

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro - Senado Federal

A empresa ROCHA BRESSAN ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 26.415.117/0001-20, estabelecida no SIG/SUL, Quadra 03, Bloco C, Nº 60, 2º Andar, Brasília/DF, participante do Pregão Eletrônico nº 017/2022, vem, perante, vossa senhoria, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

conforme previsão contida no item 18.1 d do Edital e tendo em vista a existência de exigência ilegal, o que faz nos termos a seguir.

1 - DO OBJETO

Trata a presente contratação do seguinte objeto, com grifos nossos:

1.1 – O presente pregão tem por objeto a contratação de empresa especializada, por meio do regime de empreitada integral, para o fornecimento de insumos e serviços comuns de engenharia para a nova central de geração de energia elétrica de emergência para o Senado Federal, compreendendo a aquisição de equipamentos, execução de serviços de infraestrutura e assistência técnica pelo período de 48 (quarenta e oito) meses consecutivos, de acordo com os termos e especificações deste edital e seus anexos.

Veja-se que pela escolha da modalidade licitatória e pela própria descrição do objeto, o que a Administração pretende é ampliar a concorrência para que aquela empresa que detenha a expertise técnica necessária e preço confiável seja a vencedora.

Vale dizer, a pretensão da Administração é garantir a melhor proposta, selecionando o melhor fornecedor

possível.

É corrente majoritária no Direito Administrativo, aquela que indica que a Administração não deve se apegar a detalhes de pouca relevância para o desempenho do objeto do edital, eis que, agindo de modo contrário, violará a intenção maior: menor preço alcançado somente em razão da ampla concorrência.

Embora tais argumentos sejam de conhecimento público e, certamente, de objetiva compreensão e atendimento pela condução do certame, o edital trouxe consigo previsão que restringe de modo ilegal e irregular a concorrência. Veja-se:

12.3.2 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

a) *omissis*

b) Certidão Negativa de Falência e Recuperação Judicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de Insolvência Civil, expedida no domicílio da pessoa física.

Assim, com a máxima vênia, a redação dada ao edital indica vedação à participação de empresas em recuperação judicial e deve ser revista.

A empresa impugnante está em recuperação judicial, com seu plano aprovado e caminhando, a passos largos, para seu integral cumprimento.

Dentre as pretensões mais destacadas da Lei 11.101/05 está a preservação da empresa. Assim, a própria lei já indica que a empresa em recuperação deve ser tratada em pé de igualdade com os demais concorrentes no mercado, inclusive nas licitações.

Tal situação já é conhecida pela Administração, tendo sido, inclusive, objeto de deliberação pela Câmara Permanente de Licitações e Contratos, do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União, que emanou o Parecer n.º 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. PECULIARIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE EXIGE QUE O CONTRATADO TENHA CAPACIDADE DE SUPORTAR OS ÔNUS DA CONTRATAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO PAGAMENTO ANTECIPADO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA PRESERVAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A FASE POSTULATÓRIA E DELIBERATIVA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE O ART. 52 E O ART. 58 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLANO PELO Juízo PARA ATESTAR A VIABILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

I. A regra é que o fornecedor de bens e o prestador de serviços somente receba o pagamento da Administração após procedimento de execução de despesa orçamentária, que demanda tempo, e faz com que o particular tenha que suportar com recursos próprios o peso do contrato até que seja ultimado o pagamento, o que demonstra a importância da fase de habilitação econômico-financeira nas licitações públicas.

II. O instituto da recuperação é voltado para empresas que possuam viabilidade econômico-financeira, em prestígio ao princípio da função social da empresa

III. Não cabe confundir duas situações processuais distintas na Lei de Recuperação de Empresas, já que quando a empresa devedora solicita a recuperação judicial e o juiz defere o seu processamento (art. 52, NLRJ). A requerente confessa seu estado de insolvência sem comprovar a sua viabilidade econômico-financeira. que somente se dará com a aprovação ou ausência de objeção ao plano de recuperação, quando o juiz concederá a recuperação em si (art. 58. NLRJ).

IV. Apenas na fase do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, é que existe a recuperação judicial em sentido material. quando os atos tendentes a superar a situação de crise serão efetivamente praticados.

V. Quando a empresa está com sua recuperação deferida, há plausibilidade de que haja viabilidade econômico-financeira,

em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas.

VI. Se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório.

VII. A exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda válida como forma do pregoeiro ou da comissão de licitação avaliar a capacidade econômico-financeira, mas não em substituição à certidão negativa de concordata, e sim como um indicativo da situação em que se encontra a licitante.

VIII. A empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

IX. Na recuperação extrajudicial, uma vez homologado o plano, haverá plausibilidade de que a empresa possua viabilidade econômica, sendo condição de eficácia do plano que haja o acolhimento judicial do mesmo.

Como se observa, o direcionamento jurídico está a indicar a possibilidade de empresas em recuperação judicial, especialmente aquelas que já estão com o seu plano aprovado, em participar de processos licitatórios.

Veja-se que em se tratando de concorrência, essa situação fica ainda mais evidenciada, eis que a Administração possui critérios rigorosos para a seleção do vencedor.

Os tribunais, em uníssono, vêm compreendendo que o pedido de recuperação, mesmo em estágio de processamento (posterior, portanto, ao despacho previsto no art. 52), podem participar de licitações.

Veja decisão do STJ:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM
RECUPERAÇÃO JUDICIAL.
PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE
FALÊNCIA OU CONCORDATA.
INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO.
APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.

COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.

3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR DEFERIDA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. NECESSIDADE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APRESENTAR CERTIDÃO PREVISTA NO ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO INÉDITA.

ATIVIDADE EMPRESARIAL. RENDA TOTALMENTE OBTIDA POR CONTRATOS COM ENTES PÚBLICOS. PERICULUM IN MORA INVERSO EVIDENCIADO. QUESTÃO INÉDITA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. LIMINAR CASSADA. EXTINÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a concessão de provimento liminar em medidas cautelares reclama a satisfação cumulativa dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora. O primeiro consubstancia-se no fato de o direito alegado no recurso ser plausível e encontrar amparo em entendimentos deste Superior Tribunal e o segundo remonta-se à possibilidade de perecimento do direito caso a medida não seja deferida.

2. O Tribunal de origem exarou decisão no sentido de permitir que a agravante, pessoa jurídica em recuperação judicial, continuasse a participar de licitações públicas, "sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial" salientando, para tanto, que essa "possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei nº 8.666/93, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não seria capaz de





apresentar apenas a certidão negativa de falência ou concordata." 3. Quanto ao *fumus boni iuris* - possibilidade de empresa em recuperação judicial ser dispensada de apresentação da certidão ínsita no inciso II, do art. 31, da Lei nº 8.666/93, considerando os fins do instituto elencados no art. 47 da Lei nº 11.101/2005 - para fins de participação em certames, verifica-se que esta Corte Superior de Justiça não possui posicionamento específico quanto ao tema.

4. Nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase. A propósito, cita-se o REsp 1187404/MT - feito no qual foi relativizada a obrigatoriedade de apresentação de documentos, por parte de empresas sujeitas à Lei nº 11.101/2005, para fins obtenção de parcelamento tributário. Restou consignado que: "em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n.

11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.) 5. O fato de o pleito deduzido no especial não encontrar amparo em qualquer precedente desta Corte, somando à tese adotada, em situações similares, no sentido de relativizar as exigências documentais, previstas em lei, para que empresas em recuperação judicial possam lograr êxito em seu plano recuperatório, afastam, da espécie, o *fumus boni iuris*.

6. Não resta evidenciada a alegação de ser o provimento assegurado pela instância a quo genérico com efeito erga omnes. O Tribunal a quo não autorizou a recorrida a participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos na lei de regência. Afastou a apresentação de uma certidão: a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

7. O *periculum in mora* não foi demonstrado, pois o agravado não foi capaz de demonstrar o perecimento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualiza-se na espécie, possível ocorrência

de periculum in mora inverso, pois, tendo a agravante focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100 % de sua fonte de receitas, a subsistência da liminar em tela poderá comprometer a sua existência.

8. Agravo regimental provido, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar.

(AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014)

A Impugnante possui sua receita umbilicalmente ligada às licitações públicas. Ou seja, em face da sua enorme experiência e especialização, bem como pela grandeza dos serviços que presta, não possui outra forma de se recuperar senão continuando a prestar seus serviços junto a órgãos e empresas públicas.

Isto significa dizer que a Impugnante necessita continuar participando de novas licitações, mesmo estando ativo o presente processo de recuperação judicial.

Impedir a participação da Impugnante é fato que a levará irrefragavelmente à bancarrota, nos termos do inciso IV, do art.73, da Lei 11.101/05. De nada adiantará o processo de recuperação judicial se a empresa não puder se recuperar; e a empresa não poderá se recuperar se persistir a impossibilidade de participar de licitações públicas e a impossibilidade de receber pelos contratos públicos que já executou.

Nesse sentido, não é demais sublinhar que o **entendimento do edital** está em total descompasso com a realidade das empresas que dependem de licitações para sobreviver. A referida interpretação impede a dispensa de certidão negativa de falência e concordata para contratar com o poder público, **mesmo sem qualquer previsão legal para tanto, eis que em flagrante contradição com o art. 47, da Lei 11.101/05, artigo este que é o berço do Princípio da Preservação da Empresa, mormente da preservação da empresa que depende de**

concorrências públicas para sobreviver.

Por isso, deve prevalecer a intenção maior do legislador, dentro da perspectiva de uma exegese teleológica: **preservar a empresa!** Para tanto, no caso concreto, deve ser afastada a aplicação da previsão do edital, no que se refere à participação de empresas em recuperação judicial.

E mais, a proibição imposta pela direção do certame também se afigura contrária à **Constituição Federal** no que se refere à **função social da empresa**, o que joga por terra o **inciso XXIII, do art.5º** que reza que “a propriedade atenderá a sua função social”.

E o Princípio da Função Social da Empresa também está previsto no **Código Civil Brasileiro** no **artigo 421** que prevê que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Aliás, não é demais sublinhar que a interpretação no sentido de que proibir a Impugnante de contratar com o poder público é de veras **inconstitucional** também no que concerne à afetação dos **Princípios da Igualdade**, previsto no **caput, do art.5º, da Constituição Federal** e da **Razoabilidade**, derivado material do devido processo legal, previsto no **inciso LIV, do art.5º, da Carta Maior**.

A proibição afeta a igualdade, pois trata diferentemente empresas que estão na mesma situação jurídica (ambas constituídas e regidas pelo direito privado) e praticamente na mesma situação fática e que se distinguem tão somente pela concentração de atuação, umas voltadas para contratações com o estado outras voltadas para contratação com a iniciativa privada. **Tal distinção não permite o tratamento não isonômico previsto no inciso II, do art.31, da Lei de Licitações e na segunda parte, do inciso II, do art.52, da Lei da Recuperação Judicial, senão vejamos.**

Os que defendem haver razão para proibir a empresa em recuperação judicial de participar de licitações é o chamado risco à coletividade. Mas qual é o risco à coletividade

quando se permite contratar uma empresa em crise econômica e financeira? A possibilidade do contrato não ser cumprido.

Daí advêm duas questões: primeira, o contrato não será cumprido como um todo ou o contrato será parcialmente cumprido. No primeiro caso, o poder público poderá convocar outra empresa habilitada na seleção ou licitar novamente. No segundo caso isto também poderá ocorrer! Qual o prejuízo então ao interesse público, uma vez que qualquer empresa pode falhar na prestação dos serviços? Os valores inerentes à preparação e elaboração de um novo processo de contratação, ou seja, um prejuízo irrisório se comparado com os valores supremos da tentativa de se recuperar uma empresa em crise, na medida em que a empresa se recupera ela preserva a fonte de renda dos seus sócios, os empregos dos trabalhadores, o pagamento aos credores, a arrecadação de impostos sem falar na preservação de mais um agente econômico integrante da cadeia de formação de preços no mercado, fato que aquece a economia e contribui com a redução da inflação!

Por isso é que, não há a menor sombra de dúvidas que a não habilitação da empresa em recuperação é restrição completamente injusta, ilegal, desmedida, ilógica e inconstitucional porque contrária à isonomia!

E a **proibição afeta a razoabilidade**, porque como a Impugnante depende exclusivamente de licitações públicas a proibição está, de fato, informando que a empresa não tem direito de se recuperar judicialmente como qualquer outra empresa, mesmo diante da funesta crise econômica que o mundo e o país enfrentam!

E corrobora nesse sentido a jurisprudência dos tribunais brasileiros, inclusive do C. Superior Tribunal de Justiça, como já apresentado acima.

Portanto, a recuperação judicial não está em processamento, e, mesmo se estivesse nesta fase, não seria suficiente para impedir a empresa e de participar do certame.



3 - DO PEDIDO

Dessa forma, a Impugnante pugna pela reforma do instrumento convocatório, com o prosseguimento do certame na forma prevista na Lei 8.666, autorizando a participação de empresas submetidas a processo de recuperação judicial, cujo Plano de Recuperação Judicial tenha sido homologado, a participarem da concorrência.

Pede deferimento.
Brasília/DF, 22 de março de 2022.



ROCHA BRESSAN ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
NILTON ROCHA - SÓCIO DIRETOR
CPF: 219.093.009-00 - RG 1.950.670 SSP/DF