ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PLANALTO/PR

ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 00.802.002/0001-02, com sede na Estrada Boa Esperança, nº 2320, Fundo Canoas, Rio do Sul/SC por seu procurador devidamente constituído, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRONICO Nº 024/2024**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DOS FATOS

Primeiramente, essa administração deverá ter ciência e aceitar por outros meios de recebimento essa IMPUGNAÇÃO, ou seja, por correspondência eletrônica, consoante com o acórdão nº 1495/2018 Tribunal Pleno TCE/PR.[1]

> (...)
> Por meio do Despacho nº 449 – GCFAMG (Peça 08), homologado pelo Acórdão nº 1141/18 – STP (Peça 15), **foi determinada a suspensão cautelar do certame, por entender configuradas as seguintes restrições no Edital impugnado**: (i)limitação à participação de microempresa e empresa de pequeno porte apenas às situadas no Município de Curiúva, com justificação vaga e desprovida de comprovação; (ii) prazo exíguo de 02 (dois) dias para entrega dos materiais que são objeto da licitação; e (iii) **restrição de impugnação ao Edital apenas por correspondência a ser entregue na sede da Prefeitura Municipal de Curiúva**.

A empresa tem interesse na participação do processo, acontece que após a análise do edital verificou que vários itens são de participação exclusiva de ME/EPP, conforme estabelece o edital.

[1] http://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/6/pdf/00329040.pdf

Devido a isto, entendemos que o disposto acima fere o processo licitatório em seu princípio mais básico norteado pela Lei de Licitações que é o da **AMPLA PARTICIPAÇÃO** do maior número de licitantes e tal exigência afronta às normas que regem o procedimento licitatório, como à frente procuraremos demonstrar.

Diante da ausência de comprovação dos requisitos legais, cabe a empresa pugnar pela remoção dos benefícios de exclusividade de ME/EPP para que possa participar de todos os itens/grupos do certame, inclusive os de valor inferior a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

2. DO DIREITO

Se de um lado a lei materializou o espírito constitucional favorável ás MEs, de outro, ao ponderar outros Princípios semelhante de Grandeza, **NÃO DEIXOU DE IMPOR BALIZAS**, tais limites foram previstos no art. 49 Lei Complementar 123/2006, de modo que nenhuma benesse poderá ser concedida sem estas condições.

Na Sessão Ordinária nº 19 do Tribunal Pleno do TCE-PR[2], foi aprovada a instauração de prejulgado, suscitado pelo Conselheiro FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, para fins de consolidar entendimento acerca da possibilidade dos entes federados restringirem a participação em licitações às MEs e EPPs sediadas em local ou regionalmente, e, ainda, sobre os exatos contornos do art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06, especialmente sobre a incidência do teto de R$ 80.000,00 para cada item/lote da licitação ou sobre o valor global da licitação, sendo designado pelo Presidente como relator o Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO.

> i) É possível, mediante expressa previsão em lei local ou no instrumento convocatório, realizar licitações exclusiva à microempresas e empresas de pequeno porte, sediadas em determinado local ou região, em virtude da peculiaridade do objeto a ser licitado ou para implementação dos objetivos propostos no art. 47, Lei Complementar n.º 123/2006, desde que, devidamente justificado;
>
> ii) **Na ausência de legislação suplementar local que discipline o conteúdo do art. 48**, § 3º da LC nº 123/2006, **deve ser aplicado o limite de preferência definido pela Legislação Federal às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas local ou regionalmente**, desde que dentro do preço máximo previsto no edital;
>
> iii) Conforme o disposto no art. 48, inciso I da Lei Complementar n.º 123/2006, é obrigatória a realização de licitação exclusiva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte sempre que os itens ou lotes submetidos à competição tenham valor adstrito ao limite legal de R$ 80.000,00(oitenta mil reais). Para bens de natureza divisível, cujo valor ultrapasse o limite de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a Administração deve reservar uma cota de 25% (vinte e cinco por cento) para disputa apenas entre as pequenas e microempresas. Com

[2] http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/prejulgado-n%C2%BA-27/323698/area/242

> relação aos serviços de duração continuada, o teto deve ser considerado para o calendário financeiro anual;
>
> iv) **A aplicação dos instrumentos de fomento dos incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar n.º 123/2006 é obrigatória à Administração Pública, somente podendo ser afastada nas hipóteses retratadas no art. 49 do mesmo diploma legislativo,** exigindo-se, em qualquer caso, motivação específica e contextualizada quanto à sua incidência.

Nos termos do próprio acórdão caso essa administração não possua legislação própria, deverá ser aplicado o limite aplicado definido pela Legislação Federal às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas local ou regionalmente.

Analisando-se a norma federal o Decreto Federal nº 8.538/2015 define qual critérios a ser definido como **LOCAL** e **REGIONAL**, in verbis:

> § 2º Para efeitos deste Decreto, considera-se:
>
> I - **âmbito local** - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;
>
> II - **âmbito regional** - limites geográficos do Estado ou da **região metropolitana**, que podem envolver **mesorregiões** ou **microrregiões**, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; e

Ainda é necessário pontuar e destacar as palavras do professor e doutrinador José Anacleto Santos[3]

> (...)
>
> José Anacleto Santos, professor e doutrinador, orienta que se entenda por "sediadas regionalmente" as ME e EPP sediadas na região – espaço geográfico – eleita pelo órgão promotor da licitação como destinatária da ação de fomento por intermédio da contratação pública. **CABERÁ A CADA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDICAR, NO EDITAL DE LICITAÇÃO OU EM NORMA LEGAL OU INFRALEGAL AS REGIÕES NAS QUAIS PRETENDE QUE A CONTRATAÇÃO SEJA INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E ECONÔMICO.**
>
> Referido doutrinador **ADVERTE, AINDA, QUE A REGIÃO DE ABRANGÊNCIA OU LOCAL DEVE SER FIXADA NO EDITAL** ou em norma infralegal, **SEMPRE DE FORMA FUNDAMENTADA, INDICANDO AS RAZÕES DE FATO E DE DIREITO PARA QUE SEJAM PRIVILEGIADAS ME E EPP** sediadas na circunscrição eleita para a aplicação do benefício – é preciso, **EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO**, apresentar os argumentos objetivos pelos quais se demonstrará que a adoção do benefício poderá, e em que medida, contribuir para o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Grifo e negrito nosso)

[3] SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015, pp. 141 e 142.

Superada essa reflexão, extrai-se novamente do acórdão a seguinte preocupação:

> **Diante de tais conceitos basilares, nos parece que, proibir a participação de outros interessados nos certames, como tem se verificado em determinados casos práticos, afronta aos princípios da igualdade e da livre concorrência.**
>
> Ademais, **se por um lado o legislador pretendeu estimular o desenvolvimento local** e regional, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social, favorecendo empresas sediadas em determinadas circunscrições, **se assegurou, no mesmo instrumento normativo, que tais licitações diferenciadas não podem ser desfavoráveis à Administração Pública.** [...]
>
> A propósito, como bem salientou a unidade técnica, esta Corte de Contas tem constatado relevante sobre-preço em algumas licitações realizadas nesses moldes, razão pela qual defende que tais procedimentos até podem ser realizados, contudo, extraordinariamente. Alinhado a esse conceito, nos moldes defendidos pela instrução do feito, destaca-se que a limitação pode ocorrer em duas situações: 1) Diante da peculiaridade do objeto a ser licitado; 2) Para implementação dos objetivos principiológicos definidos pelo artigo 47, do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, quais sejam: 2.1) Promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; 2.2) Ampliação da eficiência das políticas públicas; e, 2.3) Incentivo a inovação tecnológica.
>
> [...] **Ressalta-se que a incidência dos benefícios previstos nos artigos 47 e 48, do citado Estatuto, devem, em todos os casos, observar as regras definidas pelo artigo 49, da mesma norma, quais sejam:** a) **Presença de no mínimo, 3 (três) fornecedores competitivos classificados como microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente, que possam atender às exigências do ato convocatório**; b) Não se aplicam aos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, exceto nos casos previstos nos incisos I e II do artigo 24, da Lei 8.666/93; e, c) Não se aplicam, quando for desvantajoso à Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

2.1. DO OBJETO X PREJUÍZO AO CONJUNTO

Apresenta-se abaixo a exposição ilustrativa de como funciona a cadeia de distribuição de produtos para saúde, principalmente aos destinados ao setor público e através do link no rodapé toda sua complexidade. [4]

[4] https://www.scielosp.org/article/csc/2008.v13suppl0/603-610/

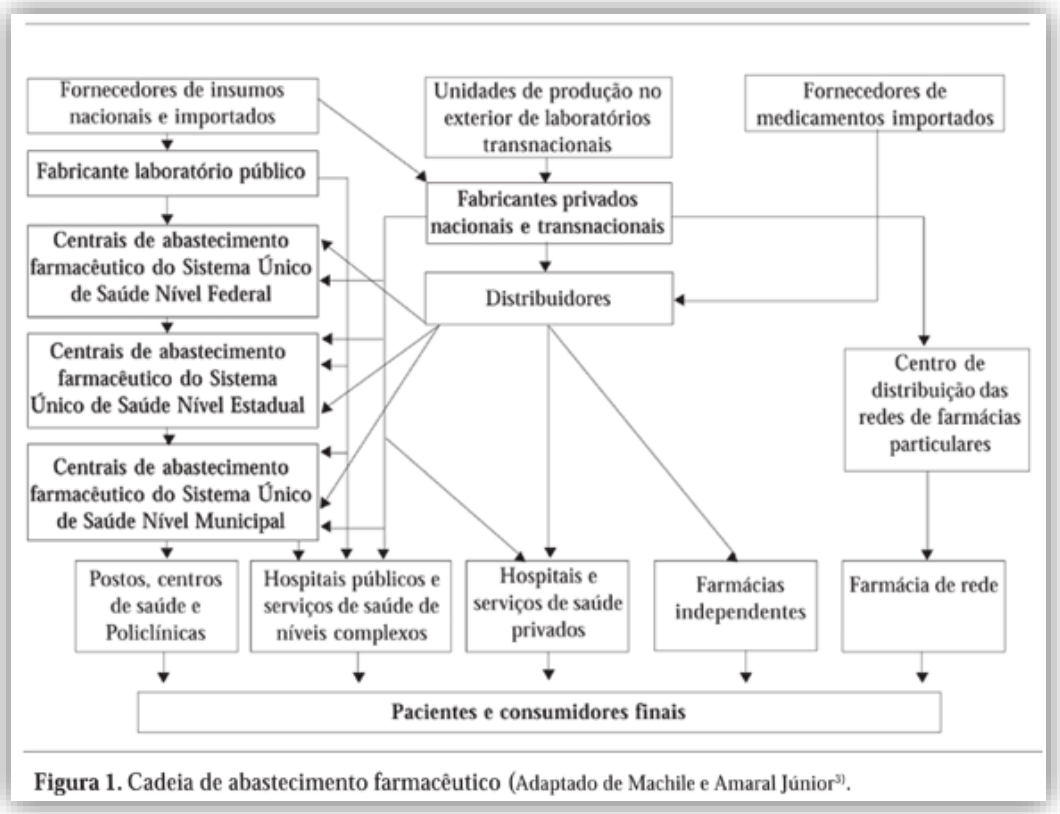

Figura 1. Cadeia de abastecimento farmacêutico (Adaptado de Machile e Amaral Júnior[3].

No mesmo processo do acórdão, no parecer 35 – COFIT, há a seguinte ressalva sobre o mercado de medicamentos:

> Ocorre que o mercado brasileiro de distribuição de medicamentos apresenta certas particularidades. Extrai-se de artigo técnico sobre o tema: "O sistema de comercialização de medicamentos no Brasil também é marcado por um importante conjunto de peculiaridades. Há, por exemplo, controle de preços, um regime conduzido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Cabe à CMED definir os preços máximos dos produtos, estipular os reajustes anuais e assegurar o cumprimento dessas determinações pela indústria farmacêutica. Novos fármacos têm seus preços definidos com base em valores de referência globais. O custo no Brasil não pode superar o menor preço cobrado entre nove diferentes mercados (Estados Unidos, Nova Zelândia, Austrália, Grécia, Portugal, Itália, Espanha, França, Canadá, além, eventualmente, do país de origem do medicamento). Nesse caso, também vale o sistema de controle e congelamento do preço pelo período de um ano, cabendo à indústria farmacêutica negociar descontos de preços para o varejo. (...) Um aspecto relevante do mercado doméstico é a elevada concentração da distribuição nas mãos de poucos grupos regionais e nacionais: de 65% a 75% da distribuição dos medicamentos é feita por distribuidores locais, enquanto apenas de 25% a 35% dos produtos são diretamente entregues ao varejo" (grifos nosso). [...] **Assim, com o fechamento da participação nas licitações a essa parcela de grandes distribuidores (quase todos classificados como empresas de médio e grande porte), o que se verificou foi um aumento extremo nos valores das contratações públicas para essa espécie de compra.**

Outro ponto, não menos importante é que as empresas de médio e grande porte, e os próprios fabricantes, tem amplo espectro de negociação na aquisição dos fármacos, medicamentos, produtos médico-hospitalares e/ou equipamentos, o que lhes dá condição para melhor competir, e existe também as hipóteses de DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA, que não beneficiam as EPPs e MEs, vejam que o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), concede isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal, isenção esta que não se estende as EPPs e MEs.

Deste modo, da leitura do inciso II e III, do artigo 49 é possível inferir que a Administração Pública poderá recusar a aplicação do tratamento diferenciado a MPES quando não vislumbra tal equação, de tal modo que se mostre inconveniente a não eficiente a aplicação política na aquisição, como neste caso, devido a necessidade de certificações de laboratórios, controle rígido de qualidade por se tratarem de produtos que podem afetar a saúde de grande parte da população.

Em outras palavras, trazemos o comentário do ilustríssimo Advogado da União, Professor Mestre em direito Econômico Ronny Charles Lopes de Torres a qual comenta sobre a existência de desvantagem ou prejuízo disposto no artigo 49, in verbis:

> "Em relação à desvantagem, a própria obediência ao princípio constitucional da eficiência e a busca pela seleção da proposta mais vantajosa para administração já exigem tal cuidado ao gestor público.
>
> Noutro prisma, criar um leque de beneficiamentos objetivos a determinada espécie de licitantes, debilita a competividade, o que já pressupõe desvantagem para a Administração, pelo menos em relação ao seu objetivo contratual do alcançar uma melhor proposta. **Poder-se-ia alegar que há vantagem no fomento da participação das ME e EPP nos certames públicos, mas tal tese é relativa e depende de aspectos econômicos que podem ensejar embates infindáveis, com bons argumentos favoráveis ou contrários**.
>
> Tentado dar alguma objetividade a essa disposição, facilitando sua aplicação, o Decreto Federal nº 8.538/2015 estipulou, no parágrafo único de seu artigo 10, que será considerada não vantajosa a contratação quando: resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.
>
> **Em relação à primeira hipótese, quando o dispositivo se refere à licitação que resultar em preço superior ao resultado final do certame! Essa disposição é preocupante, já que estipular, como critério de avaliação da aplicação desses benefícios, em momento posterior ao seu emprego, é uma atitude gerencial pouco racional, pois não previne o prejuízo do certame fracassado**. Essa disposição regulamentar é digna de reparo, para substituição por melhor solução.
>
> Em relação à segunda hipótese, **basta a manifestação da área técnica, indicando justificadamente a incompatibilidade com aplicação dos benefícios. Entendemos que essa incompatibilidade deve ser compreendida em seu sentido amplo; um quadro de crise econômica e a redução dos recursos orçamentários**

> **disponíveis podem justificar esta opção**. Outrossim, em relação às estatais explorados de atividade econômica, a exigência de redução de custos para sua eficiência competitiva já seria um fator de incompatibilidade a ser suscitado.
>
> Contudo, há ainda a possibilidade de adoção da ressalva, com base na justificativa de que o tratamento diferenciado e simplificado representa "prejuízo ao conjunto ou complexo a ser contrato".
>
> Em relação a esta ressalva, **o regulamento federal não prejudicou sua adoção, de forma que o gestor, diante de uma situação em que a adoção de licitação exclusivas ou o estabelecimento de cota de 25%, em benefício das ME/EPPs, representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, pode, justificadamente, deixar de adotar essas regras de restrição à competitividade.** "
>
> (TORRES, Ronny Charles Lopes. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 10ª Edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. P. 1.166-1.167).

Fundamentalmente cabe aqui destacar, a complexidade da cadeia de distribuição dos medicamentos trazido pela ilustração e artigo, associado com as palavras acima do Il.mo. Professor Ronny Charles que manifestou em sua obra a importância do Gestor no emprego em sentido amplo a observar o objeto, ou seja, não somente no prisma de trazer a exclusividade genericamente em todos os processos (p.ex.: aquisição de matéria de expedientes x produtos que podem afetar a saúde da população) por estar previsto em lei complementar, mas sim, ter o anseio de preservar as particularidades do objeto, como neste caso, onde sua prestação deverá ser de forma eficiente e célere, comumente com os aspectos econômicos.

Diga-se isto, nas próprias palavras do renomado Professor, caso esse Gestor não consiga comprovar os requisitos mínimos para justificar as desvantagens e prejuízos, em item subsequente trazemos o elogiado procedimento adotado de "itens espelhos" pela UFBA, que está dando muito certo.

3. Licitação Exclusiva X Itens Espelhos

Desta forma, considerando que o objeto da presente licitação se trata de **produtos destinados a manutenção da saúde pública**, trazemos a experiência do procedimento adotado pelo Complexo Hospitalar e de Saúde da UFBA com as palavras do ilustríssimo Advogado da União, Professor Mestre em direito Econômico Ronny Charles Lopes de Torres em sua 10ª edição da obra Leis de Licitação Públicas comentada, in verbis:

27.4.1 LICITAÇÕES EXCLUSIVAS E ITENS ESPELHOS

Na área da saúde, onde o atendimento das pretensões contratuais, de forma célere e eficiente, pode representar não apenas a melhora na prestação do serviço, mas a própria proteção às vidas que precisam diretamente daquele serviço, equipamento ou produto, a busca de soluções para os dilemas vivenciados tem se tornando alarmante.

A atual regulamentação federal deixa muito a desejar em sua tarefa de suplantar este problema. **A solução para essas questões exige um aperfeiçoamento na regulamentação específica e a construção de soluções concretas, como a duplicação de itens, criadas pelos diligentes gestores e pregoeiros da área de saúde da UFBA, evitando os prejuízos decorrentes de certames desertos ou fracassados.**

Nessa duplicação, denominada de itens espelhos (ou itens clones), o órgão licitante, em uma licitação de 100 itens exclusivos para ME/EPP, todos abaixo de R$ 80.000,00, monta o seu edital com 200 itens. Os 100 primeiros exclusivos, conforme determinada a legislação, e os 100 seguintes, "espelhando" os primeiros, com competição aberta também a grandes empresas. Insere-se, ainda, uma regra no edital, definido que os resultados dos "itens espelhos" (item 101 a 200) apenas serão adjudicados, na hipótese de deserção ou fracasso do item exclusivo.

Com tal procedimento, evita-se que eventual licitação deserta ou fracassada frustre o atendimento da pretensão contratual, exigindo novo certame, com dispêndio de mais recursos financeiros e, sobretudo, de tempo, essencial para o atendimento eficiente da função administrativa, notadamente em áreas sensíveis, como a saúde pública.

Mas ainda, tal procedimento permite avaliar o aumento do custo que a política pública de estabelecer licitações exclusivas tem gerado. Na prática, os servidores que vêm adotando os itens espelhos têm identificado, em algumas licitações, grandes distorções entre os preços alcançados nos itens exclusivos, em comparação aos itens alcançados nos itens espelhos (com competição ampla).

Essas grandes distorções, em nosso entender, podem justificar a não adoção das licitações exclusivas, para as ulteriores licitações com o mesmo objeto.

Em outros casos, identifica-se ainda pior: a microempresa participa do item exclusivo e do "item espelho", reduz muito seu valor neste último (de ampla competitividade), contudo mantém alto o valor de sua proposta, sem qualquer negociação, no item exclusivo! Tal atitude indica um comportamento reprovável, justificando o cancelamento do item exclusivo, para contratação do item espelho.

(TORRES, Ronny Charles Lopes. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 10ª Edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. P. 1.162-1.163).

4. DA FORMA DE CÁLCULO DO PRAZO DE IMPUGNAÇÃO

Diante do recebimento de julgamentos de impugnações calculando de forma equivocada o prazo e se antecipando a uma inesperada declaração de intempestividade da presente peça a impugnante vem apresentar a correta forma de cálculo do prazo de impugnação, que deve ser analisada, somente no caso de a Administração pretender considerar a presente impugnação intempestiva.

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993:

> Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.
>
> Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

No caso da impugnação a contagem do prazo é um pouco mais complexa visto que é um prazo "para trás", também conhecida como contagem regressiva. Na impugnação dos editais, o prazo é de 2 (dois) dias úteis antes do certame, (inciso II do artigo 41 da Lei 8.666/1993, para as licitantes, nas modalidades tradicionais, e artigo 12 do Decreto 3.555/2000, para qualquer pessoa, no pregão). Ou seja, se a licitação for marcada para quinta-feira a impugnação deve ser apresentada na terça-feira, pois não conta a quinta-feira, que é o dia de início, e conta a quarta e a terça-feira, que é o dia final.

Esse tema foi abordado no Acórdão n° 2.625/2008 – TCU – Plenário, cujo relator foi o Ministro Raimundo Carreiro:

> 1.1.4. Todavia, cabem três ressalvas em relação à resposta da Caixa.
>
> 1.1.4.1. A primeira acerca da contagem legal dos prazos. No caso, o dia de início da contagem regressiva, a ser desconsiderado nos termos do art. 110 da Lei nº 8.666/93, foi o dia 11/7/2008. O primeiro dia útil foi o dia 10/7/2008. E o segundo dia útil, prazo limite para impugnação do edital, foi o dia 9/7/2008. Assim, equivoca-se a Caixa quando alega que "considerou de bom tom estender este prazo até as 08hs do dia 09/07", uma vez que a lei estabelece a contagem dos prazos em dias, e não em horas.

Para facilitar a compreensão, sendo o certame no dia 20, o dia 19 é um dia antes, e o dia 18 é dois dias antes, pois exclui o primeiro (dia 19) e inclui o último (dia 18). Estando permitida a impugnação até dois dias antes, a impugnação deve ser aceita como tempestiva, neste exemplo, se apresentada até o dia 18, inclusive, ou seja, até o último minuto de expediente do dia 18.

Desta forma, caso a Administração entenda que a impugnação é intempestiva, deverá primeiramente analisar os presentes argumentos e verificar se não está efetuando a contagem de forma equivocada.

5. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Diante das sólidas razões supra, requer que se digne vossa senhoria em receber a presente impugnação para que esclareça os seguintes itens:

1) Qual a Região foi adotada neste respectivo processo, como instrumento dos benefícios para fomento das ME e EPP?

2) Foi considerado as especificidades do objeto licitado?

3) Fora analisado se a preferência na contratação de ME/EPP irá representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado?

4) Qual base de informação cadastral foi considerada/ utilizada?

5) Qual motivo de não se utilizar o procedimento itens espelhos?

Nestes termos, pede deferimento
Rio do Sul (SC), 2 de agosto de 2024

MAICON CORDOVA PEREIRA:01588693970

Assinado de forma digital por MAICON CORDOVA PEREIRA:01588693970
Dados: 2024.08.02 13:46:26 -03'00'

ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA.
Por seu procurador/representante legal[5]

[5] Assinado eletronicamente (Certificado Digital - ICP-BRASIL) de acordo com a MP 2.200-2/2001.