TOTAL DO ITEM
1	6228461	Alimento para Dieta Enteral Ou Oral; Nutricionalmente Completo; para Doença Inflamatória Intestinal e Doença de Crohn; Composto de Carboidratos, Lipídeos, Proteínas, Tgf-b2; Sem Adição de Lactose e Isento de Gluten; Em Po; Acondicionado Em Embalagem Hermeticamente Fechada; a Apresentação do Produto Devera Obedecer a Legislação Atual Vigente;	21-GRAMA			
				63.600 75% AMPLA CONCORRÊNCIA		

Conforme o caso acima exemplificado, requer-se, respeitosamente, seja aprimorado o descritivo do presente ato convocatório em seus itens 40, 41, 57 e 58, para que sejam indicados parâmetros isonômicos e objetivos no sentido de permitir produtos similares ou superiores à marca indicada, que deve ser, no máximo, mero referencial.

14. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, ressalta-se que a presente impugnação não deverá ser interpretada como uma crítica ao ato convocatório, mas como uma oportunidade de aprimoramento face a possíveis abusos e ilegalidades contidas, ainda que de modo implícito, no teor do Edital.

Em suma, questiona-se o fato de que a mera indicação dos produtos "Modulen" e "Peptamen Junior" no descritivo fere a isonomia, a concorrência e a competitividade do certame. Apesar de se justificar a opção do edital para o descritivo do item daquele modo, **as decisões judiciais, em regra, não restringem a aquisição, mas viabilizam aquisição de dieta similar, que atenda à prescrição**

médica, que sempre deve permitir a aquisição de produtos similares, nos termos do Código de Ética Médica. Condições restritivas devem ser devidamente justificadas em Edital, o que não ocorreu.

Desse modo, deverá ser o Edital republicado para os itens 40, 41, 57 e 58, no sentido de estabelecer critérios isonômicos para favorecer a ampla concorrência e possibilitar o fornecimento do produto *Nesh Pentasure IBD*, eis que, além da justificativa de atendimento a demandas judiciais não seja suficiente, houve expressa **declaração de que também serão atendidos setores administrativos da municipalidade**, o que requer seja o item subdividido em ao menos dois.

Assim, respeitosamente, requer-se seja aprimorado o Edital em análise, para que seja oportunizada a participação de uma maior quantidade de licitantes e, por consequência, haja uma contratação mais vantajosa para a municipalidade, em prestígio do interesse público.

15. PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se seja a presente *impugnação* recebida, conhecida (posto que tempestiva, dispondo a lei sobre contagem em dias) e provida integralmente, para que, ao final, seja promovida a alteração do Edital em epígrafe e, no mérito, sejam promovidas as alterações no instrumento convocatório relativamente aos **itens 40, 41, 57 e 58** do Termo de Referência, com o objetivo de garantir segurança jurídica, bem como uma competição sadia e, ainda, uma contratação exequível para todas as partes, especialmente no sentido de se **afastar o abusivo direcionamento às marcas Modulen e Peptamen Junior, ambas da Nestlé**, na dieta nutricional para o fim de tratamento das doenças inflamatórias intestinais e necessidades especiais de crianças entre 01 e 10 anos, **sem indicar de modo expresso a possibilidade de indicação de produtos similares**, sendo dever da Administração realizar exercício de autotutela para atender à lei, sugerindo-se, neste aspecto, **que se altere a descrição do produto, para que se exclua as remissões às marcas**, ou, caso V. Sa. entenda diferentemente, que se inclua a expressão "**OU SIMILAR**", em atendimento ao melhor entendimento do E. TCU e da jurisprudência dos tribunais superiores.

Caso contrário, o que se admite por hipótese, requer-se relação e respectiva cópia das decisões judiciais que motivaram as demandas para os itens 40, 41, 57 e 58.

Destaca-se que, diante de todas as informações acima relacionadas, os produtos *Nesh Pentasure IBD* e *Nesh Pentasure Pedia* **poderão atender mesmo as demandas judiciais que mencionem marca distinta**, eis que a marca deve sempre ser interpretada como mero referencial e há expressivo quantitativo de decisões judiciais que deverão ser interpretadas à luz do contexto de 2024, no qual há produtos além do "Modulen" e "Peptamen Junior" capazes de atender à demanda dos pacientes em questão, considerável até mesmo superior em relação ao produto fabricado pela Nestlé em qualidade nutricional para esses pacientes.

Por fim, requer-se a suspensão da sessão pública de abertura das propostas até que esta impugnação seja devidamente julgada, nos termos do julgado pelo TCU no acórdão nº 551/2008-Plenário, com posterior republicação do Edital e seus anexos.

Curitiba, 20 de janeiro de 2025.

NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA.