

AO ILUSTRÍSSIMO AGENTE DE CONTRATAÇÃO

Referência: Processo Administrativo Nº 042/2024; Pregão Eletrônico Nº 012/2024; Registro De Preços Nº 013/2024

ANA CAROLINA DA CUNHA LIMA, brasileira, divorciada, advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro, sob o nº. 200.860, e CPF n. 057.064397-02, residente e domiciliada na Avenida Das Américas, nº 8585, sala 481, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22793-081 e endereço eletrônico: ana@carolinalimaadv.com.br, vem, respeitosamente, com fundamento no item 3.1. do Edital, apresentar, tempestivamente, a presente

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

contra o conteúdo do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 012/2024; REGISTRO DE PREÇOS Nº 013/2024**, em razão dos fatos e do direito abaixo descritos.

I. DOS FATOS

Tornou-se público que o Consórcio Intermunicipal Aliança para a Saúde – CIAS fará procedimento licitatório na modalidade pregão, na forma eletrônica, de Registro de Preços para eventual e futura contratação de empresa especializada na prestação de serviços médicos, na modalidade de plantão, com gestão de escala médica, para atender a demanda dos municípios consorciados e do Consórcio Intermunicipal Aliança para a Saúde (CIAS), conforme condições e exigências estabelecidas neste Edital, Termo de Referência e demais anexos.

Para tanto, publicou o referido Edital, designando a data da sessão pública para o dia 21/02/2025 às 14 horas. Todavia, apesar da relevância do objeto licitado, a Impugnante detectou dispositivos no texto do Edital que não estão compatíveis com as normas legais aplicáveis.

Sendo essa, portanto, contra os termos do Edital que se opõe a presente Impugnação que, pelas razões de direito abaixo apresentadas, deverá ser provida para fins de adequar as regras que maculam de ilegalidade o presente certame.

II. DA TEMPESTIVIDADE

Considerando que o item 3.1. do presente Edital prevê que:

3.1. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar o Edital de licitação por irregularidade ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo encaminhar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura da sessão pública.

Conclui-se que o prazo fatal para apresentação desta Impugnação é até o dia 17/02/2025.

Tendo em vista que o protocolo da presente impugnação é feito dentro do prazo estipulado, resta certo de que deverá ser conhecida, para que a impugnação deste Edital seja procedente e acolhida e seus vícios sanados, sendo designada nova data para a realização do certame.

III. DO DIREITO

III.A. DA EXIGÊNCIA INDEVIDA DE PLANO DE RECUPERAÇÃO HOMOLOGADO

O edital do supramencionado certame, na cláusula 4.2., alínea 'g' veda a participação de empresa que esteja em recuperação judicial ou extrajudicial, salvo as que comprovem a homologação do plano de recuperação, conforme *print* abaixo colacionado:

Imagem anexada

g) estejam em recuperação judicial ou extrajudicial, salvo as empresas que comprovarem que o plano de recuperação foi homologado pelo juízo competente;

Não obstante exigir a Lei a apresentação de certidões negativas, o posicionamento jurisprudencial, no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não é possível inviabilizar a participação de empresa no certame por não ter tido seu plano de recuperação judicial aprovado, permitindo tão somente a exigência de que o licitante demonstre a presença de viabilidade econômica para o fiel cumprimento do contrato.

Não obstante, o edital de licitação objeto desta impugnação acabou por definir condição de participação restritiva, violando o princípio da competitividade, na medida em que exigiu a apresentação de certidão negativa de recuperação ou homologação do plano de recuperação judicial para a participação de empresa no certame.

Sobre o tema a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, reafirmou o entendimento de que uma empresa em recuperação judicial pode participar de procedimento licitatório. Segundo o colegiado, a circunstância de a empresa se encontrar em recuperação judicial,

por si só, não caracteriza impedimento para contratação com o Poder Público, ainda que não seja dispensada da apresentação das certidões negativas de débitos fiscais:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE CAMPUS UNIVERSITÁRIO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE FINANCEIRA DA EMPRESA. COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por empresa que se sagrou vencedora em licitação para construção de outra etapa do campus da Universidade Federal de Cariri/CE, mas fora informada, posteriormente, que o referido contrato não seria assinado, em razão da impetrante encontrar-se em recuperação judicial. II - Ordem concedida, decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal a quo em grau recursal, sob o principal fundamento de não caber à Administração, em consonância com o princípio da legalidade, interpretar restritivamente quando assim a lei não dispuser. III - Sem negar prima facie a participação de empresa em processo de licitação pela exigência e apresentação de Certidão Negativa de Débitos (CND), aplica-se à vontade expressa pelo legislador da Lei de Recuperação Judicial, viabilizando, de forma efetiva, à sociedade empresária a superação da crise econômico-financeira” (AgInt no REsp n. 1.841.307/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/12/2020). IV - Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem registrou a presença de situação fática peculiar de que a empresa comprovou possuir capacidade econômico-financeira para honrar o contrato, concedendo a ordem pleiteada. V - Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 1826299 CE 2019/0201966-6, Data de Julgamento: 16/08/2022, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2022)

Certo é que a jurisprudência pátria é unânime no sentido de que a exigência pelo órgão licitante de documento comprobatório da homologação do

plano de recuperação judicial é cláusula editalícia que extravasa os limites definidos em Lei para fins de habilitação econômico-financeira, como se vê:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Licitação conduzida pela SABESP – Pregão nº 04.853/22 – Inabilitação da impetrante – Insurgência contra decisão que indeferiu a liminar, voltada a afastar a exigência de apresentação da homologação do plano de recuperação judicial como condição para habilitação no certame – Cabimento – Sociedade empresária cujo pedido de recuperação judicial ainda está na fase de processamento, não tendo sido submetido, até o momento, o plano recuperacional à deliberação da Assembleia Geral de Credores – Exigência que se afigura desarrazoada na espécie, face à absoluta impossibilidade de cumprimento por parte da licitante – Falta de apreciação do pedido no bojo do processo recuperacional que não pode empecer a participação, em licitações do Poder Público, da sociedade postulante do benefício de recuperação judicial – Precedentes do STJ e desta c. Corte – Decisão reformada – Recurso provido em parte. (TJ-SP - AI: 20868849520238260000 São Paulo, Relator: Marcos Pimentel Tamassia, Data de Julgamento: 13/07/2023, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 13/07/2023)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – LICITAÇÃO – INABILITAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA – PENDÊNCIA DO EXAME DE PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA – DEVER DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE FALÊNCIA E DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Decisão agravada que indeferiu a medida liminar pretendida pela empresa-impetrante, no sentido de que lhe fosse assegurada a reintegração em procedimento licitatório do qual fora excluída por inabilitação econômico-financeira – desacerto – inteligência do art. 37, inciso XXI, da CF/88 cc. art. 31, inciso II, da LF nº 8.666/93 – exigência pelo órgão licitante de documento comprobatório da homologação do plano de recuperação judicial – cláusula editalícia que extravasa os limites definidos em Lei para fins de habilitação econômico-financeira da impetrante – a peculiaridade de a empresa-impetrante ter pleiteado a sua recuperação judicial, encontrando-se o procedimento em fase

de processamento do pedido (art. 52, da LF nº 11.101/2005), isto é, antes da aprovação do plano por parte da assembleia de credores, não prejudica, por si só, o seu direito de continuar participando regularmente de licitações – direito à dispensa de apresentação de certidões negativas perante a Administração Pública, para fins de participação em licitações, que foi reconhecido pelo próprio Juízo no qual se processa o pedido de Recuperação Judicial (art. 52, inciso II, da LF nº 11.101/2005)– prematuridade da exigência feita pela autoridade impetrada que traduz obstáculo intransponível, tendo em vista ser impossível a obtenção do documento por ela exigido antes de esgotados os atos processuais que antecedem a votação do plano de recuperação judicial – decisão reformada. Recurso provido. (TJ-SP 20438980520188260000 SP 2043898-05.2018.8.26.0000, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de Julgamento: 16/04/2018, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/04/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - LICITAÇÃO - EXIGÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - FOMENTO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL - SENTENÇA MANTIDA - o Mandado de Segurança, seja ele na forma repressiva ou preventiva, é cabível para a proteção de direito líquido e certo, não protegido por habeas corpus nem por habeas data, em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do art. 5º, LXIX da CF/88 - A exigência de homologação do plano de recuperação judicial da empresa para participar de licitação é norma restritiva, sem previsão legal, que acaba por dificultar a contratação de empresa em recuperação judicial pelo Poder Público, o que vai de encontro aos próprios fins almejados pela Lei 11.101/05, que regula a recuperação judicial. (TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10000210463493001 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 27/05/2021, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/05/2021)

Por consequência, deve o edital ser retificado para que a exigência desta certidão negativa seja excluída, como uma nova publicação e com a reabertura dos prazos.

III.B. DA VEDAÇÃO A PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL – DIRECIONAMENTO DO CERTAME

O edital veda a participação de OS. Todavia, apresenta justificativa genérica no Termo de Referência, vejamos:

Da participação de Organizações Sociais

- 7.6.** Será vedada a participação de Organizações Sociais (OS), considerando que o intuito do presente processo licitatório não é a 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 (Acórdão 1406/2017-Plenário).

Assim, ausência de critérios claros e objetivos que justifiquem tal vedação, viola a um só tempo os princípios da impessoalidade, da isonomia e da moralidade, sendo esta limitação arbitrária.

Por outro lado, o Edital permitiu a participação de cooperativas, justificando no Termo de Referência de forma rasa:

Da participação de cooperativas

7.3. Será admitida a participação de cooperativas, desde que:

- 7.3.1. A constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764/1971, a Lei nº 12.690/2021, e a Lei Complementar nº 130/2009;
- 7.3.2. A cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados;
- 7.3.3. Qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;
- 7.3.4. O objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690/2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.

Permitir a participação de cooperativas e vedar a participação de Organizações Sociais (OS) na licitação – sem a devida fundamentação, como visto acima - leva a um direcionamento indevido do certame.

A ausência de critérios claros e objetivos que justifiquem tal diferenciação evidencia a manipulação do procedimento para beneficiar um determinado tipo de entidade, no caso as cooperativas.

Ademais, o princípio da isonomia exige que todos os concorrentes que possam executar o objeto licitado em condições de igualdade tenham a mesma oportunidade de participar. Excluir as OS, que têm uma natureza jurídica especial, enquanto permite cooperativas sem apresentar uma justificativa robusta, é interpretado como uma violação desse princípio, caracterizando direcionamento do certame.

Por fim, a restrição à participação de OS reduz a competitividade, especialmente em licitações para áreas onde as OS têm experiência ou expertise relevante, como saúde. Se cooperativas são permitidas e não enfrentam

concorrência direta das OS, pode ocorrer uma redução na diversidade de propostas, o que compromete a busca pela proposta mais vantajosa para a administração.

Portanto, o edital deve ser revisto para permitir a participação de OS, ampliado a competitividade e garantindo a isonomia do certame.

**III.C. DO DESCUMPRIMENTO À HABILITAÇÃO SOCIAL E TRABALHISTA
POR DEIXAR DE EXIGIR REGULARIDADE PERANTE O INSS E A
DECLARAÇÃO DE REGULARIDADE DO ART. 7º, XXXIII DA CF**

Na cláusula 11.3.16 do Termo de Referência há a exigência para a habilitação fiscal e trabalhista.

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;

Tal previsão viola o art. 68, IV da Lei 14.133/21 ao deixar de exigir prova de regularidade relativa à Seguridade Social (INSS).

Além da omissão mencionada, a exigência de situação regular acaba por restringir os participantes e fere as Leis federais de licitação, seja a 8.666; seja a 14.133. Quanto à regularidade, entende-se para fins de comprovação desta, a apresentação da certidão negativa ou ainda certidão positiva com efeito de negativa.

Portanto, deixa o ente de exigir certidão (regularidade junto ao INSS) cuja apresentação é obrigatória; por outro lado, exige que a certidão apresentada

pelo licitante esteja em caráter regular, na contramão do que determina a Lei, ao permitir a apresentação da certidão positiva, com efeito de negativa.

Ademais, o edital deixa de exigir a declaração de regularidade do art. 7º, XXXIII da CF, violando, também por este motivo, a nova lei de licitação.

Desta forma, o edital merece ser retificado para que conste o rol completo do art. 68 da nova Lei.

IV. DOS PEDIDOS

Por todas as razões expostas, a Impugnante, respeitosamente, requer que a presente Impugnação seja recebida e processada para que, ao final, seus fundamentos sejam integralmente acolhidos para que seja dado provimento aos seguintes pedidos:

- a) em caráter de admissibilidade, seja conhecida, posto que satisfeitos os pressupostos processuais de interesse, legitimidade e tempestividade;
- b) em caráter liminar, seja determinada, incontinenti, a imediata suspensão do processamento do certame, em especial, a sessão pública designada para o próximo dia 21/02/2025, abstendo-se de praticar todo e qualquer ato processual ou procedimental tendente a tanto até a decisão final deste procedimento de Impugnação;
- c) o mérito, sejam integralmente acolhidos todos os fundamentos por violar normas e princípios licitatórios e constitucionais;
- d) a determinação da republicação do Edital, com as alterações pleiteadas, assim como seja reaberto o prazo inicialmente previsto.

Termos em que,
Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 2025.

Ana Carolina da C. Lima
ANA CAROLINA DA CUNHA LIMA

OAB/RJ 200.86