



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

AOS CUIDADOS DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DA LICITAÇÃO PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 07/2021 DO MUNICÍPIO DE RANCHO QUEIMADO

SANIGRAN LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 15.153.524/0001-90, sediada na Rua Jacob Gubaua, 250SEDE, Lamenha Grande, CEP 83507-500, Almirante Tamandaré (PR), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

A requerente participou da licitação Pregão Presencial nº 07/2021 que tinha por objeto a aquisição de Larvicida Biológico B.T.I. (Bacillus Thuringiensis variedade Israelensis), para controle de larvas de culicídeos (mosquitos) e Simulídeos (borrachudos), conforme especificações contidas no instrumento convocatório. Ocorre que durante a sessão pública ocorreram ilegalidades que motivaram a necessidade de apresentação do presente recurso administrativo, conforme argumentos de fatos e direito abaixo relacionados.

2. DOS MOTIVOS PARA RECLASSIFICAR A RECORRENTE

Importante destacar desde logo, que a presente peça recursal se refere exclusivamente a Larvicida Biológico – BTI (bacillus thuringiensis israelense) que é utilizado para controle de mosquito borrachudo e aedes aegypti.

A empresa recorrida, tem observado que diversos órgãos têm dificuldade em avaliar se devem ou não fazer determinadas exigências quanto ao objeto do presente certame, tendo em vista que não há informações precisas sobre o produto no site do Ministério da Saúde.

Ocorre que, através do Processo nº 25351.920924/2021-16, houve questionamento sobre as dúvidas pertinentes sobre o produto em questão e em resposta foi exarada a Nota Técnica nº 50/2021/SEI/COSAN/GHCOS/DIRE3/ANVISA¹. Diante disso, considera-se importante destacar, inicialmente, as razões que motivaram a publicação da respectiva Nota Técnica:

- a) A ANVISA tem entendimento que somente o Larvicida proveniente da CEPA AM 65- 52 possui confiabilidade, justificando o direcionamento de licitações à compra do produto da linha VECTOBAC?
- b) A ANVISA entende ser legal a exigência de indicação, homologação ou da OMS para aquisição do larvicida BTi?
- c) A matéria publicada tem o condão de proibir a compra de todos os outros tipos de produtos que não os citados na tabela?

¹ https://arquivos.sandieoliveira.adv.br/appapi/anexos_caso/50489/1633725971



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

- d) A ANVISA tem entendimento que o estudo técnico da versão ¿WDG¿ deve ter seus efeitos estendidos a versão líquida (AS)?
- e) A ANVISA entende que o registro do produto ¿Bacillus Thuringiensis Israelense¿ ANVISA não é suficiente para garantir sua qualidade e aplicabilidade nas políticas de saúde pública, sendo necessário, concomitantemente, a indicação da OMS?
- f) No caso da ANVISA ter entendimento que deve ser exigida homologação da OMS: O produto VECTOBAC na versão líquida (AS) pode ser considerando registrado/homologado/indicado, mesmo não estando presente no estudo e/ou nas tabelas do site da OMS? Se sim, o produto Crystar XT também pode ser considerado aprovado pela OMS?
- g) O produto Vectobac AS é indicado para utilização em águas potáveis? O produto Crystar XT é indicado para utilização em águas potáveis?
- h) É correto considerar que a OMS aprova CEPA específica (e não determinado produto) e por este motivo, todos os produtos provenientes desta CEPA são considerados também como aprovados pela OMS?
- i) A aprovação dos produtos Vectobac WG e G na OMS pode ser estendida de alguma forma para o Vectobac AS? E para o Crystar XT?
- j) É correto exigir especificamente a CEPA AM 65-52 para aquisição de Bti líquido?
- k) É correto exigir especificamente a CEPA S3A3 para aquisição de Bti líquido?
- l) É correto exigir especificamente as CEPAs AM 65-52 ou S3A3 para aquisição de Bti líquido?
- m) É tecnicamente aceitável a exigência de CEPA avaliada e aprovada pela OMS em editais de licitação que visam aquisição de Bti líquido? Se sim, os produtos Vectobac AS e Crystar XT podem ser considerados aptos a participar?
- n) O princípio ativo do Vectobac AS difere do princípio ativo do Crystar XT? Se sim, especificar as divergências e seus reflexos.
- o) A declaração emitida pelo responsável técnico da Sumitomo Eng. Amauri Doreto da Rocha, que afirma que o produto Vectobac AS é homologado pela OMS? Se sim, ela é tecnicamente correta de acordo com as diretrizes da ANVISA?
- p) A ANVISA pode apresentar descrição para aquisição do produto Bti líquido, que entende ser adequada e tecnicamente justificável para que os Municípios incluam em seus editais?

Em seguida, se faz necessário mencionar as respostas formuladas pelo Órgão fiscalizador do produto:

- a) Qualquer produto Saneante Desinfestante à base de BTi, **independente da cepa, devidamente registrado na Anvisa e com a sua finalidade e modo de uso aprovados na rotulagem, que atendam o especificado no edital do órgão interessado, está apto para concorrer à contratação;**
- b) A legislação nacional exige o registro para esse tipo de produto na Anvisa. Não há a possibilidade de um produto regularizado ou reconhecido por órgão internacional ser importado e exposto ao consumo sem a devida avaliação da Agência. O mesmo se aplica aos produtos nacionais, com exceção dos produtos abrangidos pelo § 4º do Decreto 8.077/2013.
- c) De acordo com a Lei nº 5.026/1966, o Ministério da Saúde é a instituição promotora de Campanhas de Saúde Pública e a responsável pelos critérios do certame licitatório, podendo utilizar produtos registrados na ANVISA ou exercer o estabelecido no § 4º do Decreto nº 8.077/2013;



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

- d) Cada tipo de formulação desinfestante tem uma finalidade e modo de uso específico, devendo o fabricante comprovar a sua segurança e eficácia para obter o registro do produto nesta Agência Reguladora;
- e) Mesmo entendimento do item c;
- f) Mesmo entendimento do item b;
- g) Os produtos Saneantes Desinfestantes devem ser utilizados conforme a finalidade e modo de uso aprovados em rotulagem. Os produtos *¿CRYSTAR XT¿* e *¿VECTOBAC 12 AS¿* não possuem a indicação de modo de uso para a utilização em água potável (água para consumo humano);
- h) Mesmo entendimento do item b;
- i) Como já posicionado, cada tipo de formulação necessita de um registro de produto na Anvisa;
- j) Quando se trata de licitação pública, os editais são soberanos, mas exigências adicionais devem estar respaldadas na legislação geral ou específica, além de justificadas;
- k) Mesmo entendimento do item anterior;
- l) Mesmo entendimento do item j;
- m) Todos os produtos registrados nesta Agência Reguladora, com o ingrediente ativo *Bacillus thuringiensis*, com a finalidade de controlar vetores no âmbito da saúde humana, podem participar de certames licitatórios, porém cada tipo de formulação tem uma finalidade e modo de uso específico;
- n) Por questões éticas e de livre concorrência, a Anvisa não indica produtos ou estabelece comparações. **Porém, todos os produtos registrados atendem os requisitos regulatórios vigentes necessários para serem utilizados pelo mercado consumidor, pois apresentam segurança e eficácia para a finalidade desejada;**
- o) Não faz parte das competências legais desta Agência Reguladora a avaliação de documentos que compõem certames licitatórios. Por outro lado, esclarecimentos sobre dúvidas relacionadas à regularidade de produtos ou forma de regularização, indicação de uso e outras informações relacionadas a produtos registrados, **podem ser realizados a qualquer órgão da administração pública que apresente a necessidade;**
- p) Conforme já mencionado, para concorrer a qualquer certame licitatório, os produtos Desinfestantes devem gozar de registro em vigência nesta Agência Reguladora para a finalidade requerida

E ainda conclui que:

Diante do exposto, uma vez que não se trata de enquadramento de produto e que houve posicionamento para cada questionamento apresentado pela solicitante, **esclarecemos que qualquer produto devidamente regularizado na Anvisa e cuja destinação de uso se coadune com o requerido em edital, está apto para concorrer à contratação decorrente de processo licitatório.**

Veja-se, de maneira nítida, que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, frise-se, **único órgão que pode aprovar ou desaprovar a comercialização de um produto em território nacional**, com base em análise esmiuçada e técnica, afirma que TODOS os produtos regulamentados por ela se encontram aptos para serem utilizados/comercializados, assim como, para serem ofertados nas Licitações Públicas, inclusive o produto Larvicida Biológico – BTI.

Não é cabível, nem aceitável que a Administração Pública vá contra o entendimento do Órgão fiscalizador e exija a homologação pela OMS (Organização Mundial da Saúde), a qual restringe e direciona a cotação de uma única marca (Vectobac AS e WG), que além de não comprovar a qualidade do produto, não possui embasamento legal para que seja exigida.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Na verdade, este documento se trata somente de uma certificação de órgão internacional que já nem é mais permitido obter homologação, por esta razão, tantas outras fabricantes não possuem essa aprovação, tornando-se a exigência abusiva e direciona “ad aeternum” à única marca, sem previsão de lei, sem exigência da ANVISA e sem qualquer motivação congruente, impedindo a livre concorrência e o próprio interesse público, já que **é pago muito mais caro para aquisição do mesmo produto.**

Restando claro, perante a informação recém-publicada pela Agência Nacional da Vigilância da Saúde (Anvisa) que a exigência do Larvicida proveniente da CEPAAM 65-52 e/ou certificação da homologação da Organização Mundial de Saúde (OMS) não comprova qualquer superioridade dos demais produtos comercializados no mercado, cabendo a Administração retirar as exigências mencionadas, bem como, reagendar nova sessão pública.

2.1.1. DA PROIBIÇÃO DE DIRECIONAMENTO À DETERMINADA MARCA/MODELO

É vedado que a Administração, mesmo que não intencionalmente, direcione as especificações técnicas do objeto para determinada marca/produto.

Neste caso, caso seja mantida a decisão de não aceitar a proposta da empresa a Administração estará se enquadrando nesta proibição na medida em que as especificações técnicas assim como descritas no edital, levam a cotação exclusiva da marca Vectobac AS, pois somente este produto obtém seu princípio ativo pela CEPA AM65-52.

É proibido abrir licitação que levem à cotação exclusiva de determinada marca, pois contraria o art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93, que prevê:

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.

Portanto, se a Administração julgar as especificações técnicas de forma restritiva desrespeitará a jurisprudência do **Tribunal de Contas da União**:

Abstenha-se de definir as especificações dos produtos a serem adquiridos a partir das características de marcas específicas em atendimento ao disposto no art. 7º, § 5º e 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 295/2008 Plenário).

Observe com rigor, em todos os processos licitatórios, as normas pertinentes e que, ao especificar produtos, faça-o de forma completa, porém sem indicar marca, modelo, fabricante ou características que individualizem um produto particular. (Acórdão 1034/2007 Plenário).

A especificação, no edital, de produto ou bem cuja descrição e características correspondem a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas técnicas, afronta o disposto nos artigos 3º, caput e § 1º, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002. (2387/2013 – Plenário)



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

A reprodução de especificações técnicas mínimas idênticas às de equipamento de informática de determinada marca, em edital de licitação visando à aquisição desse item, restringe o caráter competitivo do certame, viola o princípio da isonomia e compromete a obtenção da proposta mais vantajosa. (2005/2012 – Plenário)

O estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, da que resultou a exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, sem justificativa consistente, configura afronta ao disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei 8.666/1993. (1861/2012 - Primeira Câmara)

A Administração deve abster-se de estabelecer restrições que implicitamente correspondam à fixação de marca exclusiva, tal como a não aceitação de cartuchos e outros suprimentos de informática, compatíveis, similares aos originais dos equipamentos, em obediência ao art. 3º, § 1º, I, art. 7º, § 5º, e art. 15, § 7º, I, da Lei 8.666/1993. (696/2010 – Plenário)

Por todo exposto, resta evidente que a administração deve manter seu ato em aceitar a proposta da recorrida, ou anular o edital, especificando o produto de uma forma que outros fabricantes do mercado poderiam atender.

2.1.2. DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA REFERENTE À RECUSA DE PROPOSTA

Diante dos argumentos acima apontados, e a fim de auxiliar na comprovação necessária para o deferimento dos argumentos pelo julgador, faz-se necessário a elaboração de diligência com intuito de **verificar o recente entendimento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA com relação as especificações desnecessárias do produto:** https://arquivos.sandieoliveira.adv.br/appapi/anexos_caso/50489/1633725971

2.2. DA LEGALIDADE DE ABRIR PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIAS

O Tribunal de Contas da União entende irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por ocorrência de baixa materialidade:

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público. (ACÓRDÃO 2239/2018 – PLENÁRIO, Relator Ana Arraes)

É evidente que, neste caso, o pregoeiro deveria ter realizado diligência para requerer que a licitante, esclarecesse possíveis dúvidas quanto ao ocorrido.

Nesse sentido, já opinou a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, conforme parecer na íntegra em anexo e trecho importante a seguir:

Com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão e comprovar a regularidade do licitante.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

[...]

Há, inclusive, a notícia informal de que alguns pregoeiros efetuariam a referida diligência, a fim de assegurar o sucesso do certame. Esta conduta condiz com as diretrizes traçadas pela Lei Estadual nº 15.178/18, que “cria mecanismos de desburocratização no âmbito da Administração Pública do Estado”, e, no seu art. 2º, V, define que são diretrizes da lei “reduzir as exigências burocráticas desnecessárias, redundantes e ineficientes”. Também parece estar alinhada com a Medida Provisória nº 881/2019.

[...]

Nesse passo, com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão para comprovar a regularidade do licitante. Nesse caso, não será penalizar o licitante, pois a falta estará devida e legitimamente suprida pela Administração Pública. (Procuradora do Estado Dra Helena Beatris Cesarino Mendes Coelho, em 31/10/2019)

Nesse ponto, evidente que a Administração Pública deve proceder a diligências para complementar documentos, **nos casos em que tais documentos estão disponíveis, normalmente pela internet**. Sobre o tema, dispõe o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93:

"Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...).

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta."

Ao enfrentar a questão, Marçal Justen Filho leciona:

"Há uma forte tendência ao reconhecimento de que defeitos puramente formais poderão ser sanados, especialmente quando não existir controvérsias relativamente à situação fática. Assim, a apresentação de certidão destinada a comprovar situação inquestionável, constante em cadastros públicos, tende a ser admitida. Se o sujeito não se encontra falido, mas deixou de apresentar o documento adequado, seria um formalismo excessivo promover a sua inabilitação.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União:

"REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR LICITANTE. SUPOSTAS IRREGULARIDADES PRATICADAS PELAS (OMISSIS). INCLUSÃO DE CERTIDÃO EXTRAÍDA PELA INTERNET DURANTE A SESSÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO. ARQUIVAMENTO. [...]

Relatório do Ministro Relator... À vista dos preços inferiores cotados pela empresa, a Pregoeira, no uso de suas atribuições e conforme item 9.10 do Edital (vide item 2.2 supra) e art. 11, inciso XIII do Decreto nº 3.555/2000, autorizou a extração da documentação pela Internet na sessão. 7. Cumpre informar que tal certidão é rotineiramente fornecida no site da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional/Ministério da Fazenda, bastando preencher os campos indicados com o número do CNPJ e o nome completo da empresa. Ademais, a veracidade das



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

informações constantes da dita certidão ou da manutenção da condição 'negativa' pode ser conferida, a qualquer momento, na página <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>, não persistindo dúvidas quanto à autenticidade e validade do documento assim obtido. (Acórdão nº 1758/03-Plenário)

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

O esclarecimento de possíveis dúvidas quanto o objeto deste recurso pode (e deve) ser feito com uma simples diligência, que ajudará a Administração a decidir pela procedência ou não do presente recurso.

Há possibilidade da comissão ou autoridade competente promover diligência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, conforme artigo 43, §3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993.

A realização de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora, ou autoridade competente em presidir o certame, esbarra em alguma dúvida, sendo mecanismo necessário para afastar imprecisões e confirmação de dados contidos nas documentações apresentadas pelos participantes do processo licitatório.

A diligência já deveria ter sido feita, pois não há discricionariedade da Administração em optar ou não pela realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação, tal providência se torna obrigatória. Com brilhantismo e clareza, Marçal Justen Filho leciona:

A realização da diligência não é uma simples "faculdade" da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização." (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

Comumente se questiona a possibilidade de juntar documentos durante a realização de diligência, tal alteração decorre de uma interpretação equivocada do texto legislativo, isto porque o art. 43, § 3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993 preconiza que:

§ 3o É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta

Deste modo, a correta interpretação é de que a vedação para inclusão de documentos, restringe-se somente a inclusão de documentos que deveriam ser entregues inicialmente, por conseguinte, admitindo a inclusão de qualquer outro documento que sirva como complemento necessário a elucidação de obscuridades, dúvidas ou, até mesmo, veracidade dos documentos já apresentados. Exemplo típico é o caso da inclusão de notas fiscais ou contratos que visam esclarecer a quantidade fornecida de determinado material, quando o atestado de capacidade técnica é omissivo, ou dúbio, em relação a quantidade fornecida.

Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência visa:

(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. (Ivo Ferreira de Oliveira, Diligências nas Licitações Públicas, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)

Isto é afirmado pois a diligência não está condicionada a autorização prévia no instrumento convocatório ou ao pleito do particular, em verdade deve ser realizada de ofício visando salvaguardar a Supremacia do Interesse Público. Todavia, nada impede que na omissão da Administração, haja provocação do interessado para sua realização e quando suscitada será obrigatória, excetuada a decisão motivada e satisfatória que justifique a negativa.

Desta forma cabe a Administração promover a diligência ou justificar sua negativa.

3. DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento para:

- a) Que sejam anuladas todas as fases da licitação ocorridas após o ato ilegal, convocando as empresas para nova sessão pública.

Requer-se também que seja comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails tiago.sandi@sandieoliveira.adv.br, bruna.oliveira@sandieoliveira.adv.br e contato@sandieoliveira.adv.br, sob pena de nulidade.

Nestes termos pede deferimento.

Almirante Tamandaré (PR), 14 de dezembro de 2021.

Tiago Sandi
OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633