

MEMORANDO 049/2023

DE: SETOR DE NUTRIÇÃO DO HMRS

PARA: GPCC SMS

PROCESSO Nº	18188/23
DATA	31 / 07 / 23
FOLHAS Nº	09 RUBRICA

ASSUNTO: RESPOSTA AO PROCESSO 18188/2023 - ESCLARECIMENTO EMPRESA NEW NUTRI - PREGÃO ELETRÔNICO 103/2023 - NUTRIÇÃO ENTERAL HMRS

Através deste documento, venho responder pedido de esclarecimento da Empresa New Nutri referente a exigência do Pregão Eletrônico 103/2023 acerca da Autorização de Funcionamento - AFE expedida pela ANVISA. Para isso apresento o seguinte apontamento:

De acordo com a RDC 503 de 27 de maio de 2021:

*“Nutrição enteral é **alimento** para fins especiais, com ingestão controlada de nutrientes, na forma isolada ou combinada, de composição definida ou estimada, especialmente formulada e elaborada para uso por sondas ou via oral, industrializado ou não, utilizada exclusiva ou parcialmente para substituir ou complementar a alimentação oral em pacientes desnutridos ou não, conforme suas necessidades nutricionais, em regime hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, visando a síntese ou manutenção dos tecidos, órgãos ou sistemas;”*

Já a RDC 16 de 1º de abril de 2014 diz que:

*“A AFE é exigida de cada empresa que realiza as atividades de armazenamento, distribuição, embalagem, expedição, exportação, extração, fabricação, fracionamento, importação, produção, purificação, reembalagem, síntese, transformação e transporte de **medicamentos e insumos farmacêuticos** destinados a uso humano, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes saneantes e envase ou enchimento de gases medicinais.”*

Após isso, concluo que a Nutrição Enteral não é considerada um medicamento ou insumo farmacêutico, não sendo necessária a apresentação da AFE.

Sem mais para o momento, sigo disponível para futuros esclarecimentos.

31 de julho de 2023 - Nova Friburgo - RJ


Mikaela C. Guerreiro Santos
NUTRICIONISTA
CRN-4:18100132

Mikaela Raphael Guerreiro Santos

Nutricionista CRN4 18100132

Matrícula PMNF: 115274/111861



**NOVA
FRIBURGO**
P R E F E I T U R A

S E C R E T A R I A
D E S A Ú D E

Nº Proc. 18188/23
Rubrica / Folha 10

Gestão de Processos, Contratos e Convênios

Proc. 18188/2023

DESPACHO

O presente processo administrativo versa sobre esclarecimento apresentado pela requerente acerca do Edital do Pregão Eletrônico nº 103/2023, processo licitatório nº 2514/2023, que tem por objeto a aquisição de Nutrição Enteral para atender as necessidades do Hospital Municipal Raul Sertã e Programa Melhor em Casa.

Considerando o esclarecimento por parte do Setor de Nutrição do Hospital Municipal Raul Sertã, onde conclui pela não necessidade de apresentação da AFE.

Encaminhamos os autos à Procuradoria Geral do Município para emissão de parecer jurídico quanto à segunda solicitação da requerente.

Nova Friburgo/RJ, 01 de agosto de 2023.

Higor de Barros Pinto

Gestão de Processos, Contratos e Convênios

Matrícula 063.344



Processo: 18.188/2023

Requerente: New Nutri Comércio de Produtos Nutricionais Ltda.

Assunto: Pedido de Esclarecimento - Edital de Licitação - Pregão Eletrônico n. 103 de 2023 -
Processo Licitatório n. 2514/2023

Ao Ilmo. Sr. Subprocurador de Processos Administrativos;

I. DO RELATÓRIO

Retornam os autos a esta Procuradoria-Geral com a manifestação do setor técnico da Secretaria de Saúde, em atendimento ao solicitado no despacho de fls. 07.

Desta feita, passa-se à análise do pedido de esclarecimento.

II. DO MÉRITO

II.1. Da Exigência do Subitem 20.5

De acordo com o Setor de Nutrição do Hospital Municipal Raul Sertã (fls. 09), a “*Nutrição Enteral não é considerada um medicamento ou insumo farmacêutico, não sendo necessária a apresentação da AFE*”.

Portanto, a Secretaria Municipal de Saúde deverá suprimir o subitem 20.5 do Edital, bem como do Termo de Referência, se estiver prevista tal exigência, com nova publicação e abertura de prazo, na forma do art. 21, § 4º da Lei n. 8.666/1993.

II.2. Da Exigência do Subitem 6.1.4

Questiona a empresa acerca da exigência do subitem 6.1.4, segundo o qual “*Um licitante, ou grupo, suas filiais ou empresas que fazem parte de um grupo econômico ou financeiro, somente poderá apresentar uma única proposta de preços. Caso um licitante participe em mais de uma proposta de preços, estas propostas não serão levadas em consideração e serão rejeitadas*”.

Afirma que há entendimento do Tribunal de Contas da União que permite que empresas do mesmo grupo econômico participem da mesma licitação, não sendo a participação conjunta, por si só, evidência de fraude em licitações.

Afirma, ainda, que a vedação contida no art. 9º da Lei de Licitações não abarca a situação contida no subitem 6.1.4, questionando a possibilidade de, pelo menos, empresas do mesmo grupo econômico estarem habilitadas para participação em lotes diferentes e que não se comunicam entre si, nos termos da orientação do TCU.

Com efeito, o art. 9º da Lei n. 8.666/1993, que trata das vedações de participação em licitações, não veda expressamente a participação de empresas de grupo econômico:

*Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;*



II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Marçal Justen Filho¹ comentou assim o artigo citado:

1) Impedimento do Direito de licitar

As vedações do art. 9º retratam derivação dos princípios da moralidade pública e isonomia. A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do direito processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento a priori. O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia. O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si ou terceiro.

A determinação do art. 9º é proibitiva, pois veda a participação de pessoas em determinadas circunstâncias expressamente previstas, estabelecendo conduta e limitação. Portanto deve ser interpretada obrigatoriamente de forma restritiva, a utilização de critérios interpretativos mais abrangentes, sob pena de contrariar os princípios da hermenêutica jurídica, tampouco extensão ou analogia a casos não elencados nos dispositivos.

¹ JUSTEN FILHO. Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, São Paulo: Editora Dialética, 2002, pág. 131.



PROCESSO Nº 18188

DIA 02/8/23

Folha Nº 13 Publica 8

Sobre o tema, o TCU já se manifestou algumas vezes.

No Acórdão 297/2009, assim dispôs:

“Sobre a questão de duas empresas com sócios comuns participarem de uma mesma licitação, já havia a unidade técnica apontado que os normativos que regulam as licitações não vedam tal procedimento. Não obstante, a unidade técnica trouxe aos autos diversos excertos de Relatórios e Votos que fundamentaram decisões desta Corte que trataram de questões similares. Por fim resume assim a jurisprudência do TCU:

‘3.5. Do exposto, temos que a legislação que regula a realização de procedimentos licitatórios não veda explicitamente a participação de empresas com sócios em comum. Todavia, este Tribunal já considerou irregular a participação de empresas com sócios comuns em licitações nos seguintes casos:

- quando da realização de convites;*
- quando da contratação por dispensa de licitação;*
- quando existe relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo;*
- quando uma empresa é contratada para fiscalizar o serviço prestado por outra, cujos sócios sejam os mesmos’.*

(...)

Hoje, diante do texto legal, tal como se encontra redigido há mais de vinte anos, uma mesma empresa não pode apresentar duas propostas, mas nada impede que empresas distintas, embora vinculadas a um mesmo grupo econômico, apresentem diferentes propostas.

À luz do quanto foi acima exposto, pode-se afirmar, com segurança, que a simples participação, nos mesmos procedimentos licitatórios, de duas empresas cujas ações ou cotas pertencem ao mesmo grupo de pessoas, não configura violação ao sigilo da licitação nem fraude comprometedora da competitividade do certame.”

Em julgado análogo sobre o tema, Acórdão n. 2.341/2011 - Plenário, assim previu:

“Na oportunidade, foi suscitado o entendimento estabelecido no Acórdão nº 297/2009-Plenário, que somente considera irregular a situação em apreço quando a participação concomitante das empresas se der em:

- 1 – convite;*
- 2 – contratação por dispensa de licitação;*
- 3 – existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e*
- 4 – contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.”*

Também no Acórdão 1539/2014-Plenário, o TCU reafirmou seu entendimento:



16. *Análise: nota-se que mesmo não sendo a principal irregularidade a sustentar a decisão recorrida, a participação simultânea das empresas recorrentes no Convite 10/HARP/2010 é uma das hipóteses de reprovação da atuação de empresas pertencentes a um grupo familiar elencada no Voto do Acórdão 526/2013-TCU-Plenário, repassando entendimento do Acórdão 297/2009-TCU-Plenário:*

21. *A respeito da participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação, vale frisar que nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação. A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes.*

22. *De acordo com o precedente do Acórdão 297/2009-TCU-Plenário, a participação simultânea de empresas com sócios comuns num mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra. (negrito não existente no original).*

No mesmo sentido, o TCU entendeu no Acórdão 2803/2016 - Plenário citado pela requerente:

Licitação. Parentesco. Vedação. Inexistência. Sócio. Fraude.

Não existe vedação legal à participação, no mesmo certame licitatório, de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em relação de parentesco, embora tal situação possa acarretar quebra de isonomia entre as licitantes. A demonstração de fraude à licitação exige a evidenciação do nexos causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação.

Corroborando esse entendimento, vale transcrever trecho de parecer emitido pelo doutrinador Adilson Abreu Dallari²:

"1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a verificação da licitude ou não da participação de duas empresas, cujas ações ou cotas pertencem ao mesmo grupo de pessoas, em uma mesma licitação.

(...) Não faz sentido vedar a participação numa licitação, anular um contrato ou retirar alguém do universo de possíveis contratantes sem um objetivo a atingir.

2 AUTONOMIA DA EMPRESA EM RELAÇÃO A SEUS SÓCIOS

² Informativo de Licitações e Contratos (pág. 442), edição nº 100, de junho de 2002, Editora Zênite.



Diante de um caso concreto de participação, na mesma licitação, de empresas pertencentes aos mesmos sócios ou ao mesmo grupo econômico, sempre será preciso analisar a documentação fornecida pelas empresas para exame de sua habilitação jurídica e técnica, para que se possa aferir se ambas as empresas existem de direito e de fato, funcionam normalmente, têm cada uma vida própria e faturamento expressivo.

O que se deve evitar é o risco de que qualquer uma delas seja uma simples empresa de fachada, sem existência real, criada apenas para dar respaldo a outra em licitações.

Numa perspectiva essencialmente jurídica, é absolutamente certo que a empresa não se confunde com seus donos, conforme expressa disposição do Código Civil:

'Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.'
(...)

Existem, sim, no sistema jurídico brasileiro, possibilidades de desconsideração da pessoa jurídica, atribuindo seus atos a seus sócios. Mas isso é absolutamente excepcional e depende de expressa previsão legal.

(...)

Não é crime ser sócio de duas empresas. É perfeitamente normal que grupos econômicos constituam diversas empresas, por razões comerciais e especialmente tributárias. Cada empresa deve ser considerada como uma pessoa jurídica distinta da pessoa física de seus sócios.

De resto, é patente a inconsistência do critério de considerar, como uma só, empresas que tenham mesmos sócios e mesmo endereço. E se um sócio de cada uma for diferente? Se isso acontecer com metade dos sócios? Se houver somente um sócio comum? E se os endereços forem diferentes, mas em imóveis contíguos? Ou em ruas diferentes na mesma cidade? Ou um em Porto Alegre e outro em Belém?

Note-se que tais situações são irrelevantes; o que interessa saber é como atua cada uma das empresas, ou seja, se cada uma tem, ou não, existência real e vida independente, não se podendo presumir a ocorrência de fraude apenas por força da coincidência da titularidade do controle societário.

3 DUPLICIDADE DE PROPOSTAS

(...)

Ja



Vê-se, pois, que a proibição do regulamento é de que o mesmo concorrente (pessoa física ou jurídica) participe mais de uma vez em uma mesma licitação, isoladamente e em consórcio, ou integrando mais de um consórcio. O dispositivo regulamentar não impede que pessoas jurídicas distintas, ainda que tenham alguns acionistas comuns, participem da mesma licitação. O que a norma veda – repita-se – é que a mesma pessoa se apresente mais de uma vez na mesma licitação. Se isto ocorresse, caso seria de inabilitação da concorrente que diversificou a sua proposta, repartindo-a em mais de uma oferta.”.

Não obstante o entendimento esposado nos acórdãos acima colacionados, verifica-se que o próprio TCU, no Edital do Pregão Eletrônico n. 01/2017³, que tinha por objeto o fornecimento de mobiliário e equipamentos médicos e odontológicos para o Serviço Ambulatorial de Saúde - SAS/Dsaud, proibiu a participação das referidas empresas no item 4.10:

“4. Não poderão participar deste Pregão:

(...)

4.10. sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico, assim entendidas aquelas que tenham diretores, sócios ou representantes legais comuns, ou que utilizem recursos materiais, tecnológicos ou humanos em comum, exceto se demonstrado que não agem representando interesse econômico em comum;”.

A Nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021) expressamente inovou na matéria, alterando o teor do contido no art. 9º da Lei n. 8.666/1993.

No art. 14, V, da Nova Lei, que é o “sucessor” do art. 9º, da Lei 8.666/1993, há proibição expressa de participação, no mesmo certame, concorrendo entre si, de empresas controladoras, controladas ou coligadas:

Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

(...)

V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;

Com efeito, conclui-se o novo entendimento é no sentido da vedação de participação de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

No entanto, considerando que o presente certame é regido pela Lei n. 8.666/1993, e considerando o entendimento até então vigente do TCU quanto às vedações do art. 9º da referida Lei, conforme Acórdãos colacionados neste parecer, sugere-se que seja suprimida tal vedação.

III - DA CONCLUSÃO

Diante de todo o explanado, conclui-se pela necessidade de supressão dos subitens 6.1.4 e 20.5 do Edital do Pregão Eletrônico n. 103/2023.

³ <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2594B1E38015973E287A912EB>



Em decorrência de tais alterações, deverá ser feita nova publicação do Edital, com a abertura do prazo, na forma do art. 21, § 4º da Lei n. 8.666/1993.

Pelo exposto, **opina-se pela remessa dos autos à Secretaria Municipal de Saúde** para ciência e providências de sua competência.

Ressalta-se que o opinamento desta Procuradoria Geral, órgão com atribuição de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Municipal, na forma do art. 206, da Lei Orgânica do Município de Nova Friburgo, Lei Municipal n. 4.637/18, restringe-se apenas à análise das questões jurídicas relacionadas à legalidade, à medida em que a análise de questões de ordem técnica ou decisões inerentes à discricionariedade do administrador público, incumbe, exclusivamente, à área técnica e à secretaria requisitante, com fiscalização pelo órgão de controle interno.

É o parecer, meramente opinativo e não vinculativo, que se submete à consideração superior, *sub censura*, podendo ser acolhido ou rejeitado liminarmente.

Nova Friburgo, 02 de agosto de 2023.

Layne de Andrade Alves
Coordenadora de Nível Superior Jurídico
de Processos Administrativos
Matr. 62.773


Carlos Eduardo V. N. da Veiga
Subprocurador de Processos
Administrativos
Matrícula 63347