



DISBRANCO
COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO

CNPJ: 33.823.751/0001-67 - INSC. EST. 13.774.682-2

ILUSTRÍSSIMO SENHOR (A) PREGOEIRO (A)
SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE
GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 058/2021

DISBRANCO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF Nº 33.823.751/0001-67 e inscrição estadual nº 13.774.682-2, sediada na Rua Poxoréo, Nº 325, Bairro Alvorada, Cuiabá-MT com telefone para contato n. (65) 3621-6521, vem, por intermédio de seu representante legal, respeitosamente a presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO

do Pregão Eletrônico Nº 058/2021, pelos motivos expostos a seguir.

DA HABILITAÇÃO À IMPUGNAÇÃO

A empresa requerente está devidamente em posse do Edital do Pregão Eletrônico Nº 058/2021, conforme retirada digital do mesmo, e, diante do objeto social e condições da licitação, constitui a impugnante, que se trata de empresa atuante no ramo de vendas de gêneros alimentícios, fórmulas alimentares e produtos de higiene e limpeza, pessoa jurídica legalmente interessada na apresentação de proposta ao certame cujo objeto trata do *"REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE PRODUTOS NUTRICIONAIS, CONTEMPLADOS NO PROGRAMA IST/AIDS E HEPATITES VIRAIS"*.

Nesse sentido, e nos termos do artigo 4º da Lei 10.520/2002 e artigo 18 do Decreto Federal n. 5.450/2005, bem como das demais legislações competentes, a presente impugnação apresenta-se devidamente habilitada.

DOS FATOS

Em Agosto de 2021, o Governo do Estado de Mato Grosso, por meio de sua Secretaria de Saúde, publicara o Edital de Licitação Pregão Eletrônico Nº 058/2021 do tipo MENOR PREÇO POR ITEM, sob a forma de REGISTRO DE PREÇO cujo objeto é o *"REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE PRODUTOS NUTRICIONAIS, CONTEMPLADOS NO PROGRAMA IST/AIDS E HEPATITES VIRAIS"*.

Ocorre que, o Edital de Licitação Pregão Eletrônico Nº 058/2021 encontra-se eivado de vícios, pois apresenta em suas descrições de itens especificações que direcionam os licitantes para produtos de apenas uma marca, incorrendo assim, em limitação da participação de empresas interessadas na respectiva licitação e limitação da concorrência de preços.

Encontra-se na referida situação o item 1, que possui a seguinte descrição:



DISBRANCO
COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO

Rua POXORÉO, Nº 325, Alvorada, Cuiabá-MT, CEP: 78.048-600.
Fone: (65) 3621-6521 - DISBRANCO@GMAIL.COM



CÓDIGOS	PRODUTO
SIAG 1066765 CATMAT 473482	FÓRMULA INFANTIL PARA LACTENTES À BASE DE LEITE DE VACA. ISENTA DE GLÚTEN, FRUTOSE, MEL, GORDURA HIDROGENADA E ÓLEO HIDROGENADO. CONTER TEOR DE PROTEÍNA HIDROLISADA E/OU NÃO HIDROLISADA, MÍNIMO DE 1,8 g/100 Kcal E MÁXIMO DE 3,0 g/100 Kcal. CONTER TEOR DE GORDURAS TOTAIS, MÍNIMO DE 4,4 g/100 Kcal E MÁXIMO DE 6,0 g/100 Kcal. CONTER TEOR DE CARBOIDRATOS TOTAIS, MÍNIMO DE 9,0 g/100 Kcal E MÁXIMO DE 14,0 g /100 Kcal. ASPECTO FÍSICO, PÓ. EMBALAGEM, LATA COM NO MÁXIMO 800G. QUILOGRAMA. NESTOGENO OU NAN

Observa-se que a descrição colacionada acima apresenta especificação direcionada a produtos de apenas um fabricante, qual seja, a NESTLÉ. Tais exigências impedem absolutamente a concorrência de preços objetivada em um certame licitatório do tipo MENOR PREÇO POR ITEM, bem como a isonomia de participação dos licitantes, pois, ao direcionar o item para os produtos de apenas uma marca, proporciona apenas que empresas que trabalhem com o respectivo fabricante participem do certame.

Com efeito, o exame do edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois, ao limitar o leque da licitação a determinados produtos e empresas, cria óbice à própria realização da disputa.

Nesse sentido apresenta-se esta impugnação, visando evitar a restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores que obste a busca da contratação mais vantajosa para o Erário Público.

Dessa forma, respeitosamente, requer-se a adaptação e/ou retificação do edital nos termos da argumentação a ser exposta a seguir, tendo em vista que a manutenção do mesmo implicará em infringência à legislação competente que, nos termos do artigo 7º, parágrafo 6º, da Lei 8.666/93, poderá acarretar a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

DO DIREITO - DA APLICAÇÃO DAS LEIS Nº 10.520/02 E 8.666/93 E DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O Edital aqui impugnado apresenta-se materialmente viciado com relação ao item 1, que determina especificação encontrada em produtos de apenas uma única marca disponível no mercado de consumo, ferindo assim, de morte, o princípio da isonomia, da competitividade licitatória e cerceando a concorrência entre os possíveis licitantes e a própria disputa de preços, o que são requisitos indispensáveis à validade de qualquer certame licitatório, de acordo com as normas jurídicas vigentes.

Como é sabido, o artigo 37 da Constituição Federal, consagra os Princípios norteadores da Administração Pública, a saber: legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Pautado nesses parâmetros constitucionais, o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 8.666/93, com o objetivo de regulamentar o inciso XXI do citado artigo 37 da Carta Fundamental, que trata do Procedimento Licitatório. No caput do art. 3º da citada lei, determinou as diretrizes sobre as licitações no ordenamento jurídico pátrio, senão vejamos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Assim, no que tange às “compras” efetuadas pela Administração Pública, tratou o legislador sobre o tema nos artigos 14 à 16 da citada Lei nº 8.666/93:



“Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 1o O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2o Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3o O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§ 4o A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5o O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6o Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

§ 7o Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

§ 8o O recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido no art. 23 desta Lei, para a modalidade de convite, deverá ser confiado a uma comissão de, no mínimo, 3 (três) membros.

Art. 16. Será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexistência de licitação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de dispensa de licitação previstos no inciso IX do art. 24.

Especial destaque merece a primeira parte do artigo 14, que determina que as compras realizadas pela Administração Pública não poderão ser efetuadas sem a adequada caracterização de seu objeto.

Neste ponto não pode ser olvidado que, apesar da legislação ora vergastada prever a “adequada caracterização de seu objeto”, a Administração Pública deve realizar, em verdade, TODAS as compras, com PERFEITA caracterização do objeto, da forma mais clara, concisa e coesa possível.

Nessa linha, em complementação à previsão do artigo 14, o §7º, I do artigo 15, arremata: *“Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;”*

Com efeito, outra conclusão não pode ser feita que não seja a de que a Lei nº 8.666/93 buscou regulamentar as compras de forma que os produtos que fossem adquiridos pudessem ter suas especificações amplamente conhecidas.

Ademais, a importância sobre este tema vislumbra-se indiscutivelmente reconhecida, de maneira que a posterior Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada Pregão, determinou de modo expresse no artigo 3º, II:

“Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;”

Posto isso, o legislador buscou que a licitação fosse realizada de forma simples e precisa, contendo, todos os pormenores técnicos do objeto de forma clara aos licitantes, mas sem que haja uma especificação excessiva e desnecessária que limite a competição, para que, de posse dessas informações, as empresas possam disputar o certame respaldados pela Isonomia Constitucional.

Confirmando a proibição legal de especificação excessiva o artigo 7º, parágrafo 5º, da Lei 8.666/93 estabelece ser vedada a discriminação de produtos que direcionem os licitantes exclusivamente para uma única marca/fabricante. Vejamos:

“Art. 7º (...)

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

Já o seu artigo 15, parágrafo 7º, inciso I, estabelece que deve haver a especificação completa do bem a ser adquirido “sem indicação de marca”.

DO DIRECIONAMENTO DE MARCA

Em análise do Edital publicado para o Pregão Eletrônico nº 058/2021 verifica-se que o item 1 se encontra em desacordo com a legislação aplicável, pois apresenta especificação que está restringindo a participação de marcas similares com a mesma composição e de qualidade igual ou superior na sua formulação.

A descrição do item nº 1 referencia ao final dois produtos que são fabricados exclusivamente pela NESTLE, quais sejam, NESTOGENO OU NAN, restringindo, assim, os licitantes e configurando evidente direcionamento de marca.

Ocorre que, produtos produzidos por outras indústrias também se enquadram na quantidade estabelecida pelo padrão de referência, que é o leite materno, e possuem estudos comprovando a mesma eficácia e benefício nutricional quando comparados com a relação indicada no descritivo.

Nesse sentido, para que seja possibilitada a concorrência isonômica entre os licitantes sem que haja qualquer prejuízo para a composição buscada pelo Edital, sugere-se que a descrição NÃO APRESENTE QUALQUER REFERÊNCIA DE NOME COMERCIAL DO PRODUTO, trazendo apenas a especificação do produto a ser adquirido.

Neste ponto, importante salientarmos que no Brasil existem legislações específicas regulamentando o comércio de fórmula infantil, quais sejam, as Resoluções RDC 41, 42 43 e 46 da ANVISA, que trazem rigorosas recomendações e exigências a serem observadas. Todas as fórmulas que estão de acordo com essas RDC's, independente da marca, nutricionalmente se apresentam aptas para serem comercializadas e contém quantidades mínimas e máximas de componentes para atender a necessidade nutricional do lactente e suas especificações.

Logo, as alterações aqui sugeridas apresentam medidas extremamente necessárias, pois, caso seja mantida a redação atual do Edital restará prejudicada não só a participação de várias empresas que trabalham com outras marcas oferecendo produtos similares, mas também estar-se-á infringindo os princípios da isonomia e competitividade que regem as licitações.

Não obstante, esclarece-se ainda, que as restrições realizadas pelo Edital não possuem justificativa prévia, o que não autoriza a referida situação. Até porque, ainda que se tratem de situações deflagradas para o atendimento medidas judiciais e/ou prescrições médicas, tais fatos não autorizam a descrição de itens com direcionamento de marcas.

Isso porque quando há a realização de um Pregão com o objetivo de atendimento à Prescrição Médica e/ou Medida Judicial, a situação não se apresenta como ressalva à vedação legal disposta no art. 7º, parágrafo 5º, da Lei 8.666/93, pois, os Processos Licitatórios, na modalidade pregão para REGISTRO DE PREÇO, não se enquadram no permissivo legal do referido dispositivo, já que corresponde a REGISTRO DE PREÇOS e não à aquisição imediata de produtos sob o regime de administração contratada.

Ademais, ainda que se tratasse de uma efetiva aquisição de produtos oriunda de medida judicial e/ou prescrição médica, tal fato também não se apresentaria como justificativa para o direcionamento de marca aqui combatido, pois, a determinação judicial e/ou médica que contém indicação de marca restringe a Administração Pública no cumprimento dessas medidas e, ainda, fere os princípios da contratação pública.

Nesse sentido, tem se posicionado a jurisprudência pátria:

DIREITOS HUMANOS, CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REJEITADA. CONCESSÃO DE INSUMOS PELO PODER PÚBLICO. MARCA ESPECÍFICA DE CURATIVOS E LOÇÃO OLEOSA. INVIABILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. DECISÃO POR UNANIMIDADE. 1. Não há de se falar em ausência de direito líquido e certo quando a documentação acostada aos autos é nítida ao demonstrar a eficácia dos insumos postulados para o tratamento da enfermidade que acometa a parte impetrante. 2. Comunga este Órgão Julgador com o entendimento já esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o pedido em ações que visem ao fornecimento gratuito de medicamentos/insumos está

relacionado à prestação de assistência à saúde constitucionalmente prevista que propicie ao autor o tratamento adequado para a sua enfermidade e não o fornecimento de medicamento/insumo específico. 3. Desse modo, assegura-se ao cidadão o fornecimento pelo Poder Público dos medicamentos/insumos indicados para o seu tratamento conforme receituário médico, possibilitando, porém, sua substituição por outro de idêntica composição, genérico ou similar, ou de outra marca comercial e fabricante, respeitando-se sempre a prescrição da fórmula, quantidade efetuada pelo profissional competente, o mesmo princípio ativo e o mesmo efeito terapêutico, sem prejuízo da qualidade do tratamento buscado. 4. A determinação judicial que restrinja a obrigação de fornecimento de medicação/insumos a determinada marca comercial e laboratório - por muitas vezes de custos mais elevados que seus genéricos/similares - além de resultar na violação de princípios básicos da contratação do Poder Público (impessoalidade, legalidade, moralidade e isonomia), caracteriza indevida ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas a cargo da Administração e representa dispêndio necessariamente maior de recursos públicos destinados à área da saúde, em prejuízo da higidez do Sistema Único de Saúde como um todo. 5. Concessão parcial da segurança por unanimidade de votos no sentido de assegurar ao impetrante o fornecimento gratuito e contínuo pelo impetrado, de (i) CURATIVOS DE SILICONE NÃO ADERENTES das mesmas características dos postulados, sem necessidade de vinculação a qualquer marca específica ou fabricante; (ii) ÓLEO DE ÁCIDOS GRAXOS ESSENCIAIS INSATURADOS, disponibilizado pelo SUS, na quantidade indicada pela médica dermatologista que lhe assiste conforme receituário acostado ao feito, prejudicado o agravo regimental. (TJ-PE - MS: 3938858 PE, Relator: Fernando Cerqueira, Data de Julgamento: 06/01/2016, Grupo de Câmaras de Direito Público, Data de Publicação: 25/01/2016)

REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - SAÚDE: MEDICAMENTO E INSUMOS - DIABETES - MARCA ESPECÍFICA - REFRATARIEDADE AOS MEDICAMENTOS FORNECIDOS PELO SUS NÃO COMPROVADA. 1. As sentenças ilíquidas proferidas contra entes federados devem ser submetidas ao duplo grau necessário de jurisdição. 2. As questões de saúde encontram-se devidamente regulamentadas por lei, havendo fixação de competências que devem ser obrigatoriamente observadas sob pena de ingerência indevida do Poder Judiciário nas políticas públicas. 3. O Sistema Único de Saúde (SUS) informa-se pelo princípio da descentralização político-administrativa, que importa a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde. 4. Os insumos pleiteados - seringas e fitas reagentes - são dispensados pelo MUNICÍPIO, por marca vencedora em processo de licitação. Destarte, a determinação do emprego de marca determinada somente se justifica se dedutível dos autos a impossibilidade de substituição do insumo por outro de mesma característica, sem prejuízo da qualidade do tratamento buscado, o que não é o caso dos autos. 5. Não comprovada a refratariedade da parte requerente ao tratamento com os medicamentos fornecidos pelo SUS, o medicamento pleiteado deve ser indeferido. (TJ-MG - AC: 10223082638006001 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 17/12/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/12/2013)

Vislumbra-se das orientações jurisprudenciais que a medida judicial e/ou prescrição médica deve prever a formulação ou princípio ativo do produto que se pretende adquirir. E ainda, caso não seja esse o conteúdo da medida/prescrição, a Administração Pública está perfeitamente autorizada a substituir do insumo/produto por outro similar, de mesma característica, sem prejuízo da qualidade do tratamento buscado.

Sendo assim faz-se necessário que o órgão público, ao invés de licitar marca, realize um processo de aquisição de fórmulas e dietas baseadas em especificações genéricas, voltadas ao tratamento em si e que, assim, abranjam mais de uma marca, com produtos similares, visando dessa forma além do atendimento às necessidades dos pacientes a realização de processo licitatório que atenda aos comandos da Constituição Federal, isto é, que seja mais competitivo e vantajoso para o Município.

Dessa forma, por não proceder da maneira indicada pela Lei de Licitações e demais legislações competentes, resta verificado que o Edital do Pregão em questão viola frontalmente o princípio da isonomia (igualdade) que assegura o direito à competição, e que se trata, inclusive, de uma característica essencial a qualquer certame licitatório, já que as licitações possuem como objetivo precípuo a busca pelo menor preço.

Assim sendo, pugna-se pela retificação do Edital do Pregão Eletrônico Nº 058/2021, para fins de adequá-lo às normas fundamentais do Direito e da Administração Pública.

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer a adaptação e/ou retificação do Edital do Pregão Eletrônico Nº 058/2021, para que seja alterada a descrição do item 1, de maneira que as especificações possibilitem a apresentação de proposta com produtos de marcas diferentes daquelas que se encontram como referência no Ato Convocatório, mas que são similares, atendendo assim ao objetivo do certame, e que são de qualidade igual ou superior na sua formulação.

Nestes termos, pede deferimento.

Cuiabá, 24 de Agosto de 2021.


DEBORA LOUISE C. B. LOMBARDI
DISBRANCO COM. DE ALIM. LTDA.

CNPJ: 33 823 751/0001-67
DISBRANCO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO
DE ALIMENTOS LTDA.
Rua Poxoréo, Nº. 325
Bairro: Alvorada
CEP: 78.048-600
FONE: (65) 3621-6521
CUIABÁ MT

ROL DE DOCUMENTOS

Documento 01 – Contrato Social

Documento 02 – Documento Pessoal

Documento 03 – RDC 41, 42 43, 44, 45 e 46 disponíveis em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0041_26_07_2012.html

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0042_29_08_2013.html

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0043_03_08_2012.html

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2010/res0044_26_10_2010.html

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0045_09_08_2012.html

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0046_29_08_2012.html