

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO

Referência: Processo Administrativo nº 042/2024 - Pregão Eletrônico nº 012/2024 - Registro de Preços nº 0013/2024

I. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Aos 17 de fevereiro de 2025, a pessoa física **Ana Carolina da Cunha Lima**, inscrita no CPF sob o nº . 057.064.397-02, apresentou impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico em referência.

Considerando que a impugnação e o pedido de esclarecimentos devem ser encaminhados no prazo de até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura da sessão pública, a presente impugnação **é conhecida, por ser tempestiva**, nos termos do item 3 do Edital.

II. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Alega a impugnante que (i) a vedação da participação de pessoas jurídicas que estejam em recuperação judicial ou extrajudicial, salvo aquelas que comprovem a homologação pelo juízo competente do plano de recuperação judicial, prevista no item 4.2, alínea “g”, do Edital, é indevida, o que causaria violação ao princípio da competitividade. Para sustentar sua argumentação, colaciona à impugnação julgados de Tribunais Superiores e de Tribunais de Justiça dos Estados.

Acrescenta que (ii) a vedação da participação de Organizações Sociais (OS), prevista no item 4.2, alínea “m” do Edital não está devidamente fundamentada nos autos, o que violaria os princípios da impessoalidade, da isonomia e da moralidade. Afirma que a permissão para a participação de cooperativas e a vedação à participação de Organizações Sociais indicaria um direcionamento do certame. Conclui que a restrição à participação de Organizações Sociais impacta a competitividade do certame, uma vez

que as pessoas jurídicas assim qualificadas têm experiência ou expertise relevante na área da saúde.

Sustenta também que (iii) as exigências de habilitação fiscal, social e trabalhista do instrumento convocatório contrariam o disposto no art. 68, inc. IV, da Lei nº 14.133/2021. Haveria, nesse sentido, omissão da Administração quanto à exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social. Além disso, destaca que não haveria no Edital a exigência de que as interessadas apresentassem declaração expressa de que não empregam trabalhador menor, nos termos do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Pugna, por fim, pelo acolhimento da impugnação e pela adequação do instrumento convocatório com sua posterior republicação.

Passa-se à análise pormenorizada de cada uma das questões alegadas.

III. DO MÉRITO

A. DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL SEM PLANO HOMOLOGADO PELO JUÍZO COMPETENTE

Alega a impugnante que a vedação da participação de pessoas jurídicas que estejam em recuperação judicial ou extrajudicial, salvo aquelas que comprovem a homologação pelo juízo competente do plano de recuperação judicial, prevista no item 4.2, alínea “g”, do Edital, é indevida, o que causaria violação ao princípio da competitividade.

A recuperação judicial, regulamentada pela Lei nº 11.101/2005, é um procedimento destinado a pessoas jurídicas em crise financeira, incapazes de honrar suas dívidas. Seu objetivo é viabilizar a reestruturação do passivo, permitindo que a pessoa jurídica negocie com seus credores sob a supervisão do Poder Judiciário, de modo a preservar suas atividades.

O crivo da autoridade judicial tem como objetivo assegurar a regularidade do processo, permitindo a continuidade das atividades da empresa, enquanto garante que uma parte de seu faturamento seja destinada ao pagamento das dívidas com os credores.

Assim, a exigência de apresentação do plano de recuperação judicial homologado tem como objetivo assegurar à Administração que existe a aprovação formal tanto do Poder Judiciário quanto dos credores envolvidos no processo, validando a continuidade das atividades da empresa sob as condições estabelecidas.

Rememore-se que as empresas que ingressam em recuperação judicial já ostentam, por si só, dificuldades econômicas e risco de decretação de falência, devido ao acúmulo de dívidas e a ausência de saúde financeira para quitá-las segundo o rito regular. Sem o plano devidamente aceito e homologado, a pessoa jurídica permanece sujeita a execuções forçadas por parte dos credores, agravando mais ainda sua saúde financeira. Portanto, a exigência do plano de recuperação judicial homologado serve como medida de cautela por parte da Administração, ao assegurar que o processo de recuperação será frutífero e garantirá a operação regular da empresa no mercado durante o tempo de execução do eventual e futuro contrato administrativo.

Por isso mesmo, tal requisito tem sido interpretado como plenamente legal e regular pela jurisprudência pátria, em especial pelos Tribunais de Contas. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por exemplo, em julgado recente, debruçou-se sobre o tema e **recomendou a Câmara Municipal de Guanhães que incluísse em seus editais e anexos cláusula prevendo a apresentação, pelas licitantes em recuperação judicial, de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei nº 11.101, de 2005.** Trata-se de acórdão da Segunda Câmara do TCE/MG no âmbito do Processo nº 10842225, do qual retiramos o seguinte extrato:

Recomendo ao atual gestor que, nos ulteriores procedimentos licitatórios:

a) exclua dos editais a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, **incluindo cláusula prevendo a apresentação, pelas licitantes em recuperação judicial, de comprovação de que o plano de recuperação foi**

acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei nº 11.101, de 2005, devendo ser considerado na análise da documentação de habilitação, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico financeira da proponente;

[DENÚNCIA n. 1084225. Rel. CONS. WANDERLEY ÁVILA. Sessão do dia 28/03/23. Disponibilizada no DOC do dia 18/04/23. Colegiado. SEGUNDA CÂMARA.]

A previsão editalícia, portanto, está em conformidade com os entendimentos mais recentes da Corte de Contas do Estado de Minas Gerais e não implica em ofensa à ampla participação ou comprometimento da competitividade. Na verdade, a exigência assegura à Administração que o futuro contratado possui a capacidade econômica para cumprimento de todas as obrigações do instrumento convocatório e das contratações dele decorrentes.

B. DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Alega a impugnante que a vedação da participação de Organizações Sociais (OS), prevista no item 4.2, alínea “m”, do Edital não está devidamente fundamentada nos autos, o que violaria os princípios da impessoalidade, da isonomia, da moralidade e da competitividade.

A princípio, cabe esclarecer a impugnante que a referida exigência foi incluída pelo setor técnico deste Consórcio¹ no pregão eletrônico em referência com o propósito de resguardar a isonomia no certame, bem como assegurar o fiel cumprimento da lei, sedimentado em precedente jurisprudencial do TCU.

Como se sabe, as OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e as OS (Organizações Sociais) são qualificações atribuídas a entes do terceiro setor interessados em constituir parceria com a Administração Pública. As OSCIPs, bem como as OS, contam com um conjunto amplo de benefícios fiscais e proteções estatais que as colocam em **posição privilegiada frente a pessoas jurídicas empresárias**. A Lei nº

¹Segundo o art. 12, inc. III, do Decreto do Município de Belo Horizonte nº 18.035/2023, o agente de contratação poderá requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos, ao demandante da licitação e ao profissional especializado, quando necessário.

9.637/1998², inclusive, faculta a Administração a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem. Esse tratamento diferenciado às coloca em posição diferenciada frente às demais pessoas jurídicas em geral, **permitindo que apresentem propostas de preços em condições desiguais, o que, por fim, compromete um dos objetivos precípuos do procedimento licitatório que é assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição,** nos termos do art. 11, inc. II, da Lei nº 14.133/2021.

Tais considerações se coadunam inclusive com o entendimento do Tribunal de Contas da União no Acórdão TCU nº 746/2014 - Plenário, aplicável analogicamente às OS, como se observa abaixo:

29. Outro ponto que não pode ser negligenciado no presente estudo, e que foi abordado pela unidade instrutiva, **diz respeito ao fato de as OSCIP, por assim terem se qualificado, serem privilegiadas com isenção de impostos, o que, em tese, as coloca em posição de vantagem com as demais empresas na participação de licitações.**

30. Consoante apontado pela Selog, as OSCIP, por serem consideradas entidades sem fins lucrativos, fazem jus a isenções do pagamento de Imposto de Renda (art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal e arts. 9º e 14 da Lei n. 5.172/1966), do Imposto sobre Serviços – ISS, do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e do Imposto Territorial Rural – ITR.

31. Diante de tal fato, **é evidente que as OSCIP, quando participantes de torneios licitatórios, teriam condições de ofertar um preço menor que o de seus concorrentes, beneficiando-se de uma isenção não concedida para que elas atuassem em regime de contratação com o Poder Público.**

32. Desse modo, estar-se-ia desvirtuando a benesse fiscal concedida às OSCIP para atuarem como parceiras do Estado mediante a celebração do Termo de Parceria nos moldes delineados na Lei n. 9.790/1999. (g. n.)

É de nosso conhecimento, inclusive, que o Tribunal de Contas da União revisitou o tema no âmbito do acórdão nº 1.406/2017 - Plenário, assentando a **possibilidade de participação de organizações sociais em procedimentos licitatórios desde que o objeto deste procedimento corresponda aos objetivos descritos no contrato de**

²Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

gestão firmado com a Administração Pública. Vale a consulta a extrato da decisão colegiada:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado da Educação, José Mendonça Bezerra Filho, a respeito da possibilidade de organizações sociais participarem de certames licitatórios realizados sob a égide da Lei 8.666/1993; ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator e com fulcro nos artigos 264, §§ 1º e 2º, e 268 do Regimento Interno do TCU, em: **9.1. conhecer da consulta para responder ao consulente que, ao contrário do que ocorre com as organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs, inexistente vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, desde que o intuito do procedimento licitatório seja contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social. 9.2. deixar assente que a organização social, que venha a participar de certame licitatório, deve fazer constar, da documentação de habilitação encaminhada à comissão de licitação, cópia do contrato de gestão firmado com o Poder Público, a fim de comprovar cabalmente que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas no respectivo contrato de gestão. 9.3. enviar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, ao Ministro da Educação; 9.4. determinar o arquivamento do presente processo. (g. n.)**

Nos termos da decisão acima referenciada, é possível que a Administração Pública contrate por meio de processo licitatório os serviços objeto de contrato de gestão firmado entre esta Administração e a Organização Social. A legalidade da contratação das organizações sociais, todavia, estaria condicionada a (i) pré-existência do contrato de gestão entre a organização social e a Administração pública contratante e (ii) compatibilidade entre o objeto do certame licitatório e as atividades descritas no contrato de gestão. No caso em apreço, destaca-se que **o Consórcio Intermunicipal Aliança para a Saúde não firmou contrato de gestão com qualquer OS**, de modo que a vedação à participação de organizações sociais no certame segue a tônica imposta pela decisão colegiada acima transcrita.

Se inexistente contrato de gestão no âmbito desta entidade, não existe amparo legal ou jurisprudencial para que organização social participe dos processos licitatórios promovidos pelo Consórcio.

Para além disso, tem-se consolidado nos Tribunais de Contas dos Estados e no Tribunal de Contas da União o entendimento de que **a participação de organizações sociais em licitações implica em um desvirtuamento da finalidade da qualificação de determinada pessoa jurídica como organização social**. Essa foi a perspectiva exarada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão TCU nº 746/2014 - Plenário:

25. Desse modo, como bem ponderado pelo então Ministro Marcos Vileça, **permitir que as OSCIP participem de licitações desvirtuaria o objetivo primordial para o qual foram criadas**, qual seja, estabelecer cooperação com o Poder Público mediante a celebração do Termo de Parceria (...)

27. Assim, o Termo de Parceria representa a essência de ser das OSCIP, ou seja, possibilita a tais entidades atuarem ao lado do Estado visando à realização de um objetivo almejado pelo Poder Público com o apoio daquelas entidades.

28. Tal relação possui natureza de colaboração, diversa, portanto, do caráter comercial que existe na atuação de uma entidade que licita com o Poder Público, caráter esse, frise-se, que o legislador, embora não tenha vedado expressamente, não teve por desiderato ao editar a Lei n. 9.790/1999.

E, recentemente, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina também debruçou-se sobre o tema em resposta a Consulta nº 23/00538665, assentando que **Organizações Sociais não podem participar de procedimentos licitatórios em geral**:

CONSULTA. LEI GERAL DE LICITAÇÕES. PARTICIPAÇÃO DE FUNDAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. POSSIBILIDADE. ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO DIFERENCIADO COM BASE NA LEI. IMPOSSIBILIDADE. CONHECIMENTO E PROPOSTA DE PREJULGADO.

(...) 3. As fundações qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP ou Organizações Sociais não podem participar de procedimentos licitatórios em geral, uma vez que nessa condição somente podem concorrer em procedimento específico visando a celebração de “Termo de Parceria” ou “Contrato de Gestão”, conforme o caso, nos termos definidos pela legislação específica (Prejulgados nºs. 1653 e 2279 deste Tribunal de Contas);

Portanto, a vedação à participação de organizações sociais no presente pregão eletrônico encontra respaldo na jurisprudência dos Tribunais de Contas e milita a favor da **ampliação à participação e da competição justa e isonômica**.

Em face do exposto, e considerando a ratificação do dispositivo editalício pelo setor técnico do CIAS, reputa-se válida a vedação à participação no certame de organizações sociais, nos termos do item 4.2, alínea “g”, do Edital do certame.

C. DA SUPOSTA OMISSÃO NA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PROVA DE REGULARIDADE PERANTE A SEGURIDADE SOCIAL E DE DECLARAÇÃO DE NÃO EMPREGAR TRABALHADOR MENOR

Alega a impugnante que as exigências de habilitação fiscal, social e trabalhista do instrumento convocatório contrariam o disposto no art. 68, inc. IV, da Lei nº 14.133/2021. Haveria, nesse sentido, omissão da Administração quanto à exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social. Além disso, destaca que não haveria no Edital a exigência de que as interessadas apresentassem declaração expressa de que não empregam trabalhador menor, nos termos do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Como se sabe, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos previu um rol de documentos a serem apresentados pelas interessadas em contratar com a Administração Pública para fins de habilitação fiscal, social e trabalhista, entre eles, encontram-se a **prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS** (art. 68, inc. IV), que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei e a **prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal** (art. 68, inc. VI).

Todavia, ao contrário da omissão alegada pela impugnante, **a exigência de apresentação de tais documentos é expressa no Termo de Referência**, nos termos de seus itens 11.3.16 e 11.3.21, vale a consulta:

11.3.16. Prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

11.3.21 Declaração expressa de que o licitante não emprega trabalhador menor nas situações previstas no inciso XXXIII, do art. 7º da Constituição da República. (g. n)

Desse modo, **no que toca às exigências de habilitação fiscal, social e trabalhista, o Termo de Referência não prescinde de qualquer reparo ou correção.**

IV. CONCLUSÃO

Em face do exposto, **conheço** da presente manifestação e, no mérito, **considero-a totalmente improcedente** pelos fundamentos expostos.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2025.



Documento assinado digitalmente
GABRIEL RADAMESIS GOMES NASCIMENTO
Data: 21/02/2025 16:23:44-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Gabriel Radamesis Gomes Nascimento

Agente de Contratação