



IMPUGNAÇÃO

MUNICÍPIO DE PACATUBA**SECRETARIA DE SAÚDE**

Avenida Capitão Manoel Medeiros, s/n — São José, Pacatuba/CE, CEP 61.801-485

Ref.: **Pregão Eletrônico nº 09.012/2024**

Processo nº 09.012/2024



Ilmo. Sr. Pregoeiro,

NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 75.014.167/0001-00, sediada à Rua Almirante Gonçalves, nº 2247, Água Verde, Curitiba – PR, CEP 80.250-150, neste ato representada na forma de seu Contrato Social, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar tempestiva **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, o que faz com fundamento no item 13 do Edital, pelas razões a seguir expostas.

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

1. ESCLARECIMENTOS FÁTICOS INTRODUTÓRIOS

Trata-se de procedimento licitatório que tem por objeto "REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE DIETA ENTERAL/SUPLEMENTAÇÃO DE INTERESSE DA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE PACATUBA/CE", nos termos do item 1.1 do instrumento convocatório em análise.

No entanto, após verificar o formato do Termo de Referência, constata-se grave irregularidade na **aplicação do critério de julgamento "menor preço por lote" sem qualquer cabimento**, ou seja, de forma ilegal, de modo que sua manutenção configura ilegalidade insanável, motivo pelo qual necessária sua retificação. Confira-se:

**CRITÉRIO DE JULGAMENTO:
Menor Preço Por Lote**

A aquisição dos produtos pela via de "lote" carece de motivação. Sendo a compra por itens, singularmente considerados, uma regra geral e ordinária para as compras públicas, não se vê justificativa no presente caso para que o produto em questão esteja vinculado a um lote, mas uma completa omissão nesse aspecto no instrumento convocatório. Sempre com o máximo respeito, há uma carência de motivação mesmo na resposta dos esclarecimentos solicitados.

Outrossim, para os produtos em questão, os produtos ofertados pela ora Impugnante NUNESFARMA **atendem perfeitamente ao Edital**, eis que contam com os mesmos princípios-ativos daqueles indicados para os itens, sendo similares, para todos os efeitos.

Destarte, conforme restará adiante demonstrado, trata-se de uma indevida violação à competitividade, e, por extensão, à moralidade, à igualdade, à legalidade e ao interesse público primário.

2. DA EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES INSANÁVEIS NO EDITAL

Registre-se que é através do instrumento convocatório que a Administração Pública define o objeto da licitação, fixa os parâmetros de julgamento e torna previsíveis os critérios a serem avaliados no curso do processo licitatório.

Em outras palavras, cumpre ao Edital definir os direitos e deveres da Administração e dos possíveis contratantes, conferindo estabilidade e segurança jurídica ao certame, pelo que “[a] Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (princípio da vinculação ao instrumento convocatório).

Assim, depois de publicado o instrumento convocatório e transposto o prazo de impugnações e esclarecimentos, não se admitem – salvo previsão expressa da lei – quaisquer alterações unilaterais e/ou supressões aos termos antes afixados. O Edital impõe, **de forma vinculante**, os provimentos a serem concretizados pela Administração Pública e pelos particulares.

É nesse sentido, portanto, o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça:

O 'Edital' no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, e norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o 'objeto da licitação', discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o poder público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.¹

Assim, **a modificação do Edital para corrigir eventuais distorções no procedimento antes da abertura da sessão é medida que se impõe**, seja em atendimento a pedido de interessado, seja *sponte propria*.

Esclarece-se, desde já, que tal pedido não deve ser entendido como uma crítica negativa ao ato convocatório, mas sim e unicamente como uma oportunidade para a Administração Pública aperfeiçoar esse instrumento e seus anexos, conferindo segurança jurídica, razoabilidade e competição sadia ao certame que se levará a cabo, bem como, para que, mediante essa colaboração, seja possível o suprimento de ilegalidades, como é o caso.

Dessa forma, e por constituir medida de rigor à adaptação do presente Edital, principalmente ante a necessária demonstração de boa-fé das empresas participantes, para fazer incluir previsão

¹ STJ, MS 5.418/DF - 1ª S., Min. Demócrito Reinaldo, DJ, 01.6.1998, p. 24.

editalícia sem a qual não se pode desenvolver licitamente o objeto pretendido, vem a Requerente, tempestivamente, propor a alteração do Edital nos aspectos ora impugnados.

3. DO EQUÍVOCO E ILEGALIDADE CONSISTENTE NA ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO "MENOR PREÇO POR LOTE"

Nos procedimentos licitatórios, a opção de compra por lotes poderá ser feita, desde que observe rigorosamente um especial dever de motivação, já que, guiada pelo interesse público, a Administração deve proporcionar ao máximo a ampla concorrência, com diversos fornecedores, fomentando assim a própria economia de mercado.

Assim sendo, a ora Impugnante NUNESFARMA, sensível às necessidades da sociedade, busca fornecer produtos nutricionais e medicamentos adequados às demandas da população para o Poder Público. Todavia, causou grande estranheza o fato de que o item do qual, em tese, poderia competir estava incluído em grande lote estimado em R\$ 1.562.448,75 (um milhão, quinhentos e sessenta e dois mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e setenta e cinco centavos), já que ali estão produtos muito diversos entre si, de modo que se inviabiliza o fornecimento dos referidos produtos em prejuízo dos fornecedores menores.

Ocorre, em que pese os motivos acima colacionados, estes não são suficientes para afastar do Poder Público seu dever de licitar conforme a ampla concorrência e o interesse público primário em questão: atender as demandas dos pacientes que necessitam das referidas fórmulas nutricionais para os tratamentos necessários. É dizer, não foi dada absolutamente nenhuma justificativa minimamente plausível para adotar tal medida excepcional de licitação.

Há possibilidade da aquisição de produtos por "lotes" **quando imprescindíveis para o fim** almejado, de modo que seja respeitada a impessoalidade e a moralidade administrativa, mas não se pode fazê-lo quando inexistente uma real economia de escala, ou sob a justificativa de deficiência do efetivo de servidores públicos.

Ora, não pode o Poder Público se escusar de cumprir uma obrigação legal perante os particulares por sua própria conveniência. Já se foram os tempos em que o poderio estatal era utilizado para subjugar os particulares, de modo que esse paradigma foi substituído por uma ordem democrática de direito, tendo por germe no direito administrativo as ponderações primárias do *Conseil d'État* francês até finalmente sua consolidação amplamente regulada pela Constituição da República de 1988.

Ao se adotar, sem comprovada motivação, um modelo de compras públicas para uma grande quantidade de medicamentos utilizando a conveniência da Administração como principal critério, especialmente com o objetivo de tratamento de pacientes enfermos, não se está apenas a representar

uma violação à regra dos motivos determinantes, amparada pelo parágrafo único do art. 20 da LINDB,² mas uma afronta ao próprio Estado de Direito.

Como dito anteriormente, a persistência nesta forma de se organizar uma compra desse modo na Administração Pública violará a competitividade do certame, a igualdade entre os licitantes e a legalidade do ato e, desse modo, representará uma nítida violação ao art. 3º, *caput* e §1º, I, da Lei n.º 8.666/93, redigido nos seguintes termos:

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 **moralidade**, da **igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É **vedado** aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar**, nos atos de convocação, cláusulas ou **condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifou-se).

Nada obstante, importa destacar ainda o contido na Súmula n.º 247 do E. Tribunal de Contas da União:

Súmula n.º 247/TCU: 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**. (Grifou-se).

Como se vê, no presente caso **não se comprovou minimamente, a partir do dever de motivação dos atos administrativos, um prejuízo para o conjunto na aquisição individual do item**, tampouco uma perda de economia de escala, exatamente pela grande quantidade de fornecedores dos itens contidos singularmente no lote. **Nada do que se expôs é verossímil para afastar a obrigação legal corretamente interpretada pela r. súmula acima exposta.**

² Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. **A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas**. (Grifou-se).

Se houvesse um ganho em economia de escala para o produto em questão, **isso deveria ser amplamente demonstrado ao longo do processo, a partir de demonstrações precisas e técnicas**, com parecer econômico-contábil amplamente amparado por pesquisas de mercado e simulações reais, **o que não se viu**.

Não por acaso o posicionamento do E. TCU, consoante os seguintes precedentes, julgados em Plenário:

O critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for **demonstrada inviabilidade** de se promover a adjudicação por item e **evidenciadas razões** que demonstrem ser aquele o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas. (Acórdão 1680/2015-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER). (Grifou-se).

A adoção do critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for **demonstrada inviabilidade** de promover a adjudicação por item e **evidenciadas fortes razões** que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas. (Acórdão 529/2013-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA). (Grifou-se).

A opção de se licitar por lote de itens agrupados deve estar acompanhada **de justificativa, devidamente fundamentada, da vantagem dos agrupamentos adotados**, em atenção aos artigos 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/1993. (Acórdão 1592/2013-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO). (Grifou-se).

A **licitação por lote**, com a adjudicação pelo menor preço global, **sem comprovação** de eventual óbice de ordem técnica ou econômica que inviabilize o parcelamento do objeto em itens, **caracteriza restrição à competitividade do certame**, em vista do disposto nos art. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 1913/2013-Plenário | Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO). (Grifou-se).

Nesse sentido, indaga-se: qual seria o comprovado prejuízo à economia de escala na aquisição dos itens realizada individualmente? Não houve sequer uma exposição de motivos no próprio Edital.

Note-se que em nenhum momento restou devidamente justificada a adoção do critério de julgamento por lote, **o que é gravíssimo**, já que tal comportamento caracteriza **restrição à competitividade em prol de grandes agentes econômicos**.

Deste modo, não há lógica no argumento de que a disputa por lotes em questão irá ampliar a disputa ou a concorrência. Não se pode ampliar a concorrência restringindo os participantes.

Ainda que fosse o caso, a existência de mera similaridade entre os itens jamais seria motivo apto e suficiente a afastar a ampla participação, já que **todos os itens são plenamente divisíveis** entre si e sua divisão por item irá justamente proporcionar uma contratação mais vantajosa e econômica à Administração.

Assim, necessário é o estrito cumprimento do entendimento sumulado pelo E. TCU: a obrigatoriedade na admissão da adjudicação por item nos editais cujo objeto seja divisível, consoante o objetivo precípuo de propiciar a ampla participação de licitantes, em condição de igualdade.

Destaque-se que a insistência na realização do certame nas condições em que se encontram poderá acarretar **responsabilidade pessoal do Agente de Contratação competente** para processar o certame e respectiva equipe de apoio, já que o prejuízo ao Erário ao arrepio da lei na contratação irregular, com a frustração do caráter competitivo do certame, configura prática de conduta penalmente tipificada (art. 337-F do Código Penal), de improbidade administrativa (inc. VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa) não obstante a violação à vedação constante no inc. I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.999/93 e a responsabilização em âmbito administrativo.

Assim sendo, deverá ser o Edital devidamente retificado, para que não haja um exercício arbitrário de restrição da ampla participação, da igualdade e sobretudo da competitividade do certame, de modo que necessário alterá-lo para que o critério de julgamento se dê por item, e não por lote, ao menos no que se refere às dietas enterais.

4. DA INDEVIDA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE

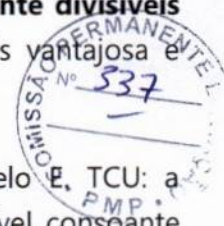
Como cedição, a licitação destina-se a selecionar a proposta que represente maior vantajosidade para a Administração Pública, sempre tendo como premissa a observância do princípio constitucional da isonomia, além dos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade etc. (art. 5º, *caput*, da Lei n.º 14.133/2021).

Além disso, conforme já exposto, o descritivo do item no Termo de Referência, bem como o julgamento por lotes, afeta a competitividade no certame, em desconformidade aos princípios da igualdade, livre concorrência e legalidade, todos previstos na Constituição da República de 1988.

Assim, com o intuito exclusivo de ampliar a competitividade, sem restringir adequadamente o certame apenas para os grandes fornecedores que ofertem todos os itens em conjunto, imperioso que o critério adotado, bem como o descritivo para o item, seja reanalisado.

Registre-se que restrições indevidas podem ocasionar inúmeros prejuízos, e, inclusive, impedir a contratação mais vantajosa. Não sem razão este é o posicionamento pacificado no Tribunal de Contas da União:

A hipótese de *restrição à competitividade* não deve ser examinada somente sob a ótica jurídica e teórica, **deve levar em conta também se as cláusulas supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade do certame.** (Acórdão 2066/2016-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN). (Grifou-se).



* * *

Nas aquisições de hemoderivados é possível especificar os produtos sem risco de direcionamento do certame, desde que **na elaboração da caracterização do objeto a ser licitado sejam observados os princípios da impessoalidade ou da finalidade pública, da eficiência e da isonomia, com descrição adequada do objeto de forma a atender ao interesse público, maximizar o resultado e ampliar a competitividade**, evitando-se tanto a deficiência como o **excesso de caracterização do objeto**. (Acórdão 975/2009-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO). (Grifou-se).

* * *

A indicação de marca deve se limitar aos casos em que justificativas técnicas, devidamente fundamentadas e formalizadas, demonstrem que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração, ressalvando que **a indicação de marca é permitida como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, desde que seguida por expressões do tipo "ou equivalente", "ou similar" ou "ou de melhor qualidade"**. (Acórdão 1427/2007-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER). (Grifou-se).

Neste sentido, com o intuito exclusivo de ampliar a competitividade, sem restringir inadequadamente o certame, respeitosamente, **requer-se a realização de análise técnica e esclarecimentos para as devidas alterações em relação ao descritivo e ao critério de julgamento**, inclusive nos termos da Lei nº 14.133/2024, que rege o presente certame.

Não por acaso, a Constituição Federal, e bem assim a Lei de Licitações, prevê que o certame licitatório deve ser pautado pelo princípio da ampla concorrência, garantindo-se o seu caráter competitivo, de modo que o edital de licitação deve conter apenas e tão somente as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento do objeto licitado. Confira-se os dispositivos de regência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública **que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**.

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, assim como as



disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Ora, da leitura dos dispositivos em questão, fica claro que a *mens legis* adotada pelo legislador é de privilegiar que o certame licitatório, sempre que possível, excetuadas as hipóteses legais (v.g., dispensa de licitação, inexigibilidade etc.), privilegie a ampla concorrência, com o maior número de licitantes possíveis.

Resta patente, portanto, que, ao prever no Edital do Pregão Eletrônico n.º 09012/2024 a adoção do critério de "lote", ausente qualquer justificativa plausível para manter o Edital deste modo, se restringiu a ampla concorrência, frustrando o caráter competitivo do certame, uma vez que todos os itens são plenamente divisíveis e o produto da Impugnante atende perfeitamente o descritivo do Edital. Houve, pois, flagrante ofensa ao art. 5º da Lei n.º 14.133/2024 e art. 37, *caput* e XI, da CFRB/88.

Sobre o tema, ainda, ressalta-se consolidado entendimento do E. Tribunal de Contas da União:

A Administração não pode fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. **Deve garantir ampla participação na disputa licitatória**, com o maior número possível de concorrentes, desde que qualificados técnica e economicamente, para garantir o cumprimento das obrigações. (TCU Acórdão, 402/2008 Plenário).

Assim, não pode a Administração agir de modo a prejudicar fornecedores menores, ao exigir a venda por lote de diversos produtos, bem como não deve restringir os itens em questão a uma única marca presente no mercado.

5. DA VIOLAÇÃO À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Nada obstante, guiado pelo princípio da proporcionalidade, o Administrador, ao aplicar o direito, deve considerar os valores inerentes à administração pública que atendam, ao mesmo tempo, a economicidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade e o devido processo legal.

No entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. (...) Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sobre a mera alegação de que não a entendeu razoável. (...) Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais te emprestado ao controle.³

No presente caso, a patente ilegalidade decorrente da violação à razoabilidade decorre de exigência que só poderá ser cumprida por restrita parcela do mercado, especialmente por fornecedores que possam fornecer todos os numerosos produtos indicados nos lotes, além da ausência do dever de motivação para manter tal critério de julgamento, restringindo ilegalmente o

³ *Manual de Direito Administrativo*. Editora Lúmen Júris. 2003, Rio de Janeiro, páginas 23 e 24.

fornecimento de produtos ao problema a que se busca solução. Destarte, de modo complementar, o princípio da proporcionalidade.

Ainda, de acordo com Marçal Justen Filho,⁴ em matéria de licitações, o princípio da proporcionalidade se traduz na necessidade de equilíbrio na busca de dois fins igualmente relevantes: a realização do princípio da isonomia deve dar-se simultaneamente com a seleção da proposta mais vantajosa e a discricionariedade é mais intensa por ocasião da confecção do ato convocatório e as escolhas da Administração Pública deverão ser norteadas pelo Princípio da Proporcionalidade.

A razoabilidade, em primeiro lugar, se insere dentro do controle da legitimidade do exercício das competências administrativas. Relativamente à aplicação da lei em cada caso, o princípio da razoabilidade é um dos instrumentos normativos de controle de legitimidade da atuação estatal, por exigir que se investigue tal atuação para além da mera conformidade formal dos atos com os parâmetros disciplinadores legais.

A proporcionalidade, por sua vez, conforme as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, preceitua que as competências administrativas somente podem exercidas validamente ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas e "os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade".⁵

Logo, diante das exigências inadequadas acima verificadas, e pelas razões supra expostas, necessária a adequação do Edital de modo a não prejudicar injustamente a sociedade, como um todo.

6. PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se seja a presente impugnação recebida, conhecida e provida integralmente, para que, ao final, seja promovida a alteração do Edital em epígrafe e, no mérito, sejam promovidas as alterações no instrumento convocatório relativamente ao Termo de Referência, com o objetivo de garantir segurança jurídica, bem como uma competição sadia e, ainda, uma contratação exequível para todas as partes, especialmente no sentido de se **afastar o critério de julgamento "menor preço por lote"**.

Por fim, requer-se a suspensão da sessão pública de abertura das propostas até que esta impugnação seja devidamente julgada, nos termos do julgado pelo TCU no acórdão nº 551/2008-Plenário, com posterior republicação do Edital e seus anexos.

Curitiba, 10 de junho de 2024.

PAULO ANDREI
BARAUS:0331190494
0

Assinado de forma digital por
PAULO ANDREI
BARAUS:03311904940
Dados: 2024.06.10 11:58:46 -03'00'

NUNESFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA.

⁴ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, páginas 51 e 52.

⁵ *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Malheiros, p. 91-93.