

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE SÃO JOÃO BATISTA/SC

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 ELETRÔNICO Nº 001/2021**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

I) DOS FATOS

A empresa tem interesse na participação do processo, acontece que após a análise do edital verificou que é de participação exclusiva de ME/EPP, conforme estabelece o preâmbulo (pág. 01) do edital.

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).

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas
RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554
CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5
Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

II) DO DIREITO

Se de um lado a lei materializou o espírito constitucional favorável às 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:

O art. 49 da Lei Complementar nº 123/06, recentemente alterado pela LC 147/2014, proíbe a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48 quando não houver um mínimo de 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório e quando o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II - não houver um mínimo de **3 (TRÊS) FORNECEDORES COMPETITIVOS** enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte **SEDIADOS LOCAL OU REGIONALMENTE** e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública **OU REPRESENTAR PREJUÍZO AO CONJUNTO OU COMPLEXO DO OBJETO A SER CONTRATADO;**

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Ora, torna-se evidente nos destaques realizados com grifo do trecho extraídos da lei complementar 123/06 por ter razão jurídica de existir e necessidade de cumprimento, deixa claro que como requisito para a concessão dos benefícios a lei exige a **COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE NO MÍNIMO 03 (TRÊS) "FORNECEDORES COMPETITIVOS"** enquadrados como MEs, e, ainda, que sejam sediados **LOCAL OU REGIONALMENTE** e capazes de cumprir com as exigências do edital.

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas
RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554
CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5
Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

Nesse sentido, trazemos o nobre entendimento do **TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA**¹ em decisão formulada sobre a consulta da Prefeitura Municipal de Criciúma/SC em 23/07/2018, in verbis:

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, decide:

1. Conhecer da presente Consulta por preencher os requisitos e formalidades preconizados nos arts. 103 e 104 da Resolução n. TC-06/2001 (Regimento Interno do Tribunal de Contas).
2. Responder à Consulta, nos seguintes termos:

2.1. **ENQUANTO NÃO HOUVER NORMA REGULAMENTAR PRÓPRIA EDITADA** pelo Estado ou pelos **MUNICÍPIOS, PARA OS EFEITOS DO DISPOSTO NOS ARTS. 48, § 3º, C/C 49, INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR (FEDERAL) N. 123/2006**, que trata das contratações públicas de Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP diferenciadas e favorecidas, **ENTENDE-SE POR “ÂMBITO LOCAL” OS LIMITES GEOGRÁFICOS DO MUNICÍPIO** onde será executado o objeto da contratação. O alcance da expressão **“REGIONALMENTE” DEVERÁ SER DELIMITADO E JUSTIFICADO PELO PRÓPRIO GESTOR NOS AUTOS DE CADA PROCEDIMENTO LICITATÓRIO OU EM NORMA ESPECÍFICA, LEVANDO EM CONTA AS ESPECIFICIDADES DO OBJETO LICITADO, O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE** e os três objetivos do tratamento diferenciado previstos no art. 47 da Lei nº 123/2006, podendo orientar-se pelos critérios previstos no § 2º do art. 1º do Decreto nº 8.538/2015;

2.2. Para efeitos do art. 49, II, da Lei Complementar n. 123/2006, **ENTENDE-SE POR FORNECEDOR COMPETITIVO** o prestador de serviço ou **FORNECEDOR DE BENS** que, **ALÉM DE SE ENQUADRAR LEGALMENTE NO CONCEITO DE ME/EPP, TAMBÉM POSSUA CONDIÇÕES DE EFETIVAMENTE PARTICIPAR DO CERTAME LICITATÓRIO**, nos termos do disposto no edital.

2.3. **A AVALIAÇÃO ACERCA DA NATUREZA “COMPETITIVA”** das Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP a que alude o art. 49, inciso II, da Lei Complementar n. 123/2006, **DEVE OCORRER ANTES DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL, TENDO POR BASE AS INFORMAÇÕES CADASTRAIS DISPONÍVEIS PELOS ENTES LICITANTES, NA FORMA DA LEI**. (grifo e negrito nosso)

Ainda é necessário pontuar e destacar as palavras do professor e doutrinador José Anacleto Santos², trazido pelo Conselheiro Relator ao seu voto, in verbis:

(...)

¹ @CON 17/00695670

² 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.

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas
RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554
CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5
Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

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)

Na análise dos pontos e contrapontos para adoção, ou não, da exclusividade para ME/EPPs a Administração caso não obtiver legislação própria deverá orientar-se pelo Princípio da Razoabilidade para atender os objetivos dos desenvolvimentos regional e das políticas setoriais dessa administração, ou seja, **NÃO ASSISTE RAZÃO EM CONSIDERAR A REGIÃO PARA MUNICÍPIOS DESLOCADOS DESSA ADMINISTRAÇÃO.**

Diante disto, antes de analisar o restante desta impugnação é necessário que essa administração de acordo com a orientação grifada acima, esclareça os seguintes itens:

1. **Qual a região foi adotada neste respectivo processo?**
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?**

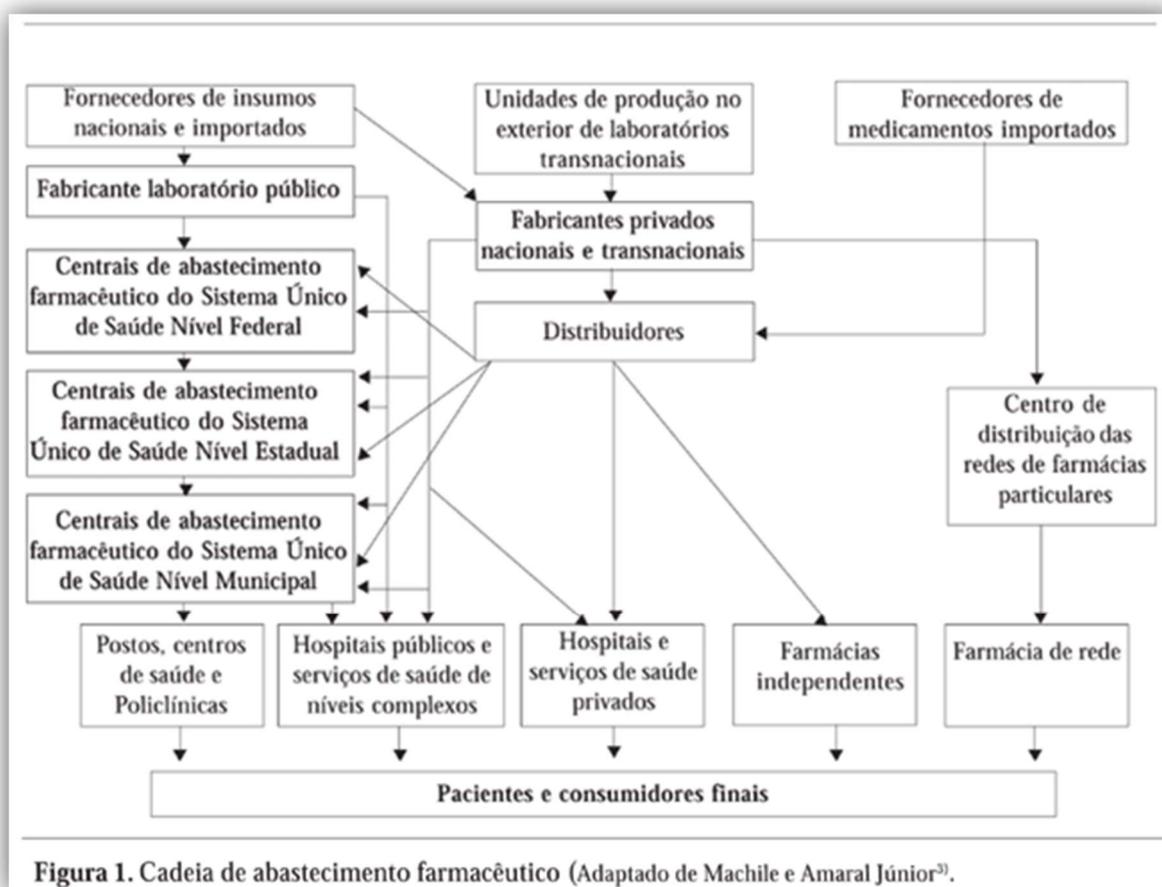
Superada essa reflexão, há de se ponderar as especificidades do objeto, ou seja, essa argumentação será feita a luz dos medicamentos, devendo esta administração estender a todos produtos destinados para Saúde.

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas
RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554
CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5
Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

Apresenta-se abaixo a exposição ilustrativa de como funciona a cadeia de distribuição de produtos para saúde, principalmente aos destinados ao setor público.³



Nesta mesma linha, extrai-se de artigo técnico⁴ sobre o tema o estudo técnico referente ao **PREJUÍZO ECONÔMICO DA LICITAÇÕES EXCLUSIVA** de objetos para saúde ao processo 465761/17 do TCE/PR.

³ <https://www.scielo.org/article/csc/2008.v13suppl0/603-610/>

⁴ Disponível em: https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/setores-atividade/assets/saude/_pharma-13e.pdf acessado em 13/04/2018.

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas
RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554
CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5
Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

“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 e negrito nosso).

(...)

Conforme leciona Moraes⁵, **ESSES GRUPOS DE DISTRIBUIÇÃO QUE CONCENTRAM A MAIOR PARTE DO MERCADO, AO PARTICIPAR NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS – O QUE FREQUENTEMENTE SE VERIFICA, SÃO CAPAZES DE OFERECER PREÇOS SIGNIFICATIVAMENTE MAIS VANTAJOSOS PARA O ENTE PÚBLICO DO QUE AS MPES. EIS QUE NEGOCIAM DIRETAMENTE COM AS INDÚSTRIAS, AO PASSO QUE AS MPES ESTÃO NO FINAL DA CADEIA DE DISTRIBUIÇÃO.** A autora cita atendimento telefônico realizado na Diretoria de Contas Municipais deste Tribunal de Contas, em que foi relatado por representante de empresa do ramo que, enquanto um grande distribuidor era capaz de receber 40% de desconto do fabricante sobre um certo medicamento, os demais fornecedores auferiam apenas 5%.

(...)

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. EMBLEMATICAMENTE, COLACIONA-SE LEVANTAMENTO FEITO PELA CONTROLADORIA INTERNA DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS PINHAIS, NO QUAL O CONTROLADOR COMPAROU OS PREÇOS PAGOS NAS COTAS PRINCIPAIS E RESERVADAS EM LICITAÇÕES DA ÁREA DE SAÚDE.** (grifo e negrito nosso).

⁵ MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de. Condicionantes à realização das licitações diferenciadas previstas no estatuto das micro e pequenas empresas. Controle externo: coletânea de artigos nas diversas áreas da administração pública. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Escola de Gestão Pública. Curitiba: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 2016, p. 188-234

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas
RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554
CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5
Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

Outrossim, observa-se o edital conforme ora divulgado, impede a participação de empresas distribuidoras não enquadradas no regime tributário de Micro e Pequenas Empresas ou Empresas de Pequeno Porte, dos próprios fabricantes, e de grande parte das empresas que tem amplo espectro de negociação na aquisição dos fármacos, produtos médico-hospitalares e/ou equipamentos, para melhor competir, existem também as hipóteses de **DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA** (que não beneficiam as EPPs e MEs), sendo assim, flagrante que o preceito constitucional da **MELHOR COMPRA NÃO SERÁ ATENDIDO**.

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.

Há um desnivelamento de normas: em âmbito Constitucional o artigo 37 caput e inciso, XXI, que estabelecem que as despesas com a aquisição de insumos para a Administração Pública, deverá sempre observar a **ECONOMICIDADE, A VANTAJOSIDADE E A MELHOR COMPRA**. De outro, norma hierárquica inferior, que determina o tratamento especial setorial, às micro e pequenas empresas. Este tratamento setorial, por ser especial em relação a norma geral, deve ser observado – por expressa disposição do artigo 49 da referida LC 123/06 -, em casos em que a aplicação dos benefícios setoriais **NÃO ONERE, AFASTE CONCORRENTES OU, EM ÚLTIMA ANÁLISE, ACABE POR IMPEDIR A MELHOR COMPRA, COM A MAIOR VANTAJOSIDADE EXPRESSIVA A AQUISIÇÃO**.

Nesta linha, trazemos o comentário de Ivan Barbosa Rigolin:⁶

(...)

“Diante do disposto no inc. III, e apenas diante disso, já é possível concluir que jamais a Administração precisará observar os arts. 47 e 48, porque **JAMAI É VANTAJOSO PARA A ADMINISTRAÇÃO SUPRIMIR UMA PARTE DOS POTENCIAIS LICITANTES. JAMAI É VANTAJOSO A QUEM QUER QUE SEJA REDUZIR A CONCORRÊNCIA ENTRE OS SEUS POTENCIAIS FORNECEDORES**”.

⁶ Artigo publicado originalmente na edição 154 da Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas
RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554
CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5
Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br

(...)

“A LC 123 absolutamente não obriga coisa alguma nesse sentido – se revela simplesmente ilegal, porque contraria o mais alto princípio da licitação que é o da maior competitividade possível entre os licitantes, plasmado como princípio e como norma objetiva no art. 3º, § 1º, inc. I, da lei nacional de licitações”

(...)

“O dispositivo é bom em seu fundo de direito, mas a redação implica dificuldades significativas de aplicação isenta, devendo a autoridade apelar ao bom-senso e ao senso comum a todo tempo, sem pruridos “ (grifo e negrito nosso).

Desta forma, considerando que o objeto da presente licitação se trata de **PRODUTOS DESTINADOS A MANUTENÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA**, bem como por não estar comprovado o atendimento aos requisitos legais para a inclusão da exclusividade, há clara necessidade haja a remoção da exclusividade de participação de ME/EPP de todos os itens do edital.

III) DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Diante das sólidas razões supra, requer que se digne vossa senhoria em receber a presente impugnação para que seja **AJUSTADO O EDITAL DE ACORDO COM O PARECER DO TCE-SC**, com o intuito de informar o sentido da palavra **REGIONALMENTE**, prevendo também que se **NÃO HOUVER TRÊS EMPRESAS COMPETITIVAS O CERTAME SERÁ REFORMADO E REABERTO PARA AMPLA PARTICIPAÇÃO E NA OCORRENCIA DESTE QUE O EDITAL SEJA REPUBLICADO DEVIDAMENTE CORRIGIDO, REABRINDO-SE O PRAZO INICIALMENTE PREVISTO, CONFORME DETERMINA O § 4º DO ART. 21 DA LEI Nº 8666/93.**

Nestes termos, pede deferimento
Rio do Sul (SC), 29 de janeiro de 2021

ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA.

Por seu procurador/representante legal⁷

⁷ Assinado eletronicamente (Certificado Digital - ICP-BRASIL) de acordo com a MP 2.200-2/2001.

FONE: +55 (47) 3520-9000

Estrada Boa Esperança, 2320 | Fundo Canoas
RIO DO SUL | SC | BRASIL | CEP: 89.163-554
CNPJ: 00.802.002/0001-02 | IE: 25.314.899-5
Fax: +55 (47) 3520 9004

altermed@altermed.com.br