

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO DE SAÚDE E ASSISTÊNCIA DO
MUNICÍPIO DE CAÇAPAVA – FUSAM**

**PROCESSO Nº. 185/2023
PREGÃO ELETRÔNICO Nº: 003/2023**

**OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS MÉDICOS DE CLÍNICA MÉDICA E PRONTO SOCORRO ADULTO NA
FUNDAÇÃO DE SAÚDE E ASSISTÊNCIA DO MUNICÍPIO DE CAÇAPAVA - FUSAM**

SHM CONSULTORIA, GESTAO E SERVICOS EM SAUDE LTDA, nome fantasia **SHM BRASIL** inscrita no CNPJ sob o n.º 37.041.841/0001-57, Av. Cassiano Ricardo, nº 601 Salas 161 e 163 | Jardim Aquarius, no município de São José dos Campos/SP, neste ato representada por seu administrador o Sr. **MARCOS SATTELMAYER AGUIAR JUNIOR**, portador da cédula de identidade nº 26.233.459-8, inscrito no CPF nº 282.783.698-01, infra assinado, tempestivamente, vem, com fulcro No art. 109, §3º da Lei nº 8666/93, à presença de Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao instrumento convocatório, demonstrando os motivos e fundamentação a seguir articuladas:

Requer-se, desde já o recebimento da presente **IMPUGNAÇÃO**, na forma prevista em lei, com seu encaminhamento à autoridade competente para a devida apreciação, requerendo a total e completa procedência

PRELIMINARMENTE

Em primeiro plano, sobre o direito de petição, a RECORRENTE transcreve ensinamento do professor José Afonso da Silva, em sua obra “Direito Constitucional Positivo”, ed. 1.989, página 382:

“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”.

Também o renomado Mestre Marçal Justen filho, “in” Comentários à [Lei de Licitações](#) e Contratos Administrativos, 8ª ed., pág. 647 assim assevera:

“A Constituição Federal assegura, de modo genérico, o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a), como instrumento de defesa dos direitos pessoais, especialmente contra atos administrativos inválidos. Além disso, a Constituição assegura a publicidade dos atos administrativos (art. 37) e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inc. LV).”

Assim, requer a RECORRIDA que as razões aqui formuladas sejam devidamente autuadas e, se não acolhidas, o que se admite apenas e tão somente “ad argumentandum”, que haja uma decisão motivada sobre o pedido formulado.

DO OBJETO DO PREGÃO

Trata-se de procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico, cujo critério de julgamento é menor preço global, contratação de empresa especializada para prestação de serviços médicos, conforme descrito no edital e seus anexos, que trazem as especificações do objeto licitado.

Contudo, referido Edital deve ser reparado, uma vez que possui incorreções e impropriedades, a fim de evitar futuras nulidades e, omissões, que podem ocasionar prejuízo ao interesse público e aos princípios que devem nortear o procedimento licitatório.

MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar que a Impugnante comunga dos melhores esforços para promover a correta aplicação dos princípios de direito público, especialmente para fins de exigir que a vinculação ao instrumento convocatório seja aplicada em sua íntegra.

Contudo, ao passo que no presente certame traz consigo cláusulas que comprometem a disputa, a Administração fica inviabilizada de analisar uma oferta extremamente vantajosa em sua técnica e preço, uma vez que é omissivo quanto a alguns impedimentos necessários a contratação de empresas idôneas.

DA AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE OS E COOPERATIVA

Inicialmente, observa-se que Edital, elencou as condições para participação do certame não prevendo vedação a participação de Cooperativas e OS.

Há aqui uma clara necessidade de vedação a participação de Organizações Sociais no presente certame, haja vista que o objeto licitação não se trata de um Contrato de Gestão e sim, de um Contrato de Prestação de Serviços Médicos, o que ultrapassa a finalidade das Organizações Sociais prevista na Lei.

Nesse sentido, a Lei nº 9.637/ 98, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências, consigna desde logo os estreitos limites de atuação destas instituições:

“Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como Organizações Sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas **atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico**, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.”

Assim, nos termos da legislação de regência, que define o rol de atividades elegíveis à celebração do contrato de gestão de serviços, as organizações sociais devem ter suas atividades voltadas para a promoção de atividades de pesquisa e ensino, também àquelas executadas na área da saúde, sempre com esteio em contrato de parceria com o ente público.

Nessa esteira, o entendimento já consignado pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1406/2017;

“Não obstante a similitude entre a natureza jurídica da organização social (OS) e a da organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), há distinções entre esses dois entes paraestatais que conduzem a soluções diversas, no que

se refere a participação em licitações promovidas pela Administração Pública.

Organização Social também é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que obtém qualificação, nesse caso do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social. Entretanto, suas atividades são voltadas para as áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º da Lei 9.637/1998). À exceção da proteção e da preservação do meio ambiente, essas áreas têm em comum, além do inquestionável interesse público, o fato de que os serviços correspondentes não são privativos do Poder Público e são executados com frequência por particulares, com intuito lucrativo.

O vínculo de cooperação entre o Poder Público e a OS é estabelecido por meio de contrato de gestão, que discrimina atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, para a atingimento das metas coletivas de interesse comum nele previstas, através da colaboração público-privada.

[...]

contrato celebrado após ser sagrada vencedora em certame licitatório, desde que os serviços, em todos os casos, estejam inseridos entre as atividades que se pretende fomentar, listadas no contrato de gestão”.

Consoante se extrai do Acórdão, com as premissas contidas na Lei Federal nº 9.637/98, para qualificação das organizações sociais, tem-se que a execução de serviços médicos, não está inserido em contrato de gestão a qual permita a contratação de Organizações Sociais e, não encontram consonância com a finalidade que fundamenta a criação das OS's e, tampouco podem ser considerados como inclusos no rol taxativo previsto na legislação.

Na mesma linha, é o entendimento do Tribunal de Contas do estado de São Paulo:

Não obstante, é importante alertar a Administração que, via de regra, esta Corte **vem considerando imprópria em licitações da espécie a participação de associações e cooperativas, consoante exemplificado pelo recente julgamento dos processos n.ºs 11994.989.19-2 e 12039.989.19-9**, em Sessão Plenária de 05/06/2019, sob minha relatoria. **(TC-015383.989.20-9.)**

Em igual sentido, o edital se equivocou ao permitir a participação de cooperativas no presente certame.

Cabe ressaltar que, uma interpretação conjunta das normas vigentes conduz à conclusão de que o ordenamento jurídico, veda a contratação de cooperativas, **nas situações que exijam a formação de vínculo de subordinação entre os profissionais alocados para a execução dos serviços e a cooperativa, o que permite verificar que a Lei nº 12.690/12 pode ser interpretada de modo a indicar a existência de uma regra e de uma exceção, como se verá a seguir.**

É exatamente esse o presente caso. Por diversas passagens do instrumento convocatório é possível depreender claramente que a equipe que prestará o serviço será subordinada à futura contratada, devendo está última, inclusive, contratar os profissionais com vínculo CLT organizar plantões e permitir férias e disponibilizar um preposto para gerir cada uma das especialidades.

A figura do preposto, que deve ter participação em tempo integral, é indispensável para a adequada execução e acompanhamento dos serviços, cabendo a ele verificar, acompanhar e orientar o serviço pela equipe a ele subordinada, prestar as informações solicitadas pelos gestores do Contrato, bem como zelar pelo comportamento adequado da equipe, pelo uso correto do crachá de identificação e uniformes, e cumprimento das normas atinentes ao serviço e do Município.

Em razão disso, considerando a natureza do serviço a ser executado, o supervisor desempenhará ainda o papel de interlocutor entre a Contratante e o Contratado, zelando pela

adequada prestação dos serviços e comportamento da equipe em todos os seus aspectos, o que pressupõe o controle de jornadas, ausências, substituições, inadequações comportamentais.

Uma vez exposta a situação fática, relevante lembrar que Lei nº 12.960/12, em seu art. 5º, prevê:

“A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada”

Nessa senda, importante observar o que prevê a Súmula 281, do Tribunal de Contas da União que dispõe sobre a vedação de cooperativas em licitação:

SÚMULA Nº 281 É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.

Farta ainda é a jurisprudência da Corte de Contas da União, no mesmo sentido:

“É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.”(Acórdão nº 1815/2003-Plenário e Acórdão nº 307/2004-Plenário)

“Defina, quando da realização de licitações para contratação de mão-de-obra terceirizável, a forma pela qual o labor será executado com supedâneo em contratações anteriores. **Se ficar patente que essas atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, deve o edital ser expresso (e fundamentado) quanto a esse ponto, o que**

autorizará a vedação à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão- de-obra, de acordo com entendimento firmado no Acórdão nº 1815/2003 – Plenário – TCU”. (Destacamos.)

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento quanto a impossibilidade de participação de cooperativas em casos de subordinação dos funcionários:

“A Corte Especial pacificou entendimento segundo o qual é inadmissível a participação de cooperativas em processos licitatórios para contratação de mão de obra quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de subordinação, ante os prejuízos que podem advir para a Administração Pública caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame e não cumpra suas obrigações. (grifamos) Precedentes. 3. Recurso especial provido. (REsp. nº 2010/0140662-4.

- Relatora: Ministra Eliana Calmon - Publicação em 29/10/2012).

E o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo acerca da vedação de participação de cooperativas, conforme decisões proferidas por esta Colenda Corte nos processos TC-016794.989-4 e TC-016855.989-19.0, cuja ementa ora se transcreve:

“Representações contra o edital do Pregão Presencial n.º 28/2019, Processo Administrativo n.º 000.918, objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços médicos para a atenção básica da Secretaria da Saúde. EMENTA: EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL. COOPERATIVAS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. JULGAMENTO ANTERIOR. PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1. **Conforme reconheceu a própria Origem, a tornar o ponto incontroverso, é necessário, para se adequar plenamente ao julgamento desta Casa nas representações anteriores, que seja consignada expressamente a proibição de participação de**

cooperativas. 2. Por extrapolar o rol taxativo do artigo 30 da Lei de Licitações, imprescindível a exclusão da exigência de fornecimento, para fins de aferição da qualificação técnica, de “Contrato de Prestação de Serviços ou as Notas Fiscais de Prestação de Serviços”.

A razão para essa vedação pauta-se no fato de que a disciplina das cooperativas violaria pilar basilar do Direito do Trabalho (art. 3º, da CLT). Nesse conflito de interesses e valores, direito das cooperativas x diretriz para a formação das relações de trabalho, prevaleceu o segundo, pois relaciona-se com direito constitucional fundamental.

Nesse sentido, com o máximo respeito, verifica-se que toda a legislação de regência é uníssona quanto a impossibilidade de contratação de cooperativa de trabalho quando o objeto do procedimento licitatório puder ser executado com autonomia E sem vínculo de subordinação entre a empresa contratada pela Administração e os funcionários por ela disponibilizados para prestação de serviços

Pelo exposto, com lastro nos posicionamentos levantados, verifica-se, com o máximo respeito, que o Edital está em desconformidade com as disposições legais e em desatendimento com as orientações da Egrégia Corte de Contas da União, devendo ser retificado de maneira a vedar a contratação de cooperativas e organizações sociais para execução do objeto da presente licitação.

DA OBRIGATORIEDADE DE APRESENTAR BALANÇO DO ÚLTIMO EXERCÍCIO SOCIAL

Tal solicitação fere o princípio da ampla concorrência e cerceia o direito de participação dos licitantes uma vez que empresas que possuam menos de um ano de atividade não terão Balanço do último exercício social, nesse sentido solicitamos que seja incluído uma cláusula conforme descrita abaixo:

As empresas que possuam menos de um ano de atividade deverão apresentar Balanço Patrimonial e Demonstrações de Resultados do Exercício referentes ao período de suas operações, na forma da Lei nº 6.404/76 e da Resolução nº 686/90, do Conselho Federal de Contabilidade.

DO PEDIDO

DIANTE DO EXPOSTO, requer-se que seja esta impugnação recebida, processada, conhecida e acolhida integralmente, ao final, julgando provido, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, com efeito **SUSPENSIVO** a esta Impugnação, adiando-se a sessão designada, sob a pena de nulidade, por questão de inteira **JUSTIÇA!**

No mérito, sejam acolhidos integralmente os fundamentos apresentados, para que seja realizada a readequação do instrumento licitatório, com devolução do prazo para elaboração das propostas e redesignação de nova sessão, a partir da publicação da retificação do edital isento dos vícios apontados.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação mantenha sua decisão e, na hipótese não esperada de isso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei n.º 8.666/93, observando-se ainda o disposto no § 3º do mesmo artigo.

Nestes Termos

P. Deferimento

São José dos Campos, 30 de agosto de 2023

SHM CONSULTORIA, GESTAO E SERVICOS EM SAUDE LTDA

MARCOS SATTELMAYER AGUIAR JUNIOR

RG Nº 26.233.459-8 - CPF nº 282.783.698-01