

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO
Processo nº23228.000901/2018-70

RDC Eletrônico nº 01/2018: Contratação de empresa para construção de auditório/museu e passarela do Campus do IFAP, no município de Laranjal do Jari.

Impugnante: CÍRIO CONSTRUTORA E SERVIÇOS LTDA – em recuperação judicial.

1. Histórico:

1.1. Trata-se de impugnação ao edital do RDC Eletrônico nº 01/2018, recebido em 22/11/2018, sendo desta forma tempestiva, onde a impugnante, em síntese, requer que seja reformulado o edital no que se refere às exigências de habilitação econômico-financeira e de condições de participação.

2. Das Razões da Impugnação:

2.1. Nos termos apresentados em sua fundamentação, cópia anexada aos autos do processo, a impugnante requer:

2.1.1. *“o provimento das razões ora expendidas, no escopo de se retirar do edital as exigências corporificadas nos itens 3.2, subitem 3.2.5., e 10.6, subitem 10.6.1, adequando-o às realidades das empresas, e às exigências legais, por ser medida de direito”.*

3. Da Análise do Pedido.

3.1. Quanto ao pedido de retirada dos subitens 3.2.5 e 10.6.1 do edital, o setor jurídico deste IFAP, após analisar na íntegra o pedido e seus fundamentos, se manifestou pela manutenção das exigências contidas no ato convocatório, conforme abaixo transcrevemos:

*“Finalmente, em face do exposto, opinamos, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos, bem como o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, pela legitimidade da exigência de certidão negativa de recuperação judicial, como forma do pregoeiro 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, sendo certo que a empresa em recuperação judicial **com plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei nº11.101/2005** deverá, naturalmente, demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira. Mas, de todo modo, quanto ao pedido de impugnação, entendo que a mesma não deve se aplicar na presente licitação, em vista da afronta nítida ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório insculpido no art. 3º da Lei nº8.666/93, conforme aduzido acima e pelo fato de estar revestidos das formalidades legais, devendo serem mantidas as exigências contidas no edital de licitação.”*

3.2. Na mesma orientação jurídica (fls. 266/269 do processo) nos foi recomendado/sugerido que seja adotado o entendimento do Parecer nº04/2015-CPCL/DEPCONSU/PGF/AGU, no sentido de que é possível a participação de empresa em recuperação judicial em licitações públicas, **desde que se comprove que o Plano de Recuperação tenha sido aprovado e homologado judicialmente**, não sendo suficiente o mero despacho de processamento de pedido de recuperação judicial para a demonstração da



viabilidade econômico-financeira da empresa.

3.3. Ainda no tocante ao disposto no supracitado Parecer nº04/2015 da AGU, tem-se por recomendação conforme segue:

“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.” (Grifamos.)

3.4. Na Lei nº11.101/2005, art.52, inciso II:

“Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei; II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;”

3.5. Faz-se necessário compreender que a certidão positiva não importará, desde logo, a inabilitação, nem sequer o impedimento de participar visto que há condição **excepcional** que possa permitir a participação, ou seja, quando há amparo em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório, conforme Acórdão nº 8.271/2011, 2ª Câmara o TCU entende 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.”(grifo nosso)

3.6. Neste sentido, é **possível reconhecer situações específicas** em que serão admitidas a participação, em licitações, de empresa em recuperação judicial, naturalmente que, para tal fim, será necessário demonstrar que a empresa está autorizada mediante ato do administrador da recuperação judicial, e que existe saúde financeira necessária para tal, conforme o caso.

3.7. Também, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário, entendeu que não há óbice legal em exigir certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do



licitante, como requisito de habilitação econômico-financeira:

*“Voto (...) 55. A esse respeito, o Tribunal já analisou situação semelhante no âmbito do TC 025.770/2009-7. Naquela oportunidade questionou-se exigência de certidão negativa de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial. O Tribunal entendeu legítima essa exigência, pois conforme apontado pelo Ministro André Luis de Carvalho, relator daquele processo, tal certidão “substitui a certidão negativa da antiga concordata em situações surgidas após a edição da lei” (item 24 do voto). Ressalte-se, ainda, que em outras situações o Tribunal se deparou com requisito semelhante e não fez qualquer restrição a respeito (Acórdãos 1.979/2006, 601/2011, 2.247/2011, 2.956/2011, todos do Plenário). **Portanto, não vejo óbices para que tal exigência seja feita.** (...) Acórdão (...) 9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados: (...) 9.1.10.4 apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante”. (Grifamos.)*

3.8. Ainda, através de consulta ao portal de apoio jurídico da Zênite Consultoria a comissão teve conhecimento de recente decisão o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme aponta:

“28355 – Contratação pública – Qualificação econômico-financeira – Certidão negativa de recuperação judicial – Exigência – Possibilidade – TJ/RS

*Acerca da exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial como condição de habilitação o TJ/RS entendeu que “a certidão negativa de falência e de concordata é requisito essencial para a comprovação da capacidade econômico financeira da empresa no procedimento licitatório”, sendo correta “a extensão da exigência de certidão negativa à recuperação judicial, haja vista que as disposições da Lei de Licitações devem se adaptar à atual Lei de Falências, devendo o termo concordata ser interpretado como recuperação judicial”. O julgador destacou, ainda, que “havendo na Lei de Licitações a necessidade de comprovação da capacidade econômico financeira da empresa no procedimento licitatório, a partir da certidão negativa de falência, concordata ou recuperação judicial, por consequência, **apresenta-se legal a exigência de que a empresa participante do certame não se encontre em processo de falência, recuperação judicial, dissolução ou liquidação**”. Por fim, concluiu que “o ato da Administração Pública proibir a participação em licitações de empresas em recuperação judicial tem o fito de evitar prejuízos à coletividade diante da possibilidade de atrasos e de inadimplementos contratuais”. (TJ/RS, AI nº 70071684526, Rel. Sérgio Luiz Grassi Beck, j. em 05.04.2017) (grifos nossos)*

3.9. Perceba-se que através do ato convocatório prima-se por deixar expresso que **não se negará a nenhuma licitante direito de participação** desde que seja legalmente instituído, e que é nítido e intocável o preceito de que o Edital é apenas uma norma disciplinadora do certame e não se sobrepõe a Lei.

3.10. Sob este prisma, não podemos pressupor a condição personalíssima a que cada



empresa está submetida, devendo a licitante por conta própria se cercar dos documentos que comprovem sua capacidade de licitar e de contratar com a Administração e disponibilizá-los quando solicitados.

3.11. O ato convocatório não impõe limitação direta a quaisquer empresas, **mas apenas** àquelas que não possuam condições legais de participar, visto que cada exigência editalícia é praticamente letra de lei, devidamente analisada por setor jurídico competente e subsidiada em farta jurisprudência.

3.12. A licitação em questão pretende a realização de obra de engenharia de elevado custo para esta Instituição de ensino, e é nosso dever adequar o instrumento convocatório aos requisitos legais mínimos necessários à segurança da contratação, à seleção da proposta mais vantajosa e ao tratamento isonômico, pelo que não deve estabelecer regras de exceção em editais para que sejam acolhidas situações específicas de empresas, cabendo à Lei, ou outra autoridade legalmente instituída e competente para tanto, fazê-lo e à licitante comprová-lo, para que sejam atendidos os princípios da legalidade e da impessoalidade.

3.13. No entanto, a impugnante não foi desclassificada nem inabilitada do certame por motivo de estar em recuperação judicial, até mesmo porque o certame sequer ocorreu até a presente data. Se fosse o caso de a requerente estar sendo punida ou sancionada pela sua participação em razão de estar sob recuperação judicial teria-se um caso concreto de violação ao direito de participação.

3.14. Até mesmo por que a condição excepcional de estar autorizada em seu plano de recuperação judicial é informação que somente a própria licitante tem até este momento, pois como bem apontou a procuradoria deste instituto **não foram apresentados os documentos comprobatório desta condição excepcional**, mas tão somente a declaração de que está sob recuperação judicial, transcrevemos:

“Observa-se da impugnação que a empresa não juntou a decisão judicial contendo o plano de recuperação judicial aceito pelos credores, tais documentos, se a empresa vier a participar da licitação, quando da habilitação devem ser apresentados.”(fls. 268 verso)

3.15. De toda forma, é de interesse deste instituto que todas e quaisquer empresas que tenham condições técnicas, jurídicas, fiscais e econômico-financeiras venham participar e disputar neste certame, desde que não estejam legalmente impedidas como dispõe o edital em seu subitem 3.2.1.. O qual aliás deixa claro a questão de submissão a legislação vigente, pois declara inicialmente e anteriormente ao subitem ora impugnado que “3.2. Não poderão participar deste RDC: 3.2.1. Empresa proibida de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente.”(somente após que se encontra o 3.2.5. sob impugnação)

3.16. Note-se que esta é a condição de impedimento basilar e precípua do subitem 3.2., a qual poderia ser a única vedação à participação visto que contempla todas as demais, no entanto o ato convocatório deve ser o mais claro possível e por recomendação jurídica usamos as minutas da Advocacia Geral da União – AGU como base, desta forma ficam os demais subitens em razão de desdobramentos legais e jurisprudências que não só esclarecem casos

mais graves, como ao fazê-lo cumprir, dentre outros, o papel de orientar as interessadas de forma mais direta para evitar até mesmo sanções e punições administrativas.

3.17. Por fim, conforme o já citado Parecer nº04/2015 da AGU, entendemos que a apresentação de certidão positiva não importará, desde logo, a inabilitação da licitante, pelo contrário, pois será necessário a realização de diligência no intuito de avaliar em que circunstâncias se encontra o processo de recuperação judicial, e também para que se exija a demonstração da sua capacidade econômico-financeira para suportar os ônus da contratação, nos termos:

*"69. **Percebe-se que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda exigível por força do art. 31, II, da Lei 8.666, de 1993, porém a certidão positiva não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira.***

*70. **Caso a certidão seja positiva de recuperação, caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, sendo recomendável que no próprio edital do certame conste a menção de que será exigido da empresa em recuperação judicial a apresentação de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial.***

*71. Além disso, mesmo a empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido, como sói acontecer com qualquer licitante, **deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.***

*72. Dessa forma, é possível a participação em licitações de empresas com recuperação judicial concedida na forma do art. 58 da Lei 11.101: de 2005, **sendo exigível a demonstração da capacidade econômico-financeira da licitante para suportar os ônus da contratação.**" (g. n.)*

3.18. Desta forma, possui pertinência a alegação feita pela empresa impugnante acerca da possibilidade de participação das empresas em recuperação judicial, no entanto, somente em condições específicas e devidamente comprovada, o que demonstra que não há ilegalidade nas disposições do subitem 3.2.5 do edital impugnado, e

3.19. Por fim, a apresentação de certidão negativa de efeitos de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial é plenamente aceitável e está de acordo com a LLC, entretantes, diante da Lei nº 11.101/05 — Lei de Recuperação das Empresas, a qual introduziu a recuperação judicial, e por tanto deve ser exigida como condição de habilitação econômico-financeiro da empresa licitante, pelo que nos resta observar para que no caso concreto de, eventualmente, uma empresa apresentar certidão positiva a mesma deverá comprovar que o seu pedido de recuperação judicial já foi aprovado e homologado judicialmente nos termos do art. 58 da Lei nº 11.101/05, bem como, conseguir comprovar as demais condições de habilitação econômico-financeira.

4. Da Decisão.

4.1. Pelos argumentos expostos, com fundamento nos princípios da legalidade,



moralidade e competitividade, a Comissão Permanente de Licitações para Regime Diferenciado de Contratações – CPL/RDC do Instituto Federal do Amapá – IFAP decide **DAR PROVIMENTO PARCIAL** à impugnação apresentada pela empresa **CÍRIO CONSTRUTORA E SERVIÇOS LTDA**, fazendo constar, por meio de aviso de retificação, a seguinte proposta de reforma dos itens do Edital que foram objeto da presente impugnação:

4.1.1. Para o subitem 3.2.5:

“3.2.5. Empresa que se encontre em processo de dissolução, falência e/ou que esteja em recuperação judicial, ou extrajudicial, que não conseguirem comprovar que o pedido de recuperação judicial já foi aprovado e homologado judicialmente nos termos do art. 58 da Lei n o 11.101/05;”

4.1.2. Para o subitem 10.6.1:

“10.6.1. Certidão negativa de feitos de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

10.6.1.1. A empresa que estiver com a certidão positiva de recuperação judicial, deverá comprovar que o pedido de recuperação judicial já foi aprovado e homologado judicialmente nos termos do art. 58 da Lei n o 11.101/05, por meio de certidão do juízo responsável pelo acompanhamento da recuperação judicial.”

Macapá, 30 de novembro de 2018.

Comissão Permanente de RDC

REFERÊNCIAS:

- Despacho n.00045/2018/PROC/PFIFAMAPA/PGF/AGU, de 28 de novembro de 2018, às folhas 266/269 do processo administrativo n°23228.000901/2018-70.

- Considerações sobre a proibição de participação em licitação de empresas com pedido de falência e em processo de recuperação judicial ou extrajudicial. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 275, p. 43-48, jan. 2017, seção Orientação Prática.