

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

REF: TERMO DE REFERENCIA Nº 0112/2023

Infere-se da impugnação apresentada argumentos para questionar o Termo de Referência nº 0112/2023, quais sejam:

1. Exigência do Cadastro Nacional de Estabelecimentos em Saúde:

Resposta: = Se a empresa estiver desobrigada da apresentação de quaisquer documentos solicitados deverá comprovar esta condição por meio de certificado expedido por órgão competente ou legislação em vigor. (Cláusula 8.6).

2. Licença Sanitária e Alvará de funcionamento da Empresa:

Resposta: Se a empresa estiver desobrigada da apresentação de quaisquer documentos solicitados deverá comprovar esta condição por meio de certificado expedido por órgão competente ou legislação em vigor. (Cláusula 8.6).

3. Cooperativas, documentação específica:

Resposta: Os requisitos previstos no TR são suficientes para a análise da Instituição.

4. Cooperativas, documentação específica:

Resposta: Documentos afetos a capacidade técnica da pessoa jurídica, documentos exigidos pelo edital, e demais documentos da empresa e seus funcionários devem ser entregues no momento da habilitação no processo de concorrência, podendo em momento posterior, ser apresentados somente os documentos listados no Anexo III.

Diante disso, recebemos o presente pedido de impugnação, contudo, a AEBES mantém a decisão, conforme razões expostas, vez que restou constatada a regularidade dos atos praticados.

Vitória – ES, 27 de dezembro de 2023.

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA
BENEFICENTE ESPÍRITO SANTENSE

Termo de Referência/Processo de contratação nº 0112/2023.

VITTARE GESTÃO EM SAÚDE E IMAGEM., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 29.165.137/0001-88, com endereço na Av. Iguaçu, nº 157, 12º, sala 201 –, Curitiba/PR, CEP 080.240-031 doravante denominada, doravante denominada Impugnante ou VITTARE, vem, respeitosamente, por meio de seus Advogados ao final subscritos¹, com endereço eletrônico intimacoes@gmslaw.com.br, e endereço físico impresso em rodapé, meios em que recebem intimações e notificações, com base no item 9 do Edital, apresentar a presente

IMPUGNAÇÃO

ao Processo de Contratação nº 112/2023, requerendo seu regular recebimento e julgamento.

Salienta-se, desde logo, que a presente Impugnação é tempestiva, tendo em vista que o prazo de dois dias úteis anteriores a abertura do certame encerrar-se-á em 22/12/2023, data em que o presente instrumento restará devidamente apresentado, de modo que deve ser devidamente julgado e processado.

I. Síntese dos fatos:

1. O Processo de contratação nº 0112/2023 possui como objeto a “contratação de empresa especializada na prestação de serviços para gestão do setor de diagnóstico por imagem, com fornecimento de mão de obra médica e técnica qualificada, além de todos os equipamentos para realização dos seguintes exames: tomografia, angiotomografia, raio-x, ultrassonografia, ecodoppler”

¹ Anexo 1: Procuração e Contrato Social.



2. Ocorre que, da leitura das cláusulas editalícias, o que se observa é uma exigência que impede a continuidade do certame nos termos existentes, ante a completa incompatibilidade entre si, além de vícios insanáveis, que merecem ser imediatamente corrigidos.

II. Fundamentos:

3. Inicialmente, será demonstrada a impossibilidade de exigência do Cadastro Nacional de Estabelecimentos em Saúde – CNES, conceituando e explicando sua finalidade, **com base em posicionamento uníssono do próprio MINISTÉRIO DA SAÚDE.**

4. Em um segundo momento, restará comprovada a irregularidade constante do certame cinge quanto a exigência de apresentação de Licença Sanitária, levando em conta que é completamente incongruente com a natureza dos serviços prestado.

5. Na sequência demonstrar-se-á a impossibilidade da exigência de apresentação ode documentos dos profissionais que prestarão os serviços para fins de habilitação.

6. Por fim, demonstrar-se-á a impossibilidade da participação de cooperativas, nos termos constantes do termo de referência.

7. É o que passa a expor.

II.i. Empresas de prestação de serviços médicos que não se enquadram no conceito de Estabelecimento de Saúde:

8. Conforme se denota do Processo em seu Item “8.2, VI” exige-se para fins de qualificação técnica que as licitantes apresentem comprovação de regularidade junto ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos em Saúde – CNES:

8.2. Qualificação Técnica:



VII. Cópia do Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde – CNES;

9. Ocorre, no entanto, que a ora Impugnante **não está sujeita a inscrição no CNES**. Em realidade, sequer é possível referida inscrição, de modo que a exigência de atestados de capacidade técnica atrelados ao CNES para fins de habilitação é incongruente, devendo ser imediatamente reformada, conforme será explicitado.
10. O Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) é oriundo da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.646, de 02 de outubro de 2015, institui o qual é definido por referida legislação como documento público e **sistema de informação oficial de cadastramento de informações** de todos os estabelecimentos de saúde no país, independentemente da natureza jurídica ou de integrarem o Sistema Único de Saúde (SUS).
11. Sua finalidade é (i) **cadastrar e atualizar as informações** sobre estabelecimentos de saúde e suas dimensões, como recursos físicos, trabalhadores e serviços; (ii) **disponibilizar informações** dos estabelecimentos de saúde para outros sistemas de informação; (iii) **ofertar para a sociedade informações** sobre a disponibilidade de serviços nos territórios, formas de acesso e funcionamento; e (iv) **fornecer informações** que apoiem a tomada de decisão, o planejamento, a programação e o conhecimento pelos gestores, pesquisadores, trabalhadores e sociedade em geral acerca da organização, existência e disponibilidade de serviços, força de trabalho e capacidade instalada dos estabelecimentos de saúde e territórios.
12. Conforme se vê, o CNES não passa de um sistema de informação, destinado a coletar dados pertinentes a estabelecimentos de saúde, e fornecê-los à sociedade.
13. Nessa linha, o art. 3º, II, assim define Estabelecimento de Saúde como “espaço físico delimitado e permanente onde são realizadas ações e serviços de saúde humana sob responsabilidade técnica”.
14. Em linhas gerais, portanto, Estabelecimento de Saúde é o espaço físico permanente onde serão prestados os serviços de saúde.



15. No caso em tela, tem-se de maneira muito clara que os serviços de saúde a que se almeja a contratação serão prestados nas unidades pertencentes à ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPIRITO-SANTENSE:

O presente Termo de Referência tem por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços para gestão do setor de diagnóstico por imagem, com fornecimento de mão de obra médica e técnica qualificada, além de todos os equipamentos para realização dos seguintes exames: tomografia, angiotomografia, raio-x, ultrassonografia, ecodoppler, eco sob estresse e ecocardiograma, bem como a coordenação do setor de imagem, nas dependências do Hospital Estadual de Urgência Emergência (HEUE) através de prestação de serviços especializados, de forma contínua (24 horas por dia).

16. Nos termos do art. 7º da Portaria em voga, “o cadastramento e a manutenção dos dados cadastrais no CNES são de responsabilidade de cada estabelecimento de saúde, através de seus responsáveis técnicos ou responsáveis administrativos”.

17. Em assim sendo, tem-se que:

- i) o CNES é um sistema informacional para gestão de dados, pertinente a execução contratual;
- ii) a responsabilidade para cadastramento e manutenção dos **dados é do Estabelecimento de Saúde**, através de seu responsável técnico e administrativo;
- iii) estabelecimento de Saúde é o local físico onde os serviços de saúde são executados que, no caso em voga, trata-se de unidades pertencentes à ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPIRITO-SANTENSE:

18. Diante disso, é completamente incongruente exigir das empresas licitantes a apresentação de inscrição do CNES, uma vez que não se enquadram no conceito de estabelecimento de saúde.

19. Para que não sobre dúvidas, a Impugnante informa que, por enfrentar diversas vezes editais que constam a previsão ora atacada, solicitou ao MINISTÉRIO DE SAÚDE, órgão responsável pela formalização da portaria do CNES, para que se manifestasse acerca da temática, obtendo assim a seguinte resposta²:

5. Empresas que realizam serviço, como fornecimento de profissionais para atuação em estabelecimento de saúde, de fato, não devem receber numeração no CNES, por não se tratar de um estabelecimento de saúde, mas uma empresa do ramo da saúde.

² Anexo 2: Manifestação Ministério da Saúde.



20. Ou seja, de acordo com o próprio MINISTÉRIO DA SAÚDE, responsável pela instituição do CNES, expôs que para a prestação dos serviços ora objeto do presente certame **não devem estar inscritas junto ao CNES**, visto que não são estabelecimento de saúde, mas sim empresa do ramo da saúde.
21. Em assim sendo, é evidente que as empresas de natureza da Impugnante, e das demais licitantes, estão desoneradas da inscrição perante o CNES, restando totalmente irregular a exigência de Cadastro para fins de habilitação.
22. Há de se destacar que, para além do próprio posicionamento do MINISTÉRIO DA SAÚDE, outro não é o posicionamento do MUNICÍPIO DE CURITIBA, local onde encontra-se sediada a Impugnante, bem como da vasta jurisprudência acerca da temática³.
23. Não se está aqui a olvidar a importância e necessidade do CNES, mas apenas indicando que a licitante sequer tem condições de obter referida documentação, tornando a cláusula totalmente desnecessária, além de indevidamente restritiva de competitividade.
24. Assim manutenção da exigência, portanto, é manifestamente ilegal, haja vista que incompatível com a própria função do cadastro de estabelecimentos de saúde.
25. Outrossim, denota-se que tanto pelo posicionamento do MINISTÉRIO DA SAÚDE, responsável pela formulação da portaria que regulamenta o CNES, quanto pelo posicionamento pacífico da jurisprudência e dos municípios responsáveis pela expedição de referida documentação, resta demonstrada a impossibilidade da cobrança da documentação em questão para fins de participação de certame os quais tem por objeto a mera prestação de serviços de saúde de forma terceirizada.

³“Objetivando o certame a contratação de empresa terceirizada com vistas ao fornecimento de mão-de-obra especializada para a prestação de serviços médicos, e não se enquadrando a agravante no conceito de estabelecimento de saúde previsto no artigo 3º, II, Portaria nº 1.646/2015, revela-se descabido exigir-lhe, para fins de participação no certame, inscrição no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES, tal como consta da cláusula 2.1.3.1.2 do Edital nº 673/2022, sob pena de evidente restrição à competitividade do processo licitatório, em afronta ao artigo 3º, § 1º, I, Lei nº 8.666/93.” TJRS – AI 5042097-17.2023.8.21.7000/RS – Rel. Min. Arminio José Abreu de Lima Costa – Dje 22/03/2023



II.ii. Ilegalidade da exigência apresentação de licença sanitária:

26. Conforme se denota do referido processo em seu Item “8, V” exige-se das licitantes, para fins de qualificação técnica, a comprovação de Licença Sanitária de sua sede:

8.2. Qualificação Técnica:

V. Cópia autenticada da Licença Sanitária atualizada e Alvará de funcionamento da empresa;

27. Referida exigência é, além de desnecessária, incongruente. Isso porque, conforme já exposto, o próprio edital prevê que os serviços contratados serão realizados junto ao Hospital Estadual de Urgência e Emergência (HEUE) gerido pela Associação Evangélica Beneficente Espírito-Santense conforme consta expressamente:

O presente Termo de Referência tem por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços para gestão do setor de diagnóstico por imagem, com fornecimento de mão de obra médica e técnica qualificada, além de todos os equipamentos para realização dos seguintes exames: tomografia, angiotomografia, raio-x, ultrassonografia, ecodoppler, eco sob estresse e ecocardiograma, bem como a coordenação do setor de imagem, nas dependências do Hospital Estadual de Urgência Emergência (HEUE) através de prestação de serviços especializados, de forma contínua (24 horas por dia).

28. Evidente que todos os serviços contratados serão prestados nas dependências disponibilizadas pela referida Associação, não sendo necessário, por parte das licitantes, disponibilização de qualquer local para prestação dos serviços.

29. Ora, se os serviços serão prestados no HEUE, dentro dos estabelecimentos predeterminadas no edital, a requisição de alvará sanitário consiste em exigência flagrantemente impertinente e ilegal, que restringe desnecessariamente a competitividade do certame.

30. A contratação em questão é de uma empresa que forneça profissionais, **e não que forneça o local para prestação de serviços médicos.**

31. Tanto é assim, que a sede da Impugnante, empresa de atuação tradicional na área, é um escritório administrativo, e não um hospital, clínica, ou estabelecimento de saúde propriamente



dito, na medida em que jamais precisou ou pretendeu atender pacientes ou prestar serviços médicos em sua sede.

32. O art. 30 da Lei nº 8.666/93 estabelece o rol exaustivo de possíveis exigências relativas à qualificação técnica de licitantes:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.”

33. Da simples leitura dos dispositivos legais supratranscritos se depreende que a mencionada exigência não poderia ter sido feita. Vale dizer, é flagrantemente ilegal a exigência de “*Licença Sanitária*” como requisito de qualificação técnica, eis que não se enquadra em nenhuma das situações previstas na lei.

34. Veja-se que o fato de a lei ter estabelecido rol exaustivo do que pode ser exigido se prestou a justamente reduzir a discricionariedade da Administração e impossibilitar exigências impertinentes e inadequadas.

35. É o que ensina MARÇAL JUSTEN FILHO ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/93:

“A Lei nº 8.666 disciplinou de modo minucioso a matéria da qualificação técnica. Um dos caracteres mais marcantes da Lei nº 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação.

(...)

A Administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar 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. A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas. Para evitar dúvidas acerca da validade das



exigências, a Lei nº 8.666 introduziu regras impondo limites à discricionariedade administrativa.”⁴

36. Como se disse, a atividade em questão, consistente no fornecimento aparelhagem e de mão de obra médica e técnica qualificada nas dependências do HEUE, não demanda a apresentação de licença sanitária, **uma vez que tal exigência só faria sentido se os serviços fossem efetivamente prestados na própria sede da licitante, o que não é o caso.**

37. Nesse sentido, importa asseverar que o rol de exigências previsto no artigo 27 e detalhado nos artigos 28 a 31 da Lei nº 8.666/93 é um rol máximo, e não mínimo.

38. Dessa forma, a Administração Pública não pode exigir documentos que não constam na relação legal, tampouco está obrigada a exigir todos os lá contidos. É nesse sentido a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.”⁵

39. Ainda, a manutenção da mencionada exigência viola também o comando contido no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, que veda 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 específico objeto do contrato*”.

40. Reitera-se, que a própria Constituição Federal estabelece, no art. 37, XXI, que nas licitações só serão permitidas exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 491. *Grifamos e sublinhamos.*

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 401. *Grifamos e sublinhamos.*



41. Nessa toada, MARÇAL JUSTEN FILHO assevera que “não se pode ignorar a determinação constitucional de que as exigências deverão ser as mínimas possíveis”. Prossegue:

“Logo, sempre 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 na apuração do mínimo. É claro que a referência constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável – não àquilo que parece ser o mínimo em avaliação meramente subjetiva de um agente.

A adoção de condições de participação desvinculadas do objeto contratual pode desembocar na invalidade. São inválidas, primeiramente, as condições não necessárias. Isso se passa naqueles casos de exigências que ultrapassam os requisitos mínimos exigíveis do interessado em formular uma proposta.”⁶

42. Na mesma linha, é a jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:

1. Consiste em irregularidade, por infringência ao art. 37, inciso XXI, *in fine*, da Constituição Federal, **demandar das licitantes condições de qualificação despropositadas e dispensáveis para a garantia da execução do objeto pretendido.**⁷

43. Simplesmente não faz sentido, muito menos é necessário, relevante ou pertinente, exigir-se Licença Sanitária da sede da licitante **enquanto os serviços serão prestados nas dependências do HEUE**

44. Nesta toada, a única Licença Sanitária necessária para a execução do objeto deste certame é o do local da prestação dos serviços, ou seja, dos estabelecimentos predeterminados pela municipalidade onde serão de fato prestados os serviços.

45. Assim, a Impugnante está em perfeitas condições de atender ao objeto do certame e, para tanto, não precisa (assim como nenhuma empresa que poderá eventualmente ser credenciada), definitivamente, possuir Licença Sanitária.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 461. *Grifamos e sublinhamos*.

⁷ TCU – Acórdão nº 566/2006 – Plenário – Rel. Min. Marcos Vileça – DJe. 19/04/2006.



46. Dessa forma, pugna-se, desde logo, pela supressão da cláusula 8, V do edital, ante sua manifesta irregularidade.

II. iii. Exigência indevida de capacidade técnico-profissional para fins de habilitação:

47. A sistemática da Lei nº 8.666/93 prevê dois tipos de qualificação técnica que podem constar em editais. Estas são de capacidade técnico-operacional, ou, ainda, de capacidade técnico-profissional.

48. À medida que a capacidade técnico-operacional é pertinente à demonstração que a empresa licitante já executou objeto semelhante ao da contratação, a de natureza técnico-profissional consiste na comprovação de que a empresa possui, em seu quadro de colaboradores, profissionais suficientemente capacitados para a prestação do serviço.

49. Quanto à diferenciação dos institutos, leciona MARÇAL JUSTEN FILHO:

“A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública. (...) Por outro lado, utiliza-se a expressão **‘qualificação técnica profissional’** para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de **profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração.**

Em síntese, **a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante** (ou contratada pela Administração Pública)”⁸.

50. A jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO aponta para a mesma diferenciação:

“A capacidade técnico-operacional (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a capacidade técnico-profissional (art. 30, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), uma vez que a primeira considera aspectos típicos da pessoa jurídica, como instalação, equipamentos e equipe, enquanto a segunda relaciona-se ao profissional que atua na empresa.”⁹

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 693-694. (*Grifamos*)

⁹ TCU – Acórdão 927/2021 – Plenário – Relator: Ministro Augusto Nardes – DJe 28/04/2021.

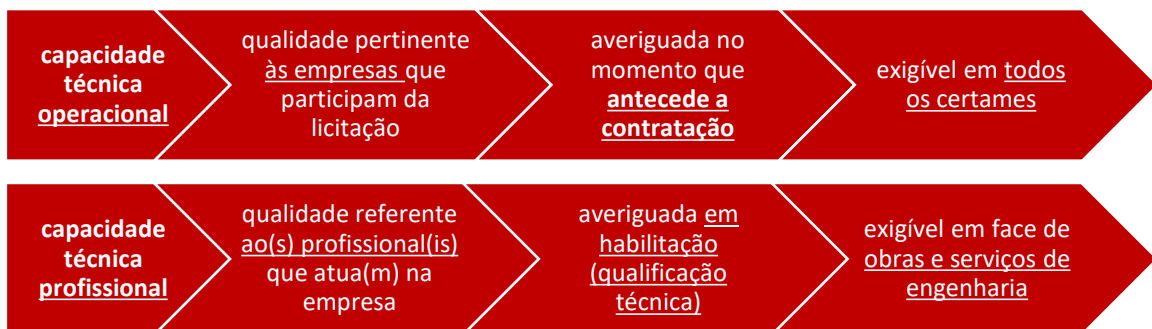


51. Para além de mera distinção conceitual, resta evidente que existe diferença de carácter procedimental quanto à averiguação dos requisitos de qualificação técnica dentre essas duas modalidades.

52. Isto é, a capacidade técnico-profissional se relaciona a elementos estritamente atinentes à execução do objeto contratual, mormente no que se refere ao quadro profissional da empresa licitante, na forma das pessoas físicas que efetivamente executarão o objeto contratual.

53. Por consequência, a capacidade técnico-profissional pode ser averiguada tão somente em momento posterior à habilitação, e não como condição para esta. Na hipótese de que referido critério temporal não seja observado, podem ser originados custos desnecessários para participação no certame, e, conseqüentemente, ocasionar em restrição indevida à competitividade da licitação.

54. A partir disto, decorre a seguinte lógica:



55. Todavia, em sentido oposto ao posicionamento jurisprudencial e doutrinário acima demonstrados, o Edital em comento se baseia em capacidade técnico-profissional para fins de qualificação exigida como condição de habilitação, e não de contratação. Nessa esteira, o Edital equivocadamente requer a apresentação documentação específica relativa aos profissionais que prestariam os serviços previstos no instrumento convocatório.

56. Isso se vislumbra a partir do conteúdo das Cláusulas 8.2.IX do Processo:



- XI. Apresentar ainda, a seguinte documentação: Documentos pessoais dos profissionais médicos a serem apresentados:
- a) Cópia da Carteira do CRM/CPF/RG dos profissionais que irão atuar na Unidade;
 - b) Cópia do Comprovante de residência dos profissionais que irão atuar na Unidade (para cadastro no CNES);
 - c) Fichas do CNES preenchidas – Entregar original;
 - d) Ficha para cadastro no Sistema MV preenchida – Entregar original;
 - e) Cópias dos diplomas (graduação e especialização) dos profissionais que irão atuar na Unidade;
 - f) Cópia do contrato social com a última alteração;

57. Da leitura da Cláusula, extrai-se que, para fins de qualificação técnica, o Edital demanda Atestado de Saúde Ocupacional dos profissionais em específico que a licitante irá empregar nos serviços realizados no âmbito do certame. Ou seja, o instrumento convocatório requer que as empresas licitantes já possuam em seu quadro profissionais aptos a conduzir a execução contratual.

58. De todo modo, revela-se manifestadamente inviável com que licitantes já possuam profissionais na especialidade, condição e localização necessários para a execução do contrato, em momento anterior à habilitação. Dessa forma, seria excessivamente custoso, sob uma perspectiva econômica, com que licitantes precisassem obter profissionais para a execução do contrato sem sequer saber se irão, efetivamente, se sagrar vencedores da licitação.

59. Dessa maneira, cria-se uma condição desvantajosa à competitividade do certame. Isto, uma vez que a exigência de quadro profissional imediatamente apto, em momento anterior à habilitação, limita a participação no certame a empresas que já possuem atuação consolidada na localidade e especialização dos serviços previstos no Edital.

60. Em razão dessa exigência, restam essencialmente excluídos do certame aqueles licitantes que, apesar de não deterem requisitos técnicos ao momento da abertura da sessão, teriam plena capacidade de cumprirem tais condições caso se sagssem vencedores do certame, e consequentemente, possuíssem a certeza econômica quanto à prestação do objeto editalício.

61. Portanto, cabe em fase de habilitação tão somente requisitar do licitante **apresentação de declaração de cumprimento da referida exigência para a execução contratual**, ou seja, mera declaração de que irá disponibilizar corpo técnico que cumpra integralmente o requisito de Titulação de Anestesiologia, exigido pelo Edital.



62. Assim, desnecessária a apresentação de documentação de todos os profissionais a prestarem serviços nas dependências da contratante para fins de habilitação.

63. É essa a exegese do art. 30, §6º e §10º, da Lei 8.666/93:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e **pessoal técnico especializado**, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, **serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade**, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

(...)

64. Conforme se vê, a capacitação técnico-profissional fica condicionada à **declaração de disponibilidade de pessoal técnico especializado**. É vedado, portanto, que o gozo de condição ou vinculação específica da licitante seja alçado como critério de **habilitação**.

65. Resta nítido que a comprovação de capacidade técnica é destinada, tão e somente, às **pessoas jurídicas efetivamente prestadoras do serviço**. Em sentido oposto, no entanto, o que se observa da exigência editalícia impugnada é que são exigidas qualificações técnicas específicas de seus profissionais que irão prestar os serviços, ao invés da pessoa jurídica a qual está participando do certame.

66. Ora, se é a **empresa** que deve demonstrar sua capacidade operacional, por qual razão a qualificação técnica de ser relacionados aos seus profissionais?

67. Não restam dúvidas de que a comprovação de Capacidade Técnica é destinada, tão e somente, às **pessoas jurídicas prestadoras do serviço**. Em sentido oposto, no entanto, o que se observa da exigência editalícia impugnada é que são exigidas qualificações técnicas específicas dos profissionais a realizarem os serviços.

68. Referida exigência é completamente desnecessária, e vai em sentido contrário à determinação de que só serão admitidas exigências **indispensáveis** para a execução do objeto contratual.

69. Nesse sentido, a jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:



“3.4.a exigência contida no subitem 13.4.2 do Edital, da indicação nominal de profissionais de nível superior distintos para cada lote da licitação, bem como pertencentes ao quadro permanente da empresa proponente, com vínculo comprovado mediante cópia da Carteira Profissional de Trabalho ou por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, como requisito indispensável para sua habilitação, **impõe ônus antecipado às proponentes sem a correspondente garantia de que o participante venha a ser vencedor do certame, com prejuízo ao princípio da competitividade, afrontando o disposto no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, bem como a jurisprudência do TCU** (v.g. Acórdãos nºs 481/2004; 1.094/2004; 26/2007; 126/2007, todos do Plenário; Acórdão nº 2.178/2006-1ª Câmara; Acórdão nº 2.561/2004-2ª Câmara)”¹⁰

70. Ao mesmo tempo, ela restringe sobremaneira a competitividade, vez que permite a participação apenas de licitantes que tenham atestados de capacidade técnica com uma forma específica, que não é imposta pela legislação.

71. De mais a mais, requisitar indicação dos profissionais atrelados a licitante desvirtua a própria essência da necessidade de comprovar a capacidade técnica da empresa, na medida em que as exigências em comento não dizem respeito às licitantes, mas sim aos profissionais que estão atrelados a esta, porém, não estarão diretamente vinculados em termos obrigacionais ao contrato a ser firmado entre as partes.

72. Dessa forma, evidente a irregularidade da exigência constante nos itens em comento, que condiciona a habilitação das licitantes a apresentação de documentos de todos os profissionais médicos os quais atuarão na Unidade.

II.iv. Indevida permissão de participação de cooperativas:

73. Superada a demonstração das irregularidades supracitadas, destaca-se que a possibilidade de participação de cooperativas, da maneira que está disposta no Edital, viola a consolidada jurisprudência pátria sobre o tema.

74. Isso porque não são exigidos no instrumento convocatório documentos específicos desse tipo associativo, que invariavelmente devem ser apresentados visando evitar a propulsão

¹⁰ TCU - Acórdão 1396/2012 – Plenário - Relator: Ministro Raimundo Carreiro - Julgado em 06/06/2012. (*Grifamos*)



de fraudes através das benesses que gozam as cooperativas. Assim sendo cabe destacar o disposto em edital:

2. DA PARTICIPAÇÃO

2.1 Poderá participar desta licitação qualquer Empresa legalmente constituída, especializada no ramo, desde que satisfaça às exigências deste edital e devidamente cadastradas no site www.bllcompras.org.br; observado o que dispõe o art. 199, § 1º da CF/88.

75. Não se está aqui a olvidar a possibilidade de participação das Cooperativas e Consórcios em certames de contratação pública, mas sim a ausência de documentações indispensáveis para essa participação.

76. A Lei nº 12.690/12 regula as Cooperativas de Trabalho, definindo-as como “*a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho*”.

77. Em síntese, trata-se da livre associação de trabalhadores visando uma finalidade comum. É nesse cenário que vigoram nas cooperativas de trabalho a necessidade de **proveito comum, autonomia e autogestão**.

78. Diante da própria essência do cooperativismo, inclusive, esse tipo associativo goza de benesses de ordem tributária e trabalhista.

79. Ocorre que, justamente visando a captação dessas benesses, não são raros os casos de constituições de Cooperativas de Trabalho de “fachada”, que não dotam da essência do cooperativismo e não passam de meras intermediadoras de mão-de-obra.

80. Ao mesmo tempo, o art. 5º, da Lei nº 12.690/12, é expresso ao dispor que “*a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada*”.

81. Do mesmo modo, a jurisprudência do e. TCU consolidou-se no sentido de que, na seara das contratações públicas, constitui **erro grosseiro** a contratação de cooperativas de trabalho que exercem a função de mera intermediadora de mão-de-obra:



“Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - LINDB) a contratação de cooperativa nos casos em que, pelas características do serviço a ser executado, atue como mera intermediadora de mão de obra.”¹¹

82. O art. 17, §2º, do mesmo diploma legislativo, ao seu turno, dispõe que a intermediação de mão-de-obra resta **presumida** quando não vislumbrada “*uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio participante*”.

83. É nesse sentido que, a fim de evitar a consecução de fraudes, através de contratações pela administração pública de cooperativas que não passam de meras intermediadoras de trabalho, documentações específicas de cooperativas devem ser exigidas nos certames licitatórios.

84. Nessa linha, a Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017– que regula o procedimento de terceirização na administração pública – assim dispõe em seu art. 10:

“Art. 10. A contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar:

I - a possibilidade de ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os cooperados; e

II - que a gestão operacional do serviço seja executada de forma compartilhada ou em rodízio, em que as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços e as de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada ou aleatória, para que tantos quanto possíveis venham a assumir tal atribuição.

§ 1º Quando admitida a participação de cooperativas, estas deverão apresentar um modelo de gestão operacional que contemple as diretrizes estabelecidas neste artigo, o qual servirá como condição de aceitabilidade da proposta”.

85. Conforme se vê, é indispensável para análise da aceitabilidade da proposta das cooperativas a apresentação de um **modelo de gestão operacional**, com detidos critérios de sua validade. Nesse sentido:

¹¹ TCU – Acórdão 610/2021 – Plenário – Rel. Min. Aroldo Cedraz – J. 12/04/2021.



“É recomendável que nas licitações em que seja admitida a participação de cooperativas, as empresas públicas exijam a apresentação, **como condição de aceitabilidade das propostas, de modelo de gestão operacional, bem como realizem análise, nas contratações, das regras internas de funcionamento contidas nos atos constitutivos de sociedades cooperativas, para evitar eventual desvirtuação ou fraude**, nos moldes das disposições contidas nos arts. 10, § 1º, e 11, respectivamente, da IN-Seges/MP 5/2017”.¹²

86. Insta destacar que a concretização de contratações de cooperativas de trabalho fraudulentas, que operam apenas como intermediadoras de mão-de-obra, ensejam na responsabilização dos agentes públicos envolvidos no certame, conforme já visto alhures.

87. Ao mesmo tempo, a ausência da única documentação passível de dar maior segurança nessa espécie de contratação apenas reforça o sancionamento futuro a ser operado.

88. Nessa linha, patente a ilegalidade na ausência de estabelecimento da exigência de apresentação de detalhado **modelo de gestão operacional** por parte das Cooperativas interessadas na execução do objeto licitado, que deve contar com detidos critérios de análise.

89. Sendo assim, caso não se entenda pela própria supressão da possibilidade de participação de associações cooperativas, requer-se desde logo que seja instituída a obrigatoriedade de apresentação de **modelo de gestão operacional** por parte das licitantes que adotam esse modelo associativo, com a eleição de critérios de análise do modelo.

III. Pedidos

90. Ante todo o exposto, e sempre respeitosamente, requer-se o acolhimento da presente impugnação, com a supressão das exigência constantes dos itens 4.1. III e 8.2. VI, VII, XI. vez que ilegais e desnecessárias.

Nesses termos,
Pede-se deferimento.

Curitiba/PR, 22 de dezembro de 2023.



CONRADO GAMA MONTEIRO



RAMON CAVALCANTE TRAUZYNSKI

¹² TCU – Acórdão 2777/2017 – Plenário – Rel. Ministra Ana Arraes – J. 06.12.2017





**GAMA
MONTEIRO**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

OAB/PR 70.003

Luiza Furtado
LUIZA CASTRO FURTADO
OAB/PR 107.698

OAB/PR 97.413

Igor Chermack
IGOR CHERMACK
OAB/PR 119.165

Curitiba – PR

Rua Padre Anchieta, 2348
23º Andar, Bigorriho
CEP 80730-000
☎ +55 (41) 3779-4949

São Paulo – SP

Avenida Paulista, 2421
1º andar, Bela Vista
CEP 01311-300
☎ +55 (11) 3254-7515

