

ILUSTRÍSSIMA PREGOEIRA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FAMA/MG

**Ref. Ao
PREGÃO PRESENCIAL Nº 003/2021**

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Objeto: REGISTRO DE PREÇOS para futura e eventual aquisição de medicamentos, por maior desconto percentual sobre a tabela CMED/ANVISA, para atender a Farmácia Municipal e Programa de Atenção à população carente, por um período de 12 (doze) meses para atender ao Fundo Municipal de Saúde.

A empresa **FARMÁCIA SANTA RITA DE SALINAS**, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Praça Eneas Felício Batista, 05, Centro, Salinas/MG, inscrita no CNPJ nº 24.072.513/0001-76; representante legal o Sr. Romulo Nogueira Santana, brasileiro, casado, empresário, farmacêutico, inscrito no CPF 063.632.266-19; neste ato representando a impugnante, o Sr. Uarley Moreira Silva, brasileiro nato, casado, administrador público, especialista em licitações e contratos, inscrito perante o CPF/MF sob nº 100.792.046-78, RG nº 16.976.385 expedida pela PC/MG, respeitosamente e tempestivamente, **IMPUGNAR** os termos do edital acima mencionado, com sustentação nos §§ 1º e 2º do artigo 41 da Lei nº 8.666/93, aplicável por força do artigo 9.º da lei federal n.º 10.520/2002, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

I – DA TEMPESTIVIDADE

O artigo 41, § 1º, da Lei no 8.666/93, que instituiu normas gerais para os procedimentos licitatórios, prescreve que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Já o § 2º da mesma Lei nº 8.666/93, diz que "*decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes.*"

Nesse mesmo sentido o Decreto nº 3.555/2000, no artigo 12 do seu Anexo I, que regulamentou a instituição da Lei nº 10.520/2002, a qual trata da modalidade licitatória do Pregão, estabeleceu que: *"Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão."*

De forma regular o edital convocatório também prevê Cláusula que regulamenta a impugnação. A terceira cláusula, subitem 3.1, dispõe:

3.1. Até 02 (dois) dias úteis, antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório deste Pregão, devendo protocolizar o pedido no setor de protocolo, situado no prédio sede da Prefeitura Municipal - cabendo à pregoeira decidir sobre a petição no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Ou seja, em até 02 (dois) dias úteis da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital. A data da abertura da licitação será dia 12/02/2021. Assim, esta impugnação encaminhada no dia 09/02/2021, encontra-se devidamente tempestiva.

II – DOS FATOS

A impugnante tendo interesse em participar do Processo Licitatório supramencionado, adquiriu o respectivo edital para análise.

Da análise prévia, destacam-se alguns aspectos que podem comprometer frontalmente a legalidade, a transparência e a competitividade da licitação, e, conseqüência disso, a regularidade e a economicidade da contratação.

O preâmbulo do edital em comento, bem como todo seu escopo referente ao julgamento das propostas, ao dispor sobre o objeto licitado, consigna o certame à concepção do MENOR PREÇO, OBTIDO PELO MAIOR PERCENTUAL DE DESCONTO SOBRE A TABELA CMED/ANVISA para fornecimento de medicamentos éticos com entrega parcelada.

No tocante do edital identificamos as seguintes ocorrências:

- a realização de contratação agrupada, sem que haja no processo administrativo da contratação comprovação fundamentada em estudos técnicos de que o parcelamento do objeto seria inviável;

- o ato convocatório não dispõe sobre a mínima identificação de cada um dos medicamentos que a Administração pretende adquirir, bem como dos quantitativos correspondentes, dificultando a elaboração da proposta";

- Imprecisão quanto à definição do preço unitário dos medicamentos, pois sua concepção se dá exclusivamente por vinculação à tabela CMED, sendo que esta é não é elaborada para refletir os valores de mercado, mas, sim, com o objetivo de regular os

preços de medicamentos no Brasil.

III – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Para melhor estruturar a nossa petição iremos subdividir em subitens os pontos a serem impugnados para garantir o cumprimento dos princípios constitucionais da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e para que de fato seja a presente licitação processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

3.1 Imprecisão quanto à definição do preço unitário dos medicamentos, pois sua concepção se dá exclusivamente por vinculação à tabela CMED.

Em primeiro lugar cabe entendermos o significado da pesquisa mercadológica exigida pelo legislador para as compras públicas e a regulação econômica do mercado de medicamentos no Brasil, através da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).

A lei de Licitações e Contratações Públicas estabelece:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Certamente, se o art. 3º da Lei 8.666/93 for corretamente aplicado, zelando-se pela ética e pelos princípios, estaria configurado um dos mais importantes instrumentos de combate à corrupção.

Conforme dispõe o artigo 15, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/1993, as compras, sempre que possível, deverão balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública. Como fonte de pesquisa de preços, podem-se utilizar, ainda, preços constantes em Atas de Registro de Preços; Preços para o mesmo objeto com contrato vigente no órgão promotor da licitação; Pesquisa no comércio da região; Pesquisa publicada em mídia especializada; Sítio eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso, Banco de Preços em Saúde, Contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 dias anteriores à data da pesquisa de preços; Pesquisa no Portal de Compras Governamentais, pesquisa direta com fornecedores, dentre outras fontes.

É conveniente à Administração Pública garantir em seus orçamentos, que o preço informado seja compatível com aquele que é realmente praticado no mercado. A pesquisa de preços é o que fundamenta o julgamento da licitação, definindo o preço

de referência. O preço de referência tem diversas finalidades, tais como: suporte ao processo orçamentário da despesa; definição da modalidade de licitação conforme a Lei 8.666/93; fundamentar critérios de aceitabilidade de propostas; fundamentar a economicidade da compra ou contratação ou prorrogação contratual; justificar a compra no sistema de registro de preços.

Nesse sentido, é recomendável que a aquisição de medicamentos seja precedida de ampla pesquisa mercadológica a fins de levantamento dos preços reais praticados no mercado, e ainda, visando à formação de Cesta de Preços Aceitáveis, lembrando que os orçamentos discrepantes precisam ser desconsiderados.

Determina a Lei Federal nº 8666/93:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

(...)

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

V - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

Já a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) é o órgão interministerial responsável pela regulação econômica do mercado de medicamentos no Brasil e a Anvisa exerce o papel de Secretaria-Executiva da Câmara. A CMED estabelece limites para preços de medicamentos, adota regras que estimulam a concorrência no setor, monitora a comercialização e aplica penalidades quando suas regras são descumpridas. É responsável também pela fixação e monitoramento da aplicação do desconto mínimo obrigatório para compras públicas.

Acerca da utilização da Tabela CMED como parâmetro para elaboração de orçamento, tal prática não vem sendo recomendada por parte do Tribunal de Contas da União. A jurisprudência é categórica quanto à sua precariedade (Acórdãos 2.150/2015-TCU-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas, e 3.016/2012-TCU-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues). Além disso, argumentam que há uma distorção entre os preços-teto da CMED e o valor efetivamente praticado no mercado.

“Os preços referenciais apresentados nas tabelas da CMED não são elaborados para refletir os valores de mercado, mas, sim, com o objetivo de regular os preços de medicamentos no Brasil. Vale destacar que a Auditoria Operacional realizada pelo TCU constatou, à época, preços da tabela CMED significativamente superiores aos praticados em compras públicas, havendo casos em que ultrapassavam 10.000%.”

Em recente decisão liminar do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do

Sul o *parquet* de contas suspendeu cautelarmente procedimento licitatório deflagrado para aquisição de medicamentos similar ao do município de FAMA entendendo que o critério de julgamento com base em tabela CMED é inadequado, vejamos:

Por fim, conclui que a tabela CMED não pode ser utilizada como critério de julgamento das propostas, nem como substituta da pesquisa de mercado, sob pena de gerar aquisições de medicamentos por preços superiores aos praticados no mercado, contrariando os princípios da eficiência e economicidade; sugerindo a aplicação de medida cautelar para a suspensão do procedimento diante da eminência da prática de ato potencialmente antieconômico, com contratações a serem realizadas com base no preço máximo de venda, em manifesta violação às normas que regem as aquisições públicas, cuja demora na apreciação pode gerar prejuízo ao erário, restando caracterizado o *fumus bani iuris* e o *periculum in mora*.

(...)

Neste caso, em juízo perfunctório, próprio do exame de medidas de urgência, é possível concluir que a utilização da Tabela CMED para o julgamento de licitação pelo menor preço pretendida pelo Município de Nova Andradina, por meio do Pregão 116/2019, pelo critério do menor preço, afronta os princípios constitucionais e legais da licitação acerca da proposta mais vantajosa, previstos nos art. 3º, III da lei 10.520/02 e art. 3º da lei 8.666/93, uma vez que os preços apresentados nas tabelas CMED não são elaborados para refletir os valores de mercado, cujo objetivo é regular o preço máximo de venda de medicamentos.

A afronta aos princípios constitucionais da eficiência e economicidade, bem como o princípio administrativo da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da lei n. 8.666/93) e diante da iminência da prática de ato potencialmente antieconômico, e considerando que o julgamento da licitação está marcada para o dia 22/05/2019, às 07:30h, a demora na apreciação da matéria pode gerar prejuízos ao erário, restando, portanto, caracterizados o *fumus bani iuris* e o *periculum in mora*.

[Diário Oficial Eletrônico: ANO XI – Nº 2075 – Edição Extra | Campo Grande-MS | segunda-feira, 20 de maio de 2019 – 02 páginas.]

Ao regular o mercado de medicamentos e estabelecer critérios para a definição e o ajuste de preços, estabelece alguns referenciais, como o Preço de Fábrica – PF, o Preço Máximo ao Consumidor – PMC e o Coeficiente de Adequação de Preço – CAP; a CMED presta a valorosa atividade de estabelecer o Preço de Fábrica ou Preço Fabricante como sendo o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar, no mercado brasileiro, um medicamento. Portanto, o PF é o preço máximo permitido para a venda de medicamentos destinados a farmácias, drogarias e entes da Administração Pública, quando não for aplicável o CAP.

As compras públicas devem, por força do Art. 15, III, da Lei Federal nº 8666/93, "*submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.*" Então analisemos a seguinte ordem fática: Ao necessitarmos da aquisição de um medicamento para uso pessoal, procuramos uma empresa especializada e regularizada

para dispensação de fármacos, ou seja, uma farmácia. Ao consultarmos o preço do medicamento receitado regularmente por um médico habilitado, indagamos ao farmacêutico/vendedor qual é o CUSTO do produto. Por sua vez ele informa o preço em MOEDA CORRENTE, e não um percentual para que o consumidor busque e calcule às suas expensas para aí saber o preço que vai pagar.

O mesmo acontece nas relações de compra entre distribuidores. Por mais extenso que seja o rol de medicamentos, os laboratórios se baseiam em valores unitários e em moeda corrente. NENHUM revendedor ou distribuidor do país vende medicamentos em lotes. Ex. *"Vende-se lote de medicamentos éticos aqui!"* Isso não existe!

A tabela CMED é, sim, um importante instrumento regulador de preços utilizado pela Agência Nacional competente e inclusive uma ferramenta de controle social brasileira. Todavia, "Portanto, os preços da CMED são referenciais máximos pelos quais a lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, fato que não dispensa a obrigação de os gestores pesquisarem e observarem os preços praticados pelos órgãos públicos nas contratações oriundas das licitações efetivadas." (Acórdão nº 2.901/2016-TCU-Plenário)

Oportunamente trazemos aqui inclusive, uma determinação do Tribunal de Contas da União ao Ministério da Saúde – através do Acórdão nº 3.016/2012 Plenário – que alerte *"estados e municípios quanto à possibilidade de superdimensionamento de Preços de Fábrica registrados na Tabela CMED, tornando-se imprescindível a realização de pesquisa de preços prévia à licitação, e que a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exime o gestor de possíveis sanções."*

3.2 o ato convocatório não dispõe sobre a mínima identificação de cada um dos medicamentos que a Administração pretende adquirir.

Outro ponto a comentar, refere-se a ausência de previsão das quantidades a serem demandas pela Administração Pública, referentes a cada medicamento e insumos necessários ao atendimento populacional. Como consequência desse erro, o edital foi elaborado com o agrupamento de itens em um único lote de extensa quantidade de medicamentos onde afirmamos categoricamente que inexistem no mercado nacional quaisquer empresas que consigam comercializar a sua totalidade. (Fato que iremos destacar no próximo subitem)

Ou seja, é nítido, notório, que o não parcelamento do objeto do Pregão Presencial nº 003/2021 destoa e causa arrepio ao dever imposto pela lei de licitações, pois, considerando não haver fornecedores habilmente capazes de atender a totalidade de medicamentos constantes na tabela CMED – que na verdade é a lista de todos os medicamentos comercializados/regulados no país - torna o edital viciado sob o ponto de vista mercadológico indo na contramão do comércio varejista ou atacadista tradicional.

A Corte de Contas Mineira tem recomendado que as quantidades a serem apostas nos editais de licitação, que preveem o SRP, sejam estimadas, com relativa

precisão, tendo como parâmetros contratações anteriores e necessidades atuais.

A Controladoria-Geral da União (CGU) lançou uma cartilha intitulada Sistema de Registro de Preços, com perguntas e respostas, sendo uma das perguntas sobre a estimativa do quantitativo a ser demandado pela Administração Pública, a conferir:

“É possível a realização de licitação por meio de registro de preços sem a prévia estimativa do quantitativo a ser demandado pela Administração Pública? **Não.** O disposto no inciso IV, art. 3º do Decreto n. 7.892/2013, que prevê a possibilidade de se adotar o sistema de registro de preços quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração, não pode ser entendido como uma **autorização para que a Administração Pública não defina, ainda que de forma estimativa, as quantidades que poderão vir a ser adquiridas durante a validade da ata de registro de preços.** Não é razoável acreditar que o Decreto, com tal dispositivo, tenha objetivado autorizar a Administração a não selecionar a proposta mais vantajosa para aquisição dos bens e/ou serviços e a descumprir princípios constitucionais.” (grifo nosso)

Vale frisar que a aquisição de medicamentos e insumos é uma necessidade contínua, exigindo que a Administração Pública realize o planejamento destas aquisições, com estimativa da quantidade a ser executada no exercício em função das requisições anteriores e de utilização prováveis, podendo ser programadas para todo o exercício, observando o que dispõe o inciso II § 7º do artigo 15, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Desta feita, é da atividade primária da administração pública uma estruturação de dados, através de ampla pesquisa nos Postos de Saúde e, em todos aqueles lugares em que há uma prestação de serviços médicos, visando a sua estruturação.

O dimensionamento de quantitativos para contratações sem a adequada fundamentação técnica, como no caso em análise, e ainda, não ter sido efetuada uma análise abrangente de série histórica e, tampouco, projeção de necessidades futuras, contraria o art. 3º, caput e incisos I, II e III, da Lei 10.520/2002 e os arts. 6º, inciso IX, e 7º, § 4º, da Lei 8.666/1993.

O município atribuiu o valor de R\$ 247.785,84 (duzentos e quarenta e sete mil, setecentos e oitenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos) “como estimativa de custo desta contratação realizada. O valor atribuído ao certame foi buscado em levantamentos de relatórios de 2020” (Cláusula Primeira, 1.3). Ora, foi possível estimar o valor total para as aquisições durante o atual exercício, mas não se procedeu com a definição dos quantitativos? Esse valor estimado é produto de qual cálculo?

Por fim, temos que “embora a Administração não esteja obrigada a adquirir os produtos para os quais tenha registrado preços, a adoção do Sistema de Registro de Preços não significa que não há necessidade de previsão de aquisições compatíveis com as necessidades da Administração, com base, por exemplo, no histórico do órgão

licitante”.

3.3 Realização de contratação agrupada

Já a realização de contratação agrupada, sem que haja no processo administrativo da contratação comprovação fundamentada em estudos técnicos de que o parcelamento do objeto seria inviável, contraria a Súmula-TCU 247.

SÚMULA Nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Notamos que houve apenas a inserção do lote de medicamentos Éticos, todavia esse grupo possui uma vasta quantidade de produtos que também não têm, entre si, as mesmas características de mercado.

Nesse contexto, a presente contratação contraria o disposto no art. 15, inc IV do Estatuto Nacional das Licitações Públicas:

Art. 15. As compras, sempre que possível, **deverão:**

IV - **ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;**

Dessa forma, obrigar que o fornecedor equipare o percentual de desconto a todos os medicamentos dentro de um grupo que apresenta características peculiares no mercado, faz com que afaste-se potenciais licitantes para o município de FAMA inclusive micro empresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, afrontando também a obrigatoriedade de se incentivar essas categorias de empresa conforme principiologicamente prevê a Lei Complementar 123/2006.

Como exposto, a licitação visa permitir a participação do maior número possível de pretendentes a contratar com a administração pública, em um processo seletivo que lhes permita igualdade de condições, fazendo com que o Poder Público possa pactuar com aquele que lhe ofereça melhores condições técnicas e econômicas, com a segurança exigida.

E se não forem suficientes às alegações acima para assegurar o procedimento licitatório, ainda poder-se-ia dizer que deve ser respeitada a limitação de exigências, como já dito anteriormente, em garantia aos princípios norteadores da Administração Pública, entre eles, o PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, COMPETITIVIDADE, DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA COESÃO, entre outros.

Diante do exposto, das irregularidades apresentadas, verifica-se q necessidade

da Ilustre Pregoeira e sua Equipe de apoio revisar o presente edital, a fim de que sejam excluídas as máculas presentes no mesmo.

III – DOS PEDIDOS

Ante as razões de direito aduzidas, espera a Impugnante que seja recebida, processada e julgada a presente impugnação que ao final deve ser integralmente acolhida para que seja procedida a ANULAÇÃO ou RETIFICAÇÃO do certame e deflagrado novo processo na modalidade PREGÃO, em atendimento aos pleitos abaixo, sob pena de formalização de denúncia ao TCE/MG:

1- Definição do preço unitário dos medicamentos, pois sua concepção prevê exclusivamente vinculação à tabela CMED, sendo que esta não é elaborada para refletir os valores de mercado, mas, sim, com o objetivo de regular os preços de medicamentos no Brasil, em atendimento ao art. 3º, III da lei 10.520/02 e art. 3º da lei 8.666/93;

2- Inserir no ato convocatório a mínima identificação de cada um dos medicamentos que a Administração pretende adquirir, bem como dos quantitativos correspondentes, observando o que dispõe o inciso II § 7º do artigo 15; Art. 6, inciso IX, e 7º, § 4º, da Lei 8.666/1993 além do art. 3º, caput e incisos I, II e III, da Lei 10.520/2002;

3- realização de contratação por itens ou agrupada em lotes respeitando as peculiaridades econômicas com a devida fundamentação em estudos técnicos de que o parcelamento do objeto seja viável, em atendimento ao art. 15 III e IV da lei 8666/93 e Súmula-TCU 247;

4- Determinar-se a republicação do edital, escoimado dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei Federal nº 8.666/93.

E, por fim, requisita que, no caso de indeferimento da presente peça, o que se levanta a título meramente argumentativo, seja a mesma remetida à autoridade hierarquicamente imediatamente superior, para que tome ciência do assunto aqui tratado e emita seu parecer, sem prejuízo da faculdade da Impugnante prevista no § 1º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Nestes Termos, pede deferimento.

Salinas/MG, 09 de fevereiro de 2021.



Warley Moreira Silva
FARMÁCIA SANTA RITA DE SALINAS
Impugnante