CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE – CONIMS
RUA AFONSO PENA N° 1902, ANCHIETA, CEP 85.501.530.
PATO BRANCO – PARANÁ

PARECER JURÍDICO nº 316/2020
PROCESSO 133/2020 – PREGÃO ELETRÔNICO N° 034/2020

I - EMENTA

Direito administrativo. Contratação. Pregão Eletrônico. Registro de Preços para aquisição parcelada de alimentos para nutrição enteral e suplemento nutricional. Impugnação ao Edital.

II– DOS FATOS

Trata o presente de consulta encaminhada pelo Setor de Licitações, que requer a elaboração de parecer jurídico no pregão eletrônico n°034/2020 face à Impugnação oferecida em 29/10/2020, pela Empresa PRÓ VIDA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA, que alega que questiona itens com indicativo de marcas específicas, como única opção de fornecimento, o que seria ilegal e que várias empresas ofertando o mesmo produto não é sinônimo de competitividade, atraindo hipótese de inexigibilidade. Pede a modificação do Edital a fim de que mais de um fabricante possa entregar o mesmo produto ou que se indique o artigo que permite o "direcionamento" da licitação.

É o relatório

III– DO PARECER

a) Tempestividade da Impugnação/Pedido de Esclarecimentos

Primeiramente, relevante destacar que as Impugnações e o Pedido de Esclarecimentos são tempestivos, conforme, inclusive, atestado pelo Setor consulente.

b) Do Mérito

A Impugnante alega que 34 (trinta e quatro) itens do Edital contém indicativo de marca e que a "justificativa" para tal providência, a que se refere o artigo 7º, §5º da Lei 8.666/93, não é clara.

Assevera que a justificativa constante dos autos é subscrita pelo nutricionista do CONIMS e se resume a um único parágrafo.

Indaga não ser possível uma mesma fórmula, com diferentes marcas, causar reações diferentes no paciente; que a reação de "regurgitação" é exclusiva para bebês e que tal não pode ser utilizado para adultos; que para os relatos de alergia à algumas marcas, deve-se pesquisar a sua causa, pois pode decorrer da ingestão de determinada substância presente em todas as fórmulas.

Afirma que a indicação de marcas para produtos de uso contínuo pode ser tornar um padrão e ser repetida em outros editais.

Assevera que o descritivo de alguns itens sequer encontra equivalência nas marcas indicadas e questiona que se o Edital permite a troca de marcas quando da execução do contrato, por que motivo impede o mesmo por ocasião do certame.

Pede sejam retiradas as indicações de marcas e que seja apresentado Descritivo Técnico "onde pelo menos três fabricantes possam participar".

Primeiramente, há que se esclarecer que ao Setor Jurídico incumbe, por obviedade, tão somente as questões legais pertinentes aos questionamentos, cabendo ao Setor consulente a aferição de pontos técnicos junto ao setor competente.

Conforme já manifestado em Parecer Jurídico nº 304 dado no âmbito do Pregão Eletrônico nº 31/2020, de igual objeto e encerrado prematuramente e substituído por este Pregão corrente, destacou-se que a indicação de marca específica encontra amparo no artigo 7º, § 5º da Lei 8.666/93, que estabelece que as características restritivas à ampla participação **são permitidas,** apesar de ser medida excepcional, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.

> *Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:*
> *(...)*
> *§ 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.*

E se antes a Impugnante ignorava a existência desta possibilidade, ainda que excepcional, agora se insurge quanto ao contéudo da justificativa técnica, dizendo-a breve e desprovida de maiores esclarecimentos.

Constou nos autos de licitação, justificativa **técnica, exarada por NUTRICIONISTA, com profissão legalmente regulamentada e concursada deste CONIMS,** que a necessidade de indicativo de marcas pauta-se na existência de casos reais de importante rejeição a determinados produtos de fabricantes específicos.

Contudo, sugere-se que alguns pontos sejam melhor avaliados pelo Setor consulente:

- **Afirmação de que o descritivo de alguns itens não encontra correspondência perante os produtos disponibilizados no mercado**

Quanto a esse tema, deve-se alertar que a definição do objeto deve conter todos os aspectos fundamentais de modo a não ensejar dúvidas aos eventuais interessados, eis que **se** a formulação for imprecisa e insuficiente, os afetados são não somente os licitantes, mas também a própria administração.

Sobre este tema, Marçal Justen Filho afirma:

> *"Nada poderá ser decidido além do constante no Edital. A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição mi-nuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública. Tem de escolher a descrição completa e mi-nuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. Mas "minúcia" não significa "obscuridade". Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade [...] São os princípios norteadores da licitação a "vinculação ao edital" e o "julgamento objetivo"[1]. (JUSTEN FILHO, ano 2003, p. 217)*

- **Sobre a Justificativa Técnica**

A Impugnante afirma que a Justificativa Técnica constante dos autos NÃO é suficiente.

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico), 2ª ed., São Paulo, Dialética, 2003

Contudo, tem-se que a NUTRICIONISTA responsável pela sua elaboração é concursada junto a essa CONIMS , e por conta disso, tem status de agente público cujos atos são presumidamente verdadeiros e válidos.

Dentre as atividades próprias de sua função, destaca-se da normativa deste CONIMS (Plano de Empregos) o que segue:

> *04. **Redigir** textos informativos, folders, relatórios, **pareceres técnicos**, preparar apresentações, dentre outros;*
> *05. Participar de grupos de estudos e de **planejamento**;*
> *(...)*
> *09. Desempenhar **outras atividades correlatas**.*

A credibilidade do conteúdo do **Parecer Técnico da nutricionista do CONIMS** também decorre da literalidade da Lei Federal 8.234/91, que regulamenta a profissão de Nutricionista, nos seguintes termos:

> *Art. 3º São atividades **privativas dos nutricionistas:***
> *(...)*
> *II - planejamento, organização, direção, **supervisão e avaliação** de serviços de alimentação e nutrição;*
> *(...)*
> *VI - auditoria, consultoria e **assessoria em nutrição** e dietética;*
> *VII - **assistência** e educação nutricional e coletividades ou indivíduos, sadios ou enfermos, **em instituições públicas** e privadas e em consultório de nutrição e dietética;*
> *Art. 4º Atribuem-se, também, aos nutricionistas as seguintes atividades, desde que relacionadas com alimentação e nutrição humanas:*
> *(...)*
> *Parágrafo único. É obrigatória a participação de nutricionistas em equipes multidisciplinares, criadas por entidades públicas ou particulares e destinadas a **planejar,** coordenar, supervisionar, implementar, **executar e avaliar** políticas, programas, cursos nos diversos níveis, pesquisas ou eventos de qualquer natureza, **direta ou indiretamente relacionados com alimentação e nutrição**, bem como elaborar e revisar legislação e códigos próprios desta área.*

Assim, sendo, entende-se suficiente o Parecer Técnico exarado pela Nutricionista concursada deste CONIMS, ao justificar a necessidade das marcas arroladas no Edital de Licitação, não havendo qualquer fato que desabone o conteúdo de seu entendimento técnico, o qual se presume válido e verdadeiro, o que sequer foi trazido pela Impugnante.

Sobre o tema, o TCU destaca que:

> *"a indicação de marca na licitação deve ser precedida de apresentação de* ***justificativas técnicas*** *que demonstrem, de forma clara, que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da licitação."(ACÓRDÃO nº 636/2006)*

A indicação de marca também foi analisada nos autos de n. 685.828 (Representação), da relatoria do conselheiro Antônio Carlos Andrada, apreciada na Sessão da Segunda Câmara de 04/03/2008 TCU, que decidiu in litteris:

> *"[...] Quanto à exigência da marca do processador no edital, conforme se depreende da análise do órgão técnico, a fls. 200-207, não se configura irregularidade nesta escolha, pois foram apresentadas as justificativas técnicas que demonstraram que a marca indicada apresentava o melhor desempenho, em consonância ao disposto no art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93."*

- Da possibilidade de Troca de Marcas

A Impugnante afirma que consta do Edital (no item 5.4), a vedação expressa à troca de marcas e/ou fabricante, salvo por motivo justo e decorrente de fato superveniente.

De fato, tal vedação é expressa e se destina, justamente, às situações em que o item registrado em Ata será aquele apresentado pelo Licitante vencedor, a que fica vinculado ao longo da execução do contrato ou da vigência da Ata.

Uma vez registrada marca e fabricante, o Licitante vencedor somente poderá entregar objeto com marca/fabricante diverso se devidamente analisado e autorizado pelo ente contratante/gerenciador da Ata.

Tal circunstância se aplica aos **casos gerais** licitatórios em que, via de regra, **não há** indicação de marca **no Edital,** mas tão somente nas propostas dos participantes.

O caso ora analisado é outro, que está a tratar de medida excepcional de indicação de marca no Edital, pela Administração Pública e que, por obviedade, não admite a troca, porquanto nenhuma outra atingirá a mesma finalidade.

- **Sugestão de padronização**

A Impugnante se insurge contra a indicação de marca no Edital, pela Administração Pública, sob o receio de que a prática se torne habitual e seja reproduzida, de ano a ano, nos Editais vindouros.

Sem prejuízo do andamento deste pregão, é relevante a utilidade de se realizar procedimento de padronização, a fim de que nos futuros certames e enquanto perdurar a necessidade de indicativo de marcas, tais questionamentos sejam afastados.

Considerando que o objeto do certame (alimentos para nutrição enteral e suplemento nutricional) se trata de produto de uso contínuo, cuja duração certamente excede o período de vigência dos vínculos nascidos deste pregão, nada impede que o CONIMS promova procedimentos de padronização (para adoção de marca como parâmetro de qualidade ou de marca mais conveniente aos usuários).

A propósito, o instituto do chamamento público possui sua regulamentação na lei estadual 15.608/2007[2], aplicada por analogia, que em seus artigos prescreve que:

> ***Art. 10.*** *As compras, sempre que possível, devem:*
> *I – atender ao princípio da padronização, considerando a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho;*
> ***§ 1º.*** *A indicação de marcas é permitida quando:*
> *I – decorrente de pré-qualificação de objeto;*
> ***§ 2º.*** *A exclusão de marcas ou produto, a critério da Administração, é permitida quando:*
> *I – decorrente de pré-qualificação de objeto;*
> *(...)*
> ***§ 7º.*** *A Administração pode manter cadastro permanentemente aberto visando à pré-qualificação de produtos, com vistas a futuras licitações.*
> ***§ 8º.*** *A padronização referida no inciso I do caput será precedida de processo administrativo iniciado após a constatação da sua necessidade e cabimento, para o*

[2] *Estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná.*

qual será constituída comissão especial para avaliação e encaminhamento à autoridade competente para decisão.

***§ 9º.** o processo administrativo de padronização deverá ser instruído com pareceres técnicos que justifiquem a sua utilidade e economicidade.*

***§ 10.** A padronização será decidida pela autoridade máxima do órgão ou entidade, e deverá ser publicada na imprensa oficial com a síntese da justificativa e a descrição sucinta do padrão definido.*

***§ 11.** A decisão sobre padronização:*

I – pode ser impugnada, no prazo de 10 (dez) dias da publicação, mediante a apresentação de laudo técnico de instituição oficial ou credenciada por órgãos oficiais que demonstre a existência de outros produtos com as mesmas condições que justificaram a padronização;

II – deve ser revista a cada 2 (dois) anos para aferir as novas condições do mercado.

Por fim, sobre o princípio da padronização, cita-se o relevante julgado do TCU:

> *"o princípio da padronização* ***não conflita com a vedação de preferência de marca,*** *que não constitui obstáculo à sua adoção, desde que a decisão administrativa, que identifica o produto pela marca, seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração. (TCU. Acórdão n. 1547-22/04. Sessão da Primeira Câmara de 29/06/2004. Relator: min. Walton Alencar Rodrigues.);*

Importante destacar, ainda, que por ocasião da lavratura do Parecer Jurídico Inicial no procedimento licitatório (constante dos autos), ficou expressamente consignada a necessidade de que, no momento da dispensação do alimento, deverá o Município requisitante apresentar ao setor de compras deste CONIMS justificativa técnica individualizada (para cada paciente), como condição de entrega de marcas específicas.

É que, em se tratando de Pregão para FORMAÇÃO DE REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO PARCELADA DE ALIMENTOS PARA NUTRIÇÃO ENTERAL E SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS, este CONIMS não se compromete com a aquisição de uma quantitativo certo de itens, em razão do que os fornecimentos serão parcelados e conforme a real demanda.

Por essa lógica, é importante que o CONIMS tenha o preço registrado em Ata dos itens de marcas específicas para que, quando os Municípios consorciados os requisitarem, mediante as justificativas casuísticas e concretas, o COMIMS possa promover imediato pedido de entrega aos seus fornecedores registrados.

Feitas tais considerações, salvo questões técnicas que possam ser eventualmente complementadas, em especial quanto ao descritivo dos itens, entende-se que a justificativa de marcas encontra respaldo na Lei 8.666/93, ficando a sugestão de abertura de Chamada Pública para padronização nas aquisições futuras.

IV – CONCLUSÃO

Diante do exposto, s.m.j., com base nas razões de fato e de direito narradas, esta Parecerista se manifesta pela rejeição da Impugnação e pela manutenção do Edital.

Pato Branco, 30 de outubro de 2020.

Maria Cecília Soares Vannucchi
OAB/PR 35.313