

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEBASTIÃO DO ALTO
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES
 Rua Julio Vieitas, 88 – Centro – São Sebastião do Alto/RJ

Ref.: **Pregão Eletrônico nº 013/2024**

Processo nº 1.241/2024

Recurso administrativo

Ilma. Sra. Autoridade responsável pelo certame,

NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 75.014.167/0001-00, sediada à Rua Almirante Gonçalves, nº 2247, bairro Água Verde, Curitiba, Estado do Paraná, CEP 80.250-150, neste ato representada na forma de seu Contrato Social, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar tempestivo **RECURSO ADMINISTRATIVO**, o que faz com fundamento ao item 11 do Edital, pelas razões a seguir expostas.

RAZÕES RECURSAIS

1. ESCLARECIMENTOS FÁTICOS INTRODUTÓRIOS

Trata-se de procedimento licitatório que tem por objeto “EVENTUAL AQUISIÇÃO DE FORMULAS E LEITE PARA O ANO DE 2024 conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.”, nos termos do instrumento convocatório.

Nesse contexto, a Recorrente NUNESFARMA participou do procedimento para concorrer no item 011 do Termo de Referência, com descritivo assim disposto:

11	SUPLEMENTO ALIMENTART FORMULADO PARA ESTADO DE TOLERANCIA ANORMAL A GLICOSE, ESPECIALMENTE PARA PESSOAS COM DIABETES. É FORMULADO COM UM SISTEMA DE CARBOIDRATOS DE LENTA ABSORÇÃO, QUE AJUDA NO CONTROLE DE GLICEMIA. ISENTO DE LACTOSE, SACAROSE E GLUTEN. Lata 850 gr	GLUCERNA	LATA	250	R\$207,1416	R\$51.785,40
----	--	----------	------	-----	-------------	--------------

Certa de que sua proposta atendia aos termos do Edital e respectivo Termo de Referência, a Recorrente NUNESFARMA participou do Pregão, **ofertando produto que atende perfeitamente a todas as especificações do descritivo do item**, de modo a atender perfeitamente à finalidade do item, o **Nesh PentaSure SR**: uma fórmula modificada para nutrição enteral e oral de baixo índice glicêmico, sem sacarose, sem lactose e sem

glúten, apresentada em lata de 400 (quatrocentos) gramas, sendo **altamente especializada para o tratamento de pacientes com diabetes e doenças associadas**. Confira-se imagem ilustrativa da embalagem:



A dieta é formulada exatamente para manutenção e recuperação do estado nutricional de pacientes que necessitam realizar o controle glicêmico e altamente especializada para diabetes. Sendo recomendado para o tratamento de tais doenças.

Mesmo assim, teve sua proposta indevidamente desclassificada, sob a seguinte motivação:

Após análise realizada pela CAF - Central de Abastecimento Farmacêutica, foi verificado que o produto cotado não atende ao descritivo solicitado.

Em suma, a desclassificação acima colacionada justifica a não aceitação do produto *Nesh Pentasure SR* em razão de suposta não aprovação ao descritivo solicitado.

2. DO PLENO ATENDIMENTO DO PRODUTO AO DESCRITIVO DO ITEM

Da leitura do Edital e seu Termo de Referência para o item 011, resta claro que o que se objetiva é a aquisição de dieta para tratamento de pacientes que sofrem com **diabetes** e doenças associadas. Esta é a finalidade precípua do certame para o item.

Para tanto, como já exposto, a dieta *Nesh Pentasure SR* é uma nutrição completa especializada para os casos de diabetes e pode ser ministrado de forma oral, por sondas ou ainda pelo método gravitacional.¹

¹ Disponível em: <https://youtu.be/mQ-oIOPTD-Y?si=d5JWtj08IC_l6ilB>.

Veja-se:

A Recorrente, na condição de licitante para o presente certame, participou de boa-fé da competição na justa expectativa de vencê-la, pois ofereceu o melhor preço para o item com um produto de excelência nutricional.

O produto dispõe da seguinte distribuição energética:

- 20% de proteínas (hiperproteico), sendo 100% de caseinato de cálcio;
- 56% de carboidratos, sendo maltodextrina (65%), frutose (18%), inulina (8%), fibra de Trigo (6%), goma de Karaya (2%), goma Carragena (0,6%) e Inositol (0,4%);
- 24% de lipídeos (normolipídica), sendo óleos de canola (95,25%), linhaça (3,85%) e alga (DHA) (0,9%).

Além disso, **não contém glúten, lactose, nem sacarose.**

Destaque-se que atualmente, **há apenas (duas) fórmulas especializadas destinadas ao tratamento de pacientes com diabetes: Nesh Pentasure SR e Glucerna SR Isso porque são os únicos produtos com registro na ANVISA.** Os demais produtos que alegam realizar algum tipo de controle glicêmico são, quanto muito, meros suplementos. Por isso, não poderão ser adquiridos.

Note-se que, no que se refere ao Edital, “Similar ao Glucerna SR 850g” (Grifou-se).

É dizer, nos termos do edital, o produto deverá ser uma fórmula altamente especializada para o tratamento da Diabetes e controle glicêmico, porém a **devida apresentação de 850 gramas, apresenta um claro e evidente descumprimento aos princípios basilares da Lei Federal nº 14.133/21, devido a restrição a competitividade. Assim como fere o caráter isonômico do certame.** Visto que produtos caracterizados como suplementos alimentares, jamais poderão ser aceitos.

Logo, o produto *Nesh Pentasure SR* atendeu às exigências. Assim, considerando que o produto ofertado pela Recorrente atende a todos os parâmetros técnicos exigidos pela comunidade científica internacional para o item 016, em sua finalidade precípua, bem como a inexistência de qualquer previsão editalícia que disponha sobre outras condições restritivas da dieta, outra conclusão não é possível senão a de que o produto *Nesh Pentasure SR* atende a todos os critérios técnico-nutricionais do certame e que **a proposta da Recorrente NUNESFARMA foi indevida e ilegalmente restringida competitivamente**, sendo claramente desproporcional, devendo o presente recurso ser acolhido, com o reconhecimento de sua vitória como 1ª colocada, pois detém o melhor preço, dentre todos.

Ainda, note-se o seguinte quadro ilustrativo, que comprova cabalmente e resumidamente o rigoroso atendimento do *Nesh Pentasure SR*, em suas especificações técnicas, **em todos os critérios presentes nas diretrizes SBD e ADA:**

Nutrientes	Sociedade Brasileira de Diabetes (SBD) 2022-2023	Associação Americana de Diabetes (ADA) 2018	Nesh Pentasure SR
Carboidratos	45 a 60%	45 a 60%	✓
Sacarose	2019-2020: 5 a 10%	-	✓
Fibra por 1000kcal	14g/1000kcal	14g/1000kcal	✓
Proteínas	15 a 20%	15 a 20%	✓
Gorduras Totais	20 a 35% Priorizar a utilização de ácidos graxos mono e polinsaturados	20 a 35%	✓
Saturadas	2019-2020: Limitar em até 10%	-	✓

Não por acaso o *Nesh Pentasure SR* é tão utilizado e referenciado em outras localidades, como, por exemplo, as Secretarias de Estado de Saúde de São Paulo, Secretaria de Estado de Saúde do Mato Grosso, Secretaria de Estado da Saúde do Ceará, Secretaria de Estado da Saúde da Bahia, entre outros.

A rigor, o *Nesh Pentasure SR* atende **rigorosamente** a absolutamente **todos** os requisitos estabelecidos pelas principais publicações da literatura científica sobre este tema específico de modo que jamais poderá ser oposto qualquer critério técnico em face do produto para desclassificá-lo na finalidade proposta pelo objeto do certame para o item em análise.

3. OUTRAS CARACTERÍSTICAS DO NESH PENTASURE SR

Considere-se que, de acordo com as diretrizes de gorduras, há evidências fisiopatológicas de um efeito positivo dos ácidos graxos monoinsaturados sobre diversos mecanismos envolvidos na etiopatogenia do diabetes tipo 2. Estudos mecanísticos em humanos demonstram que intervenções de curto prazo, com substituição de ácido graxo polinsaturado por ácidos graxos monoinsaturados, ou o simples aumento do consumo de ácido graxo monoinsaturado, pode acarretar melhoras na resistência a insulina, resposta da célula beta na produção de insulina, aumento da resposta de produção de incretinas (aumento de GLP-1) e redução do clearance de insulina. A gordura monoinsaturada, predominante no óleo de canola, pode prevenir os efeitos deletérios do aumento das concentrações plasmáticas de glicose. **O Nesh Pentasure SR é produto que possui 95% óleo de canola em seu perfil lipídico.**

Ademais, o *Nesh Pentasure SR* possui alto teor de cromo e biotina. São micronutrientes essenciais no auxílio eficaz do controle glicêmico.

O cromo contribui para a manutenção dos níveis normais de glicose no sangue. Verificado em revisão sistemática e meta-análise que a suplementação de cromo melhora a variabilidade glicêmica, triglicerídeos e níveis de HDL-c. O possível mecanismo de ação inclui o aumento do número de receptores de insulina induzida por cromo e ligação da insulina em seu local de ação. O cromo também se liga à cromodulina para aumentar sinalização do receptor. O cromo melhora a sinalização associada à membrana transportador GLUT-4 após estimulação com insulina e aumenta fosforilação estimulada por insulina de outros substratos, como IRS proteínas e fosfatidilinositol-3 quinase no esqueleto músculo. Também aumenta a proteína quinase B (Akt) estimulada por insulina fosforilação.

A biotina, uma vitamina solúvel em água, desempenha um papel crucial no metabolismo da glicose e lipídios. Biotina modula a atividade da glicoquinase, que atua no controle glicêmico, suprimindo a produção hepática de glicose e a gliconeogênese. A fosfoenolpiruvato carboxicinas, uma enzima limitante da taxa de gliconeogênese, pode ser reprimida pela biotina.

Os adoçantes artificiais não calóricos têm sido usados para substituir carboidratos na gestão de diabetes e obesidade. No entanto, vários estudos têm sugerido que existe uma relação entre consumo de adoçantes artificiais não calóricos e síndrome metabólica, como ganho de peso e diabetes mellitus tipo II. Recentemente, um estudo animal mostrou que o consumo de adoçantes artificiais não calóricos comumente usado em formulações leva ao desenvolvimento de intolerância à glicose através da indução de disbiose. Estudo recente verificou que o acessulfame de potássio induz disbiose e lesão intestinal com migração aumentada de linfócitos para a mucosa intestinal. O *Nesh Pentasure SR* não possui adoçante artificial não calórico em sua composição.

Destaque-se, ainda, que o *Nesh Pentasure SR* é baseado em maltodextrina e frutose com a intenção de fornecer ao paciente diabético a quantidade de carboidratos conforme recomendações internacionais sem alterações repentinas no seu nível glicêmico, ou seja, promovendo controle do índice glicêmico e com carboidratos de lenta absorção, incluindo nessas categorias as fibras.

Além disso, o *Nesh Pentasure SR* possui em sua formulação um mix de fibra prebiótica solúvel e insolúvel, melhorando o perfil glicêmico e lipídico em pacientes com diabetes. Evidências sugerem que uma dieta rica em fibras, particularmente do tipo solúvel, melhora significativamente o controle glicêmico, diminui a hiperinsulinemia, auxilia no funcionamento do intestino e reduz as concentrações plasmáticas de lipídeos em pacientes com diabetes mellitus tipo 2. Tal efeito benéfico pode ser atribuído à liberação lenta da glicose absorvida na circulação sanguínea, resultando em diminuição da secreção de insulina.

Tais informações acerca dos benefícios nutricionais de seus componentes são confirmados pela literatura científica. Cita-se: (1) I Diretriz sobre o Consumo de Gorduras e Saúde Cardiovascular. Arquivos Brasileiros de Cardiologia Filiada à Associação Médica Brasileira Volume 100, N° 1, Suplemento 3, Janeiro 2013;

(2) Paniagua, J. A., de la Sacristana, A. G., Sánchez, E., Romero, I., Vidal-Puig, A., Berral, F. J., ... PérezJiménez, F. (2007). A MUFA-Rich Diet Improves Postprandial Glucose, Lipid and GLP-1 Responses in Insulin-Resistant Subjects. *Journal of the American College of Nutrition*, 26(5), 434–444. doi:10.1080/07315724.2007.1071963; (3) Suksomboon, N., Poolsup, N., & Yuwanakorn, A. (2014). Systematic review and meta-analysis of the efficacy and safety of chromium supplementation in diabetes. *Journal of Clinical Pharmacy and Therapeutics*, 39(3), 292–306. doi:10.1111/jcpt.12147; (4) Hanawa Y, Higashiyama M, Kurihara C, Tanemoto R, Ito S, Mizoguchi A, Nishii S, Wada A, Inaba K, Sugihara N, Horiuchi K, Okada Y, Narimatsu K, Komoto S, Tomita K, Hokari R. Acesulfame potassium induces dysbiosis and intestinal injury with enhanced lymphocyte migration to intestinal mucosa. *J Gastroenterol Hepatol*. 2021 Nov;36(11):3140-3148. doi: 10.1111/jgh.15654. Epub 2021 Aug 21. PMID: 34368996, entre outros.

SUPLEMENTOS NÃO PODEM SER DESTINADOS A PESSOAS DIABÉTICAS QUE NECESSITAM REALIZAR O CONTROLE GLICÊMICO

Demonstraremos exemplo abaixo, em que o produto também ofertado para o item 11, o “HIPOCARB” da fabricante Eremix, na mesma categoria de suplemento alimentar do “ Diamax In”, **teve uma medida cautelar imposta pela ANVISA**, visto que estava sendo destinado a pacientes diabéticos. O produto “Hipocarb” **possuía indicações terapêuticas enganosas e alegações não aprovadas, por exemplo a indicação para controle glicêmico e aporte para diabéticos.**

25/06/2024, 11:42

Consultas - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Resultado da Pesquisa

Produto (Lote)SUPLEMENTO ALIMENTAR EM PÓ DA MARCA HIPOCARB/EREMIX (TODOS)
SUPLEMENTO ALIMENTAR EM PÓ DA MARCA MEGACARE/EREMIX (TODOS)**Empresa**

EREMIX INDUSTRIA DE ALIMENTOS ESPECIAIS LTDA

CNPJ

26.325.797/0001-90

Endereço

Rua Achilles Denti 86 - José Bonifácio - Erechim/RS. CEP: 99701-786.

Assunto

70479 - ALIMENTO - Propaganda irregular de produto isento de registro

Número do Processo

25351.842728/2023-57

Medidas Cautelares

25/06/2024, 14:42 Situação da Medida Cautelar

Consultas - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Ativa

Assunto

70351 - Ações de Fiscalização em Vigilância Sanitária

Número do DOU

81

Número da Resolução

1.564

Data da Publicação

26/04/2024

Data da Resolução

24/04/2024

Ações e Atividades**ATIVAS**

Suspensão: Propaganda

Motivação

Considerando a realização de indicações terapêuticas, alegações funcionais e de saúde não aprovadas e enganosas, em propagandas de alimentos no site <https://www.eremix.com.br/>, tais como: "...para um maior aporte proteico ou energético de adultos e idosos diabéticos. Pode ser usado para suplementação de pacientes oncológicos e imunossupressores."; "Para pessoas com síndrome do intestino irritado e doença de Crohn"; "para controle glicêmico". Foram infringidos os seguintes dispositivos legais: Arts. 21 e 22, com base no 23, e inciso III do art. 48 do Decreto Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969; Art. 4.3 da Resolução nº 16, de 30 de abril de 1999; Item 3.4 da Resolução nº 18, de 30 de abril de 1999; Art. 12 e Incisos I, II e IV do art. 17 da RDC nº 243, de 26 de julho de 2018; art. 9 e Anexo V da Instrução Normativa - IN nº 28, de 26 de julho de 2018; Inciso VIII do art. 3 e Incisos I, II, VI, VII e VIII do art. 4 da Resolução RDC nº 727, de 1º de julho de 2022, tendo em vista o inciso XXVI do art. 7º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

Conforme ressaltado pela ANVISA, os suplementos como "Hipocarb", **jamais poderão ser considerados similares ao Glucerna SR, deixando claro a exigência de 850 gramas para o item como um fator restritivo a competitividade.** As alegações informadas pelo fabricante do suplemento, infringe diversos artigos e resoluções da ANVISA.

4. DA ILEGAL VIOLAÇÃO À ISONOMIA POR DESCLASSIFICAÇÃO ILEGAL — DO DEVER-PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO SOBRE OS PRÓPRIOS ATOS

Como cediço, a licitação destina-se a selecionar a proposta que represente maior vantagem 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).

Além disso, conforme já exposto, a recusa da proposta por entendimento subjetivo, qual seja, a realização de teste sem metodologia regulamentada ou minimamente demonstrada no processo, afeta a competitividade no certame, em desconformidade aos princípios da isonomia, moralidade e legalidade, todos previstos na Constituição da República de 1988. Isso porque **a Recorrente atende a todas as exigências do Termo de Referência, não sendo parâmetro para desclassificação avaliação que não contempla a plenitude do Edital**, o que é inadmissível.

Assim, com o intuito exclusivo afastar a ilegalidade, com manutenção da isonomia entre os licitantes, sem restringir o certame apenas para os fornecedores de marcas concorrentes, imperioso que a decisão de desclassificação da proposta da Recorrente seja reformada. Registre-se que restrições indevidas podem ocasionar inúmeros prejuízos, e, **inclusive, impedir a contratação mais vantajosa.**

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. 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.

§ 1º É **vedado** aos agentes públicos: I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (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 avaliar na proposta apenas e tão somente os requisitos necessários para atingir a finalidade do certame. Nem mais, nem menos.**

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).

Nesse cenário, nem se alegue que a Administração Pública estaria impedida de rever o ato de desclassificação nessa etapa do certame licitatório. Isto porque, verificado, neste momento, **um ato foi praticado ao arrepio do próprio instrumento convocatório**, de modo a restringir a competitividade do certame, infringindo inúmeros dispositivos da Lei de Licitações e da Constituição Federal, a Administração Pública possui não apenas o **poder**, mas o **dever**, de revisão do requisito, fato que decorre do controle administrativo de autotutela sobre os próprios atos, já amplamente consagrado pela legislação e jurisprudência pátria.

Nesse sentido cita-se o art. 49, *caput*, da Lei nº 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros**, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. (Grifou-se).

Veja-se, ainda:

Súmula 346 do STF:

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 do STF:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

E nesse cenário o próprio TRF-1:

ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. SESSÃO DE ABERTURA. DAS PROPOSTAS. ART. 43, §1º, DA LEI Nº 8.666/93. AUSÊNCIA DE ALGUMAS PROPOSTAS. VÍCIO INSANÁVEL. **REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO. NATUREZA DE ANULAÇÃO. ART. 49 DA LEI Nº 8.666/93. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO.** 1. A revogação parcial da licitação voltada à alienação de imóveis decorreu da constatação de que algumas propostas oportunamente entregues nas agências da Caixa Econômica Federal - CEF não foram enviadas para a sessão de abertura das propostas e, por isso, não receberam avaliação e classificação. 2. Por força do art. 43, §1º, da Lei nº 8.666/93 e do subitem 5.2 do edital, que preveem a abertura das propostas em ato público previamente designado, com a participação de todos os licitantes, o vício é insanável. 3. **A revogação, ante a ilegalidade do ato de abertura das propostas, tem a natureza de anulação, prevista no art. art. 49 da Lei nº 8.666/93 e fundada no poder de autotutela da administração.** 4. Apelação a que se nega provimento. (AC 000602718.2007.4.01.4000, JUÍZA FEDERAL MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 09/11/2015 PAG 310.) (Grifou-se).

* * *

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. **EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO.** INTERESSE MAIOR DA ADMINISTRAÇÃO E DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INDEVIDA INABILITAÇÃO DE CONCORRENTE. **ANULAÇÃO PARCIAL. PODER-DEVER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO.** SENTENÇA CONFIRMADA. 1. **"A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta"** (STJ: MS n. 5.869/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 07.10.2002). 2. Considerando que, consoante previsto pelo próprio órgão emitente, a utilização do Certificado de Regularidade do FGTS para os fins previstos em lei, está condicionada à verificação de autenticidade no site, uma vez verificada a autenticidade e a efetiva regularidade da empresa concorrente, configura excesso de formalismo a inabilitação da licitante que apresentou certificado com data de validade vencida, conforme reconheceu a própria Administração, havendo de prevalecer, no caso, o interesse público da melhor contratação. 3. Tendo em vista que, quanto ao comprovante de recolhimento da quantia de 5% (cinco por cento) da avaliação mínima, foi constatado que a empresa concorrente de fato

havia apresentado o documento, tendo a comissão de licitação se equivocado quanto a sua falta, apresenta-se legítimo o ato da Administração que, no exercício do seu poderdever de autotutela e em face da supremacia do interesse público, anulou o procedimento licitatório, na parte em que inabilitou a empresa por tal fundamento. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação desprovida. (AC 0020042-73.2008.4.01.3800, JUÍZA FEDERAL HIND GHASSAN KAYATH (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 26/10/2015 PAG 1705.) (Grifou-se).

* * *

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. **PODER DE AUTOTUTELA. § 3º DO ART. 49 DA LEI 8.666/93.** CONTRADITÓRIO PRÉVIO E AMPLA DEFESA. ILEGALIDADE. **INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS APONTADOS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.** PRECISÃO E CLAREZA DAS DISPOSIÇÕES EDITALÍCIAS. DESCLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS QUE CONTENHAM VALORES IRRISÓRIOS OU SIMBÓLICOS. CONFORMIDADE COM O § 4º DO ARTIGO 44 DA LEI DE LICITAÇÕES. PROSSEGUIMENTO DA LICITAÇÃO A PARTIR DA FASE EM QUE SE ENCONTRAVA

ANTERIORMENTE. 1. **A Administração Pública, no exercício da autotutela, pode rever os próprios atos quando esses se afigurem ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Essa prerrogativa decorre do poder de fiscalização e controle que a Administração exerce sobre sua própria atuação, sob o prisma da legalidade e do mérito administrativo.** 2. Em matéria de licitação, o exercício do poder de autotutela está disciplinado no artigo 49 da Lei nº 8.666/93 pelo qual **a autoridade administrativa poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente, devidamente comprovado, bem como anulá-la por ilegalidade, mediante parecer escrito e fundamentado.** 3. A teor do § 3º do artigo 49 da Lei 8.666/93, o desfazimento da licitação, em qualquer hipótese, requer a observância do contraditório prévio e da ampla defesa por parte dos interessados. 4. É ilegal o ato administrativo que anula o procedimento licitatório sem oportunizar previamente à impetrante o exercício do contraditório e da ampla defesa. 5. Inexistência dos vícios apontados pela autoridade administrativa para invalidar o procedimento licitatório, eis que as disposições editalícias afiguram-se claras e precisas quanto à desclassificação das propostas que oferecerem preço inexequível que contenham valores unitários simbólicos ou irrisórios, a qual guarda conformidade com o disposto no § 4º do artigo 44 da Lei nº 8.666/93. 6. Anulação do ato administrativo que invalidou a licitação, devendo o procedimento prosseguir a partir da fase em que se encontrava anteriormente, qual seja a análise dos recursos interpostos pelas demais licitantes contra a ata de julgamento das propostas. 7. Apelação da União Federal improvida. 8. Remessa oficial parcialmente provida. (AMS 0014151-88.2000.4.01.3400, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, DJ 30/06/2004 PAG 41.) (Grifou-se).

Ainda, destaca-se que o acolhimento do presente recurso e a consequente adjudicação em favor do Recorrente não importará em restrição indevida de direito de terceiros, mormente o outro licitante terá o contraditório respeitado, uma vez que facultado o oferecimento de contrarrazões ao recurso. Ademais, uma vez interposto o recurso, ainda não há efetivo direito a terceiros, mas mera expectativa.

Nessa esteira, a boa interpretação e aplicação de todos os dispositivos editalícios garantirá um procedimento licitatório mais sadio e isonômico, sem direcionamentos ou ilegalidades dessa ordem.

Não é muito dizer que a Administração Pública, guiada pelo princípio da legalidade, entre outros descritos no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, no contexto das licitações públicas, tem **margem de discricionariedade estritamente vinculada às hipóteses em que a Lei e o Edital permitem**, não podendo extrapolar o limite de seus atos, sob pena de abusividade e violação de princípios licitatórios comezinhos, sob

os quais todos os licitantes aceitam participar, exatamente por terem, nesse aspecto, alguma segurança jurídica para ofertarem seus produtos.

No presente caso, inexistente a possibilidade de desclassificação de produto por critério subjetivo adotado por nutricionista, como se fez na decisão ora recorrida. Isso é um absurdo no contexto licitatório e não pode ser jamais admitido.

Além da legalidade (hipótese de desclassificação não prevista em Lei ou no Edital), outro dever estritamente vinculado à licitação é o da transparência. **Qual teria sido especificamente a recusa do produto que atende plenamente o edital?** São muitos os questionamentos que, diante de situação como essa, não podem ficar sem respostas.

Assim sendo, este motivo apresentado é **flagrante e manifestamente ilegal** e implica gravíssima frustração do caráter competitivo do certame.

5. 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.²

No presente caso, a patente ilegalidade decorrente da violação à razoabilidade decorre de desclassificação indevida, decorrente de exigência que não guarda a menor pertinência com relação à real exigência editalícia (dissolução abaixo de 1,5 kcal/ml).

Ainda, de acordo com Marçal Justen Filho,³ 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.

² *Manual de Direito Administrativo*. Editora Lúmen Júris. 2003, Rio de Janeiro, páginas 23 e 24.

³ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, páginas 51 e 52. ⁴ *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Malheiros, p. 91-93.

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 e “os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade”.⁴

Logo, diante de ato administrativo manifestamente arbitrário, e pelas razões supra expostas, necessária a reforma da decisão de desclassificação da proposta da Recorrente NUNESFARMA, de modo a não prejudicar injustamente as empresas participantes do certame que oferecem o produto *Nesh Pentasure SR*, que cumpre rigorosamente com todos os requisitos previstos no Termo de Referência, não sendo mero aspecto de sabor suficiente face à adequação do produto para a finalidade, salvo se houver desvio de finalidade, hipótese esta que implicará responsabilização pessoal dos envolvidos.

6. PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se seja a presente impugnação recebida, conhecida 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 21 e 22 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 a abusiva excessividade de exigências desprovidas de motivação científica na dieta nutricional para o fim de tratamento da Diabetes Mellitus I e II, em atendimento ao melhor entendimento do E. TCU e da jurisprudência dos tribunais superiores.

Assim, requer-se a realização de análise técnica, mediante diligências, se necessário, para que se façam as devidas alterações em relação ao descritivo do item 11 do Termo de Referência, no sentido de se excluir especificação excessiva sobre a apresentação de 850 gramas, exigência que carece de respaldo científico, sob pena de prejudicar a concorrência, na forma em que se encontra, ferindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Considere-se que, sob a redação atual, que a aquisição do Glucerna SR para o item, incorre em ilegalidade naquilo que se refere à excessividade constante nas especificações do produto a ser adquirido, posto que, não seja o único no mercado para a finalidade almejada, o que indubitavelmente viola a concorrência e a isonomia.

Por fim, requer-se a revogação do item, visto que suplementos não podem ser considerados produtos similares e, apenas o Glucerna SR atende a gramatura solicitada, nos termos do julgado pelo TCU no acórdão nº 551/2008-Plenário, com posterior republicação noutra Edital e seus anexos.

Curitiba, 11 de julho de 2024.