

Parecer n. 024/2017

**IMPUGNAÇÃO AO EDITAL N.
045/2016 – EMPRESA EM
RECUPERAÇÃO JUDICIAL
OU EXTRAJUDICIAL –
PARTICIPAÇÃO EM
CERTAME LICITATÓRIO –
POSSIBILIDADE –
PRECEDENTES TCU.**

Trata-se de impugnação ao edital 045/2016, interposta pela empresa SULCATARINENSE – MINERAÇÃO, ARTEFATOS DE CIENTO, BRITAGEM E CONSTRUÇÕES LTDA, devidamente qualificada, através de seu representante legal, contra edital de licitação, na modalidade Concorrência, destinado a “**execução de manutenção corretiva das vias de acesso do Porto Organizado de Imbituba com fornecimento de mão de obra, material pétreo e asfáltico e equipamentos**”, conforme descrito no Edital n. 045/2016.

Sustenta a impugnante que a licitante fez dispor em seu edital, itens 2.2 que:

2.2 – Não será admitida a participação de:

[...]

2.2.2 – empresas em concordata, recuperação judicial ou extrajudicial, ou cuja falência tenha sido declarada, que se encontram sob o concurso de credores ou em dissolução ou em liquidação;

Tal exigência reflete no item 4.2.3.b, exigindo da interessada a apresentação de:

b) Certidão negativa de falência, concordata, recuperação judicial ou extrajudicial, expedida pelo distribuidor ou pelos cartórios de registro da falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial da sede da pessoa jurídica, com prazo de validade expresse.

Afirma que deve ser observado o contido no Memorando Circular n. 58/2015/DIREX-DNIT.

Ainda, alega que a norma regente de licitações permite a exigência somente de certidão negativa de falência ou concordata, mas não a de recuperação judicial, não podendo assim ser exigido no caso concreto tal documento.

Por fim, requer “sejam excluídas do presente edital as exigências que impeçam a participação de empresas em recuperação judicial”, permitindo “a participação na presente licitação, de empresas em recuperação judicial com plano devidamente homologado judicialmente”, reabrindo-se o prazo inicial de 30 dias para a elaboração de propostas nos termos da lei de regência.

É o relatório.

O art. 27, III da Lei 8.666/93 exige do licitante a demonstração de idoneidade econômica e financeira para suportar os ônus econômicos do contrato, como se vê:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

[...]

III - qualificação econômico-financeira;

No mesmo passo, o Código Civil, em seu art. 476, bem como a Lei de Licitações no art. 40, §3º prescrevem que o pagamento pelo bem ou serviço somente será devido caso o contratado cumpra sua parte, na medida deste cumprimento, com a devida aferição da correção da atuação da contratada, conforme arts. 62 e 63 da lei 4.320/64:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Ainda, a Lei de Licitações obriga à previsão em edital de cláusula que preveja “condições de pagamento”, com “**prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela.**”, conforme art. 40, XIV, “a”.

Dessa forma, a liquidação e pagamento da despesa ocorrerão somente após o ateste do serviço realizado, normalmente no mês seguinte à prestação do serviço ou entrega da mercadoria, sendo lícito então exigir das licitantes que estas possuam recursos financeiros suficientes para honrar a contratação sem depender do pagamento a ser efetuado pela contratante, cabendo ainda citar que o contratado somente adquire o direito de deixar de executar o contrato após 90 dias de atraso no pagamento por parte da contratante, mitigando a exceção do contrato não cumprido, reforçando a necessidade de que a contratada possua solidez econômico financeira, transparecendo aí a importância da habilitação econômico-financeira para apurar a disponibilidade de recursos para satisfação do objeto contratual.

O impugnante muito bem discorre sobre os objetivos da Lei 11.101/2005, a qual busca equilíbrio entre os objetivos da empresa e de seus credores, para preservação da função social da empresa, demonstrando ser inquestionável a importância destas para a sociedade, combinando a exploração econômica lucrativa a valores sociais de bem-estar coletivo e justiça social.

Sobre o assunto em questão, a Advocacia Geral da União, por meio do Parecer n. 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU manifestou-se magistralmente:

38. Não cabe confundir, todavia, 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, NLRF), 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, NLRF), cabendo colacionar os dispositivos mencionados:

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, observado o disposto no art. 69 desta Lei;

III - ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos 99 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos 99 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV - determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V - ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterà:

I - o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da re. cuperação judicial;

II - a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III - a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, 9 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do caput deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores.

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I - o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II - a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III - na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

39. Conforme melhor explica Fabio Ulhoa Coelho, o processamento da recuperação judicial é dividido em três fases, que podem ser assim destacadas:

Na primeira, que se pode chamar de fase postulatória, o empresário individual ou a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento de benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido (art. 52, NLRF).

Na segunda fase, a que se pode referir como deliberativa, após a verificação do crédito (arts. 7º a 20, NLRF), discute-se e aprova-se um plano de reorganização (art. 53, NLRF). Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício (art. 58, NLRF).

A derradeira etapa do processo, chamada fase de execução, compreende a fiscalização do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo (art. 63, NLRF).

40. Assim, para a formalização do pedido de recuperação judicial, exige-se o preenchimento de requisitos cumulativos, previstos no artigo 48, da NLRF. Logo, comprovadas tais condições, estará o empresário (individual ou social) legitimado a requerer a recuperação judicial, com petição inicial instruída de acordo com o artigo 51, da NLRF.

41. Após o deferimento do processamento da recuperação pelo juiz (art. 52), o devedor deverá apresentar o respectivo plano no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação daquela decisão de deferimento. Nos termos do art. 53, o plano de recuperação judicial revelará minuciosamente quais serão as medidas concretas a serem empregadas para solucionar a crise da empresa, de sorte a indicar a sua viabilidade econômica e financeira, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I - discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II - demonstração de sua viabilidade econômica; e

III - laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei. (g.n.)

42. A publicação da decisão que defere o processamento do pedido de recuperação marca o início do prazo de sessenta dias que a lei qualificou como improrrogável para a apresentação do plano de recuperação.

43. Perceba que na fase postulatória o juízo da recuperação apenas defere o processamento da recuperação judicial (art. 52, NLRJ), ao passo que na fase deliberativa, o juiz defere a concessão da recuperação judicial propriamente dita (art. 58, NLRJ).

44. Mais uma vez nos socorremos das precisas lições de Fábio Ulhoa Coelho, que explica que o despacho de processamento não se confunde com a decisão concessiva da recuperação judicial. O pedido de tramitação é acolhido no despacho de processamento, em vista apenas de dois fatores: a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. Ainda não está definido, porém, se a empresa devedora é viável. Somente na tramitação do processo, ao longo da fase deliberativa, fornecerá os elementos para a concessão da recuperação judicial.

45. Dessa forma, o deferimento da petição inicial não significa a concessão do regime recuperatório judicial, nem a assunção de qualquer compromisso por parte do magistrado em concedê-lo no futuro. O deferimento da petição inicial significa somente a autorização de tramitação do processo, não cabendo avaliar se a requerente está envolvida em crise de superação viável.

46. Pela leitura da Lei de Recuperação de Empresas, aos credores é facultado objetar ao plano de recuperação (art. 55, NLRJ), hipótese em que o juiz convocará a assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano (art. 56, NLRJ). Cumpridas as exigências da lei, será concedida a recuperação judicial ao devedor cujo plano não tenha sofrido objeção ou tenha sido aprovado pela assembléia geral de credores (art. 58). Poderá ainda ser concedida a recuperação se o plano, embora não aprovado nos termos do art. 45, atingir o número de votos favoráveis dos credores, nas classes respectivas, nos termos previstos no S 1º do art. 58.

47. Segundo o disposto no art. 59, o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no S 1º do art. 50. Este estabelece que "na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do titular da respectiva garantia."

48. Na verdade, há uma novação precária, porque a despeito dessa novação, se houver falência, os credores retomam todas as garantias originais. Então, são ressuscitadas as hipotecas e outras garantias de que eram titulares os credores, na dicção do S 2º do art. 61 da NLRF.

49. Somente após o cumprimento das exigências legais e desde que o plano de recuperação judicial não tenha sofrido objeções nos termos do artigo 55 da NLRF, ou que tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores (ou, ainda, se não aprovado, tiver suprida a aprovação por decisão judicial) é que se concederá a recuperação judicial.

50. Concedida a recuperação judicial pela decisão a que se refere o art. 58 dá-se o início da execução do plano aprovado pelos credores, cumprindo-se as obrigações ali ajustadas e sempre sob a fiscalização dos credores e do administrador judicial (artigo 22, II, a e b, NLRF), que poderão requerer a falência do credor na hipótese de seu descumprimento (art. 61, 9 1º, c/c art. 73, IV, NLRF).

51. Pela não apresentação pelo devedor do plano de recuperação no prazo de 60 dias improrrogáveis, ou caso venha a ser rejeitado pela assembléia de credores, será convolada a recuperação judicial em falência (art. 73, 11 e 111, NLRF).

52. 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.

53. Nesse ponto reside a grande polêmica a respeito da possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial em licitações, em particular pelo disposto no inc. 11 do art. 31 da Lei de licitações:

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;

54. Percebe-se que não há referência na LLC à recuperação judicial ou extrajudicial, sendo institutos que não se confundem com a antiga concordata, regidos pelo decaído Decreto-Lei nº 7661, de 1945.

55. Não obstante, parte significativa da doutrina sustenta que deve ser aplicada a mesma vedação da concordata à recuperação judicial, já que haveria uma presunção de insolvência do empresário em recuperação.

56. Marçal Justen Filho sustenta que incide a presunção absoluta de inidoneidade sob o empresário devedor em recuperação já que não ostenta qualificação econômico-financeira para a licitação. Tal presunção deve-se ao fato de que, no instante em que pleiteia a própria recuperação em juízo, esse empresário estará confessando sua insolvência.

57. A doutrina ainda traz como justificativa para exigir a certidão negativa de recuperação o disposto no inc. 11 do art. 52 da NLRF, acima transcrito, que não dispensa certidões negativas da empresa quando contratar com o poder público, considerando o risco peculiar dos contratos administrativos, e que, usualmente, os contratos serão de longo prazo, de execução continuada ou diferida. O risco inerente a tais contratos não deve ser agravado mediante a admissão de o contratante particular ser sociedade cuja existência, a continuidade, é, sabidamente, incerta. Não se trata, no caso de pedido de recuperação, de risco ordinário, e sim dos efeitos negativos da concretização de tal risco.

58. Tal tese foi encampada pelo Tribunal de Contas da União, quando do julgamento do emblemático acórdão n. 1214/2013, quando entendeu que mesmo com a mudança legislativa, é plenamente exigível a certidão negativa de recuperação judicial e extrajudicial, conforme excerto que ora colaciono:

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.

(...)

9. Acórdão: VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos - Adplan, com o objetivo de apresentar propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

(...)

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 distribuídos da sede do licitante.

59. Por outro lado, em posicionamento diametralmente oposto, outra parte da doutrina defende que a previsão do artigo 31, 11, da LLC, seja reinterpretada e adaptada à luz da nova Lei de Recuperação de Empresa, em particular com a óptica no art. 47, amoldando-se à sua moderna sistemática, conforme lição de Mauro Rodrigues Penteado, que merece ser colacionada:

Coerentemente com a nova solução dada pela Lei 11.101 para a solução da c~ econômica das atividades empresariais, parece evidente que a Lei de Licitações está a reclamar adaptação, de molde a que as sociedades que tenham seus Planos de Recuperação concedidos judicialmente também possam participar de licitações realizadas pelo Poder Público, que, em muitos casos, constitui fator importante para que superem as dificuldades por que passam, não havendo motivos para delas afastar unidade empresarial cuja viabilidade e possibilidade de atuar eficientemente no mercado passou pelo crivo daqueles que melhores têm competência para fazê-lo, ou seja, seus credores privados, sob a supervisão do Judiciário, ainda que alguns requisitos adicionais sejam requeridos para compor seus planos, tendo em vista o interesse público.

60. Registre-se que o próprio TCU, no acórdão 8272/2011, da 2ª Câmara, entendeu pela possibilidade de participação em empresa em recuperação judicial em licitação, desde que com plano de recuperação aprovado judicialmente.

61. No âmbito da jurisprudência, foi determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de medida cautelar, a dispensa de apresentação de certidão de recuperação judicial na fase de habilitação econômico-financeira da licitação, entendendo por verossímil que o inc. 11 do art. 31 da LLC estaria superado pela nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência, conforme precedente que ora colaciono:

AGRAVO REGIMENTA LEM 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. (...).

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 HUMBERTOMARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014.

62. É interessante notar que no caso julgado pelo STJ acima referido, a empresa em questão estaria com seu plano de recuperação devidamente aprovado em assembléia de credores, demonstrando que o processo de recuperação já se encontrava na fase do art. 58 da NLRJ, conforme excerto que merece ser transcrito:

Em que pese os ponderáveis argumentos postos no bem lançado parecer do MP, assim mesmo considero viável a declaração judicial da possibilidade de a empresa em recuperação judicial participar de licitações, no sentido de afirmar que, nos termos do plano de recuperação judicial aprovado em assembléia, não há qualquer restrição a esse respeito.

63. Entendo que deve ser feita a devida distinção entre a situação da empresa que está ainda postulando a recuperação judicial (art. 52, NLRJ), daquela que já está com o plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida (art. 58, NLRJ).

64. As contratações públicas são um grande estímulo à economia, e podem servir para retirar empresários em recuperação da situação de insolvência que se encontram, forte até na premissa que pelas licitações se obtém o desenvolvimento nacional sustentável (art. 30 da LLC24).

65. Inclusive, os autores que defendem essa possibilidade afirmam que, como a Lei 8666 exige certidão negativa de concordata, e este instituto não existe mais no ordenamento, não há base legal para exigir a certidão negativa de recuperação, que não se confunde com a decaída concordata, tese esta incorporada no acórdão do STJ.

66. Mas, além do estímulo à economia, as contratações públicas visam obter a satisfação dos interesses imediatos da Administração com a seleção da proposta mais vantajosa, tendo como objetivo principal manter a continuidade da atividade administrativa, que não pode ficar comprometida.

67. Quando a empresa está com sua recuperação deferida, é plausível que haja viabilidade econômico-financeira, em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas.

68. 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.

69. Percebe-se que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda exigível por força do art. 31, li, 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.

73. Conforme explica Rachei Sztajn, a recuperação extrajudicial é o negócio consensual entre devedor e uma ou algumas classes de credores, sendo um negócio de cooperação, que gera a repactuação na divisão de riscos, se assemelhando aos negócios plurilaterais.

74. É, assim, um acordo celebrado entre o devedor e seus credores, com o intuito de negociar dívidas da empresa.

75. O legislador no art. 47 NLRF, ao tratar do instituto da recuperação judicial fixou diversos elementos teleológicos, sem ter tratado o instituto da recuperação extrajudicial em seu bojo.

76. Apesar disso, e considerando que o objetivo último da recuperação em sentido lato (judicial e extrajudicial), é o de evitar a decretação da falência do devedor, com fratura dos perfis da empresa (unidade de produção, geração de empregos, pagamento de tributos), os

mesmos elementos teleológicos do art. 47 da NLRF são aplicáveis à recuperação extrajudicial²⁶.

77. A Lei de Recuperação de Empresas estabeleceu os requisitos que devem ser preenchidos pelo devedor para propor e negociar com os credores o plano de recuperação extrajudicial a ser submetido à homologação do juízo do lugar do principal estabelecimento. De um modo geral, são os mesmos requisitos exigidos para o devedor requerer a recuperação judicial, visto que o art. 161 faz referência ao art. 48 da nova Lei, com exceção dos previstos nos incisos II e III do art. 48, em face do disposto no art. 161, § 3º.

78. Assim, para o devedor, seja ele empresário individual ou sociedade empresária, poder, após negociar com seus credores, requerer a sua homologação, deve preencher os seguintes requisitos:

- 1º) exercer atividade empresarial há mais de dois anos;
- 2º) não ser falido nem sociedade empresária falida;
- 3º) se o devedor já tiver sido declarado falido, é preciso que, por sentença, com trânsito em julgado, já tenham sido declaradas extintas as suas obrigações;
- 4º) não ter pendente, em juízo, pedido de recuperação judicial;
- 5º) não tenha obtido, há menos de dois anos, recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial;
- 6º) não ter havido condenação do empresário ou dos administradores ou sócio controlador da sociedade empresária, em crime falimentar.

79. É preciso destacar que a NLRF prevê dois tipos de planos de recuperação extrajudicial, um regido pelo art. 162 e outro pelo art. 163.

80. O primeiro tipo está previsto no art. 162, sendo aquele que engloba apenas os créditos dos credores que a ele aderirem, conforme dispositivo que ora colaciono: Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.

81. O plano previsto no art. 163 é aquele pelo qual o devedor obtém a adesão de pelo menos três quintos de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos (com garantia real, com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários e/ou subordinados) e, por isso, uma vez homologado, passa a vincular os demais credores minoritários da mesma espécie dos créditos abrangidos, independentemente de adesão, conforme dispositivo assim previsto:

Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos

os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

§ 1º O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos previstos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII do caput, desta Lei, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação.

§ 2º Não serão considerados para fins de apuração do percentual previsto no caput deste artigo os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, os quais não poderão ter seu valor ou condições originais de pagamento alteradas. § 3º Para fins exclusivos de apuração do percentual previsto no caput deste artigo:

I - o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de assinatura do plano; e

II - não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 deste artigo.

§ 4º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 5º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação extrajudicial.

§ 6º Para a homologação do plano de que trata este artigo, além dos documentos previstos no caput do art. 162 desta Lei, o devedor deverá juntar:

I - exposição da situação patrimonial do devedor;

II - as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do caput do art. 51 desta Lei; e

III - os documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir, relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

82 . Há, assim, na recuperação extrajudicial dois tipos de planos: um que obriga a quem a ele adere e outro que, independentemente de adesão, cumpridos os requisitos legais será imposto à minoria.

83. Uma vez homologado o plano, fica instituída a recuperação extrajudicial, havendo plausibilidade de que a empresa possua viabilidade econômica, sendo condição de eficácia do plano que haja o acolhimento judicial do mesmo;

Art. 165. O plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após sua homologação judicial.

§ 1º É lícito, contudo, que o plano estabeleça a produção de efeitos anteriores à homologação, desde que exclusivamente em relação à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, caso o plano seja posteriormente rejeitado pelo juiz, devolve-se aos credores signatários o direito de exigir seus créditos nas condições originais, deduzidos os valores efetivamente pagos.

84 [...]

85. Não obstante, para fins de fixação de entendimento, assim como na recuperação judicial, uma vez homologado o plano de recuperação judicialmente, a empresa em recuperação extrajudicial haverá plausibilidade de sua capacidade econômico-financeira, permitindo a sua participação em licitações públicas, devendo demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira, como qualquer licitante.

Culminando o parecer citado com a seguinte conclusão:

a) sobre a participação da empresa em recuperação judicial em licitações, deve ser feita a devida distinção entre a situação da empresa que está ainda postulando a recuperação judicial (art. 52, da Lei 11.101, de 2005), daquela que já está com o plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida (art. 58, da Lei 11.101, de 2005);

b) o mero despacho de processamento do pedido de recuperação judicial, com base no art. 52 da Lei 11.101, de 2005, não demonstra que a empresa em recuperação possua viabilidade econômico-financeira;

c) apenas com o acolhimento judicial do plano de recuperação, na fase do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, é que existe a recuperação judicial em sentido material, com a demonstração da viabilidade econômico financeira da empresa;

d) a certidão negativa de recuperação judicial é 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;

e) 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;

f) 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;


g) a empresa em recuperação judicial com plano de recuperação, acolhido, como qualquer licitante, deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira;

h) é aplicável à empresa em recuperação extrajudicial, com plano de recuperação homologado judicialmente, a possibilidade de participar em licitações públicas, nos moldes da empresa em recuperação judicial.

No âmbito do TCU, o Acórdão nº 8.271/2011-2ª Câmara deu "*ciência à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que, em suas licitações, é 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.*", confirmando de forma cabal a possibilidade de empresa em recuperação judicial Poder participar de certame licitatório.

Destarte, adota-se nesta oportunidade a fundamentação do parecer 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU como motivação para orientar à Comissão de Licitações desta empresa a proceder nos termos da conclusão acima citada, ante os fatos e fundamentos anteriormente expostos.

Imbituba, 02 de fevereiro de 2017.


Rafael Oneda
Gerente Jurídico
SCPar Porto de Imbituba S.A.

EDITAL DE CONCORRÊNCIA N. 045/2016

Objeto: **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE ENGENHARIA PARA EXECUÇÃO DE MANUTENÇÃO CORRETIVA DAS VIAS DE ACESSO DO PORTO ORGANIZADO DE IMBITUBA COM FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA, MATERIAL PÉTREO E ASFÁLTICO E EQUIPAMENTOS**

DECISÃO

Trata-se de pedido de impugnação ao Edital 045/2016, interposta pela empresa Sulcatarinense – Mineração, Artefatos de Cimento, Britagem e Construções LTDA, requerendo que sejam excluídas do presente Edital as exigências que impeçam a participação de empresas em recuperação judicial.

Como melhor forma de decidir, foi solicitado parecer jurídico em relação a impugnação do Edital.

Diante dos bens lançados fundamentos no Parecer Jurídico nº 024/2017, julga-se a Representação PROCEDENTE.

Prossiga-se com as alterações necessárias no Edital, com posterior reabertura do prazo legal;

Remeta-se a Autoridade Superior para manifestação.

Comunique-se o impugnante desta decisão na forma legal.

Imbituba, 02 de fevereiro de 2017.


Elivelton Luiz Doré

Presidente da CPL
SCPar Porto de Imbituba S.A.


Luis Rogério Pupo Gonçalves

Diretor Presidente
SCPar Porto de Imbituba S.A.