

**À COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE  
PIRACANJUBA/GO.**

**Proc. Admin.** : 135759/2022  
**Modalidade** : Pregão Eletrônico 062/2022  
**Proc. Aux.** : Sistema de Registro de Preços – SRP  
**Crit. Julgamento** : Menor preço por item  
**Legislação aplicável** : Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 8.666/1993.



Rua C-159, Q 297, N°686 - Jardim América, Goiânia -  
GO, 74255-140. Fone: (62) 3928-8989. WhatsApp:  
+55 62 8221-3997

**SUPERMÉDICA DISTRIBUIDORA HOSPITALAR**, inscrita no CNPJ sob nº 06.065.614/0001-38, sediada na Rua C- 159, N° 674, Quadra 297, Lote 19/20, CEP 74.255-140, Jardim América, Goiânia-GO, com fundamento no art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a”, CF/1988 c/c art. 41, §1º, Lei nº 8.666/1993, de aplicação subsidiária por força do art. 9º da Lei nº 10.520/2002, vem apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital de Licitação do **PREGÃO ELETRÔNICO N° 062/2022 PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRACANJUBA/GO**, nos termos e fundamentos fático-jurídicos a seguir.



## DO CABIMENTO

---

A Lei nº 8.666/1993<sup>1</sup> prevê que qualquer pessoa é parte legítima para **impugnar edital de licitação** ou para **solicitar esclarecimentos** sobre seus termos:

*Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*

*§ 1º 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.*

A impugnação do edital é meio de controle e fiscalização por parte da sociedade diante de irregularidades do instrumento convocatório, devendo a Administração responder, com apresentação fundamentada e justificada, a respeito das alegações levantadas pelo impugnante.

Além disso, é preciso ressaltar que, em virtude do **poder da autotutela**, a própria Administração pode revisar de ofício o Edital ou, ainda, anulá-lo. A Súmula nº 473 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é explícita:

---

<sup>1</sup> Redação da nova Lei de Licitações nº 14.133/2021: “Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame”.



*Súmula 473/STF: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

Assim, na hipótese de qualquer problema no Edital, como vício de ilegalidade ou regras obscuras, a Administração pode adotar medidas eficazes para o saneamento através de aditamento.

## DA TEMPESTIVIDADE

---

A presente impugnação do Edital é cabível e encontra-se tempestiva, conforme art. 41, § 1º, Lei nº 8.666/1993<sup>2</sup>, aplicado subsidiariamente à modalidade licitatória do pregão por força do art. 9º da Lei nº 10.520/2002<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Lei nº 8.666/1993. Art. 41, § 1º. *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.*

<sup>3</sup> Lei nº 10.520/2002. Art. 9º. *Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*



## DA SÍNTESE FÁTICA

---

Trata-se de Edital de Licitação na modalidade **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 062/2022** **PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRACANJUBA/GO** cujo objeto consiste em “*Aquisição eventual e sob demanda de Materiais Médico e Hospitalares afim de suprir as necessidades das Unidades de Saúde ligados à Secretaria Municipal de Saúde de Piracanjuba/GO*”.

A sessão de processamento do pregão será realizada na data de **05 de outubro de 2022 a partir das 08h00min**, através do **Endereço Eletrônico:** [www.bnc.org.br](http://www.bnc.org.br).

A empresa impugnante tem interesse em participar do presente certame e, por esta razão, apresenta impugnação em face de seu Edital a fim de que se proceda à devida retificação.

## DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

---

A Lei Complementar nº 147/2014 alterou o *Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*, acrescentando novas hipóteses de tratamento favorecido e diferenciado em prol das microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das contratações públicas, quais sejam:

- a) Da participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte;



- b) Da aplicação de reserva de cota de até 25% do objeto licitado;
- c) Da não aplicação do tratamento favorecido nos casos previstos no art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006 e art. 10 do Decreto nº 8.538/2015;
- d) Da possibilidade de subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte;
- e) Da possibilidade de aplicação da margem de preferência; e
- f) Da preferência de micro e pequena empresa em dispensa de licitação baseada no art. 24, inc. I e II, da Lei nº 8.666/1993.

A alteração legislativa de 2014 criou uma nova sistemática de contratações públicas como forma de efetivar política pública em benefício das ME/EPPs, conforme se vê dos arts. 47 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006:

*Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido **tratamento diferenciado e simplificado** para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no **âmbito municipal e regional**, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*



*Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*I - deverá realizar processo licitatório destinado **exclusivamente** à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nos itens** de contratação cujo valor seja de **até R\$ 80.000,00** (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, **cota de até 25%** (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.*

*§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

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

*I - (Revogado); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

#### ***Da Licitação Exclusiva (art. 48, inc. I)***

---

Quanto à participação exclusiva, conforme inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, a Administração Pública deve realizar processo licitatório destinado apenas às micro e pequenas empresas nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Igualmente, o art. 6º do Decreto nº 8.538/2015 diz que os “*órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)*”, o que se aplica também às cooperativas com receita bruta equivalente a das empresas de pequeno porte (art. 34 da Lei nº 11.488/2007).

O valor referencial, de R\$ 80.000,00, que irá justificar a exclusividade da competição, será aplicado por item de contratação,



independentemente do valor global do certame. Nesse sentido, a Orientação Normativa AGU nº 047/2014:

*Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do Decreto nº 6.204, de 2007.*

Assim, em regra, caso haja itens cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, deverão ser destinados à participação exclusiva de micro e pequenas empresas.

#### ***Da Reserva de Cota (art. 48, inc. III)***

---

Quanto à reserva de cotas (inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006), a licitação com itens divisíveis de valor superior a R\$ 80.000,00, deverá separar até 25% do objeto (se divisível) à licitação exclusiva para as micro e pequenas empresas.

*Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:*

*(...)*

*III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do*



*objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.*

Por sua vez, o Decreto nº 8.538/2015, que regulamentou o tratamento legal em questão, estabeleceu que:

*Art. 8º. Nas licitações para aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.*

*§1º O disposto neste artigo não impede a contratação de microempresas ou das empresas de pequeno porte na totalidade do objeto.*

*§2º O instrumento convocatório deverá prever que, na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal.*

*§3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço.*

*§4º Nas licitações por Sistema de Registro de Preço ou por entregas parceladas, o instrumento convocatório deverá prever a prioridade de aquisição dos produtos das cotas reservadas, ressalvados os casos em que a cota reservada for inadequada para atender quantidades ou as condições do pedido, justificadamente.*

*§5º Não se aplica o benefício disposto neste artigo quando os itens ou os lotes de licitação possuírem valor estimada de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista a aplicação da licitação exclusiva prevista no art. 6º.*



Assim, no caso de itens de natureza divisível, deverá ser reservada cota de até 25% do objeto para a contratação de micro e pequenas empresas. Salienta-se que o legislador estipulou um percentual máximo a ser aplicado nesses casos (até 25%), mas silenciou (eloquentemente) quanto ao percentual mínimo que deve ser utilizado pela Administração Pública e como deve ser analisada a escolha da porcentagem.

Logo, entende-se que faz parte do poder discricionário da Administração Pública a escolha – baseada em oportunidade e conveniência – de cota em percentual inferior a 25%, exceto se existir norma em sentido contrário que venha a limitar o campo da atuação discricionária.

Outro ponto importante quanto à aplicação prática da cota de reservada é a necessidade de se observar seu **limite sistemático**. Apesar de não estar previsto expressamente em norma jurídica, o limite sistemático decorre de interpretação sistemática das normas aplicáveis ao caso. Para exemplificar: imaginemos determinado objeto de contratação (divisível) no valor estimado de 800 mil reais; a cota de reserva destinada às micro e pequenas empresas não poderá ser superior ao próprio teto de exclusividade (80 mil reais); logo, *por interpretação sistemática*, no caso exemplar, poderia haver reserva de no máximo 10% (e não 25%), o que na prática equivaleria a 80 mil reais.

O limite sistemático confere coerência ao sistema, evitando que se crie situações onde o valor da cota reservada seja superior ao teto estipulado para exclusividade do certame.

Inclusive, tal entendimento é comumente encontrado no âmbito da própria Advocacia Geral da União, como se depreende do PARECER N° 00573/2016/CONJUR-MD/CGU/AGU:



*A COTA RESERVADA DE ATÉ 25% DEVE SER LIMITADA A R\$ 80.000,00 [...] A questão é a seguinte: o inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 prescreve que se promova licitação, para aquisição de bens de natureza divisível, com “cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte”. Fica claro que a cota reservada não é, necessariamente, de 25%. O texto prescreve que é “de até 25%”. Logo, em princípio, pode ser, por exemplo, 20%, 10%, 1% ou 0,5%. O limite máximo é 25%, o mínimo quem define é a Administração. A dúvida, então, é como definir esse percentual. [...] (i) A licitação com cota reservada é uma espécie de licitação exclusiva. A palavra licitação significa competição, disputa. Na cota reservada, existe uma competição (licitação) exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte. Pode-se dizer que é uma licitação exclusiva dentro de uma licitação maior, que, no seu conjunto, ultrapassa o limite da licitação exclusiva do inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06. Então, a lógica é que se reserve uma parte da licitação maior para competição (licitação) exclusiva entre microempresas e empresas de pequeno porte. Por consequência, a parte reservada deve guardar coerência com os limites da licitação exclusiva, que é de R\$ 80.000,00. (ii) Nas duas figuras, licitação exclusiva e com cota reservada, o legislador admite que a Administração pague mais caro para beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte. No entanto, com foco no princípio da proporcionalidade, o legislador estabeleceu limites para os impactos à economicidade. A Administração paga mais caro, porém dentro de um espaço limitado. O espaço é o definido pelo inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 para as licitações exclusivas, de R\$ 80.000,00. (iii) Se não fosse assim, haveria uma espécie de conflito de valores entre os critérios do legislador para a licitação exclusiva e para as com cota reservada. Seria contraditório estabelecer limite de R\$ 80.000,00 para a licitação exclusiva e permitir que a cota reservada, que é uma espécie de licitação exclusiva, drague milhões, dezenas ou centenas de milhões de reais. (iv) A parte da licitação maior, reservada para a microempresa e empresa de pequeno porte, precisa ser limitada, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Seria desproporcional que valores vultosos, milhões, dezenas ou centenas de milhões, fossem reservados às*



*microempresas e empresas de pequeno porte, que outras empresas não pudessem disputar. Os 25% previstos no inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 devem ser limitados, por imperativo de proporcionalidade. Suponha uma licitação de R\$ 100 milhões. Não faria sentido, seria desproporcional, que R\$ 25 milhões fossem reservados às microempresas e empresas de pequeno porte, sem que outras empresas pudessem participar. Os efeitos disso seriam impactantes, sobretudo pensando-se nos valores mais elevados que são praticados nas cotas reservadas. Para além disso, a própria competição da cota reservada seria prejudicada, porque é razoável supor que licitantes cujos faturamentos não ultrapassam R\$ 3.600.000,00 por ano, que é o caso das empresas de pequeno porte, não teriam condições ou teriam muitas dificuldades para disputar cota reservada, conforme exemplo acima, de R\$ 25 milhões. (v) Considerando que 25% não é o percentual da cota reservada, porém seu limite, como é claro no inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, é necessário que se construa algum parâmetro para estabelecer, nos casos concretos, o percentual. Se a definição fosse discricionária, a margem concedida aos agentes administrativos seria exorbitante, de qualquer fração acima de zero a 25%. E pior, não haveria critério para definir o percentual. Não haveria critério para estabelecer, por exemplo, 0,1% ou 25%, nem, por conseguinte, parâmetros para questioná-lo ou obstá-lo. A maioria dos casos concretos não trariam também nada que servisse como justificativa para a definição dos percentuais. Seria uma competência discricionária solta, dada às cegas. O único critério que se consegue colher da legislação para definir o percentual, que pode ir até 25%, em exercício de interpretação sistemática, é o estabelecido no inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 para as licitações exclusivas. Ou seja, que o percentual dedicado à cota reservada, nos casos concretos, não ultrapasse R\$ 80.000,00, que serve como critério definidor. NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação com cota reservada para microempresas e empresas de pequeno porte. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 264, p. 142-152, fev. 2016.*



*Da Ausência de Vantajosidade do Tratamento Jurídico Diferenciado e do Prejuízo ao Conjunto ou Complexo do Objeto para as Contratações e Aquisições Públicas na Área de Saúde (art. 49, inc. III)*

Apesar de previsão de tratamento diferenciado na legislação, em relação às aquisições de medicamentos e insumos estratégicos para a saúde, ressalta-se que **NÃO HÁ produtores de medicamentos e insumos estratégicos no BRASIL que possam ser enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte**, existindo tão somente representantes/distribuidores.

Além disso, é importante ressaltar que, no ano de 2017, a aplicação do instituto da exclusividade e cota reservada no âmbito do Ministério da Saúde **NÃO SE REVELOU VANTAJOSA**, gerando um prejuízo econômico de R\$ 15.302.422,88 (*quinze milhões trezentos e dois mil e quatrocentos e vinte e dois reais e oitenta e oito centavos*).

Registra-se que **não se aplica o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte** nas hipóteses previstas nos inc. I a IV do art. 10 do Decreto nº 8.538/2015 e art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006:

*Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:*

*I - não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;*

*II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;*



*III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou*

*IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.*

*Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se não vantajosa a contratação quando:*

*I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou*

*II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios.*

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

*I - (Revogado); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)*

*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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*



Inclusive registramos que a própria ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU) já recomendou ao próprio MINISTÉRIO DA SAÚDE que certificasse a incidência dos incisos I a IV do art. 10 do Decreto nº 8.538/2015 e art. 49 da LC 123/2006, a fim de afastar o tratamento diferenciado com a respectiva abertura da competição a todas as empresas interessadas.

O MINISTÉRIO DA SAÚDE afirmou categoricamente que, no caso de aquisição de medicamentos e insumos estratégicos à saúde, **não há o preenchimento de nenhum objetivo exposto no art. 1º do Decreto nº 8.538/2015, ou seja, a política pública não é capaz de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional, nem de ampliar a eficiência das políticas públicas e muito menos de incentivar a inovação tecnológica.** Obviamente porque não há produtores de medicamentos e insumos estratégicos no Brasil que possam ser enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, mas tão apenas representantes e distribuidores.

A própria Lei Complementar nº 123/2006 e o Decreto nº 8.538/2015 preveem hipóteses nas quais se pode afastar a exclusividade e a reserva de cotas para micro e pequenas empresas, sobretudo quando a adoção do instituto de favorecimento **não se mostra vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.**

Em 2019, a questão acerca do tratamento favorecido diante de aquisições públicas de medicamentos e insumos estratégicos à saúde, fora objeto de análise da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde através do PARECER Nº 00427/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU e DESPACHO Nº 02156/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU. Vejamos os apontamentos e conclusões:



[...]

Conforme já mencionado no presente parecer, para os pregões de Insumos Estratégicos para a Saúde, a análise da aplicação da reserva do mercado, vai além da vantajosidade. **O legislador elenca que caberá ao gestor demonstrar que para os casos de tratamento diferenciado e simplificado, faz-se necessário alcançar os objetivos do referido Decreto.** Caso contrário, poderá o gestor, devidamente justificado, não aplicar a cota às microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedades cooperativas de consumo:

*Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:*

[...]

*IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.*

O primeiro objetivo do Decreto, inciso I do art. 1º, é promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional. **Em se tratando de medicamento, importante o gestor analisar se a prática de concessão de cotas exclusivas está atingindo o encimado objetivo, ou seja, se o montante destinado a estas aquisições estão sendo aplicados em empresa que participam de alguma fase da cadeia produtiva, ou estaria contrariando o objetivo da lei, ou seja, estaríamos incentivando as empresas comprarem dos produtores e revenderem ao Ministério da Saúde.**

Como forma de demonstrar, cita-se como exemplo as Atas de Registros de Preço, vigentes em fevereiro de 2019, para a aquisição dos seguintes medicamento: Alfaepoetina (ARP 124/20018), Cinacalcete (ARP 77/2018), Tacrolimo (ARP 62/2018). Nestes casos, as atas de registros de preços ultrapassam o valor de R\$ 1.000.000,00 sendo a primeira no valor de R\$ 58.167.883,44, todas destinadas exclusivamente à ME e EPP.

Para os referidos casos não se observou, nos registros junto a ANVISA, a existência de pequeno produtor ou da participação de empresa de pequeno porte na cadeia produtiva dos insumos.



O que se observa no caso concreto são grandes empresas produtoras no Brasil ou, na sua maioria, produção em outros países, conforme verifica-se no site da Anvisa (<https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/>):

[...]

**Conforme mencionado, pode-se extrair no site da ANVISA que grande parte das fabricantes de medicamentos não se encontram no Brasil. Não existindo, por óbvio, empresas de pequeno porte ou microempresas que sejam igualmente produtores de medicamentos para a saúde.**

*A Nota Técnica 221/2018 é precisa quando afirma que "para esta categoria de produtos, o processo de inovação demanda um tempo maior do que o que ocorre em outros mercados, assim é quase que impossível que uma empresa inicie um processo produtivo ou insira um produto no mercado em virtude de divulgação de edital desta pasta. Informa-se ainda que são produtos pré-qualificados, para os quais devem haver uma aprovação prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA."*

*E ainda dispõe que "quando este MS divulga um edital prevendo que 25% das aquisições serão destinadas à ME/EPP não ocorre um processo de inovação, ocorre tão somente uma triangulação: uma distribuidora de pequeno porte adquire o produto do fabricante e revende a este MS a preço superior. Quando da realização do pregão, é comum que este distribuidor concorra com o fabricante do produto, e por óbvio, dificilmente terá condições de propor preços no mesmo patamar do produtor."*

Dessa forma, deve-se atentar aos dispositivos 4.30 e 4.31 da Nota Técnica:

4.30 No pregão n.º 003/2018 (Levonorgestrel), observa-se que a empresa da cota reservada alcançou apenas o preço de referência, em contrapartida, a ampla concorrência verificou preço 20,13% inferior ao inicialmente estimado. Esta diferença entre preços propostos implicará em um prejuízo de R\$ 319.986,53 a esta pasta. Importante destacar que o produto ofertado pela cota reservada, é da mesma fabricante da cota principal. Configurando mais um caso em que a empresa beneficiada com o instituto das cotas atua como mero distribuidor, pouco contribuindo para a inovação tecnológica, geração de emprego ou distribuição de



renda. 4.31. Para a aquisição de Linezolida 600 mg (Pregão n.º 27/2018), tanto a ampla concorrência quanto a cota reservada alcançaram preços inferiores ao estimado. Porém, o deságio da cota foi de apenas 21,47%, enquanto que na ampla concorrência foi de 38,88%. Trata-se de mais um caso em que ambos os itens homologaram insumos da mesma marca. Como já dito anteriormente, não parece adequado que produtos que estejam inseridos no mesmo processo produtivo pratiquem preços tão divergentes entre si.

O Despacho 04239/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, de minha autoria, já havia se posicionado neste sentido. Vejamos:

Na Nota Técnica n.º 221/2018, restam claros os prejuízos atribuídos à Administração Pública nessas aquisições (inclusive por meio de valores), não cabendo, todavia, a esta CONJUR adentrar na análise dos seus termos por se tratar de matéria estritamente técnica. De todo modo, no pressuposto da veracidade dos dados e afirmações constantes daquele documento, de responsabilidade do administrador, juridicamente viável a decisão de não aplicar o instituto das cotas reservadas nos próximos pregões quando se tratar dos medicamentos referidos na Nota Técnica, em que o Ministério da Saúde já possui amplo conhecimento da desvantajosidade.

**Vale ressaltar que, s.m.j., objetivo da Nota Técnica não é "proibir" ou excluir as ME/EPP de todos os procedimentos licitatórios, mas de demonstrar a desvantajosidade em compras de medicamentos. Trata-se de uma área muito sensível, um mercado com características próprias, depreendendo-se da Nota Técnica que o histórico de pregões realizados no âmbito deste Ministério induz à conclusão de que o tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas não se coadunam com o espírito da legislação vigente, enquadrando-se nas exceções ali dispostas.**

**Portanto, para as aquisições de insumos estratégicos para a saúde em que o gestor conhece toda a cadeia produtiva, uma vez que os medicamento adquiridos por pregão no âmbito do Ministério da Saúde exigem seu registro junto à Anvisa, não há o que se falar de desconhecimento do mercado. Nos casos acima ficou claro que não houve incentivo ao pequeno produtor. Sendo assim, não foi atingido um dos objetivos do decreto 8.538/15. Deveria, o gestor, ter realizado uma análise**



**prévia à destinação do referido montante. Mesmo que o preço da cota seja igual ao da principal, ficou claro que esta prática beneficiava empresas que não estão no arcabouço do objetivo do legislador. Por todo o exposto, fica claro que são raríssimos os casos em que é possível a empresa de cota reservada praticar preços no nível do praticado pela empresa de ampla concorrência. Além do mais, o prejuízo somado dos anos de 2017 e 2018 totalizam R\$ 15.302.422,88, valor significativo que poderia ser usado para outras políticas no campo da saúde.**

#### VI- DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE SEGUNDO O POSICIONAMENTO DO TCU

Outro ponto a ser verificado, que chamou atenção deste órgão consultivo devido ao documento enviado pela empresa, é que existem grandes chances de ME/EPP participantes de licitações nestas condições, sejam coligadas ou integrantes de fato de grupo econômico de empresa de maior porte, ainda que não haja coincidência de sócios, proporcionando a esta o usufruto indireto dos benefícios previstos na LC 123/2006.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, sujeita-se à declaração de inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992) a empresa que participa de licitação na condição de empresa de pequeno porte, embora seja coligada ou integrante de fato de grupo econômico de empresa de maior porte, ainda que não haja coincidência de sócios, proporcionando a esta o usufruto indireto dos benefícios previstos na LC 123/2006.

É o que dispõe o Acórdão 2992/2016 - Plenário de 23/11/2016 da Relatoria do Min. Walter Alencar Rodrigues:

*Representação relativa a licitação conduzida pela Advocacia-Geral da União apontara, entre outras irregularidades, a utilização indevida, pela vencedora do certame, dos benefícios decorrentes da Lei Complementar 123/2006. Considerando os indícios de que a vencedora da licitação seria coligada com uma sociedade de maior porte, sendo aquela indevidamente qualificada como microempresa, o relator determinou a suspensão cautelar da adesão à ata de registro de preços decorrente do certame. Realizadas as oitivas regimentais, apresentou o relator uma análise do panorama jurídico acerca da matéria, concluindo que “não se justifica conferir tratamento diferenciado e mais benéfico a uma empresa, ainda que se declare*



*de pequeno porte, se o benefício não é necessário, pois, nesse caso, ofende-se a isonomia entre os licitantes (art. 37, inciso XXI, da CF/1988) ”. Ao tratar especificamente da Lei Complementar 123/2006, destacou “a nítida intenção do legislador de vedar a concessão do benefício a sociedade empresária que dele não necessite”. No caso concreto analisado, concluiu o relator pela existência de um conjunto de indícios bastantes para a caracterização de formação de grupo econômico ou coligação entre a empresa vencedora da licitação e outra de maior porte, acarretando o usufruto ilegítimo dos benefícios conferidos pela Lei Complementar 123/2006. Tal conjunto de indícios, reforçou, “ permite concluir pela utilização indevida de uma EPP na licitação, ainda que não haja coincidência formal de sócios”. Conforme destacado pela unidade técnica, acrescentou, “a caracterização de coligação entre empresas é, antes de mais nada, uma questão fática”, verificando-se, essencialmente, “na influência que uma sociedade pode ter nas decisões de políticas financeiras ou operacionais de outra, sem controlá-la”. Nessa esteira, arrematou, “mais importante do que o pleno enquadramento da situação ora apurada nos conceitos de coligação ou de grupo econômico é perceber a existência de uma gestão em comum com a nítida intenção do casal de utilizar uma de suas EPP visando à obtenção de benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, de forma ilegítima, por contrariar o princípio da isonomia e o espírito da lei”. Assim, embora deixando de aplicar declaração de inidoneidade no caso por se distinguir do precedente mencionado no voto, propugnou o relator pela parcial procedência da Representação e, entre outras medidas, por encaminhar cópia da deliberação à empresa vencedora da licitação, alertando-a de que, “caso mantidas as mesmas condições atuais do grupo econômico de fato, seu enquadramento como empresa de pequeno porte deve ser desconsiderado, em futuras licitações, sob pena de se sujeitar à sanção prevista no artigo 46, da Lei 8.443/1992”, tendo sido acompanhado pelo Colegiado.*

Nota-se que a jurisprudência administrativa vem se firmando no sentido de não admitir que empresas ligadas por vínculos familiares ou não, e interdependentes entre si em suas atividades, possam ser consideradas de forma individuada e autônoma para fins de enquadramento no regime tributário favorecido.



Segundo Nelson Eizirik no livro Lei das S/A comentada (São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 3. p. 515-516), “grupo de fato é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional”. As relações jurídicas mantidas entre as sociedades que integram o grupo devem ser fundamentadas nos princípios e nas regras que regem as relações entre as companhias isoladas.

A constituição de uma pessoa jurídica, com o único objetivo de alcançar benefício ou economia tributária, será considerada ato sem propósito negocial e, como tal, um ato jurídico viciado nos termos do no art. 50 do Código Civil. Consuma-se também a fraude à Lei quando certa norma jurídica considerada cogente deixa de ser cumprida porque os particulares adotam passos e formas instrumentais diversas das típicas, para driblar a Lei cogente. Na fraude à Lei todos os atos são válidos de per si, mas o conjunto considerado é inválido.

[...]

Tendo em mente que o objeto do presente certame versa sobre **aquisição de medicamentos e produtos destinados à área da saúde**, trazemos exemplo de caso concreto narrado pelo Advogado da União, Professor Mestre em Direito Econômico Dr. Ronny Charles Lopes de Torres<sup>4</sup>:

#### 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.

---

<sup>4</sup> (TORRES, Ronny Charles Lopes. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 10ª Edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. P. 1.162-1.163)



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 posteriores 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.



Assim sendo, para aquisições públicas de medicamentos e insumos estratégicos à saúde, nas quais o gestor público conhece toda a cadeia produtiva, pois os medicamentos adquiridos por pregão exigem seu registro junto à Anvisa, **não há que se falar em desconhecimento do mercado**. Logo, se não a exclusividade e a cota de reserva destinadas a micro e pequenas empresas não atingem os objetivos previstos no Decreto, **não há que se falar em aplicação de tratamento diferenciado nas aquisições de medicamentos e insumos estratégicos para saúde** (art. 10 do Decreto nº 8.538/2015).

*Da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e*

*Da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME)*

---

O Brasil deu início à elaboração de listas de medicamentos classificados como essenciais em 1964, por meio do Decreto nº 53.612, de 26 de dezembro de 1964, que definiu a Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Materiais para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário. Em 1975, por meio da publicação da Portaria nº 233 do Ministério da Previdência e Assistência Social, a lista foi oficializada como Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename).

Desde então, o Brasil vem investindo na publicação e no aperfeiçoamento de listas de medicamentos essenciais como instrumento para garantia do acesso à assistência farmacêutica e para promoção do uso racional de medicamentos. Diversos atos normativos reafirmam a importância dessa estratégia



no Sistema Único de Saúde (SUS). A Política Nacional de Medicamentos (PNM), instituída pela Portaria GM/MS n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998, afirma que:

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País.

Adicionalmente, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (Pnaf), resultado da 1ª Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica e estabelecida pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde n.º 338, de 6 de maio de 2004, corrobora a “utilização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), atualizada periodicamente como instrumento racionalizador das ações no âmbito da Assistência Farmacêutica”.

Dessa forma, a Rename cumpre papel estratégico nas políticas de saúde, ao relacionar os medicamentos utilizados no âmbito do SUS. O Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe que “a Rename compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS” e também que “a cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da Rename e do respectivo FTN”.

Ainda, a Rename cumpre a Resolução de Consolidação CIT n.º 1, de 30 de março de 2021, que apresenta a composição dessa Relação de acordo com as responsabilidades de financiamento da Assistência Farmacêutica entre os entes (União, estados e municípios), além de apresentar os medicamentos oferecidos em todos os níveis de atenção e nas linhas de cuidado do SUS, proporcionando transparência nas informações sobre o acesso aos medicamentos do SUS.



A atualização permanente da Rename, como instrumento promotor do uso racional e lista orientadora do financiamento e acesso a medicamentos no âmbito da Assistência Farmacêutica, torna-se um grande desafio para os gestores do SUS, diante da complexidade das necessidades de saúde da população, da velocidade da incorporação tecnológica e dos diferentes modelos de organização e financiamento do sistema de saúde.

Já a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME) é uma lista de medicamentos adquiridos pelo município, norteadada pela RENAME, para atender às necessidades de saúde prioritárias da população.

*In casu*, verifica-se que o certame licitatório contempla em seu objeto medicamentos e insumos hospitalares que são previstos nas referidas listas, o que, de fato, corrobora ainda mais a premente necessidade de avaliar a desvantajosidade da aplicação do tratamento jurídico diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte pela Lei Complementar nº 123/2006, sobretudo no que diz respeito à exclusividade da licitação e reserva de cota.

***Da Ausência de Fornecedores Competitivos Sediados Local ou Regionalmente  
(art. 49, inc. II)***

---

O art. 49 da LC nº 123/2006 proíbe a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48, **quando não houver o mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.**



*Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (Vide Lei nº 14.133, de 2021)*

*(...)*

*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;*

Ora, se a Administração não provar que há na localidade, ao menos, 3 (três) fornecedores enquadrados como ME/EPP e com a capacidade de cumprir as exigências do Edital, deve permitir a participação dos demais fornecedores interessados.

O modo prático de se realizar tal desiderato seria permitir a ampla participação no presente **PREGÃO PRESENCIAL**, uma vez que não há na região fornecedores que cumpram os requisitos para favorecimento previstos no Estatuto Nacional da ME e EPP.

O certame em questão sequer ventila a possibilidade de participação dos demais interessados caso o item reste deserto e/ou com menos de 3 propostas mínimas. Tão somente há exclusão de qualquer interessado que não se enquadre como ME/EPP.

O Edital, conforme prevê a exclusividade, certamente trará prejuízos à Administração Pública, pois vários dos itens pretendidos serão desertos, fracassos ou com propostas insuficientes.



Enfatizamos que não há, nas pesquisas de mercado realizadas para obter cotações válidas para balizar esta aquisição, o número mínimo de três fornecedores locais com a qualificação de micro e pequena empresa.

Ademais, também não há ferramenta, cadastro ou outra forma segura e apta a sustentar a tomada de decisão desta Administração acerca da vantagem de se garantir a exclusividade dos itens abaixo do limite de R\$ 80.000,00 em prol das ME/EPP.

Deste modo, é temerária a tomada de decisão em favor da exclusividade, sendo prudente não restringir a competição. Caso conceda a exclusividade, sem os parâmetros adequados que garantam a existência de fornecedores capazes de atender a demanda, a Administração poderá conduzir uma licitação ineficaz, com elevado número de itens desertos e fracassados, em virtude da ausência de fornecedores. O Município certamente será levado a repetir o procedimento, o que aumentará os custos da contratação, gerando prejuízos.

Não se desconhece que a razão de ser da norma é promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Contudo, esta disposição deve ser interpretada à luz da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/93. A Constituição Federal prevê expressamente que no processo licitatório deve ser assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes, ao passo que a Lei de Licitações dispõe que este se destina 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.

Além do mais, precisamos ter em mente que a decisão por não tornar o certame **exclusivo** em favor das empresas enquadradas como ME/EPP não



retira delas nenhum direito e nem outros favorecimentos que deverão ser observados durante o procedimento de licitação.

A exclusividade da competição entre ME/EPP não se submete a apenas 1 requisitos, mas preciso o preenchimento de todas as condições para isso ocorra, devendo a Administração Pública, para excluir os demais interessados, motivar seu ato justificando-o através da comprovação de existência de, **NO MÍNIMO, 3 (TRÊS) FORNECEDORES COMPETITIVOS ME/EPP**, que estejam **sediados LOCAL ou REGIONALMENTE** e que tenham **CAPACIDADE DE CUMPRIR E EXECUTAR FIELMENTE AS EXIGÊNCIAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**.

Assim sendo, não basta apenas o exame objetivo e simplista do inc. I, de forma casuística e isolada. Deve a Administração proceder à completa análise das condições acima referidas para poder, legalmente, excluir os interessados em participar do certame.

Não consta dos autos do processo de licitação comprovação documenta da existência de, no mínimo, 3 (três) empresas ME/EPP sediadas no **Município** e região, que seriam capazes de atender integralmente ao objeto licitado.

Ora, se o certame está previsto como **EXCLUSIVO** não é possível, na prática, contornar tal situação quando, no dia da sessão pública, os itens restarem fracassados e/ou desertos. Ali, a Administração não poderá chamar a ampla concorrência para socorrer a situação, pois a exclusividade já está posta no presente **PREGÃO PRESENCIAL**.

Eis a jurisprudência:



*RESOLUÇÃO TCE/TO Nº 181/2015 – PLENO (...) Nos termos do art. 48, I, da LC nº 123/2006, uma empresa que não seja ME e/ou EPP não poderá participar de uma licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte. Conforme inciso II do art. 49 da LC nº 123/2006, caso inexista o número mínimo de três ME e/ou EPP, sediadas no local ou na região, e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, conseqüentemente, a realização de uma licitação exclusiva com fundamento neste inciso restará justificadamente afastada, e para tanto, o edital não poderá prever que não comparecendo nenhum ME e/ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte. (...) O gestor público deverá planejar-se, ainda na fase interna, para que se adiante e identifique a eventual ausência de micro ou pequenas empresas aptas a atender o objeto almejado, bem como justificar exhaustivamente tal situação, nos autos do respectivo processo licitatório, a fim de evitar alegações de desrespeito à Lei Complementar nº 123/06, por parte dos órgãos de controle acerca da inobservância das novas regras estabelecidas pelo Estatuto da economicidade, isonomia, impessoalidade, publicidade e supremacia do interesse público, dentro outros.*

A Administração deve, pois, aferir – **ainda na fase interna da licitação e antes da publicação do Edital** – se existem no mínimo 3 fornecedores competitivos ME/EPP, que sejam capazes de cumprir as exigências editalícias, que estejam sediados em raio geográfico local/regional e que haja demonstração que o tratamento vantajoso dispensado é vantajoso para a Administração.

*ACÓRDÃO – DENÚNCIA N. 944602 [...] de toda forma, recomendo ao atual gestor que observe, na formalização dos procedimentos licitatórios e dos contratos deles decorrentes, as normas estabelecidas na Lei nº 10.520, de 2002, na Lei nº 8.666, de 1993, e, notadamente, que o município observe não só o art. 48 e os incisos I e II do art.*



*49 da Lei Complementar nº 123, de 2006, com a inclusão, na fase interna do procedimento licitatório, de comprovação de que há no local da licitação ou na região pelo menos três fornecedores enquadrados como microempresas ou como empresas de pequeno porte capazes de cumprir as exigências editalícias, bem como demonstra que o tratamento diferenciado dispensado a tais empresas é vantajoso para a administração municipal. Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos, a teor do disposto no inciso I do art. 176 da Resolução TC nº 12, de 2008 (RITCEMG).*

O que se vê no presente certame é que a exclusividade de participação restrita às ME/EPP é fundamentado tão somente quanto ao valor previsto no inc. I do art. 48 da LC 123/2006, quando, na verdade, seria necessário o preenchimento de **TODOS OS REQUISITOS** já tratados acima, sobretudo a vantajosidade do favorecimento.

Ora, o objeto do presente trata a respeito de **MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES e SANEANTES**, que deverão abastecer a rede pública municipal de saúde.

O risco vale a pena? O tratamento favorecido às ME/EPP justifica o risco da ausência operacional de tais empresas?

Na verdade, verifica-se o contrário, não há vantajosidade. O almejo bem jurídico “*desenvolvimento social e econômico do local/região*” encontra-se, no presente caso, em aparente discordância com o bem jurídico da “*saúde pública*”.

São dois valores jurídicos, **NÃO EXCLUDENTES**, mas que devem ser otimizados através da ponderação de valores.



Ora, questão fundamental é saber se a SAÚDE PÚBLICA pode conviver e arcar com prejuízo da restrição competitiva em prol do DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

A resposta é negativa, uma vez que a saúde é bem fundamental e constitucionalmente prevista, sendo direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Diante disso, não pode o bem jurídico da saúde ser relativizado e/ou sacrificado em prol de outro bem jurídico econômico.

A exclusividade, como aqui se mostra, significa retirar da disputa dezenas de empresas aptas a atenderem a demanda da Administração.

Veja, Nobre Julgador, que a exigência das declarações acima referidas é prevista à margem da lei, restringindo indevidamente a participação de licitantes que estariam aptos a participarem do certame em questão, razão pela qual pugnamos pela devida retificação.

***Questões Práticas do Tratamento Favorecido (ME/EPPs) nas Aquisições  
Públicas da Área de Saúde***

---

Em que pese trata-se de política pública voltado ao desenvolvimento econômico local e regional, na prática se verifica diversas



dificuldades e riscos de prejuízos para a Administração, sobretudo em relação às aquisições públicas na área da saúde.

Por exemplo, tendo em vista a complexidade e especificidade dos itens, pois tratam-se de insumos, medicamentos equipamentos de alta tecnologia e estudo científico, que ME/EPPs não possuem *expertise* e logística necessária à execução do objeto.

Podemos citar diversos casos concretos onde itens restaram desertos/fracassados em inúmeros certames onde fora aplicado a exclusividade e a cota-reserva. Vejamos, p. ex., as informações lançadas no MEMORANDO UL/HUGG N° 150/2018 (processo n° 23.102.006336/2018-71):

- 1) Pregão 1027/2018, para aquisição de medicamentos padronizados do grupo F, composto por fármacos que atuam no sistema cardiovascular e fármacos usados no sistema renal, todos os itens com exceção dos (2, 38 e 47) a participação foi exclusiva a ME e EPP, havia pretensão de aquisição de 49 itens, todavia 43 foram desertos o que corresponde a 88%;
- 2) Pregão 1029/2018, para aquisição de fios cirúrgicos os itens 01 ao 25, 27 ao 79 a participação foi exclusiva a ME e EPP, havia pretensão de aquisição de 79 itens, porém 28 foram cancelados o que corresponde a 35%. Os fios encaminhados para testes obtiveram parecer negativo dos cirurgiões, já que não atenderam a qualidade mínima requerida para o objeto;
- 3) Pregão n° 1030/2018, exclusivo a ME e EPP, para aquisição de medicamentos padronizados, composto por medicamentos analgésicos não opioides e antipiréticos, anti-inflamatórios, medicamentos utilizados no tratamento da gota e antialérgicos,



neste certame, dos 34 itens pretendidos 14 foram desertos correspondente a 41%.

Atesta-se, portanto, dificuldades práticas na aplicação de institutos da Lei Complementar nº 123/2006 na área da saúde, uma vez que as empresas licitantes enquadradas no regime diferenciado, geralmente, não conseguem atender aos requisitos mínimos de qualidade.

Outro ponto de extrema relevância é a incapacidade das ME/EPPs em continuar a execução contratual, mesmo diante de revezes, como, p. ex., **atraso de pagamento e inadimplência**, que é fato extremamente comum na Administração Pública por conta da escassez de verba.

O Professor *Ronny Charles Lopes de Torres* tem a mesma opinião quanto ao tema:

*“Na prática, tem se percebido (...) é comum à identificação de certames exclusivos com itens desertos, fracassados ou cotas exclusivas com preços muito superiores aos da cota principal, entre outros motivos, pela inexistência de um ambiente competitivo real entre microempresas e empresas de pequeno porte, para a disputa de respectiva pretensão contratual. A isso tudo, some-se o problema de contratação de empresas de pequeno porte em contratações para as quais elas não possuem efetivas condições de suportar as nuances da contratação com o Poder Público.”*

Tais problemas práticos que a Administração vem vivenciando é um perigosíssimo sinal de alerta, uma vez que o desabastecimento de medicamentos e insumos hospitalares é fato **capaz de matar** pacientes que deles necessitam.



A deserção, o fracasso e a inexecução contratual – na área de saúde – são situações que representam **danos irreparáveis**.

O Professor *Ronny Charles Lopes de Torres*<sup>5</sup> insiste no alerta:

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

O que se tem observado na prática é que as ME/EPPs não têm acesso a insumos hospitalares de qualidade e também não conseguem valores vantajosos e competitivos junto aos fabricantes.

Outro ponto a ser observado na ponderação do problema é o **custo do processo de licitação**. É que a deserção, o fracasso e a inexecução implicam a necessidade de um retrabalho.

Inclusive, o TCU tem posicionamento de que a licitação que restou deserta **DEVE SER REPETIDA** ou justificada a inviabilidade de sua repetição, nos termos do art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/1993:

*Art. 24. É dispensável a licitação:*

*(...)*

---

<sup>5</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de Licitações Públicas comentadas / Ronny Charles Lopes de Torres, - 9ª. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.



*V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;*

Certamente, a deserção e o fracasso são situação indesejáveis que geram desperdício de dinheiro público, tendo em vista o custo administrativo do procedimento licitatório. O Instituto Negócio Público, no ano de 2015, fez estudo econômico interessantíssimo acerca do custo médio de uma licitação. Vejamos:

- i.** A identificação da necessidade de bens ou serviços tem um custo de R\$ 1.051,51;
- ii.** A análise e aprovação de aquisição somam um custo de R\$ 726,99;
- iii.** O custo da realização de pesquisa de mercado de valores e quantidade é de R\$ 2.561,07;
- iv.** A determinação da modalidade e projeto básico ou termo de referência custam R\$ 2.095,44;
- v.** A elaboração de minuta do edital, contrato e publicação custam R\$ 3.954,17;
- vi.** O custo da abertura de propostas e habilitação dos interessados em ato público é de R\$ 1.475,27; e
- vii.** A verificação nas conformidades do edital, adjudicação e homologação, e publicação do resultado custam R\$ 2.487,35.



Ou seja, para o ano de 2015, tem-se que o processo de licitação custa em média R\$ 14.351,50. Repetindo o mesmo estudo no ano de 2018, chegou-se ao valor de R\$ 16.171,96.

Há importante estudo feito pela Controladoria Geral da União – CGU (2017)<sup>6</sup>, o qual apontou que 85% dos órgãos federais são deficitários nas compras por pregão, haja vista que o custo administrativo para realizar a disputa é maior que a economia final da aquisição.

Ante todo o exposto, é preciso considerar o próprio **princípio da dignidade humana**, uma vez que os consideráveis riscos advindos do tratamento favorecido de ME/EPPs nas contratações públicas da área da saúde são arcados única e integralmente pelo paciente que se encontra internado nos leitos e que necessitam de medicamentos e insumos médicos **adequados, eficazes e disponíveis** ao seu tratamento. Certamente, o desabastecimento pode significar a morte de muitos, razão pela qual a melhor alternativa – especificamente em relação à saúde pública – é sempre oportunizar a ampla competição de quaisquer interessados.

- **Sugestão de motivo para tomada de decisão:**

*O tratamento jurídico favorecido e diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte, seja através de reserva de cota do objeto em até 25% (art. 48, inc. I), seja através da licitação exclusiva (art. 48, inc. III), não se mostra adequado para fins de aquisição de insumos médicos, medicamentos e equipamentos hospitalares, sendo preferível a realização da disputa sob a ampla competição de quaisquer interessados.*

*Ressalta-se que a natureza e a finalidade do objeto de licitação na área da saúde são temas sensíveis que – geralmente –*

---

<sup>6</sup> Nota Técnica nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc.pdf/view>. Acesso em 03.03.2022.



*afetam principalmente o próprio paciente que carece e tem o direito ao acesso do serviço público eficiente e eficaz, sobretudo.*

*Logo, a consecução de políticas públicas não pode ser tomada como um valor absoluto que deve ser cumprida às custas sacrificiais de outro valor relevante para a sociedade: a saúde.*

*A própria legislação de referência aplicável ao caso, qual seja: Lei Complementar nº 123/2006 e Decreto Federal nº 8.538/2015, possui mecanismos de ponderação que auxiliam o gestor público na tomada de decisão, permitindo o afastamento do tratamento favorecido em situações específicas que justificam a inviabilidade de se aplicar os institutos da susodita política de desenvolvimento econômico das ME/EPPs.*

*Nesse sentido, a Advocacia Geral da União (AGU), em 22/01/2020, emitiu o **PARECER REFERENCIAL nº 00003/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU** orientando o MINISTÉRIO DA SAÚDE a não aplicar o tratamento jurídico favorecido às ME/EPPs no âmbito de compras públicas destinadas ao setor de saúde.*

*O parecer em questão foi devidamente aprovado pelo DESPACHO nº 00174/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU e DESPACHO nº 00186/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU.*

*Também é mister observar que não há no Brasil empresas produtoras e fabricantes aptas a serem enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, sendo certo que boa parte delas tem sede comercial no exterior inclusive. Nesse sentido, também não há que se falar e resta prejudicado os objetivos almejados pelo tratamento diferenciado das ME/EPPs esposados no art. 1º do Decreto nº 8.538/2015: Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual - MEI e sociedades cooperativas, nos termos do disposto neste Decreto, com objetivo de: (Redação dada pelo Decreto nº 10273, de 2020)*

*I - promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional;*

*II - ampliar a eficiência das políticas públicas; e*

*III - incentivar a inovação tecnológica.*

*Ora, se não há o atingimento de nenhum dos objetivos acima especificados pela própria legislação, **não há sentido algum lançar mão de instrumento de política pública da LC 123/06 nos casos de aquisição de insumos médicos, medicamentos e equipamentos hospitalares, uma vez que restará estéril quanto à expectativa que se pretende**, pois, sabe-se, que as indústrias e fabricantes são empresas de grandíssimo porte econômico e não necessitam de nenhum incentivo previsto no Estatuto das ME/EPPs.*

*Outro importante motivo que também justifica o afastamento da restrição competitiva do certame em prol de ME/EPPs é o **risco de desabastecimento** – que infelizmente é problema corriqueiro em solo nacional – e provém justamente da incapacidade logística e comercial de pequenas empresas, o que gera invariavelmente **a desertão, o fracasso***

*e a própria inexecução contratual, frustrando toda a expectativa da própria Administração Pública quanto à efetiva aquisição de itens que irão promover a saúde pública.*

*Assim sendo, com fundamento no art. 49, inc. III, da Lei Complementar nº 123/2006 (alterado pela Lei Complementar nº 147/2014), a restrição da competitividade do certame em relação à pretensão administrativa de aquisição de insumos médicos, medicamentos e equipamentos hospitalares, não se mostra vantajoso para Administração, sendo certo que representa ainda prejuízo ao conjunto/complexo do objeto a ser contratado.*

## DOS REQUERIMENTOS E PEDIDOS

---

Diante de todo o exposto, **REQUER-SE** o recebimento da impugnação e sua **TOTAL PROCEDÊNCIA**, com efeito de retificação do Edital para fins de não se aplicar o *tratamento jurídico favorecido e diferenciado das ME/EPPs, especificamente quanto à exclusividade da licitação e à reserva de cota (até 25%)*, conferindo a oportunidade de participação a todo e qualquer interessado.

REQUER-SE, outrossim, **replicação do Edital**, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme art. 21, §4º da Lei de Licitações nº 8.666/1993.

Respeitosamente, pede-se o deferimento.

Goiânia, 27/09/2022



**Gabriel Gomes B. O. Lima**  
OAB/GO 35.944



**Rodrigo Santiago S. de Paula**  
OAB/GO 43.134

