

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

SENHOR PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO NO 31/2022 –SEI/TRE-MT - 0429366

Referência: Pregão Eletrônico no 31/2022 Processo: SEI 01064.2022-4

ZANELI SERVIÇOS ELÉTRICOS LTDA, com sede a Rua Altamiro Guimarães, nº 1908, sala 01, Bairro Oficinas, Tubarão –SC, CEP: 88.702-180, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda sob o nº 19.74.327/0001-67, por seu representante legal (procurador) in fine, na qualidade de uma das empresas licitantes do Pregão Eletrônico no 31/2022, Processo: SEI 01064.2022-4, não se conformando, data vênua, com a participação da empresa ROCHA BRESSAN ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, bem como, com a decisão de Vossa senhoria, que Habilitou e julgou vencedora a proposta da mesma, vem nesta oportunidade, com fulcro no item 11 e seguintes do Edital, na lei 8.666/93, e na lei 9.784/99, apresentar o seguinte

Recurso administrativo

Pelos fatos e fundamentos jurídicos que passa a expor e ao final requer:

DOS FATOS

1. Consideramos que de pronto a empresa ROCHA BRESSAN ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, não cumpre a condição de participação no certame, conforme o item 4.3 inciso IV:

4.3. Não poderão participar desta licitação os interessados:

[...]

IV- Empresário ou sociedade empresária que se encontre em processo de dissolução, recuperação judicial, recuperação extrajudicial, concurso de credores, falência, fusão, cisão ou incorporação;

Conforme o item acima e a documentação apresentada pela empresa vencedora, sequer esta poderia ter participado do certame.

É sabido que parte da jurisprudência tem relevado, tal situação desde que forneça certidão atualizada que comprove que a recuperação e que a empresa esteja cumprindo e que a mesma informe que está em condições financeiras e econômicas de licitar. Toda via a empresa vencedora limitou-se a juntar "Certidão de Inteiro Teor" emitida em 19/07/2018, onde narra que houve o deferimento da recuperação judicial, bem como a homologação do plano de recuperação da empresa ainda em 2018 por sentença e por um prazo de 2 anos, conforme art. 58 da lei 11.101/2005. Contudo a empresa vencedora do certame, não conseguiu cumprir com o plano de recuperação judicial ali demonstrado, continuando a dever aos credores. Pois a "Certidão de Objeto e Pé" emitida em 28/04/2022 dá conta que a empresa ROCHA BRESSAN, em não conseguindo cumprir o plano de recuperação judicial antes homologado (10/05/2018), requereu prorrogação de prazo em mais dois anos para pagar os seus credores, inclusive vendendo bens imóveis do seu patrimônio (ID 122320868 autoriza venda de imóvel da empresa em recuperação...). Por tudo isso já está evidenciado a incapacidade financeira da empresa vencedora do certame. E sendo o bastante para ela sequer participar do certame, tampouco ser habilitada.

Sabemos que a verificação de uma certidão positiva de recuperação judicial não conduz à inabilitação de plano da licitante. Na medida em que a finalidade da recuperação judicial é possibilitar a recuperação da saúde financeira da empresa pela esmerada execução de suas atividades, se, juntamente à certidão positiva, o licitante já apresentar o plano de recuperação deferido, cujo conteúdo certifique a existência de condições mínimas indispensáveis à execução do contrato, então, é possível habilitá-lo nesse quesito.

Nesse sentido o senhor pregoeiro, apenas informou que a empresa apresentou "certidão judicial demonstrando que o plano de recuperação judicial foi homologado judicialmente." (Doc. ATA do pregão), mas não foi apresentada copia do plano em si. Apara que a administração pública pudesse avaliar os riscos da contratação com a empresa.

O Superior Tribunal de Justiça tem importante precedente sobre a questão, que enfatiza o caráter de norma-programa relativamente ao instituto da recuperação judicial, instituído pela Lei de Falências: Recurso Especial nº 1.173.735, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 22.04.2014.

Reconhecer que a Lei de Falências contempla norma-programa, quando cria o instituto da recuperação judicial com o objetivo de preservar a empresa e tornar possível a participação de licitante em recuperação na licitação e sua posterior contratação, não pode significar risco de comprometimento do interesse público envolvido no processo de contratação pública.

Tanto que o TCU já orientou ser:

...possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93. (TCU, Acórdão nº 8.271/2011, 2ª Câmara, grifamos.)

Pois justamente essa certidão a empresa vencedora não juntou, certidão essa que permitiria a mesma a quebrar a exigência edilícia contida no item 4.3. IV.

Portanto, para participar da licitação/celebrar contrato com a Administração, será necessário demonstrar tanto que

a empresa está autorizada a efetuar negócios com terceiros (mediante ato do administrador da recuperação judicial, já deferida) quanto que demonstre ter a saúde financeira mínima indispensável para tanto.

A falta de apresentação do plano de recuperação judicial da empresa em recuperação judicial, vencedora do certame, impossibilita a administração pública de verificar se há, de fato plausibilidade de viabilidade econômico-financeira, que em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas.

Inclusive, nesse sentido foi a manifestação da AGU no Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU – Processo nº 00407.000226/2015-22:

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. Distingão 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. (Grifamos)

Observa-se, ainda que no balanço patrimonial apresentado, exercício 2021, a empresa não informou o passivo dos fornecedores contemplados no acordo de Recuperação Judicial. A ausência destas contas torna o balanço irregular e que sabe até irregular.

2. Com relação aos documentos de habilitação constantes do SICAF, conforme exigido no item 9.2 do edital, a recorrente não teve acesso, somente o pregoeiro, de forma a tolher o direito da recorrente de verificar se a empresa vencedora atenderia ou não as condições de habilitação, conforme prevê o item 5.3 do edital

5.3. Os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que constem do SICAF, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados constantes dos sistemas. (grifo nosso).

Conforme o item 9.2.2 do edital, todos os documentos de habilitação constantes no SICAF devem estar em vigentes na data de abertura ou encaminhar, em conjunto com a proposta, a respectiva documentação atualizada

Conforme o item 9.2.3 do edita, o descumprimento do item 9.2.2. implicará a inabilitação do licitante.

Em cumprimento as exigências estabelecidas no subitem 9.2.2. e 9.2.3 a empresa apresentou somente a CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE DÉBITOS DA DÍVIDA ATIVA para com a Fazenda Estadual (Distrito Federal) o que não garantiu a regularidade fiscal da empresa.

3. Em relação ao item 9.2 do Edital, a empresa vencedora, quando apresentou a certidão positiva com efeito de negativa da DÍVIDA ATIVA, esta por si só não demonstrou outros débitos fiscais ainda em fase administrativa que a empresa vencedora tenha. Quando na verdade deveria apresentar CERTIDÃO DE DÉBITO GERAL que contempla todos os "DÉBITOS INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA E NÃO INSCRITOS (esfera administrativa)" para comprovar a regularidade junto a Secretaria de Estado de Economia do Distrito Federal. Tanto que se acessarmos o Link para emissão da 1 - Certidões de Dívida Ativa e 2 - Certidão de Débitos Geral: <https://ww1.receita.fazenda.df.gov.br/cidadao/certidoes/Certidao>. Não obteremos a certidão de débitos em geral. Tendo como resultado a seguinte informação:

Aviso

NÃO FOI POSSÍVEL EMITIR SUA CERTIDÃO NEGATIVA.

Para verificar as pendências e emitir Certidão Positiva acesse a Área Restrita do Portal. Clique Aqui

Comprovando desta forma que a empresa vencedora não poderia ser habilitada no certame, tampouco vencedora do mesmo, pois possui pendências financeiras com a fazenda pública do Distrito Federal. Mais um indício de possibilidade de não cumprimento do contrato por falta de capacidade econômico-financeira, somada a situação de recuperação judicial.

Em consulta a Secretaria de Estado de Economia do Distrito Federal, foi informado pelo atendente a existência de débitos junto a esfera administrativa o que impede a emissão da certidão negativa de débitos. Foi informado os lançamentos que geraram os débitos de ISS (Imposto sobre serviços) referente ao ano de 2021 e IPVA (Imposto sobre propriedade de veículos) referente a 2022. Estes débitos puderam ser confirmados em consulta no link: <https://ww1.receita.fazenda.df.gov.br/lançamentos/consultar-lançamento>

Números dos lançamentos ISS informados: 0001217377 e 0001171267, relativo à ISS não pagos.

4. Houve também transgressão ao item 9.11.2.3. do Edital, pois este item exige que a licitante deverá indicar os responsáveis técnicos, ao menos um Engenheiro Eletricista e um Engenheiro Civil, devidamente registrado ou inscrito no CREA; Item esse não cumprido ao modo e tempo, conforme a solicitação do Edital, motivo esse suficiente para inabilitar a empresa ROCHA BRESSAN ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, pois quando da apresentação de documentos deixou de indicar ao menos, um Engenheiro(a) Civil, que seria responsável técnica pela obra.

Limitou-se a apresentar, somente uma declaração indicando dois Engenheiros Elétricos. Sem indicar ao menos um engenheiro civil responsável pela obra como exigia o edital, em total descumprimento da norma edilícia. E por consequência ausente, também, a comprovação de vínculo do profissional de Engenharia Civil, conforme item 9.11.2.4 do edital

9.11.2.3. Indicação do responsável técnico, ao menos um Engenheiro Eletricista e um Engenheiro Civil, devidamente registrado ou inscrito no CREA;

9.11.2.4. Comprovação de vínculo dos profissionais indicados como responsável técnico com a licitante;

Posteriormente através de diligência feita pelo pregoeiro, informou que a certidão do CREA contempla o engenheiro civil e que o engenheiro eletricista também tem competência para atender o edital, o que não procede, pelo fato que parte do objeto licitado tem a etapa de obra civil, exclusiva do profissional ENG.CIVIL, por isso a exigência edilícia de engenheiro civil. O Edital exigia que a empresa indicasse o profissional o que foi feito somente com os engenheiros elétricos. Faltando a indicação no momento da habilitação, da indicação por parte da empresa vencedora, do engenheiro civil. Não servindo esta informação prestada posteriormente em diligência do pregoeiro para sanar o vício de ausência documental. De forma a não ter espaço para decisão discricionária do pregoeiro, em tolerar a ausência de documento exigida pelo edital. Sob pena de responsabilidade civil, por transgressão ao art. 3º §1º, inciso I da lei 8666/93 e por ser a administração pública vinculada ao princípio da legalidade. Bem como fiscalização posterior pelo Tribunal de Contas da União – TCU

O engenheiro civil que está contemplado na certidão de pessoa jurídica não é documento de disponibilidade nem de vínculo, pois a certidão foi emitida em 25/03/2022 às 15:04:26 horas.

A exigência mínima do edital de solicitar que seja indicado e disponibilizado é no momento da licitação e não no passado e no futuro.

A grande maioria das empresas registradas no CREA mantém em seu quadro, profissionais com vínculo através de contrato de prestação de serviços.

Estes contratos são particulares e podem ser ou estar cancelados, sem que o CREA seja informado de pronto. Por isso a exigência de indicação e disponibilização e comprovação de vínculo no por ocasião da habilitação.

Esses descumprimentos, por si só, são suficientes para a inabilitação da empresa ROCHA BRESSAN ENGENHARIA.

DO DIREITO

Pelo até aqui apresentado, salvo melhor, juízo houve, por parte do senhor pregoeiro, a inobservância dos princípios da vinculação ao edital, bem como ao princípio da isonomia, e o princípio da motivação dos atos. Princípios estes norteadores do processo licitatório e da administração pública ou daqueles que fazem às vezes da administração.

"A vinculação ao edital significa que a administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras de certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para elaboração das ofertas, e, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato, se afastasse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação (art. 41). O mesmo ocorre com o convite que é um edital restritivo". (g.n.)

(In MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo 12ª edição, São Paulo, Malheiros, 1999, At. Por Eurico Andrade de Azevedo, Célia Marisa Prendes, Marica Lúcia Mazzei de Alencar).

Quanto ao princípio da motivação dos atos administrativos, verifica-se que a motivação para habilitar a empresa ROCHA BRESSAN ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, nos itens já supramencionados, a motivação externada não condiz com a realidade e a exigência do Edital, não cabendo ao discricionário do pregoeiro ante a ausência de documentos não apresentados pela empresa vencedora. E que segundo a lição de Cirne Lima:

"a motivação deve ser verdadeira, correlata aos fatos que ensejam, de fato e de direito, as eleições de meios adequados para o atingimento dos fins almejados pela coletividade. Esse o dever do agente público, muito bem

cristalizado por Cirne Lima ao imortalizar a máxima de que o administrador público não é senhor de sua vontade. Como muito apropriadamente insistiu o Professor Marcus Bittencourt, com base em Hauriou: "a Administração Pública, como qualquer ser que atua, é levada a decidir, distinguindo entre o Bem e o Mal, contudo o Estado para decidir deve escolher não apenas entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, mas entre o honesto e o desonesto também. O ato administrativo deve estar não só de acordo com a lei, mas também de acordo com a Moral". (in: Direito Administrativo Contemporâneo. op. cit. p. 226) (grifo nosso).

A lei 9.784/99 que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Federal, traz em seu art. 2º, o dever da administração em obedecer, vários princípios elencados na mesma que são derivados da nossa constituição, dentre eles, a legalidade, a finalidade, a segurança jurídica e o interesse público, in verbis:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Também trás em seu art. 53 o dever da administração em anular seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

DO PEDIDO

Ante o exposto requer:

1. A aceitação do presente recurso, e no mérito seja a empresa ROCHA BRESSAN ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL considerada inabilitada para este certame, ante o descumprimento das normas do presente Edital e por consequência excluída do mesmo.

Termos que pede e,
Espera deferimento.

Florianópolis – SC, 19 de agosto de 2022.

MARCOS JOSÉ ELIAS Marcelo Felipe Custódio
Advogado Representante Legal
OAB/SC 25.738

Fechar