

Licitação. Pregão eletrônico. Reanálise da fase interna do certame. Necessidade de retificação do edital

[Guilherme Carvalho e Sousa](#)

Sumário: A recuperação de empresas e a participação em licitações e contratos – A síntese possível e necessária

Inicialmente, cumpre mencionar que o presente processo já fora objeto de análise nesta Procuradoria em outra oportunidade, quando da emissão do Parecer nº 131/2012, da lavra deste mesmo procurador (devidamente homologado pelo Procurador-Geral do Estado), ocasião em que foram solicitadas algumas alterações no instrumento convocatório — edital do Pregão eletrônico — bem como a necessidade de saneamento de algumas falhas inerentes à fase interna do certame.

Empreenderam-se, pois, os atos ulteriores. Consta, às fls. 68, decisão do Secretário de Estado, em que autoriza a realização da licitação na modalidade de pregão eletrônico, adotando o sistema interno de registro de preços, bem assim, na mesma folha, despacho da Delegada de Polícia Civil — Chefe de Gabinete da Secretaria — encaminhando os autos do processo administrativo sob epígrafe à Comissão Permanente de Licitação para as providências e diligências estampadas no parecer dantes exarado pelo procurador que a esta subscreve, ambos os documentos datando de 06 de março de 2012.

Às fls. 69-70, há documentação relativa à Portaria de designação do pregoeiro e equipe de apoio, como também certificado de participação em curso de pregão presencial e eletrônico, falha que já havia sido apontada anteriormente.

Das fls. 72-100, novamente edital do pregão eletrônico com respectivos anexos, no qual fora excluído, na totalidade, o subitem 4.1.2,¹ em desatenção à exposição do parecer anterior.

Às fls. 101, despacho do presidente da Comissão Permanente de Licitação para que fossem empreendidas as recomendações dessa Procuradoria.

Às fls. 102-104, também com o objetivo de sanar as omissões apontadas na recomendação jurídica da Procuradoria, juntam-se três orçamentos de três empresas distintas, relativamente aos trechos sobre os quais se deseja encetar a contratação. Às fls. 105, há um mapa de julgamento, no qual consta a média de preços entre as três propostas.

A manifestação da Assessoria Jurídica consta às fls. 108-110, a qual, *permissa venia*, é demasiadamente genérica, direcionando, apenas, os aspectos que já são evidentes em toda e qualquer licitação, além de aludir a obviedades que não merecem estar insertas no corpo de posicionamentos jurídicos, *v.g.*, “Assim, deve a elaboração do edital, por ter natureza discriminatória, seguir os preceitos legais, ou seja, tem de obedecer aos requisitos indispensáveis à elaboração (Lei nº 10.520/2002) – fls. 109, terceiro parágrafo”.

Através de uma simples vistoria em todo o processo, percebe-se que as recomendações foram, devidamente, atendidas, à exceção do que se expusera quanto ao subitem 4.1.2 do edital (fls. 65 do presente processo e fls. 06 do Parecer Jurídico nº 131/2012, último parágrafo). É que, conforme

constou no parecer, opinou-se pela retificação deste subitem apenas quanto à impossibilidade de empresas em recuperação judicial e extrajudicial participarem do certame.

Pois bem. Na verdade, compulsando os autos e fazendo um comparativo entre os dois editais já juntados (primeiro edital de fls. 21-56, e segundo edital de fls. 72-100), percebe-se que o subitem arriba mencionado foi, totalmente, excluído, é dizer, na forma como o edital se apresenta, qualquer empresa, ainda que dissolvida, liquidada etc. poderá participar do processo licitatório. Não foi, contudo, este o objetivo que se cuidou de empreender quando da análise anterior.

É que, conforme consta no Parecer nº 131/2012 — já mencionado —, requereu-se a retificação do subitem 4.1.2 do edital, apenas e tão somente no tocante à impossibilidade de as empresas em recuperação judicial e extrajudicial poderem participar do certame.

Em momento algum, opinou-se pela supressão total do subitem, uma vez que a exigência consta na própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 31, II. Dessa feita, existe, sim, a possibilidade de se manter o edital tal qual se apresentou a esta Procuradoria quando da realização da primeira análise, isto é, mantendo-se o subitem 4.1.2 incólume, eis que os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre tal assunto são díspares.

Obrou este procurador tão apenas uma opinião doutrinária pessoal, a qual continua inalterável. Para tanto, a fim de que o órgão consulente possa decidir sobre o assunto com mais robustez, seguem, nas linhas abaixo, uma pequena, porém profunda, fundamentação jurídica sobre a possibilidade ou impossibilidade de empresas em recuperação judicial e extrajudicial poderem contratar com o Poder Público.

A recuperação de empresas e a participação em licitações e contratos

Segundo já salientado, no Parecer nº 131/2012, opinou-se pela retificação do subitem 4.1.2, no que importa à possibilidade de empresas em recuperação judicial e extrajudicial poderem participar da licitação. Mais uma vez ressalte-se: opinou-se pelo ajuste do subitem apenas quanto a este ponto.

O procurador que a esta subscreve mantém indene seu posicionamento; todavia, como se verá, trata-se de um posicionamento jurídico, o qual, em razão da forte discussão doutrinária, pode, ou não, ser acatado pelo órgão consulente. Em outras palavras, não cabe à Procuradoria imiscuir-se no papel decisório do consulente quanto a este ponto, sobremaneira pela existência de divergência sobre o tema.

Pois bem. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 31, II, quando enumera a documentação relativa à qualificação econômico-financeira das licitantes, estabelece que:

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

omissis.

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. (grifou-se)

Ocorre que o instituto jurídico da concordata já não mais é vigente, tendo sido substituído, parcialmente, pela recuperação judicial de empresas, respeitadas, com obviedade, as peculiaridades inerentes a cada um dos institutos.

Até mesmo antes da edição da Lei nº 11.101/2005,² a aludida normal legal — art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 — já era debatida pela doutrina e jurisprudência com bastante veemência.³ O questionamento vagava, inclusive, quanto à impossibilidade de participação de uma empresa em um determinado certame quando da existência de processo falimentar sem trânsito em julgado.⁴

Ocorre que, até 09 de fevereiro de 2005, a legislação que regia o processo falimentar no Brasil era o Decreto-Lei nº 7.661/45, o qual não previa a figura da recuperação judicial e extrajudicial das empresas, estabelecendo, unicamente, a falência e a concordata (preventiva ou suspensiva).

A Lei nº 8.666/93 foi promulgada sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/45. Todavia, 12 (doze) anos após a promulgação da Lei de Licitações, a Lei nº 11.101/05 criou as figuras da recuperação judicial e extrajudicial, cujo objetivo ultrapassou, sumamente, o desígnio da antiga concordata. Na verdade, no Brasil, a inexistência de uma eficiente legislação falimentar e recuperativa de empresas era causa de fuga de capital estrangeiro, pois outros países possuíam um aparato legislativo mais interessante, o que ocasionava maior arrojo de novos investimentos.⁵

Portanto, a leitura do dispositivo legal na Lei nº 8.666/93 não pode ser vista com olhares voltados para o retrógado Decreto-Lei nº 7.661/45, cuja teleologia divergia, às claras, da nova lei recuperativa de empresas — Lei nº 11.101/2005. Inclusive, os novéis institutos jurídicos criados — recuperação judicial e extrajudicial — não guardam total consonância com os institutos anteriores (concordata preventiva e suspensiva).

A análise do dispositivo legal previsto na Lei de Licitações não pode ser desvinculada do objetivo central do instituto da recuperação: manter viva a empresa, produzindo e circulando riqueza.

Ressalve-se, acima de tudo, que boa parte das empresas tem nos contratos administrativos parcela representativa de suas receitas, devendo, portanto, o Poder Público cooperar com a sua recuperação. Há, contudo, doutrina em sentido contrário:

A recuperação judicial (e extrajudicial), mecanismo introduzido em substituição à antiga concordata, desperta atenção. Deve-se ter em vista que a recuperação judicial não é um mesmo nome para o mesmo instituto. Suas finalidades e seu regime jurídico são distintos dos da antiga concordata. No entanto, afigura-se que o entendimento dos efeitos da concordata sobre a contratação administrativa deverá ser aplicado à recuperação judicial.

Em primeiro lugar, mantém-se a presunção de insolvência relativamente ao sujeito que pleiteia a recuperação judicial. Esse é o aspecto fundamental, que conduz à

inviabilização da contratação administrativa. Esse é o fundamento pelo qual se reputa que também a recuperação extrajudicial se traduz em impedimento à habilitação para participar em licitação.⁶

Além do mais, a Lei nº 11.101/05 é silente quanto ao questionamento, eis que continuou a falar, apenas, dos casos de empresas que sofreram processo falimentar: “Art. 195. A decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei”.

Uma interpretação, a *contrario sensu*, do artigo 195 da Lei nº 11.101/05⁷ induz, até mesmo, à possibilidade de empresas em recuperação judicial e extrajudicial contratarem com o Poder Público, uma vez que não há restrição, neste dispositivo legal, quanto a tal ponto específico.

Uma análise do artigo 52, II, da Lei nº 8.666/93 permite, contudo, uma leitura diversa:

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:

[...]

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.

O Superior Tribunal de Justiça não possui julgado específico quanto ao tema. Infere-se, através de pesquisa no sítio do tribunal, um leve posicionamento de impedir empresas em processos de concordata ou falência de contratarem com o Poder Público.⁸ Saliente-se, todavia, que os julgados apurados referem-se à antiga legislação, não abarcando o instituto da recuperação de empresas, cujo objetivo, como já passado, é diverso.

Impossibilitar uma empresa de participar de determinado certame com base em presunção de insolvência é, sem sombra de dúvidas — volta-se a repetir — ilegal, eis que a Lei nº 8.666/93, nem muito menos a Lei nº 11.101/05 assim não previram.

Ora, se o legislador teve a oportunidade de modificar toda a matéria normativa concernente ao processo falimentar e de recuperação de empresas — e se assim o fez, por meio da edição da Lei nº 11.101/05 — e não proibiu, expressamente, empresas em processo de recuperação — judicial ou extrajudicial — de contratarem com o Poder Público, é óbvio que intencionou a contratação.

Ressalva-se que as discussões acerca da concordata foram minimizadas em vista da Lei nº. 11.101, de 9.2.2005, apelidada de nova Lei de Falências. Ocorre que a concordata foi substituída pela recuperação judicial. Permanecem apenas as

concordatas ajuizadas antes de 9.2.2005.

Registre-se, por oportuno, que a Lei nº. 8.666/93 não foi alterada para substituir a certidão negativa de concordata por certidão negativa de recuperação judicial. *Portanto, com arrimo no princípio da legalidade, a Administração não pode passar a exigir certidão negativa de recuperação judicial como habilitação, dado que o legislador não a autorizou.*⁹ (grifo não consta no original)

Carlos Pinto Coelho Motta¹⁰ comunga do mesmo posicionamento. O autor sustenta sua posição com base no objetivo da nova Lei de Falências, que é o de manter viva a unidade produtiva e permitir a continuidade da empresa.

Outra não é a opinião de Fernando Antônio Júnior. Embora se refira à antiga legislação de falência e concordata, o autor faz menção ao citado artigo 31, II da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

(...) a única interpretação do art. 31, inc. II, da Lei nº 8.666/93 compatível com o nosso ordenamento constitucional é a de que a simples indicação de ação de falência ou concordata em curso não tem o condão de inabilitar o licitante ou tornar inativo ou inválido o seu registro cadastral para fins de participação em licitações.¹¹

Assim sendo, muito embora haja fortes divergências quanto ao tema, conserva-se a opinião no sentido de que impossibilitar empresas em processos de recuperação judicial ou extrajudicial de contratarem com o Poder Público é ilegal, ofendendo, acima de tudo, o devido processo legal.

A síntese possível e necessária

À guisa de conclusões, através de uma simples olhadela no corpo do processo, percebe-se que todas as recomendações emitidas no Parecer de nº 130/2012 foram realizadas a contento, à exceção da retificação do edital quanto ao subitem 4.1.2. É que a orientação anterior, profligada no

aludido parecer, foi no sentido de, só e somente só, retificar o subitem mencionado, e não no sentido de excluí-lo em sua totalidade.

Deve-se restar claro que, em nenhum momento, o procurador que emitiu o parecer e que a este também subscreve impôs à consulente a obrigatoriedade de supressão, no edital, do ponto debatido. Trata-se, oportunamente, de opinião jurídica, a qual, exclusivamente quanto a este quesito, pode ou não ser acolhida.¹² O que não se pode admitir é a exclusão total do subitem 4.1.2, fato este não opinado, em nenhum momento, no parecer anterior, pois, da forma como se encontra, permite a participação de empresas concordatárias, falidas, dissolvidas, insolventes etc., inclusive consórcios de empresas.

Assim sendo, tendo em vista que foram cumpridas todas as orientações do parecer anterior e

considerando que o procedimento licitatório sob comento ainda se encontra em sua fase interna, permitindo, portanto, retificações, *OPINA-SE pela possibilidade de deflagração da fase externa, ressaltando a necessidade de manutenção do subitem 4.1.2 do edital, mantendo, a critério da consulente, a possibilidade de empresas em recuperação judicial e extrajudicial participarem do certame.*

Com escusas de haver excedido o limite meramente técnico que a consulta formulava e, adentrando, um pouco, na seara administrativa, *é o que nos parece.*

Remeto às considerações superiores.

Macapá, 28 de março de 2012.

1 4 – Das condições de participação. 4.1 – Poderão participar deste pregão as empresas que: 4.1.2 – *Não se encontrem em processo de recuperação judicial e extrajudicial, com pedido de autofalência ou falência decretada, concurso de credores, processo de insolvência, dissolução, liquidação ou consórcio de empresas, qualquer que seja sua constituição e empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no país.*

2 A Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

3 Nesse sentido, Jair Eduardo Santana e Vânia da Conceição Pinto: “a concordata, em virtude de sua natureza jurídica e fins a que se destina, não constitui um obstáculo para a qualificação econômico-financeira. Deste modo, a Administração poderá desconsiderar a certidão positiva apresentada” (SANTANA, Jair Eduardo; PINTO, Vânia da Conceição. Falência, concordata, insolvência civil: repercussão nas licitações e contratos administrativos. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, n. 11, p. 744, 2002).

4 Jair Eduardo Santana, *ibidem*, p. 744: “somente a certidão que ateste o trânsito em julgado da sentença de falência poderá ser prova da incapacidade econômico-financeira”.

5 O conceito mudou. Com a nova lei, a regra agora é a preservação da atividade negocial. Manter a empresa no âmbito concorrencial é mantê-la como fonte de lucro e de circulação de riqueza, além da manutenção de empregos. A companhia é um organismo vivo, inserida num contexto social, que interfere e recebe influências desse ambiente.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 447.

7 O decreto-lei revogado (em seu art. 201, *caput*) previa apenas que a falência das empresas concessionárias de serviços públicos não tinha o condão de interromper tais serviços, nem de fazer cessar a edificação de obras necessárias previstas nos contratos administrativos.

8 Nesse sentido, "BRASIL. REsp 351.512/SP. Recorrentes: Telecomunicações de São Paulo S.A. (TELESP), Coppersteel Bimetálicos LTDA. Recorrido: Maria Rita Ferreira de Campos. Rel. Min. Humberto Martins, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012".

9 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 411.

10 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 435.

11 ANTÔNIO JÚNIOR, Fernando. A certidão positiva de falência na fase de habilitação das licitações. *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba, n. 96, p. 96, fev. 2002. (Seção Doutrina/Parecer/Comentários).

12 Claramente, os aspectos que deveriam ter sido sanados já o foram em tempo oportuno.

Como citar este artigo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Licitação. Pregão eletrônico. Reanálise da fase interna do certame. Necessidade de retificação do edital. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, maio 2012. Parecer. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79121>>. Acesso em: 5 junho 2012.

Como citar este artigo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Licitação. Pregão eletrônico. Reanálise da fase interna do certame. Necessidade de retificação do edital. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, p. 89-92, maio 2012. Parecer.
