

ILMO. SR. PREGOEIRO JOÃO LUÍZ DINIZ NOGUEIRA, RESPONSÁVEL PELO PREGÃO ELETRÔNICO Nº019/2015 E EQUIPE DE APOIO DA EMPRESA MARANHENSE DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA - EMAP.

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 019/2015 - EMAP.
TIPO DE LICITAÇÃO: MENOR PREÇO.**

HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA., pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ nº 63.554.067/0001-98, com sede em Fortaleza, Estado do Ceará, situada na Avenida Heráclito Graça, nº 406 – Bairro: Centro, futura participante da licitação em epígrafe, vem por intermédio de seu representante legal infra firmado, apresentar **PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO** ao Instrumento Convocatório nº019/2015 - EMAP, com fulcro no art.18 do Decreto-Lei nº 5.450/05 e item 3.1 do Edital, pelos fatos e fundamentos aduzidos.

INTRÓITO

Cumpre estabelecer, inicialmente, que a Licitação é um procedimento administrativo prévio a todos os contratos da Administração, devendo tal procedimento ser a regra e não a exceção. Encontrando, fundamentação legal no art.37, inciso XXI da Carta Magna. Ressalta-se, que o objetivo da licitação é a busca da proposta mais vantajosa dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com o Poder Público, bem como garantir a isonomia das contratações públicas.

A modalidade ora escolhida para a realização deste certame foi o Pregão Eletrônico com o escopo de ampliar a competitividade e consequentemente aumentar as oportunidades de participação e ter como resultado a redução de despesas, contratando com quem oferecer a proposta mais vantajosa que atenda aos anseios desejados pelo Poder Público.

A referida modalidade licitatória consiste na análise do menor preço, através de seleção da melhor proposta, seguida de lances, onde todos os atos, tanto os da Administração Pública quanto dos interessados, se dão com a utilização da Tecnologia da Informação, utilizando a Internet como meio. O Decreto nº 5.450/05 ampliou o uso desses recursos, ou seja, todo o procedimento do pregão eletrônico foi adaptado de forma que todas as comunicações aconteçam por meio eletrônico, prestigiando os princípios da publicidade e da transparência.

Por essas razões faz-se necessário que as alegações aqui expostas sejam analisadas, processadas e sejam dadas publicidade. Caso, as mesmas não sejam acolhidas, que sejam motivadamente respondidas, com observância ao Direito Constitucional de Petição, disposto na Carta Magna. Assim, vale mencionar os ensinamentos do doutrinador José Afonso da Silva. Vejamos:

"É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação."

DA TEMPESTIVIDADE DO PEDIDO IMPUGNAÇÃO



O Pedido de Impugnação, ora apresentado, é cabível por estar em consonância com a legislação pertinente à matéria e tempestivo com fulcro no art.18 do Decreto-Lei nº 5.450/05 e item 3.1 do Edital.

É cediço, que o prazo para o Pedido de Impugnação é de até o segundo dia útil que antecede a abertura dos envelopes de habilitação, ou seja, dois dias úteis antes da data fixada para a abertura do Certame.

Conforme o ensinamento do Doutrinador Jorge Ulisses Jacoby, orienta que: “A contagem do prazo para a impugnação se faz com a observância da regra geral do art.110 da Lei Federal nº 8.666/93, tendo por termo inicial a data estabelecida para o da apresentação da proposta”.

No caso apresentado, a data de abertura do referido certame está marcada para o dia 17/08/2015. Logo, o referente Pedido de Impugnação é **TEMPESTIVO**, devendo ser apreciado.

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO:

1. DO QUANTITATIVO DE REDE PARA PARTICIPAÇÃO NO CERTAME

Pode ser vislumbrado no item 11 – OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA, na letra “k” do Anexo I do Edital às seguintes exigências:

11. OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

(...)

k. Manter em sua rede credenciada, no estado do Maranhão, na cidade de São Luís, no mínimo:

- 03 (três) hospitais de referencia com classificação hospitalar como sendo de primeira linha de atendimento;

- 03 (três) laboratórios de análises clínicas;

- 01 (uma) clínica ou hospital especializado em materno infantil com UTI neonatal;

• Os hospitais terão que disponibilizar não só uma variedade de especialidades como também UTI e UI.

No mesmo sentido na Cláusula Quarta, parágrafo terceiro do Anexo IV do Edital repetem

as mesmas exigências, anteriormente, transcritas.

Observa-se com a leitura dos dispositivos acima epigrafados, que o edital não é razoável quanto à exigência do quantitativo de hospitais e laboratórios na Cidade de São Luís. O que se constata, com a leitura dos dispositivos acima, é que não houve adoção de algum parâmetro lógico e coerente para a exigência de 03 (três) hospitais de referência com classificação hospitalar como sendo de primeira linha de atendimento e 01 (uma) clínica ou hospital especializado em materno infantil com UTI neonatal. Além, de serem exigidos, também, 03 (três) laboratórios de análises clínicas, na cidade acima referida.

Se, por exemplo, adotarmos como referência, as recomendações legais da Organização Mundial de Saúde orientam que para o atendimento de uma população com mil habitantes são necessários 2,5 leitos. Logo, partindo da mesma proporção, um único hospital, por exemplo, em São Luís, que possua 03 (três) leitos, atenderia o quantitativo de **aproximadamente** 550 beneficiários, podendo esse número sofrer redução de 25%, conforme disposto no item 6 BENEFICIÁRIOS do Anexo I do Edital.

Restando, assim, evidente que não houve um critério, um estudo prévio ou quiçá observância nos dispositivos da OMS, para a exigência acima estipulada. Restando, assim, caracterizada que tal exigência foi discricionária, sem adoção de critérios objetivos e, tendo, por sua vez, como consequência a restrição do caráter competitivo do Certame.

Na concepção do Doutrinador Hely Lopes Meirelles, o ato discricionário “são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha seu conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e seu modo de realização”.

Contudo, é relevante ressaltar, que a discricionariedade como poder da Administração, deve ser exercida consoante **determinados limites**, não se constituindo em opção arbitrária para o gestor público. Logo, deve ser esclarecido que a discricionariedade é diferente de **arbitrariedade**. Onde, a primeira, é a liberdade para atuar, para agir DENTRO DOS LIMITES DA LEI, enquanto a segunda é a atuação do administrador além (fora) dos limites da lei, **SENDO, ASSIM, ILEGAL, ILEGÍTIMO E INVÁLIDO**.

No caso em apreço, as exigências supramencionadas, em relação a um quantitativo desproporcional de hospitais e laboratórios foram impostas de forma discricionária e desrespeitando o princípio da ampla competitividade e da isonomia. Sendo dessa forma, tais cláusulas, ILEGAIS e

INVÁLIDAS, pois NÃO ADOTARAM critérios legais que, estabelecessem parâmetros lógicos e proporcionais, sendo consideradas nulas de pleno direito. Dessa forma, tais itens impossibilitam que prováveis licitantes possam comparecer ao certame, apresentando suas redes de atendimento com expertise e respaldo no mercado. Ficando demonstrando, **total cerceamento na participação dos licitantes, pois as exigências supramencionadas são desproporcionais a necessidade daquele universo aproximado de usuários. Confrontando, dessa forma, os princípios norteadores do procedimento licitatório, qual seja: lisura, ampla disputa, busca da proposta mais vantajosa, isonomia, legalidade,** dentre outros.

Nesse mesmo sentido, o art.37, XXI da Constituição Federal estabelece que, em licitações não é admitido cláusulas restritivas à participação dos interessados. Vejamos:

“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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”. (*grifo nosso*).

Esta disposição é, taxativamente, imposta no art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93, vejamos:

“É vedado aos agentes públicos 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 objeto do contrato”. (...).

Logo, por disposição Constitucional e Legal, resta claro, que as únicas exigências que a Administração **PODE** fazer aos interessados são aquelas indispensáveis e razoáveis ao cumprimento do contrato, sob pena de violação do Princípio da Competitividade e, conseqüentemente, tornando-se ilegal.

No mesmo sentido, o art. 3º da Lei 8.666/93 dispõe que:

“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.”. (*grifo nosso*).

Adverte-se, ainda, que o quantitativo exagerado de Hospitais e laboratórios impossibilita que Operadoras sérias, mesmo possuindo rede com qualidade e cobertura de atendimento, possam concorrer ao certame. Ficando evidente, no caso exposto, que tal indicação restringe o caráter competitivo do certame.

É cediço e ratificado por lei, que possíveis exigências em Editais **não podem ir além do estritamente necessário à obtenção do objeto desejado pelo Poder Público**. Entendimento esse, ratificado pelo Doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12º Edição, Editora Dialética, Vejamos:

“A Lei ressalva a liberdade para a Administração definir as condições da Contratação Administrativa. Mas, simultaneamente, estrutura o procedimento licitatório de modo a restringir a discricionariedade em determinadas fases ou momentos específicos.”

Contudo, vale ressaltar, que a exigência de um número superior de hospitais e laboratórios a real necessidade da população beneficiada, acima referida, impossibilita que a Administração possa ter um maior número de participantes no processo licitatório, na qual, certamente, atenderia as necessidades dos beneficiários da EMAP e, finalmente, do Poder Público. Restando demonstrado, que tais itens, confrontam os ditames legais, norteadores da lei de licitação.

Nesse diapasão, a formulação de exigências exorbitantes que restringem indevidamente a participação dos interessados foi analisada pelo doutrinador Marçal Justen Filho. Vejamos:

“A Administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar alta complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento. Especialmente em virtude da regra constitucional (art.37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública.”.

Assim, tal exigência de participação, limita consideravelmente, o número de participantes, sendo, portanto, um desrespeito aos princípios constitucionais e legislação pertinente, devendo serem abolidas neste edital.

Nesse contexto, sabido é, o entendimento, já ratificado, pelos Tribunais Superiores, onde menciona que o objetivo da licitação é a busca da promoção da ampla disputa e interesse público. Devendo tais princípios, serem harmônicos e não conflitantes.

Com efeito, cumpre ressaltar, que a Resolução Normativa nº295 da ANS impõe, taxativamente, o dever da operadora, garantir o atendimento dos beneficiários aos serviços e procedimentos definidos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS para aqueles que aderirem ao Plano de Saúde. Desta forma, não faria sentido, a Administração Pública com objetivo de contratar Plano de Saúde exigir um quantitativo acima da orientação disposta pela OMS, já que a lei garante atendimento ao usuário. Sendo, ainda, cediço que a Resolução Normativa nº295 garante, legalmente, o atendimento do beneficiário na hipótese de indisponibilidade ou inexistência de prestador na Região. Em outras palavras, caso houvesse inexistência quantitativa do prestador do serviço naquela região, restaria garantido o atendimento nas regiões limítrofes. Vejamos:

Art. 5º Na hipótese de inexistência de prestador, seja ele integrante ou não da rede assistencial, que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir atendimento em: (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

I - prestador integrante ou não da rede assistencial nos municípios limítrofes a este; ou (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)
II - prestador integrante ou não da rede assistencial na região de saúde à

qual faz parte o município. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

§ 1º Na inexistência de prestadores nas hipóteses listadas nos incisos I e II deste artigo, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitados os prazos fixados no art. 3º.

Desta forma, tal exigência do Edital, é **INCONGRUÊNTE E ILEGAL**, devendo desta forma, serem **EXCLUÍDAS**, sob pena de frustrar o caráter competitivo e lisura do certame.

No mesmo sentido, a Especialista Fernanda Marinela, em sua obra *Direito Administrativo*, 7ª Edição, dispõe que: o Termo de Referência e seus anexos deve conter: “(...) a indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, **VEDADAS ESPECIFICAÇÕES** que, por excessivas ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a sua realização (...).”.

Ficando o questionamento: Por que uma exigência tão desproporcional se existe garantia de atendimento, legalmente prevista em lei? Considerando, também, que se trata de um quantitativo aproximado de usuários.

Compartilhando o mesmo entendimento, vale mencionar a lição do Mestre Marçal Justen Filho, em sua consagrada obra *“Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos”*, vejamos:

‘Por outro lado, não se pode ignorar a determinação constitucional de que as exigências deverão ser mínimas possíveis. Quando a CF/88, no art.37 inc. XXI, determinou que as exigências seriam mínimas possíveis, isso significou submissão da Administração à limitação inquestionável. **Não cabe à administração ir além do mínimo necessário à garantia do interesse público. Logo, não se validam exigências que, ultrapassado o mínimo, destinam-se a manter a Administração em situação “confortável”. A CF/88 PROIBIU ESSA ALTERNATIVA.**’.

“Pode-se afirmar que, em face da Constituição, o mínimo necessário à presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório.”.

“LOGO, TODA VEZ QUE FOR QUESTIONADA ACERCA

DA INADEQUAÇÃO OU EXCESSIVIDADE DAS EXIGÊNCIAS, A ADMINISTRAÇÃO TERÁ DE COMPROVAR QUE ADOTOU O MÍNIMO POSSÍVEL. Se não for possível comprovar que a dimensão adotada envolvia esse mínimo, a Constituição terá sido infringida.”.

“SE A ADMINISTRAÇÃO NÃO DISPUSER DE DADOS TÉCNICOS QUE JUSTIFIQUEM A CARACTERIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA COMO INDISPENSÁVEL (MÍNIMA), SEU ATO SERÁ INVÁLIDO. NÃO CABERÁ INVOCAR COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA E TENTAR RESPALDAR O ATO SOB O ARGUMENTO DE LIBERDADE DE APURAÇÃO DO MÍNIMO. É claro que a referência constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável – não àquilo que parece ser o mínimo objetivamente comprovável – não àquilo que parece ser o mínimo em avaliação meramente subjetiva de um agente.”. (in ob. Cit., 5ªed., ver. E ampl. Pág.284). (*grifo nossos*).

Frente aos ensinamentos doutrinários acima, e o que preceituam os dispositivos legais que versam sobre a nulidade de exigências desproporcionais e desarrazoadas, sem um critério lógico e legal nas cláusulas editalícias, infere-se, com bastante facilidade, que deve ser adotada exigências mínimas nos Editais, de modo a privilegiar a interpretação dos aspectos fáticos, normativos e legais a ampla competitividade no certame licitatório e o alcance do objetivo buscado pelo Poder Público.

Deste modo, após a leitura de todo exposto, associado com os posicionamentos do TCU e OMS faz-se necessário que tais exigências **SEJAM RETIRADAS** do corpo editalício e da Minuta do Contrato, já que tais cláusulas são desproporcionais e ilegais. Afetando, assim, na elaboração da proposta de preço, no caráter competitivo e na licitude do certame.

DOS PEDIDOS

Ante ao exposto, requer que seja julgada, TOTALMENTE, procedente a impugnação suscitada, já que tal exigência fere o princípio da legalidade e lisura do Certame e influencia diretamente na elaboração da proposta de preço.

Devendo-se **SUSPENDER** a data de abertura do certame, pelo fato do atual edital encontrar-se eivado de vícios e, uma vez, retificado influenciará na licitude do certame e, consequentemente na participação dos possíveis interessados e, na elaboração de Proposta de Preço.

Observando-se, contudo, a remarcação do prazo e o intervalo mínimo legalmente exigido.

Nesses Termos, pede deferimento.

Fortaleza (CE), 13 de Agosto de 2015.

Roberta Siebra de Pontes
HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.
Dra. Roberta Siebra de Pontes
Gerente Jurídica de Licitações
OAB/CE nº 30.924