



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Agência Estadual de Fomento

Ao

Sr. Pregoeiro,

1. Considerando os 2 pedidos de impugnação formulados pela empresa **Instituto de Previdência e Assistência Odontológica Ltda. - INPAO**, recebidos em 03/12/2021, conforme docs SEI (nº 25733440 e 25733639), observou-se que, o 1º pedido de impugnação não continha nenhum arquivo, logo não há, obviamente, nada a ser analisado. Quanto ao 2º pedido de impugnação a requerente solicita retificação do contido no item 12.3 do Termo de Referência (Anexo I do Edital) no que diz respeito às exigências técnicas de rede credenciada mínima por especialidade com zoneamento territorial, em razão de que, segundo a impugnante, tal obrigação é restritiva ao objetivo do certame, macula a isonomia das partes, afetaria a elaboração da proposta de preços, livre concorrência e a licitude do certame. A impugnante requer, ainda no 2º pedido de impugnação, que as exigências contidas no Anexo I, do item 12.3 do Termo de Referência possam ser cumpridas até a data de assinatura do contrato.

2 Primeiramente, a respeito da exigência de Rede Credenciada e localidades, cabe reforçar que o prazo para a cabal demonstração de cumprimento da Rede Credenciada exigida no item 12 do Termo de Referência – TR (Anexo I do Edital) está disposto no item 12.5.4 do instrumento convocatório, bem como no item 12.1 do TR, os quais transcrevemos a seguir:

EDITAL:

*“12.5.4 Para fins de comprovação de qualificação técnica, **como condição obrigatória à assinatura do contrato**, deverá ser comprovada rede credenciada mínima, conforme abaixo:*

*a) A pretensa **CONTRATADA** deverá comprovar que possui a Rede Credenciada/Referenciada descrita nos itens 12.3, 12.3.1 e 12.4 do presente Termo de Referência.”*

TERMO DE REFERÊNCIA:

“12.1 Como condição indispensável à assinatura do contrato, a empresa vencedora da licitação deverá apresentar a comprovação de que possui Rede Credenciada, cujo credenciamento deverá ocorrer diretamente com a operadora, em âmbito nacional.”

2.1 Sobre esse assunto, cabe ressaltar que existem algumas decisões do Tribunal de Contas da União, referentes à contratação de vale refeição, cuja fundamentação parece se aplicar perfeitamente à hipótese, as quais colacionamos abaixo:

“(…) o momento adequado para a exigência de apresentação da rede credenciada é quando da contratação, concedendo ao licitante vencedor prazo razoável para tanto, de forma a garantir uma boa prestação do serviço sem causar qualquer prejuízo à competitividade do certame. (...)”. (Acórdão nº 212/2014 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

“(…) A exigência de apresentação da rede credenciada, no fornecimento de vale refeição, deve ser efetuada no momento da contratação e não na ocasião da apresentação de proposta, de forma a garantir a adequada prestação dos serviços, sem comprometer a competitividade do certame. (...)”.

(Acórdão nº 686/2013 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

“(…) A comprovação de rede credenciada, em licitação para a contratação de serviço de administração e gerenciamento de auxílio-alimentação, deve ser exigida na fase de contratação e não como condição de qualificação técnica. (...)” (Acórdão n.º 2962/2012-Plenário, TC-040.371/2012-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 31.10.2012).

“(…) a jurisprudência deste Tribunal reputa como indevida a exigência de apresentação de rede credenciada de estabelecimentos para fins de habilitação no certame, podendo ser exigida tão somente na fase de contratação, concedendo-se ao licitante vencedor prazo razoável para seu cumprimento (ex vi dos Acórdãos 686/2013, 1.194/2011 e 307/2011, todos do Plenário). Do contrário, haveria a imposição de ônus financeiro e operacional desarrazoados às licitantes (...) verifica-se que se mostra razoável o prazo estipulado para a apresentação da relação de postos credenciados, já que geralmente para assinatura do contrato decorre algum tempo após a realização do pregão, somando ainda a esse intervalo o período de 10 dias, para que o licitante vencedor apresente rede credenciada de forma a garantir uma boa prestação do serviço sem causar qualquer prejuízo à competitividade do certame (...)” (Acórdão n.º 1556/2014-Segunda Câmara, TC-040.371/2012-3, rel. Min. Ana Arraes).

2.2 Assim, conforme disposto na minuta editalícia, a data limite para a comprovação de atendimento da Rede Credenciada é a data da contratação, não se constituindo, portanto, em obrigação relativa ao exame da habilitação do arrematante. Tal lapso temporal amplia a competitividade do certame, privilegiando a obtenção de preços e condições mais vantajosas, e permitindo com que interessados, que não detinham a Rede Credenciada determinada no edital no momento da apresentação das propostas, possam demonstrar, em momento posterior (**na data da contratação**), o integral cumprimento das condições exigidas.

2.4 Dessa forma, conforme os Acórdãos supramencionados, bem como outras diversas decisões judiciais, é permitida a exigência de Rede Credenciada, desde que esta seja necessária à adequada prestação dos serviços, bem como o momento de sua comprovação não se restrinja à data da apresentação dos documentos de habilitação da arrematante ou data da apresentação de propostas, mas se limite a data da contratação, favorecendo um cenário de abrangente competição entre interessados.

3 Analisando o pedido de impugnação da requerente que solicita retificação do contido no item 12.3 do Termo de referência no que diz respeito às exigências técnicas de rede credenciada mínima por especialidade com zoneamento territorial, em razão de que, segundo a impugnante, tal obrigação é restritiva ao objetivo do certame, macula a isonomia das partes, afetaria a elaboração da proposta de preços, livre concorrência e a licitude do certame, tecemos as seguintes considerações:

3.1 Em primeiro lugar, ressalte-se que a impugnante referenciou a Lei Federal nº 8.666/1993 em vários aspectos de seu pedido, de modo que nos cabe promover uma adequada separação entre a referida Lei de Licitações e a Lei Federal nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

3.1.1 A AgeRio é instituição financeira de fomento, fiscalizada pelo Banco Central do Brasil – BACEN, sociedade de economia mista, cuja personalidade jurídica é de direito privado, dotada de orçamento empresarial próprio e autonomia administrativa e financeira, não mais devendo obediência à Lei Federal nº 8.666/93. Considerando ser a AgeRio uma entidade estatal, encontra-se enquadrada no Regime Jurídico estabelecido pela Lei Federal nº 13.303/2016, sendo esta norma a que rege suas licitações e contratações, além de seu Regulamento de Licitações.

3.2 Ademais, em momento algum a **AgeRio** restringiu a participação de licitantes através da exigência de rede credenciada mínima. Essa exigência visa ao interesse público, consubstanciado na proteção ao empregado da **AgeRio**, que deve ser beneficiado com amplo acesso ao serviço objeto do certame (o que legitima a exigência de rede credenciada mínima). Dessa forma, é plenamente lícito ao administrador público, utilizando-se de seu poder discricionário, circunscrito à legalidade estabelecer condições para a prestação do serviço que melhor atendam ao interesse público. Nesse sentido, foi o acórdão nº 542/2003, da 1ª Câmara do TCU.

3.2.1 A apresentação de rede credenciada nos termos sugeridos pela **AgeRio** é, assim, medida que se impõe. O que se quer evitar é a dissonância entre a rede de atendimento da licitante e a necessidade dos empregados da **AgeRio**, justamente para evitar uma situação real de atendimento insatisfatória,

sujeitando a futura contratada às penalidades previstas em lei. Tal fato poderia ensejar posterior rescisão contratual e até mesmo perda de todo o procedimento de licitação, desde a elaboração de Termo de Referência até a contratação propriamente dita, o que representa patente ofensa ao princípio da eficiência na Administração Pública.

3.3 Pois bem, com relação ao quantitativo mínimo de locais de atendimento (rede credenciada mínima), ainda que se aplicasse à hipótese a Lei nº 8.666/93, dever-se-ia atentar fundamentalmente para um aspecto de interpretação do comando normativo da Lei Federal. Ora, sustenta a impugnante que não se pode indicar no edital quantitativos mínimos de rede credenciada, com base no inciso II do *caput*, no inciso I, do § 1º, bem como dos §§ 5º e 6º, todos do artigo 30, da Lei nº 8.666/93.

3.4 Com efeito, as exigências relativas à capacitação técnica operacional da empresa licitante são explicitamente autorizadas pelo inciso II do já citado artigo 30, justamente o invocado pela impugnante. Essas exigências são de suma importância, uma vez que comprovarão que o interessado em participar do certame possui aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Além disso, a Lei 9.656/98, disciplina no inciso X, do artigo 16, que os contratos, regulamentos ou condições gerais dos planos privados de assistência à saúde deverão indicar com clareza a área geográfica de abrangência. Daí a exigência de rede credenciada mínima, nos locais definidos no edital.

3.5 Sobre o assunto, bem leciona Marçal Justen Filho^[1], “...se o objeto for uma ponte com quinhentos metros de extensão, não é possível que a Administração se satisfaça com a comprovação de que o sujeito já construiu uma “ponte” - eventualmente, com cinco metros de extensão.”

3.6 Se entendêssemos da forma que pretende a impugnante, invocando o § 5º, do artigo 30, da Lei de Licitações, acabaríamos por excluir a possibilidade de exigência técnica operacional, prevista no inciso II, tese defendida em tempos passados, porém, completamente afastada atualmente, inclusive pela jurisprudência do TCU, no Acórdão nº 421/2007, *in verbis*:

“Portanto, parece não haver dúvida de que é possível o estabelecimento de quantitativos mínimos para se aferir a capacitação técnico-operacional do licitante, sendo determinante na definição da grandeza adequada o atendimento do interesse público, o que, conforme já dito, pressupõe avaliação que não possui garantia de objetividade plena, como sói acontecer com os atos exercidos com certo grau de discricionariedade.”

3.7 Nesse diapasão, deve-se ter em conta que, ainda que a exigência de rede de atendimento em questão representasse uma certa restrição quanto ao número de licitantes aptos a participarem do certame, prejuízo maior adviria de sua supressão do texto do edital.

3.8 A ofensa legal apontada pela impugnante trata, nesse caso, de uma pseudoantinomia. De um lado a vedação, nos atos convocatórios, de cláusulas ou condições que restrinjam o caráter competitivo do certame, segundo norma insculpida no art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93. De outro lado, os princípios da eficiência e do interesse público. Obviamente, devem prevalecer os princípios em detrimento das regras, por representarem os pilares do nosso ordenamento jurídico. Logo, não há que se falar em uma real antinomia. Há muito já evoluiu a Teoria Geral do Direito, consagrando os ensinamentos do Prof. Daniel Sarmento, no sentido de que os princípios informadores do direito devem ser sopesados, podendo inclusive se sobreporem às normas de conteúdo direto.

3.9 Ainda que se considerasse a exigência ora impugnada como ofensa ao princípio da isonomia, segundo exegese fundada na utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deveriam prevalecer o princípio da eficiência e sobretudo o do atendimento ao interesse público, que é o corolário máximo da Administração Pública.

3.10 Nessa linha, leciona o i. Ministro Gilmar Mendes, do STF, ponderando acerca da necessidade de se verificar a proporcionalidade dos atos legislativos: “(...) a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade”^[2].

3.11 Na mesma toada, são os ensinamentos do Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: “outra questão diz respeito à possibilidade de exigir atestado, demonstrando a execução de uma certa quantidade de

objeto. Visa-se sobretudo aferir a chamada capacidade operativa, pois nem sempre quem realiza uma unidade de serviço é capaz de realizar o objeto requerido em uma licitação”[3].

3.12 Esse mesmo doutrinador confere destaque[4] ao Enunciado de Decisão nº 351/TCU, proferido no Acórdão 32/2003: *“A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal: art. 3º, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93).”*

3.13 Veja-se mais jurisprudência sobre o assunto:

“É válida a exigência de quantitativos mínimos a propósito da experiência anterior, desde que o aspecto quantitativo seja exigência essencial à identificação do objeto licitado”.

(Acórdão n.º2.993/2006, 2ª C., Rel. Min. Benjamin Zymler)

“(…) 3. Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos - vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização de obra -, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.

4. A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público.

5. Recurso especial não provido”.

(Resp nº. 295.806/SP, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 06.12.2005, DJ de 06.03.2006, p.275)

3.14 Saliente-se, inclusive, que a exigência de rede credenciada mínima é imprescindível em se tratando de se almejar uma abrangência geográfica tão extensa quanto a do Grande Rio, localidade de residência dos empregados da **AgeRio**. Sem uma rede extensa e abrangente, o corpo funcional que reside em pontos extremos da região, não seria adequadamente atendido.

3.15 Sendo assim, corroborando com todo o exposto, a área responsável pelo RH da AgeRio (Gerência de Controladoria – GECOL) elaborou atualização de alguns pontos (*análise das localidades de residência dos usuários, rede credenciada de outros planos odontológicos*) do estudo técnico efetuado em 2016 pela Agência, onde se avocou a responsabilidade por trazer aos autos os elementos de convicção que justificassem a escolha da rede credenciada estabelecida no Termo de Referência, baseado em critérios, fatos e argumentos razoáveis e adequados e que também foram utilizados na última licitação, que ora informamos:

a) Informações estatísticas do Conselho Federal de Odontologia - 2016, disponíveis em <http://cfo.org.br/servicos-e-consulas/dados-estatisticos/> relativamente às zonas 1 a 11, que são as mais populosas abrangidas pelo edital, atestam que há nessas áreas:

- 18.264 cirurgiões-dentistas/clínicos-gerais;
- 7.406 especialistas;
- 2.362 entidades prestadoras de assistência odontológica.

a.1) Com base nesses dados, é possível considerar coerente exigir, como rede credenciada mínima para essas áreas os seguintes números:

- 670 cirurgiões-dentistas/clínicos gerais;
- 690 especialistas;
- 8 clínicas de urgência 24 horas.

b) Utilizando como referência a população local para definir a amplitude da rede credenciada, foi feita uma pesquisa junto ao TST 2016 (Tribunal Superior do Trabalho) no endereço <http://www.tst.jus.br/documents/10157/268fbe4a-00cf-484d-b2e7-35d5911d66e5>, que revelou a existência de 169 clínicas credenciadas prestando serviços odontológicos ao tribunal apenas no Distrito Federal. Segundo dados do Conselho Federal de Odontologia, há em Brasília:

- 4289 cirurgiões-dentistas/clínicos gerais;
- 2.212 especialistas;
- 1.150 entidades prestadoras de assistência odontológica.

b.1) Comparando-se a população do Distrito Federal com a do Rio de Janeiro, os dados do IBGE/2016 trazem os seguintes números: 2.977.216 habitantes no DF contra 9.535.073 no Grande Rio (considerando Rio de Janeiro, Magé, Niterói, São Gonçalo, Nova Iguaçu e São João de Meriti – localidades de residência atuais dos empregados da AgeRio).

b.2) É de se observar que, não obstante a população do Rio de Janeiro ser mais de três vezes maior que a do Distrito Federal e que a relação de profissionais e clínicas de odontologia nessas localidades guardarem números de proporção semelhante, o TST têm credenciadas quase 15% das entidades prestadoras de assistência odontológica do Distrito Federal, cuja área geográfica, frise-se, é bem menor do que a do Rio de Janeiro.

b.3) Se fôssemos tomar como critério de razoabilidade o modelo do TST, é de se concluir que os números da rede credenciada da AgeRio poderiam, inclusive, ser incrementados.

c) Abordando o tema sob o prisma da diversidade de áreas (11 no Grande Rio e 7 no restante do Estado do Rio de Janeiro), os argumentos a seguir são capazes de justificar a exigência:

1. Segundo dados extraídos do Sistema Humanus de RH – 2021, tem-se que os empregados residem em 48 localidades diferentes, espalhadas pelo Grande Rio (Zonas 1 a 11 da tabela de especificação de serviços constante do TR), situação que, por si só, exige uma rede credenciada ampla e abrangente, de maneira que haja facilitação do atendimento aos empregados sem a necessidade de grandes deslocamentos.
2. A outra explicação reside no fato de que as viagens ao interior do Estado do Rio de Janeiro são constantes no dia a dia do corpo funcional, de maneira que a rede credenciada tem que ser robusta o suficiente para atender eventuais urgências durante esses destacamentos.

d) Uma breve pesquisa realizada na internet sobre a abrangência da rede credenciada dos planos odontológicos pesquisados, revelou empresas com amplas redes credenciadas, tais como: SulAmerica Odontológico, Odontoprev, Bradesco Dental, SempreOdonto, Interodonto, dentre outras.

e) Os números da rede credenciada exigidas no Item 12, do Termo de Referência Anexo ao Edital encontram-se pelos argumentos trazidos no presente despacho, justificados em critérios objetivos, quais sejam: análise das localidades de residência dos usuários, histórico de demandas, critérios populacionais, existência de empresa que afirma ser capaz de cumprir a exigência e o fato de constar como previsão no atual contrato.

f) Não obstante se tratar de contratação com abrangência nacional, a ênfase nas localidades

abrangidas pelas zonas 1 a 11 revela cuidado técnico pois é nessas regiões que se concentra todo o atendimento cotidiano, de forma que é esse o aspecto, não somente o menor preço, que deve ser ressaltado nas propostas.

g) Em que pesem todos os argumentos até aqui trazidos, a análise realizada em 2021 acerca dos locais de residência dos empregados da AgeRio, por outro lado, revelou que 57% do total do corpo funcional reside nas seguintes regiões: Zona Sul (38); Niterói/São Gonçalo (17); Jacarepaguá/Barra (9) e Tijuca (10).

h) A análise revelou que 41,86% (54) dos empregados residem nas zonas 1 a 5 e que apenas 3,87% (5) residem nas zonas 11 e, em que pese o fato de todo o Grande Rio necessitar estar abrangidas porque nenhum empregado (inclusive o futuro empregado), pode ter seu direito de amplo acesso a tratamento odontológico prejudicado, é bem verdade os números podem ser relativizados com base nessa constatação. Uma forma de relativizar está em, por exemplo, não se exigir para uma zona em que haja poucos empregados residentes o mesmo número de credenciados exigidos para uma zona com alta concentração de empregados residentes.

i) Conclui-se, portanto, que a tabela referente à especificação dos serviços por zonas está adequada às reais necessidades da AgeRio no seguinte sentido:

- Considerando que as zonas 1 a 5 comportam, não só a sede da AgeRio, local de trabalho de todos, mas também o local de residência da maioria dos empregados, os números, para essas zonas devem permanecer inalterados, com base nos argumentos já trazidos anteriormente.

- Como o número de empregados residentes nas zonas 6, 7, 8 e 9 corresponde a aproximadamente 21,7% do total de empregados, mas devido a grandeza de sua área territorial, os números de credenciados nessa região poderia ficar entre o que é exigido para as zonas 1 a 5 e o que está previsto para a zona 10 (Niterói/São Gonçalo) que, de igual forma, e pelos mesmos argumentos acima, não será alterado.

- Considerando a inexpressividade de residentes na zona 11, esta é a região com a menor exigência rede credenciada.

j) **Nesse sentido, o item 12.3, do Termo de Referência, não deve sofrer quaisquer alterações.**

k) Conforme já relatado anteriormente, é preciso destacar que não é ilegal restringir o universo de competidores em uma licitação pelas especificidades do objeto. Com efeito, o que se revela ilegal é restringir sem justificativas.

l) De resto, a própria experiência vivida com o atual contrato que traz a mesma exigência quanto à rede credenciada mínima e vem sendo cumprido sem intercorrências e com a aprovação tácita por parte do corpo funcional haja vista que não há reclamações quanto à forma de prestação de serviço e nem tampouco quanto à acessibilidade à rede credenciada.

4 Por todos os argumentos acima expostos, resta claro que o edital de licitação não merece reparos, posto que em estrita consonância com a legislação que rege o tema, com a doutrina e com jurisprudências dos Tribunais de Contas e Tribunais Superiores.

4.1 Por conseguinte, concluímos que, em momento algum, restringiu-se a competitividade, muito ao contrário, ampliou-se ao máximo, sem deixar de lado a preocupação com a qualidade técnica do futuro contratado e a respectiva capacidade de prestar um bom atendimento aos empregados da **AgeRio**, tudo em consonância com os princípios da eficiência e da razoabilidade.

5 Assim, diante de todo o exposto, e considerando que a competência para julgar o mérito sobre eventuais impugnações é da Superintendência de Controladoria – SUCOL, conforme impõe o subitem 1.6.1 do Edital, **DECIDO** pelo **NÃO** provimento das impugnações recepcionadas, mantendo-se inalterado o Edital e anexos, incluindo todas as datas já oficialmente divulgadas.

Em 07 de dezembro de 2021

ERIKA ELIZABETE DE O. SILVA MATTIOLI

Superintendente

Superintendente de Controladoria

[1] Marçal Justen Filho. *In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª edição. Dialética., p. 418.

[2] MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.248

[3] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 471.

[4] Ibid., p. 474.

Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 2021



Documento assinado eletronicamente por **Erika Elizabete de Oliveira Silva Mattioli**, **Superintendente**, em 07/12/2021, às 18:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **25922656** e o código CRC **7E240162**.