

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 151/2024

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 09.093/2024

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".

IMPUGNANTE: NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 75.014.167/0001-00.

I - DAS PRELIMINARES

Impugnação Administrativa interposta tempestivamente pela impugnante **NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA**, CONTRA os termos do EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 09.093/2024.

II - DA TEMPESTIVIDADE

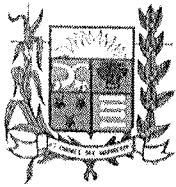
A presente impugnação é tempestiva, por preencher os requisitos estipulados no edital.

III - DAS ALEGAÇÕES DO (A) IMPUGNANTE E PARECER JURÍDICO DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE ARAXÁ/MG

DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

"(...)

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 14.133/2021 e art. 37, *caput* e inc. XXI, da Constituição da República, não obstante a jurisprudência consolidada do E. Tribunal de Contas da União sobre o tema.

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.**

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**

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. (...)"

Eis o necessário a ser relatado. Passo a opinar

IV - DO MÉRITO



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

Ref. Pregão Eletrônico nº 09.093/2024

Processo Licitação nº 151/2024

Ilmo. Sr. Pregoeiro,

MUNICÍPIO DE ARAXÁ – PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAXÁ, pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ sob o nº 18.140.756/0001-00, com sede nesta cidade à Avenida Rosália Isaura de Araújo, s/n, Bairro Guilhermina Chaer, CEP 38.180-802, neste ato representado pelo Senhor Prefeito Municipal, **RUBENS MAGELA DA SILVA**, brasileiro, divorciado, portador do RG MG-8.017.222, inscrito no CPF sob nº 002.725.196-93, vem mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus procuradores, apresentar, tempestivamente, **RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, interposta por **NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS LTDA**, já devidamente qualificada na peça de impugnação, pelos seguintes fatos a seguir expostos:

CONTRARRAZÕES À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

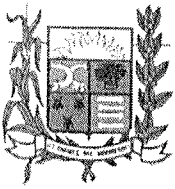
I – DOS FATOS

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”**. Publicado o Termo de Referência do procedimento licitatório acima descrito, a empresa **NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA**, aforou impugnação aos itens 40, 41, 57 e 58 do Termo de Referência, alegando irregularidade, pugnando pela retificação.

O item 40 e 41 do Termo de Referência refere-se ao produto **MODULEN** embalagem com 400 gramas, para atendimento à mandado judicial, contudo, o item 40 refere-se a disputa reservada a Microempresa e empresa de pequeno porte, enquanto o item 41 à ampla concorrência. Com relação aos itens 57 e 58, temos o produto **PEPTAMEN JÚNIOR** lata com 400gramas, de forma que o primeiro a disputa é reservado às ME e EPPs, e o segundo a ampla concorrência.

Alega à impugnante que a irregularidade subsiste no suposto direcionamento do objeto licitado ao produto de certa marca, quais seja, **“Modulen IBD”** e **“Paptamen Jr.”**, aduzindo que há ofensa na interpretação isonômica na redação dos quesitos.

Com relação aos itens 40 e 41, qual seja, **Module IBD**, a dieta nutricional em questão, tem a finalidade de tratar as doenças inflamatórias intestinais, como a Doença de Crohn. A impugnante alega que **“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.” (g.n.) Em que pese o produto **Nesh PentaSure IBD** tenha fórmula similar ao produto contido no Termo de Referência publicado pelo Município de Araxá, conforme alegado pela própria empresa impugnante, tem quantitativos diversos. Ademais, conforme expresso no termo de Referência, **o produto licitado serve para o cumprimento de sentenças judiciais**, as quais traz o nome da marca a ser fornecido e não somente a fórmula. Ainda, fornecer leite/dieta diferente da ordem judicial, mesmo com fórmula similar



representa descumprimento da decisão, o que pode causar responsabilização do Município de Araxá.

Segue, anexo a estas contrarrazões, decisão judicial da paciente L.E.M.B., criança portadora de paralisia cerebral, microcefalia, síndrome de Wesr, Çennox Galaut, Gastrectomia e Epilepsia de difícil controle, ou seja, paciente com **alimentação exclusiva** pela dieta alimentar MODULEN 400, não cabendo ao Município de Araxá ir contra prescrição médica e decisão judicial para troca da dieta, para outra com fórmula similar.

O Município de Araxá está a licitar produtos que realmente são necessários ao cumprimento das decisões judiciais, tanto é que, os demais produtos constantes no Termo de Referência não constam marcas específicas, somente fórmulas, justamente porque não são itens de cumprimento de sentença judicial.

Não insurge o Município de Araxá com relação à fórmula do produto Nesh Pentasure IBD, que ele seja similar ao produto constante no Termo de Referência, contudo, neste caso em específico, **é necessário licitar a marca**, portanto, não há ilegalidade.

Com relação aos itens 57 e 58 (Peptamen Jr.), a dieta pediátrica 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, contudo, alega a impugnante que não poderia ser licitada a marca já que possui outro produto, devidamente registrado na Anvisa, com a mesma fórmula.

De igual maneira, os argumentos lançados pelo Impugnante são com relação a impossibilidade de licitar marca, alegando haver outras marcas que fornecem produtos com a mesma fórmula ou ao menos similar, e a limitação da marca na licitação representaria afronta ao princípio da isonomia.

Ocorre que igualmente acontece com os produtos constantes nos itens 40 e 41, acima descritos, a dieta Peptamen Jr. se destina ao cumprimento de mandado judicial, que consta a marca a ser fornecida e não a fórmula, de modo que, não poderia ser diferente o item licitado.

A dieta enteral Peptamen Jr., destina-se ao cumprimento de decisão judicial que acompanha a prescrição médica para a paciente V.S.S., menor, que faz uso de sonda de gastrectomia, já que apresenta quadro de paralisia cerebral quadriplégica espática e epilepsia, secundários a evento hipoxico isquêmico, conforme se comprova pela juntada do laudo médico e da sentença. Conforme, permitido pelo Tribunal de Constas da União, de acordo com o verbete da súmula 270/TCU, é possível a licitação de marca, desde que estritamente necessário, o que se enquadra nos casos em comento:

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. (g.g)

Conforme já disposto, não há como o Município de Araxá, por sua conta e risco, fornecer dieta distinta da prescrita pelo médico e determinado por ordem judicial, simplesmente porque na licitação, não se deve licitar marcas, sob pena de ferir o princípio de isonomia.

Veja que em decisões já sedimentadas pelos Tribunais de todo o país, em caso de choque entre dois princípios constitucionais deve-se analisar o caso concreto com base na Preponderância dos principais fundamentais, devendo prevalecer o princípio de maior peso, com vistas à razoabilidade e proporcionalidade. Aqui temos, de um lado, o princípio da dignidade da pessoa humana, diante da primazia do direito à vida, à alimentação e a saúde, e do outro lado, princípio da isonomia, com vistas, tão somente ao interesse particular e econômico da empresa impugnante.

Assim, resta mais que comprovado pelo Município de Araxá que não há ilegalidade a ser sanada no Termo de Referência, isso porque o licitante



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAXÁ/MG

Secretaria Municipal de Fazenda Planejamento e Gestão

Setor de Licitação - e-mail: licitacao@araxa.mg.gov.br

Centro Administrativo - Avenida Rosália Isaura de Araújo nº 275 - Bloco 03

B. Guilhermina Vieira Chaer - CEP 38.180-802 - Fone: 3691-7022 / 3691-7145 / 3662.2506

necessita fornecer a pacientes específicos dietas de marcas predeterminadas o que justifica a licitação de marca e não de fórmula, como comumente ocorre, razão pela qual, não é possível a alteração dos itens impugnados no edital.

Deixa o Município de Araxá de impugnar de forma específica os tópicos "Do registro na Anvisa", "Do pleno atendimento dos produtos Nesh Pentasure aos critérios técnicos objetivos para o tratamento das doenças indicadas" e "Superioridade de Nesh Pentasure IBD", isso porque a licitação da marca não se dá em razão de falta de registro na Anvisa de marcas concorrentes ou pela marca não atender pacientes com as doenças indicadas, nem, tampouco, a qualidade de um ou outro produto, **a limitação da marca se dá pela necessidade de atendimento à prescrição médica e a ordem judicial.** Diferentemente do alegado pela impugnante, não há indevida restrição à competitividade, visto que os únicos itens do edital que limita a marca são os impugnados, contudo, a limitação se dá de forma justificada e devidamente prevista pelo TCU.

PRESTAÇÃO DE CONSTAS SIMPLIFICADA. EXERCÍCIO DE 2004. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PREVISTOS NO ART. 37, CAPUT, DA LEI MAIOR. **EXIGÊNCIA DE MARCA EM LICITAÇÃO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS DE ALGUNS RESPONSÁVEIS, COM APLICAÇÃO DE MULTA, REGULARIDADE DAS CONTAS DOS DEMAIS.** 1 – A contratação de pessoal realizada pelas entidades do Sistema S devem ser precedidas de processo seletivo, observando-se os princípios constitucionais da publicidade, impessoalidade, moralidade, finalidade e igualdade. 2 – **A indicação ou preferência por marca em procedimento licitatório só é admissível se restar comprovado que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do órgão ou entidade, devendo sempre vir acompanhada de justificativa prévia** (TCU XXXX, Relator: Marcos Bemquerer, Data do Julgamento 02/07/2008)

Não tenta o Município de Araxá com a limitação de marca beneficiar um ou outro concorrente, mas sim, cumprir com sua obrigação legalmente imposta de garantir o direito à saúde aos seus administrados, da forma como prescrito pelo médico e ordenado por decisão judicial.

As sentenças que o Município visa cumprir são de crianças, com patologias gravíssimas, **com alimentação exclusiva pelas dietas ora licitadas**, de forma que, a alteração da marca não cabe ao Município, que somente está autorizado a alterar o objeto da entrega, caso sobrevenha nova decisão judicial, que coloque termo na até então vigente.

Por fim, o impugnante, no tópico "Do não descumprimento de mandados judiciais na aquisição de marca diversa à indicada no termo de referência", tenta induzir este julgador que não há problemas em fornecer deita de marca diferente da marca determinada judicialmente e prescrita por médico, questionando a prescrição médica, o que não cabe a qualquer julgador. Quem deve dizer o que é ou não adequado ao tratamento do paciente é o médico, de forma que, caso haja alteração da marca prescrita por ato unilateral do Município de Araxá e por ventura haja qualquer intercorrência com o paciente em razão disso, quem responderá pelo fornecimento errôneo da dieta, será o Município de Araxá e não o fornecedor, ora impugnante.

Junta o impugnante documentos relativos a outros processos judiciais os quais constam a marca e logo após o termo "ou similar" ou "produto equivalente que esteja disponível na rede pública", contudo, **não é o que consta nas decisões que o Município de Araxá tem a obrigação de cumprir, portanto, não aplicáveis ao caso em comento.**

Ante o exposto e, de acordo com os documentos anexos a este, requer o não conhecimento da impugnação apresentada pela empresa NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS LTDA, para que **NÃO SEJA AUTORIZADA** a alteração nos itens 40,41, 57



PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAXÁ/MG

Secretaria Municipal de Fazenda Planejamento e Gestão

Setor de Licitação - e-mail: licitacao@araxa.mg.gov.br

Centro Administrativo - Avenida Rosália Isaura de Araújo nº 275 - Bloco 03

B. Guilhermina Vieira Chaer - CEP 38.180-802 - Fone: 3691-7022 / 3691-7145 / 3662.2506

e 58, diante da justificativa apresentada, de forma tempestiva pelo Município de Araxá, já que os itens impugnados, de forma especial, se destinam a cumprimento de ordem judicial, para crianças com alimentação exclusiva pelas dietas licitadas, em razão de enfermidade grave.

Requer seja reconhecida a legalidade de descrição dos itens 40,41, 57 e 58, sem que seja necessária a inclusão do termo "ou similar", com a devida continuação do processo licitatório, da forma como se encontra, conforme súmula 270 TCU.

Requer por fim o não acatamento do pleito de suspensão da sessão pública de abertura das propostas, diante das razões ora apresentadas, com a continuação do processo, haja vista a urgência na compra dos materiais licitados.

Araxá/MG, 20 de janeiro de 2025

Flávia da Silva Mota – OAB/MG 201.716

Procuradoria Geral do Município de Araxá

IV - DA DECISÃO

Pelo exposto, conheço da impugnação apresentada pela empresa **NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA**, e no mérito **INDEFIRO TOTALMENTE** a impugnação em epígrafe, mantendo o pregão para a mesma data e horário

Intime-se via portal LICITANET e site do município de Araxá.

Junte-se aos autos do processo administrativo.

Araxá, Minas Gerais – 21 de janeiro de 2025.

MAURO MARCOS DA ROCHA JÚNIOR

PREGOEIRO