

Ilustríssimo Senhor, Pregoeiro Oficial do Município de Herval D' Oeste/SC

Ref.: PROCESSO LICITATÓRIO N.º 074/2020 –PREGÃO PRESENCIAL N.º 027/2020

DINACON Indústria, Comércio e Serviços Ltda. – em Recuperação Judicial, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob n.º 03.186.880/0001-20, com sede na Linha Santa Rita s/n.º - Interior – Estrela – RS, CEP 95880-000, endereço eletrônico: [simone@dinacon.ind.br](mailto:simone@dinacon.ind.br) , por seu representante legal infra assinado, vem, com fulcro no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8.666/93, bem como o disposto no item 9 do presente edital, à presença de Vossa Senhoria a fim de

### IMPUGNAR

os termos do Edital em referência, que adiante especifica, o que faz na conformidade seguinte:

## I – DOS FATOS

A subscrevente tendo interesse em participar da licitação supramencionada, adquiriu o respectivo Edital.

Ao verificar as condições para participação no pleito em tela, deparou-se a vedação formulada no item n.º 3.2, “a” que vem assim redacionada:

3.2 - Não será admitida nesta licitação a participação de empresas:

a) **Em processo de Recuperação Judicial** ou em processo de falência, sob concurso de credores, em dissolução ou em liquidação; (grifos nossos)

...

### **6.1.3. Qualificação Econômico-financeira:**

a) Certidão negativa de falência ou **recuperação judicial**, expedida pelo Distribuidor da sede da pessoa jurídica, cuja pesquisa tenha sido realizada em data não anterior a 60 (sessenta) dias da data prevista para apresentação dos envelopes. (grifos nossos)

Sucedendo que, esta empresa, conforme termos, se encontra tolhida de participar do certame, bem como tal exigência é absolutamente ilegal, pois afronta às normas que regem o procedimento licitatório, como à frente será demonstrado.

## II – DA ILEGALIDADE

De acordo com o § 1º, inciso I, do art. 3, da Lei nº 8666/93, é vedado aos agentes públicos:

I - admitir, **prever, incluir** ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam,

**restringam ou frustrem o seu caráter competitivo** e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (grifos nossos).

Ora, na medida em que o indigitado item do Edital está a restringir a participação de empresas em recuperação judicial, não resta dúvida que o ato de convocação de que se cogita consigna cláusula manifestamente comprometedoras ou restritivas do caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação.

Como se não bastasse, o item criticado fere igualmente o princípio da isonomia consagrado no inc. I, do art. 5º, da Constituição Federal.

Não é possível a aplicação da vedação prevista no artigo 31, inciso II, da Lei 8.666/93, já que não se impede a participação das empresas sob o regime da recuperação judicial em licitações por falta de previsão legal estrita. A vedação atinge somente empresas em concordata ou falência.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

Ainda, deve se haver a valoração do artigo 47 da Lei 11.101/05, segundo o qual “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Mas como a prestação de serviços públicos é um nicho muito exclusivo, a tendência é que as empresas tornem-se dependentes de licitações. Logo, o

impedimento destas empresas em participar destes certames representaria a falência delas.

E assim, seguindo este entendimento, a ora impugnante, que se encontra em Recuperação Judicial, possui decisão judicial que a dispensa da apresentação quaisquer certidões negativas de débitos tributários (inclusive trabalhistas e de falência, concordata, recuperação judicial ou extrajudicial), perante todas as esferas públicas (municipal, estadual e federal) **para fins de participação e habilitação em licitações públicas junto a todos os poderes da esfera pública**, conforme decisão emitida pela MMª Juíza da 2ª Vara da Comarca de Estrela/RS. Estando assim apta a participar do certame licitatório (documento anexo).

Tanto que durante o período em que se encontra em Recuperação Judicial, a subscrevente já veio a participar de certames licitatórios em todas as esferas da administração pública.

Porém, o fato de a empresa estar em recuperação judicial não representa impedimento de participação, tanto que a lei de regência exige a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata, silenciando quanto à recuperação judicial. Não cabe, portanto, restringir atos, onde a lei não o fez. O dispositivo em voga é taxativo e não abrange situações que a própria lei deixou de acolher.

Os Tribunais Superiores vêm ratificando em seus julgados a importância dada pelo legislador à preservação das empresas em recuperação judicial, obviamente sem extrapolar ou ferir o direito dos demais interessados, em especial dos credores.

Em que pese a Lei 11.101/05, que rege o processo de recuperação judicial, ter sido promulgada em 09 de fevereiro de 2005, foi apenas nos últimos anos que ela obteve destaque nacional no cenário jurídico e econômico, essencialmente devido à crise que aflige o mercado interno. Em razão disso, os Tribunais Superiores têm enfrentado ordinariamente matérias que envolvem recuperações judiciais e falências.

Um dos últimos impasses foi julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em meados do segundo semestre de 2018, oportunidade em que foi

declarada a possibilidade de empresas em processo de recuperação judicial participarem de certame licitatório, independentemente da apresentação de certidão negativa de falência e recuperação judicial.

O Agravo em Recurso Especial sob nº 309.867/ES, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, foi provido com unanimidade a fim de ratificar que a Lei 8.666/93 não prevê a necessidade da apresentação de certidão negativa para casos de recuperação judicial. Do mesmo modo, em sonora aplicação dos art. 47 e 52, II, ambos da LRF, a empresa em recuperação judicial poderá comprovar sua aptidão econômico-financeira de outras formas, independentemente da respectiva certidão.

Em suma, a controvérsia jurisprudencial e doutrinária vagueava na disposição do inciso II, do art. 31, da Lei 8.666/93, que impõe como condicionante da capacidade econômico-financeira a apresentação de *certidão negativa de falência ou concordata*. Em analogia, parte dos julgados entendia que a recuperação judicial substituiu a concordata; logo, permaneceria a obrigação da certidão.

Inteligentemente, definiu o STJ que é vedado à Administração Pública interpretar de forma extensiva o referido artigo, em consonância ao princípio da legalidade, que lastreia o direito público. Foram mencionados, inclusive, outros julgados do Tribunal nessa linha de entendimento.

Em verdade, caberia ao legislador, quando da construção do procedimento recuperacional, editar o inciso II, do art. 31, da Lei 8.666/93, a fim de substituir, ou estender, a imposição dada às concordatas para as recuperações judiciais.

**“Sociedade empresária em recuperação judicial. Participação em licitação. Possibilidade. Certidão de concordata. Previsão na Lei n. 8.666/1993. Interpretação extensiva. Descabimento. Aptidão econômico-financeira. Comprovação. Necessidade. De início, salienta-se que, 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**

derrogado. Nesse sentido, parte da doutrina entende que, se a Lei de Licitações não foi alterada para substituir certidão negativa de concordata por certidão negativa de recuperação judicial, não poderia a Administração passar a exigir tal documento como condição de habilitação, haja vista a ausência de autorização legislativa. Assim, as empresas submetidas à recuperação judicial estariam dispensadas da apresentação da referida certidão. Importa ressaltar que a licitação pública se norteia, entre outros princípios, pelo da indisponibilidade do interesse público e que 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, prevendo em seu art. 52, I, a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação. Todavia, não se deve olvidar a exigência contida no art. 27, III, da Lei n. 8.666/1993 de demonstração da qualificação econômico-financeira como condicionante para a participação no certame. Dessa forma, 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 entre os princípios nelas imbuídos, pois a preservação da empresa, a sua função social e o 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. Assim, a apresentação de certidão positiva de recuperação não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação diligenciar a fim de avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da empresa licitante” (AREsp 309.867-ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018).

Importante destacar que o STJ não afasta a obrigação de a empresa comprovar sua qualificação econômico-financeira, imposição do art. 27, II, da Lei 8.666/93.

A decisão é no sentido de não reconhecer a presunção de insolvência de empresas em recuperação judicial.

Em suma, a decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça busca a interação interpretativa das Leis de Licitações e de Recuperação Judicial e Falência à luz do princípio da preservação da atividade empresarial e dos benefícios sociais e econômicos provenientes desta, dentre elas a manutenção de postos de trabalho, da fonte produtora e força do mercado brasileiro.

Alinhado a isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça traz, nesse julgado, mais uma “força” para que empresas em recuperação judicial busquem o soerguimento saudável de suas atividades; pois se, nem o Estado contratar com empresas em dificuldade, tampouco o setor privado o fará.

Conceder — dentro das previsões legais — reais condições de soerguimento para empresas em reestruturação é uma das bases elementares para uma economia de mercado sustentável e produtiva.

Em recente decisão, o Tribunal de Contas da União ratificou o entendimento de que é possível a participação de empresas em recuperação judicial em licitações, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, evidenciando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.

"Admite-se a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório". (TCU, Acórdão 1201/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo).

O entendimento prevê que o procedimento de recuperação judicial não pode ser confundido com a incapacidade da empresa recuperanda em manter a sua fonte produtora, a sua atividade comercial, ou a execução de seus contratos administrativos.

Não há qualquer disposição na legislação de licitações e contratos quanto à possibilidade de tal exigência, mas, mesmo assim, alguns órgãos públicos a exigem e, por conseguinte, acabam por inabilitar empresas que não a apresentam.

A Lei de Falência e Recuperação Judicial possibilita, inclusive, a contratação de empresa em recuperação judicial com o poder público, conforme dispõe o artigo 52, I, da LRE. Logo, não há razão para essas empresas serem desabilitadas do certame quando não apresentam tais certidões, ou tampouco que sejam proibidas de participar de licitações.

Logo, demonstra-se admissível a participação das empresas em recuperação judicial, desde que se verifique sua capacidade econômica e financeira, alinhando-se aos entendimentos do STJ e da AGU.

Além disso, a licitação não deve perder seu **objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa**, realizando assim o interesse público. Necessitando assim que sejam ampliadas as possibilidades de participação no presente certame àqueles que se encontram habilitados para tal.

### III – DO PEDIDO

Em face do exposto, requer-se seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, com efeito para:

- Declarar-se nulo o item atacado, possibilitando que empresas em Recuperação Judicial participem do presente processo licitatório.

Nestes Termos, Pede e Espera Deferimento.

Estrela/RS, 29 de julho de 2020.



Olivar Basso  
Sócio Administrador