

**ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DO MUNICÍPIO DE SANTO
ANTÔNIO DE POSSE- SP**

**PREGÃO ELETRÔNICO N.º 81/2024
PROCESSO N.º 2442/2024**

VITALIFE PRODUTOS FARMACO HOSPITALARES LTDA, sociedade empresária, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 93.815.124/0001-06, sediada em Rio Claro/SP, na Avenida 03, n.º 1701, Sala 412, Jd. Claret, CEP 13.503-251, e-mail vitalife@vitalife.com.br neste ato representada por seu advogado e procurador que está subscreve, vem à presença de Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO** em epígrafe do **MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE POSSE**, inscrito no CNPJ/MF sob o n.º 45.331.196/0001-35, dizendo e requerendo o que segue:

EPÍTOME DOS FATOS

Em apertada síntese, trata-se de procedimento licitatório pregão presencial objetivando aquisição parcelada de medicamentos de “a” a “z”, para atender demandas do Município, conforme especificações constantes no Termo de Referência do edital (doc. anexo)

Consoante dispõe o instrumento editalício, ora guerreado, o critério de julgamento das propostas encontra-se vinculado ao maior percentual de descontos sobre o menor valor dos itens constantes na Tabela CMED.

Todavia, os parâmetros elencados restringem a competitividade do certame, culminando em prejuízos para Municipalidade, já que os padrões estabelecidos bem como violação ao estatuto das licitações, como será demonstrado visto ausência de justificativa para escolha da modalidade de julgamento.

Assim, se faz o presente para rogar intervenção desta Corte de Contas contra abusividade trazida pela Municipalidade Representada.

DA IMPUGNAÇÃO E DA NULIDADE DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ESTIPULADA PELO MAIOR DESCONTO SOBRE A TABELA CMED/ANVISA

Os princípios que regem a Administração Pública são objetivos e claros ao vetarem qualquer restrição irregular ao caráter competitivo do certame, como se extrai do presente caso. Nesse diapasão, dispõe o texto Constitucional, em seu art. 37, XXI ao trazer que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, assegurando, inclusive, igualdade de condições a todos os concernentes.

Nesse sentido, foi editado o art. 5º do Estatuto das Licitações, senão vejamos:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da **legalidade**, da **impessoalidade**, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, **da igualdade, do planejamento**, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, **do julgamento objetivo**, da segurança jurídica, da razoabilidade, **da competitividade**, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável..

Por sua vez, é certo que a Administração Pública deve tomar as cautelas necessárias para a contratação daquela empresa que tenha melhores condições para atendimento do objeto, mas a severidade como tais exigências pode levar a administração, inadvertidamente, a estabelecer critérios tão rígidos e inflexíveis que dirijam a contratação de um determinado produto ou empresa.

Isso quer dizer, ressalvado interesse na preservação do erário público, a licitação deve ser conduzida de modo a ampliar a participação do particular, oportunizando de forma igualitária que aqueles detentores de capacitação elementar à execução do objeto licitado, possam concorrer para a satisfação daquele interesse público, é o que se pretende.

O processo licitatório, visando espraizar a concorrência, deve ser singelo em suas exigências de habilitação, conforme sustenta o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Descabimento de rigorismos inúteis na habilitação 119-Na fase de habilitação a promotora do certame deve se abster de exigências ou rigorismos inúteis. Isto bem se entende à vista das considerações enunciadas em acórdão que, no dizer do eminente Adílson Dallari, já se tornou clássico: “Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilite para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção das coisas e serviços mais convenientes a seus interesses”. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei deve ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o processo Licitatória .” (Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo Malheiros, 2010. p. 595.)

A exigência trazida pelo edital do presente certame é desnecessária e coloca a competitividade do certame em jogo, mesmo porque tal critério **maior percentual de desconto sobre o menor valor dos itens constantes na tabela CMED**, afasta empresas comprometidas, e principalmente preocupadas em atender as demandas da Municipalidade.

Em que pese conste a previsão na Lei 14133/2001 a adoção do critério de agrupamento por lote, mister destacar que o legislador estabeleceu que tal condição somente seria possível quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item, senão vejamos:

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:

§ 1º O critério de julgamento de **menor preço por grupo de itens** somente poderá ser adotado quando for **demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica**, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverão ser indicado no edital.

Ou seja, é pujante que a normativa trouxe restrição para adoção do critério de julgamento grupal, admitindo-se somente em situações excepcionais, não reinantes no caso em testilha, onde o critério de julgamento por item revela-se muito mais vantajoso para Administração Pública.

Todavia, o critério de julgamento exigido pelo edital– maior percentual de desconto por lote sobre o menor valor dos itens constantes na tabela CMED– dificulta a ampla participação das empresas interessadas, vez que, para concorrer, estas são obrigadas a apresentar proposta com o maior desconto sobre o Preço Fábrica, sob pena de DESCLASSIFICAÇÃO.

O princípio da competitividade é considerado pela doutrina, como um dos princípios cardeais da licitação, tanto que se existirem conluíus ou de qualquer forma faltar à competição, o instituto da licitação será inexistente.

A Câmara de Regulação do Mercado Farmacêutico (CMED), criada pela Lei 10.742/2003, descreve em seu art.1º:

“Esta Lei estabelece normas de regulação do setor farmacêutico, com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismo que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor”.

Em seu artigo 5º traz um imperativo:

“Compete à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, criada pelo art. 5º desta Lei, propor critérios de composição dos fatores a que se refere o § 1º, bem como o grau de desagregação de tais fatores, seja por produto, por mercado relevante ou por grupos de mercados relevantes, a serem reguladas até 31 de dezembro de 2003, na forma do art. 84 da Constituição Federal.”

Deste modo a competência da CMED destaca-se em estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidoras, farmácias e drogarias.

Por conta disso toda a regulação dos medicamentos em nosso território é feita pela CMED, como também, a aplicação das penalidades no descumprimento de suas Resoluções.

Logo, a impugnante enquanto distribuidora de medicamentos, deve observar os limites da tabela CMED para efetuar sua venda; sendo que deste limite se faz necessário a formação de toda composição do preço, no que concerne sua base de lucro, frete, etc, não conseguindo trabalhar com o maior desconto sobre a Tabela.

Prática recorrente no âmbito da Administração Pública e bastante combatida pelos órgãos de controle são as licitações com percentual de desconto genérico sobre toda a tabela de referência. Tal prática demonstra falta de planejamento do procedimento licitatório e controle na execução dos contratos decorrentes. Nessa sistemática não é possível estimar previamente o que será comprado, nem quais quantidades, tampouco é possível determinar se os valores são vantajosos, tendo em vista que essas informações só vão surgir conforme a demanda.

No caso de aquisições de medicamentos, a adjudicação por lote restringe a participação no certame a distribuidoras que vendam a totalidade dos bens, o que pode impedir a participação de alguns interessados. Considerando o mercado de medicamentos, em que pode haver distribuidor exclusivo, bem como laboratórios que produzem apenas determinados medicamentos, uma alocação de medicamentos em lotes pode diminuir a competitividade e, portanto, prejudicar a escolha da proposta mais vantajosa.

Para tanto, além do conhecimento da utilidade dos referenciais de preços apresentados é preciso partir de algumas premissas oriundas da jurisprudência, com fins balizar a formulação do método. **Relativo à tabela CMED, é importante frisar que ela não é o parâmetro mais adequado para servir como referência para aquisições públicas de medicamentos ou como critério de avaliação da economicidade de tais aquisições por parte dos órgãos de controle, pois são referenciais máximos.**

Portanto, é permitido concluir que a utilização dos referenciais máximos não elimina a necessidade dos gestores observarem os preços praticados em outras contratações públicas. Logo, deve ser realizada ampla pesquisa de preços, verificando se os preços máximos da CMED estão disformes comparados a realidade do mercado.

Outrossim, à necessidade de que o Edital adote como referência o —Preço Fabricante constante da referida tabela, conforme Orientação Interpretativa nº. 02, de 13 de novembro de 2006, também da CMED.

Em recente decisão, a Eg. Corte de Conta de São Paulo, no expediente TC 23993.989.21, refutou expediente análogo patrocinado pelo Município de Araras/SP, que utilizou como base os mesmos parâmetros editálicos de Avaré/SP, senão vejamos conclusão do Em. Conselheiros Antônio Roque Citadini sobre o tema:

A jurisprudência deste Tribunal (TC – 18302.989.21, dentre outros) repudia o critério de julgamento “maior percentual de desconto por item sobre o menor valor dos itens constantes na tabela CMED”, eis que este referencial retrata valores máximos de medicamentos e não os preços médios praticados no mercado.

Também se mostra inadequada a formação de oito lotes, “compostos de grandes quantidades de medicamentos que guardam pouca similaridade entre si, impedindo a participação de licitantes que sejam incapazes de fornecer algum dos itens da extensa relação de medicamentos de cada lote, o que acarreta restrição indevida à competitividade do certame”.

Pelo exposto, VOTO pela PROCEDÊNCIA da Representação, determinando que a PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAS retifique o edital nos pontos indicados, bem como aos demais a eles relacionados, republicando-o para atender ao disposto no § 4º do artigo 21 da Lei 8666/93.)

No citado expediente de contas, tanto a Procuradoria de Contas, quanto a Diretoria Geral, opinaram pelo provimento da impugnação tamanha abusividade cometida no certame, no que concerne a base de desconto sobre a CMED, além da definição de lotes.

Em. Conselheiro de Contas, Edgar Camargo Rodrigues, em despacho determinando a suspensão de certame análogo ao ora guerreado, decidiu o que segue:

“Revisão apriorística da censura agitada na inicial revela disposição, em princípio, desconforme ao ordenamento, a configurar possível entrave à competitividade, inclusive em transgressão à longa e reiterada jurisprudência desta E. Corte, como bem retratado no recente julgado do processo TC-023993.989.21-9 , onde analisada impugnação de análogo teor manejada pela mesma Representante. É o quanto basta, em sede de cognição sumária, para sinalizar possível violação às diretrizes que norteiam o instituto da licitação, panorama suficiente à concessão da medida conservativa pleiteada, a viabilizar seja devidamente esclarecida a controvérsia.”

Em v. Acórdão da lavra do Em. Conselheiro Renato Martins Costas, determinou que o Município de Iperó reformule o critério de julgamento da licitação, de modo que a tabela CMED não seja o único fator de determinação dos preços, senão vejamos:

EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO SOBRE A TABELA CMED DA ANVISA. PREÇO MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. FORMAÇÃO DE LOTES. DIVISÃO EM MEDICAMENTOS ÉTICOS, GENÉRICOS E SIMILARES. INSUFICIÊNCIA. ART. 23, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. PROCEDÊNCIA. Vistos, relatados e discutidos os autos. ACORDA o E. Plenário do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sessão de 22 de junho de 2022, pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antonio Roque Citadini, Edgard Camargo Rodrigues, Robson Marinho, Cristiana de Castro Moraes e Sidney Estanislau Beraldo, na conformidade das correspondentes notas taquigráficas, julgar procedente a Representação, ordenando que a Prefeitura Municipal de Iperó reformule o critério de julgamento da licitação, de modo que a tabela CMED não seja o único fator de determinação dos preços de referência dos medicamentos para aplicação do desconto da proposta comercial, sem prejuízo de, mantida a opção da adjudicação por lotes, redefinir a forma de agrupamento e os correspondentes quantitativos estimados dos itens, em cumprimento ao disposto no § 1º, do art. 23 da Lei nº 8.666/93. (ACÓRDÃOS DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA TC-012890.989.22-1, de 16/08/2022)

Não diferente, foi deliberação no TC 1102.989.13-4:

“(…) Nos fornecimentos para órgãos públicos através de licitações ou não, o Distribuidor é obrigado a vender os produtos, tendo como referencial máximo o preço fabricante. Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz; considerando que a Lei n 10.742, de 6 de outubro de 2003, que define normas de regulação para o setor farmacêutico e cria a CMED é aplicada às empresas produtoras de medicamentos, bem como às farmácias e drogarias, aos representantes, às DISTRIBUIDORAS DE MEDICAMENTOS e a quaisquer pessoas jurídicas de direito público ou privado que, de alguma maneira, atuem no setor farmacêutico. Em qualquer operação de venda efetivada pelas empresas produtoras de medicamentos ou pelas distribuidoras, destinada tanto ao setor público como ao setor privado, deverá ser respeitado, para venda, o limite do Preço Fabricante, uma vez que o Preço Máximo ao Consumidor é o preço máximo permitido na venda de um medicamento no varejo, podendo ser praticado somente pelas farmácias e drogarias. Assim, o Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias; e o Preço Fábrica é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento, já incorrendo em todos os custos de comercialização, quando o laboratório realiza a comercialização diretamente ao setor varejista; ou concede um desconto em seu preço para que a empresa distribuidora possa cobrir seus custos advindos da distribuição do medicamento ao setor varejista e também pratique o Preço Fábrica.”

Assim, diante da existência dessa tabela oficial de preços a serem observados nas compras governamentais de medicamentos, contendo, inclusive, preços máximos aceitáveis, parece-me obrigatória sua previsão no instrumento convocatório, mas não como parâmetro de desempate no certame.

Ainda, p Em. Conselheiro Dimas Ramalho nos autos do TC 021219.989.21-7, in verbis:

“A concessão da medida liminar de paralisação do certame é ato que se impõe para afastar possíveis impropriedades trazidas pelos Representantes, em sede do exame sumaríssimo do processamento do Exame Prévio de Edital, de cognição não plena do ato convocatório. Cumpre verificar dentre as objeções oferecidas, se há sinais de irregularidades no edital para que se expeça a medida liminar. **2.2.** Nessa conformidade, considerando a utilização do sistema de registro de preços, os apontamentos da Autora sobre o critério de julgamento baseado no maior percentual de desconto sobre tabela referencial e a reunião de todos os itens do objeto em apenas um lote, apresenta indícios de descompasso com o artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, e jurisprudência deste E. Tribunal, a exemplo do julgamento dos TC’s 001102.989.13-4, 001103.989.13-3 e 001173.989.13-8. Demandam justificativas, ainda, a ausência de descrição apropriada dos medicamentos pretendidos, os respectivos quantitativos com base no histórico das necessidades do Município e a utilização para fins de pagamento, do percentual de desconto oferecido pela licitante. **2.3.** Tais circunstâncias mostram-se suficiente, a meu ver, para uma intervenção deste E. Tribunal com o intento de obstaculizar o prosseguimento da licitação, para análise em sede de Exame Prévio de Edital. **2.4.** Ante o exposto, tendo em conta que a data de abertura da sessão pública está marcada para o dia 26/10/2021, com fundamento no artigo 221, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, **DETERMINO A IMEDIATA PARALISAÇÃO DO PROCEDIMENTO**, até a ulterior deliberação por esta Corte, devendo a Comissão de Licitação abster-se da realização ou prosseguimento de qualquer ato a ele relacionado.”

Contudo, *permissa vênia*, todos os produtos licitados devem ser considerados adjudicados para o licitante que ofertar o Maior Percentual de Desconto junto a tabela CMED, está agindo de forma contrária a finalidade da licitação, pois demonstra clara violação ao princípio da competitividade, pois para as distribuidoras torna-se impossível ofertar descontos abaixo dos valores registrados na Tabela CMED.

Adilson Abreu Dallari em seu livro Aspectos Jurídicos da Licitação:

“... interessa para a administração receber o maior número de proponentes porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas”.

Desta feita, ainda que um determinado ato seja praticado com certa margem de discricionariedade, este deve respeitar os limites impostos pelos princípios regentes, sob pena de gerar, em alguns casos, a convalidação do ato e, em outros, até mesmo a sua invalidação. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União já externou que todo certame deve ser pautado na RAZOABILIDADE E ISONOMIA; *in verbis*:

A jurisprudência predominante nesta Corte de Contas é no sentido de que a exigência da apresentação da rede credenciada deve ocorrer na fase de contratação, sendo concedido prazo razoável para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição, de modo que se possa conciliar a necessidade de obtenção de uma adequada prestação do serviço licitado e com o estabelecimento de requisitos que possibilitem ampla competitividade do procedimento licitatório (Acórdãos nºs. 842/2010-TCU-Plenário, 7.083/2010-TCU-2ª Câmara, 587/2009-TCU Plenário).

Nota-se, ainda, que o edital não justifica a adoção de tais parâmetros, deixa vazio e dúvida acerca da seriedade do ato. É fato, que tal inovação não pode ser aleatória, nem depender de simples “palpite” do Administrador Público, é necessário que este deixe transparente quais vantagens a adoção do preço de corte trará para o certame. Isto é, a escolha administrativa não pode comprometer a competitividade do certame.

Deve o órgão licitante adotar critério de julgamento que possa ser considerado confiável e que, ao mesmo tempo, possibilite a participação de um número razoável de empresas integrantes do mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação.

Nesse sentido:

O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. (MS 5331/DF José Delgado, 17/08/98)

Fato é, a escolha administrativa não pode comprometer a competitividade do certame. Deve o órgão licitante adotar índice que possa ser considerado confiável e que, ao mesmo tempo, possibilite a participação de um número razoável de empresas integrantes do mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação.

Outrossim, o planejamento Administrativo– agora princípio da Administração Pública, restará comprometido, uma vez que ao contrario do que se deseja, o Laboratório e/ou o Distribuidor não são farmácias, que basta do cliente chegar e pedir o produto; é certo que pelo volume de produtos mister o estoque estar disponível, que de fato precede do planejamento administrativo para que a Municipalidade tenha de fato expectativa de compras.

Dessa forma, considerando que o presente edital restringe competitividade em decorrência da fixação de parâmetro de julgamento desproporcional para o seguimento, já que estabelece menor desconto junto a Tabela CMED; bem como a licitante não justifica por qual razão adotou tal parâmetro, serve o presente para impugnar instrumento convocatório, a fim desta Administração Pública esclareça como critério de julgamento menor preço por item.

DOS PEDIDOS

Ante ao exposto, requer o recebimento da presente impugnação, dando-lhe provimento a fim de alterar o critério de julgamento do presente expediente licitatório, haja vista literal violação ao art. 82§ 1º da Lei de Licitações, inexistindo impedimentos para que o certame adote critério de julgamento por item.

Termos em que,

P. deferimento.

Santo Antonio de Posse/SP , 25 de junho de 2024



LUÍS GUSTAVO SCATOLIN FELIX BOMFIM
OAB/SP– 325.284