



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
SUBCONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO DE GESTÃO PÚBLICA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE SERVIÇOS COM MÃO DE OBRA EXCLUSIVA
PARECER n. 00434/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP: 08084.005021/2023-45

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ASSUNTOS: CONTRATO DE GESTÃO

EMENTA: Consulta. Administrativo. Pregão Eletrônico cujo objeto é a contratação pregão eletrônico de registro de preços, para contratação de empresa especializada na prestação de serviço continuado de **Recepcionista, Assistente Administrativo, Secretário Executivo, Secretário Executivo Bilíngue, Técnico em Secretariado, Apoio Administrativo Nível I, Motoristas Executivos, Almoxarifes, Carregadores e Encarregado**, na cidade de Brasília/DF, com disponibilização de solução tecnológica para fiscalização e gestão contratual para atender as necessidades do MJSP. Dúvidas do órgão consultante a respeito da possibilidade de participação de empresa em recuperação judicial sem o plano de recuperação judicial acolhido judicialmente, pela impossibilidade nas contratações de serviços continuados com disponibilização de mão de obra com dedicação exclusiva.

Senhor Coordenador-Geral Substituto,

I - RELATÓRIO

1. Cuida-se de procedimento administrativo instaurado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP com o objetivo da instauração de licitação, na modalidade de pregão eletrônico de registro de preços, para contratação de empresa especializada na prestação de serviço continuado de **Recepcionista, Assistente Administrativo, Secretário Executivo, Secretário Executivo Bilíngue, Técnico em Secretariado, Apoio Administrativo Nível I, Motoristas Executivos, Almoxarifes, Carregadores e Encarregado**, na cidade de Brasília/DF, com disponibilização de solução tecnológica para fiscalização e gestão contratual para atender as necessidades do MJSP, tendo como partícipes outras unidades gestoras daquela Pasta. Por meio do Ofício nº 1912/2023/SAA/SE/MJ, foi encaminhado à Subconsultoria-Geral da União no qual em atendimento da unidade técnica solicita manifestação acerca da possibilidade da participação da empresa BS TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, não aprovado judicialmente, no qual a licitante em questão alega que inexistiria previsão legal e/ou jurisprudencial para a exigência da aprovação do plano para que a mesma participe de licitações públicas, e destaca-se que a área técnica manifestou que a licitante atende aos demais critérios de qualificação econômico-financeira exigidas no edital, seq. 8 do Supersapiens.

2. A Conjur MJSP, no mesmo Ofício, atendendo demanda do Subsecretário de Administração do MJSP, informa que, segundo a Coordenação-Geral de Licitações e Contratos, a exigência contida no item 10.10.1.1. do Edital do PE nº 11/2023 e os entendimentos esposados no Acórdão 1.201/202 - Plenário do TCU e no Parecer nº 2/2016/CPLA/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União, ensejam uma dúvida jurídica quanto à possibilidade de participação no certame de empresa em recuperação judicial, cujo plano não tenha sido aprovado judicialmente.

(...)

3. A unidade técnica discorreu acerca da instrução do feito, informando que a empresa licitante, BS TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CNPJ 03.655.231/0001-21, quando do envio dos documentos de habilitação, encaminhou seu Plano de Recuperação Judicial (26299477), não aprovado judicialmente, argumentando que inexistente previsão legal e/ou jurisprudencial para a exigência de aprovação do plano, como condição para que a empresa recuperanda participe de licitações públicas (26311691). A área técnica destaca

que a licitante atende aos demais critérios de qualificação econômico-financeira exigidas no edital.

4. Considerando a exigência conda no item 10.10.1.1 do Edital do PE nº 11/2023 (25851802) e os entendimentos esposados no Acórdão 1.201/2020 – Plenário do TCU, de relatoria do ministro Vital do Rego e no Parecer nº 2/2016/CPLCA/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União, a Coordenação-Geral de Licitações e Contratos – CGL apresenta dúvida jurídica quanto à possibilidade de participação no certame de empresa em recuperação judicial, cujo plano não tenha sido aprovado judicialmente.

(...)

3. Os autos estão sendo processados eletronicamente no Sistema SEI. O consulente enviou o link para acesso externo direto no referido Sistema https://sei.mj.gov.br/sei/processo_acesso_externo_consulta.php?id_acesso_externo=1598759&infra_hash=e32fffc333eeb2245d1050300f82cdfa, sendo que todas as referências documentais que serão efetuadas utilizar-se-á a numeração dos documentos constantes no SEI.

4. A empresa BS Tecnologia, apresentou as suas propostas comerciais para os grupos 1 e 2 (26143421 e 26143518) e respectivos documentos de habilitação (26143064 e 26143078) após 3 (três) diligências, a área técnica finalizou a análise de qualificação econômica e financeira (26286830) e relatório de índices econômicos (26286785), tendo elaborado a Nota Técnica nº 95/2023/SEPAC/COSEG/CGDS/SAA/SE/MJ (26290525), que assim concluiu:

4. CONCLUSÃO

4.1. Ante o exposto, após a análise da conformidade da proposta comercial, exequibilidade dos preços ofertados e especificação do objeto, e considerando que a proponente apresentou os documentos de habilitação técnica de acordo com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório, essa área requisitante se manifesta pela aceitação da proposta e habilitação técnica da empresa BS TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, inscrita no CNPJ sob o n.º 03.655.231/0001-21, para os grupos 1 e 2 do certame.

4.2. Dessa forma, encaminhamos os autos à Coordenação de Suprimentos e Serviços Gerais para apreciação, e, se estiver de acordo, com sugestão de envio dos autos à Coordenação-Geral de Gestão Documental e Serviços Gerais, e posteriormente à Divisão de Licitações da Coordenação-Geral de Licitações e Contratos - CGL, para a continuidade do certame.

5. Em prosseguimento, a Pregoeira realizou nova diligência junto a BS Tecnologia, para que se manifestasse a respeito do possível descumprimento do disposto no item 10.10.1.1., que prevê que no caso de certidão positiva de recuperação judicial ou extrajudicial, o licitante deverá apresentar a comprovação de que o respectivo plano de recuperação foi acolhido judicialmente, além de comprovar os demais requisitos de habilitação sob pena de inabilitação, SEI 26300631;

6. Em atenção a solicitação da Pregoeira, a licitante apresentou os seus esclarecimentos, alegando em síntese que: a) teria direito a ser habilitada mesmo estando em recuperação judicial, por não existir previsão legal e/ou jurisprudencial para a exigência do plano de recuperação judicial e que a “exigência” pautaria-se somente no Parecer nº 04/20156/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, que não possuiria força normativa alguma; b) que haveria encaminhado a situação do processo de recuperação judicial para a pregoeira (26311691) e reitera as datas do processo de recuperação judicial; c) que possuiria laudos de viabilidade técnica produzido pela Administradora Judicial e pela Dracma Consultoria Financeira; transcreve algumas jurisprudenciais para fundamentar que as suas alegações e por fim, informa que teria sido habilitada recentemente nos PE nº 15/2023 do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo, bem como no PE nº 08/2023, do Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional, SEI 26311691.

7. Após avaliar a resposta apresentada pela BS TECNOLOGIA, a Pregoeira elaborou o documento “Solicitação de Análise Jurídica” (26269419), cujos principais excertos reproduz-se abaixo:

6. Cumpre destacar que conforme anotação no SICAF, a empresa encontra-se atualmente em recuperação judicial. Segundo disposto no capítulo 5 do Edital do PE nº 11/2023 (SEI nº 25851802), não é permitida a participação de interessados em recuperação judicial, cabendo ser observado, neste caso, o disposto no item 10.10.1.1.

10.10 Qualificação Econômico-Financeira:

10.10.1 certidão negativa de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial expedida pelo distribuidor da sede do licitante;

10.10.1.1 No caso de certidão positiva de recuperação judicial ou extrajudicial, o licitante deverá apresentar a comprovação de que o respectivo plano de recuperação foi acolhido judicialmente, na forma do art. 58, da Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, sob pena de inabilitação, devendo, ainda, comprovar todos os demais requisitos de habilitação.

7. Nesse sentido, a empresa licitante, quando do envio dos documentos de habilitação, encaminhou seu Plano de Recuperação Judicial (SEI nº 26299477), contudo não aprovado judicialmente, conforme esclarecimentos prestados por meio da Diligência nº 04 (SEI nº 26311691):

Deve a licitante BS TECNOLOGIA novamente reiterar que INEXISTE previsão legal e/ou jurisprudencial para a exigência de aprovação do plano de recuperação judicial, sendo esta uma suposta condição para que a empresa recuperanda participe de licitações públicas.

Note-se que referida “exigência” pauta-se tão somente no Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU – Processo nº 00407.000226/2015-22, o qual NÃO possui força normativa alguma, sendo um parecer produzido pela D. AGU no ano de 2015, tão somente com caráter consultivo.

Como restou consignado, a empresa já havia encaminhado um r. Ofício a este i. Pregoeiro no qual esclareceu sua situação no processo de recuperação judicial, explicitando detalhadamente o estágio do procedimento e informando as datas da Assembleia Geral de Credores (AGC), sendo que esta apenas não se concluiu ainda por razões alheias à vontade da BS TECNOLOGIA, informando-se que o conclave está em vias de se concluir com a aprovação do Plano de Recuperação Judicial (PRJ).

8. Cumpre destacar que em relação às demais exigências de qualificação econômico-financeira, a licitante atende aos critérios editalícios, nos termos os documentos apontados na tabela do item 5 deste expediente.

9. Acerca da participação em procedimentos licitatórios de empresas em recuperação judicial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se pronunciou nos seguintes termos:

“O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (...) A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.” (Agravo em Recurso Especial 309867 / ES – Ministro Gurgel de Faria, julgado em 26/06/2018)

10. O Tribunal de Contas da União também se posiciona favorável à possibilidade de empresas em recuperação judicial disputarem certames licitatórios, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial, de que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar do certame. ([Acórdão 1.201/2020 – Plenário](#) - ministro Vital do Rego)

“Admite-se a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório”.

11. Por sua vez, a Advocacia Geral da União, por meio do Parecer nº 2/2016/CPLCA/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União, indica que a certidão negativa de recuperação judicial e extrajudicial deve ser exigida apenas nos contratos com dedicação exclusiva de mão-de-obra, sendo este o atual entendimento que prevalece no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU). Portanto, tanto o TCU quanto o STJ entendem pela possibilidade de participação em licitações de empresas em recuperação judicial, desde que elas tenham viabilidade econômico-financeira certificada pela instância judicial competente

12. Importante considerar que a licitação deve ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos previstos no art. 37 da Constituição Federal, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

13. Diante todo o exposto, tendo em vista o não cumprimento do disposto no item 10.10.1.1 do Edital do PE nº 11/2023, que segue o modelo padrão da AGU para contratações de serviços com dedicação de mão de obra exclusiva, encaminha-se o feito à Subsecretaria de Administração (SAA), para conhecimento, com sugestão de envio à Consultoria Jurídica - CONJUR para análise quanto à viabilidade jurídica da participação em procedimento licitatório de empresa em

recuperação judicial, sem a comprovação do acolhimento judicial do plano, conforme relatado acima.

14. Esta Coordenação permanece à disposição para esclarecimentos que se fizerem necessários.

8. É em síntese o relatório.

II - DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

a) Da Finalidade e Abrangência do Parecer Jurídico

9. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ela envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos de contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados, bem como dos seus respectivos termos aditivos.

10. A função deste órgão jurídico função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, à quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

11. Saliente-se que o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

12. De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Em face disso, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas as publicações dos atos de nomeação/designação, ou as citações destes, da autoridade e demais agentes administrativos, bem como dos atos normativos que estabelecem as respectivas competências, a fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

13. Por fim, impende registrar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações, as quais assumirão a qualidade de sugestão. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O prosseguimento do feito sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

A Competência da Advocacia-Geral da União na área consultiva

14. A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - AGU, no art. 1º estabelece que a AGU representa a União judicial e extrajudicialmente, sendo que o Parágrafo único do artigo em questão estabelece que cabe à AGU as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo.

15. No exercício da prestação do assessoramento jurídico a AGU, o faz por meio de Pareceres jurídicos, que podem ter efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Executivo Federal, como no caso dos pareceres elaborados ou aprovados pelo Advogado-Geral da União, que também sejam aprovados pelo Presidente da República.

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

16. Sendo que os demais pareceres elaborados pela AGU, são meramente opinativos, mesmo àqueles de natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/1993) (*STF, AgReg no HC nº 155.020*)

17. O assessoramento jurídico junto aos Ministérios, é efetuado pelas Consultorias Jurídicas conforme estabelece o art. 11 da LC nº 73/1993.

Das Consultorias Jurídicas

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

18. E as Consultorias no exercício de interpretação da Constituição, das leis e atos normativos podem emitir pareceres jurídicos com entendimentos divergentes, e quando da ocorrência de tal fato, tal divergência deverá ser submetida a Consultoria-Geral da União para fins de uniformização.

DECRETO Nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023.

Art. 31. À Subconsultoria-Geral da União de Gestão Pública, em relação aos Ministérios e demais órgãos da administração direta do Poder Executivo no Distrito Federal, compete:

I - assistir as Consultorias e Assessorias Jurídicas no desempenho de suas atribuições em relação às matérias que não sejam relacionadas às atividades finalísticas dos órgãos;

II - auxiliar na identificação de divergências de entendimentos e propor a uniformização da orientação jurídica;

III - aprovar pareceres, notas, informações e outros trabalhos jurídicos elaborados no âmbito de suas diretorias e submetê-los aos Consultores Jurídicos e chefes de Assessoria, se necessário;

IV - orientar e acompanhar a padronização de minutas de manifestações jurídicas, de pareceres e de procedimentos das Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios;

V - estudar e propor medidas com vistas à prevenção e ao encerramento de litígios;

VI - assistir o Consultor-Geral da União:

a) no assessoramento jurídico ao Advogado-Geral da União, quanto aos assuntos internos da Advocacia-Geral da União, ressalvadas as competências dos demais Departamentos da Consultoria-Geral da União; e

b) no fornecimento de subsídios para prestação de informações nos mandados de segurança impetrados em face do Advogado-Geral da União;

VII - prestar o assessoramento jurídico:

a) à Secretaria-Geral de Consultoria;

- b) à Secretaria-Geral de Administração;
 - c) à Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal; e
 - d) ao Conselho Superior da Advocacia-Geral da União;
- VIII - assistir o Secretário-Geral de Consultoria no exame da legalidade dos seus atos;
- IX - examinar a legalidade e a juridicidade de processos administrativos disciplinares e de sindicância relativos aos servidores técnico-administrativos da Advocacia-Geral da União;
- X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida nas áreas de atuação da Secretaria-Geral de Administração, quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;
- XI - examinar, prévia e conclusivamente, quanto às atribuições da Secretaria-Geral de Administração:
- a) as minutas de edital de licitação e dos respectivos contratos e termos aditivos; e
 - b) os atos de reconhecimento de inexigibilidade ou de dispensa de licitação;
- XII - fornecer elementos jurídicos solicitados pelos membros da Advocacia-Geral da União para subsidiar a defesa judicial e extrajudicial da União em matérias de sua competência; e
- XIII - fornecer subsídios nos mandados de segurança impetrados em face do Secretário-Geral de Consultoria, de autoridades da Secretaria-Geral de Administração, do Diretor da Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal e do Conselho Superior da Advocacia-Geral da União.

(...)

Art. 39. Ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos compete:

- I - analisar e propor soluções de controvérsias jurídicas para uniformização da jurisprudência administrativa;
- II - solicitar, se necessário, manifestações jurídicas de órgãos da Advocacia-Geral da União ou a ela vinculados para análise de processos;
- III - identificar e propor preventivamente a uniformização de orientação jurídica de questões relevantes e transversais existentes nos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União, mediante a atuação de câmaras nacionais temáticas;
- IV - propor a edição de orientações normativas destinadas a uniformizar a atuação dos órgãos consultivos; e
- V - articular-se com os órgãos de representação judicial da União para a uniformização e a consolidação das teses adotadas nas atividades consultiva e contenciosa.

19. Como o questionamento da BS Tecnologia, refere-se ao entendimento de Pareceres elaborados sob a vigência do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, destaca-se que o papel de uniformização competiria ao Departamento de Coordenação e orientação de órgãos Jurídicos:

Art. 14. Ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos compete:

- I - orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, especialmente no que se refere à:
 - a) uniformização da jurisprudência administrativa;
 - b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União; e
 - c) prevenção de litígios de natureza jurídica.
- II - solicitar, quando necessário, das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, subsídios para análise de processos;
- III - identificar e propor soluções para as questões jurídicas relevantes existentes nos diversos órgãos da administração pública federal;
- IV - propor a edição de orientações normativas destinadas a uniformizar a atuação dos órgãos consultivos;
- V - articular-se com os órgãos de representação judicial da União para a uniformização e consolidação das teses adotadas nas atividades consultiva e contenciosa; e
- VI - orientar as Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes a atuar de forma integrada com os órgãos de representação judicial da União, buscando atender os interesses comuns das áreas consultiva e contenciosa.

20. Feitas essas considerações iniciais, passa-se a análise do alegado pela BS Tecnologia e dos questionamentos da Pregoeira.

Da participação das empresas em recuperação judicial nos procedimentos licitatórios e sua contratação.

21. A questão da possibilidade da participação das empresas em recuperação judicial ou extrajudicial foi objeto de uniformização tanto por parte da Consultoria-Geral da União, bem como no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, em razão do disposto no art. 31, inciso II, da Lei nº 8666/93, que estabelece a necessidade da juntada aos autos, para a comprovação da qualificação econômica financeira da contratada, da certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, porque havia entendimentos tanto por parte do STJ, quanto do TCU que inicialmente entenderam que a recuperação judicial/extrajudicial se equivaleria a Concordata, portanto seria possível a exigência da certidão negativa de recuperação judicial/extrajudicial por uma interpretação extensiva, sendo esse entendimento superado, tanto por parte do STJ, quanto pelo TCU.

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;

22. No âmbito dos órgãos consultivos da AGU, a Procuradoria-Geral Federal, uniformizou o seu entendimento por meio do **PARECER Nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU**, emitido nos autos do PROCESSO Nº: 00407.000226/2015-22 (seq. 13), aprovado pelo Procurador-Geral Federal em 26/06/2015, cuja ementa se transcreve:

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. Distinção 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, NLR), 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, NLR).

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)

23. No âmbito dos órgãos consultivos da AGU, o tema foi tema de uniformização quando o Consultor-Geral da União, por meio do **DESPACHO n. 00269/2017/GAB/CGU/AGU, de 03/05/2017 (seq. 63)** manifestou a sua concordância com o teor do Despacho 106/2017/GAB/CGU/AGU, do Consultor-Geral da União Substituto, (seq. 59) (NUP nº 00688.000183/2015-76) aprovou o Parecer nº 2/2016/CPLC/CGU/AGU, sobre a questão neste processo discutida, bem como os despachos que o confirmaram, nos seguintes termos (Despacho nº 25/2017/DECOR/CGU/AGU):

PARECER n. 00002/2016/CPLC/CGU/AGU

(...)

38. Em conclusão:

a) O art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 refere-se, indistintamente, à exigência de certidão negativa de concordata e recuperação judicial ou extrajudicial;

b) Em regra, não se deve exigir a apresentação de certidão negativa de concordata e recuperação judicial ou extrajudicial como condição para participação em licitações;

c) A certidão prevista no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 somente deve ser exigida quando a Administração comprovar que a execução das obrigações previstas no contrato exigem que a empresa possua sólida situação financeira e que o inadimplemento das obrigações contratuais importará em severos prejuízos à Administração;

d) Não se deve exigir a certidão negativa de recuperação quando houver outro meio menos gravoso para se resguardar a Administração de eventuais prejuízos decorrentes da inexecução do contrato;

e) Quando admitida a participação na licitação de empresa em concordata ou recuperação, a empresa deverá apresentar as demais certidões e documentos de habilitação exigidos no edital, nos termos do art. 52, II, da Lei nº 11.101/05;

f) É obrigatória a exigência de certidão negativa de recuperação nos contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, em razão da responsabilidade subsidiária da Administração pelos débitos trabalhistas devidos pela empresa contratada aos seus funcionários.

39. O entendimento manifestado neste parecer não impõe a alteração das minutas de edital elaboradas pela Advocacia-Geral da União, sendo necessário apenas seja acrescentada a seguinte nota explicativa:

Em razão da recuperação judicial ser concedida com a finalidade de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, conforme previsto no art. 47 da Lei nº 11.101, de 2005, somente deve ser exigida certidão negativa de concordata e recuperação judicial quando a Administração comprovar que a execução das obrigações previstas no contrato exigem que a empresa possua sólida situação financeira e que o inadimplemento das obrigações contratuais importará em severos prejuízos à Administração.

DESPACHO n. 00025/2017/DECOR/CGU/AGU

1. Aprovo em todos os seus termos, e por seus próprios fundamentos, o inteiro teor do judicioso Parecer nº 2/2016/CPLC/CGU/AGU (seq. 46), aprovado pela Comissão Permanente de Licitações

e Contratos Administrativos, conforme Despacho n. 17/2016/CPLC/CGU/AGU (seq. 55).

2. De fato, na esteira do art. 47 da Lei nº 11.101, de 2005, a recuperação judicial se volta para "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". Nestes termos, interpretação, a *contrario sensu*, do Art. 52, inciso II, da Lei nº 11.101, de 2005, revela que, em tese, desde que preenchidos os demais requisitos de habilitação, inclusive a qualificação econômico-financeira, não há empecilho jurídico para que empresas em recuperação judicial ou extrajudicial participem de certames e contratem com a Administração Pública, notadamente nas hipóteses delimitadas pelo Art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993 (fornecimento de bens para pronta entrega).

3. A certidão negativa de recuperação deve ser exigida nas hipóteses em que o eventual inadimplemento das obrigações contratuais enseje severos prejuízos à Administração e nos casos em que a execução do contrato demande que a empresa tenha consistente condição econômico-financeira, ao contrário, não deve ser exigida referenciada certidão negativa se houver outra maneira menos gravosa para se garantir o contratante contra prejuízos porventura decorrentes da inexecução do contrato administrativo.

Como bem lançado no Parecer ora aprovado, nos contratos com dedicação exclusiva de mão de obra deve necessariamente ser exigida a certidão negativa de recuperação, nos termos do que foi consignado pela Comissão Permanente de Licitações e Contratos Administrativos no item 2 do Termo de Reunião nº 8/2016/CPLCA/CGU/AGU (seq. 57).

Sugere-se que seja conferida ciência do Parecer ora aprovado a todos os órgãos de execução que compõem esta Consultoria-Geral da União.

24. Conforme exposto acima, em regra geral, não se deve exigir a apresentação de certidão negativa de concordata e recuperação judicial ou extrajudicial como condição para participação em licitações; não se deve exigir a certidão negativa de recuperação quando houver outro meio menos gravoso para se resguardar a Administração de eventuais prejuízos decorrentes da inexecução do contrato; quando admitida a participação na licitação de empresa em concordata ou recuperação, a empresa deverá apresentar as demais certidões e documentos de habilitação exigidos no edital, nos termos do art. 52, II, da Lei nº 11.101/05. **Todavia, estabeleceu que seria obrigatória a exigência de certidão negativa de recuperação nos contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, em razão da responsabilidade subsidiária da Administração pelos débitos trabalhistas devidos pela empresa contratada aos seus funcionários.**

25. O Edital em questão adotou a disposição contida no modelo de minutas da AGU, nos seguintes termos:

10.10 Qualificação Econômico-Financeira:

10.10.1 certidão negativa de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial expedida pelo distribuidor da sede do licitante;

10.10.1.1 No caso de certidão positiva de recuperação judicial ou extrajudicial, o licitante deverá apresentar a comprovação de que o respectivo plano de recuperação foi acolhido judicialmente, na forma do art. 58, da Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, sob pena de inabilitação, devendo, ainda, comprovar todos os demais requisitos de habilitação.

26. A exigência editalícia acima transcrita esta em conformidade com o modelo de minuta de edital da AGU para serviços continuados com dedicação exclusiva atualizado em fev. 2022., com o esclarecimento contido na Nota explicativa. Destaca-se que embora o Parecer nº 00002/2016/CPLC/CGU/AGU aprovado pelo Despacho uniformizador do CGU, tenha se manifestado pela exigência da certidão negativa de recuperação judicial/extrajudicial, para esta situação o modelo da AGU, acabou sugerindo que fosse adotada a solução proposta pelo **Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU**, qual seja, que a exigência da certidão negativa de recuperação judicial, poderá ser substituída pela certidão positiva desde que o Plano de recuperação judicial tenha sido aprovado judicialmente.

Nota Explicativa: Nos termos do Parecer nº 00002/2016/CPLC/CGU/AGU, da Comissão Permanente de Licitações e Contratos Administrativos e aprovado pelo Consultor-Geral da

União, a certidão negativa de recuperação judicial só é exigível nos Contratos de Prestação de Serviços de Forma Continuada com Dedicção Exclusiva de Mão-de-Obra.

Ademais, o Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal, apresenta, dentre outras, as seguintes conclusões:

[...]

IV. 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;

V. 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;

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

VIII. 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.

Nessa mesma linha, decidiu o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n.º 5686/2017 - Primeira Câmara, que “a vedação da participação de empresas em recuperação judicial, com plano de recuperação acolhido judicialmente, e empresas em recuperação extrajudicial, com plano de recuperação homologado judicialmente, em certames licitatórios, está em desacordo com o entendimento do TCU (Acórdão n. 658/2017 - Plenário) e da AGU (Parecer n. 4/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU)”.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça, aderindo ao entendimento do Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, proferiu recente decisão no sentido de que a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada, a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar de licitações públicas, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua capacidade econômica, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

(...)

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.

3. À luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

6. *A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.*

7. *A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.*

8. *Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (STJ, Primeira Turma, AREsp 309867 / ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 08/08/2018. Julgado em 26/06/2018).*

27. Na solicitação de análise jurídica apresentada pela Pregoeira/Coordenação-Geral de Licitações e Contratos do MJSP(26269419) , sugere que os entendimentos exarados no Parecer nº 00002/2016/CPLC/CGU/AGU, não estariam em conformidade com os do TCU (acórdão 1201/2020-Plenário) e do STJ (*Agravo em Recurso Especial 309867 / ES – Ministro Gurgel de Faria, julgado em 26/06/2018*), no tocante aos serviços continuados com dedicação de mão de obra exclusiva, porém conforme explicitado na Nota explicativa da AGU para o item 10.10.1.1 é destacado que o entendimento do STJ utilizado pela Coordenação-Geral de Licitações e Contratos do MJSP está em consonância com o **Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU**.

28. Quanto ao Acórdão do TCU nº 1201/2020- Plenário, deu “...ciência à Autoridade Portuária de Santos S.A 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 8.666/1993;”. Para uma melhor compreensão do que seria a tal certidão emitida pela instância judicial que certifique a viabilidade econômico-financeira no referido no Acórdão retromencionado mostra-se pertinente trazer à baila o Acórdão TCU nº 2265/2020-Plenário.

A certidão negativa de recuperação judicial é exigível por força do art. 31, inciso II, da Lei 8.666/1993, porém a apresentação de certidão positiva não implica a imediata inabilitação da licitante, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa já teve seu plano de recuperação concedido ou homologado judicialmente (Lei 11.101/2005). (Acórdão 2265/2020 – Plenário) (destaquei)

29. Conforme pode se constatar o entendimento exarado no **Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU** e na exigência editalícia esta em conformidade com o entendimento da Corte de Contas.

30. Em que pese a BS Tecnologia alegar que a exigência editalícia não estaria respaldada por previsão legal ou jurisprudencial, deve ser destacado que os pareceres elaborados pelos órgãos consultivos da AGU são fundamentados em jurisprudências tanto da Corte de Contas, quanto judiciais, bem como em doutrina. Devendo ser destacado que algumas da jurisprudências citadas na peça da BS Tecnologia, constam do **Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, como por exemplo:** o Acórdão AgRg na MC 23.499/RS, ReI. Ministro HUMBERTO MARTINS, ReI. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014 ,DJJe 19/12/2014,g.n. .

31. E quanto a esse Acórdão mostra-se adequado reproduzir excerto do Parecer retromencionado para esclarecer qual era a situação da empresa Agravante:

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 assembleia 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 assembleia, não há qualquer restrição a esse respeito.” (g.n.)

32. A exigência da aprovação do Plano de Recuperação judicial, resta adequadamente fundamentada no **Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU**, conforme excertos reproduzidos abaixo:

39. Conforme melhor explica Fábio Ulhoa Coelho¹⁶, 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, NLRJ).

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

~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, NLRJ).

40.Assim, para a formalização do pedido de recuperação judicial, exige-se o preenchimento de requisitos cumulativos, previstos no artigo 48, da NLRJ. Logo, comprovadas tais condições, estará o empresário (individual ou social) legitimado a requerer a recuperação judicial, petição inicial instruída de acordo como artigo51, da NLRJ.¹⁶

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.

(...)

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 judicial¹⁷.

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.¹⁷

46. Pela leitura da Lei de Recuperação de Empresas, aos credores é facultado objetar o plano de recuperação(art. 55, NLRJ). Hipótese em que o juiz convocará a assembleia 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 assembleia 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 § 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 § 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 a 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 s credores, na dicção do § 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 assembleia-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(artigo22, 11, a e b, NLRF),que poderão requerer a falência do credor na hipótese descumprimento(art. 61, § 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 assembleia de credores, será convocada a recuperação judicial em falência(art. 73, II e III, 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 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. II 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;(g.n.)

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

.(...)

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

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.

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 exigira 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 forçado 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 avaliara 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 formado 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 formado art. 58 da Lei 11.101, de 2005,sendo exigível a demonstração da capacidade econômico-financeira da licitante para suportar os ônus da contratação.

(...)

33. No caso de contratação de serviços continuados com disponibilização de mão de obra com dedicação exclusiva, o objetivo é atender a uma necessidade no desempenho das atribuições da Administração, e a interrupção desses serviços podem afetar a continuidade de atividades essenciais e por consequência a violação do princípio administrativo da continuidade, portanto justifica-se a exigência da certidão negativa de recuperação judicial ou a positiva desde que o plano de recuperação judicial tenha sido acolhido pelo juízo, é um dos elementos que servem para comprovar a viabilidade econômico-financeira da licitante, pois não se correrá a princípio o risco de contratar, no caso de não aprovação do Plano de Recuperação judicial, com uma empresa em processo falimentar (art. 58 da Lei 11.101/2005), o que poderia dar azo, eventualmente a uma contratação de remanescente ou emergencial.

34. Ainda em relação a contratação de serviços continuados com disponibilização de mão de obra com dedicação exclusiva, e a exigência da certidão negativa de recuperação judicial ou a positiva desde que o plano de recuperação judicial tenha sido acolhido pelo juízo, tal exigência se justifica, em razão de que a Administração deve contratar empresas que demonstrem possuírem capacidade econômica, bem como da possibilidade da responsabilidade subsidiária trabalhista. Neste sentido cabe destacar excerto do Parecer nº 00002/2016/CPLC/CGU/AGU, que trata da possibilidade de responsabilidade subsidiária da Administração pelas verbas trabalhistas;

33. Nestes contratos, em razão da responsabilidade subsidiária da Administração pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa contratada aos seus empregados (Enunciado TST nº 331), há enorme risco de graves prejuízos à Administração em razão do inadimplemento da empresa contratada, por isso, recomenda-se maior rigor na análise da saúde financeira da empresa. Portanto, de acordo com o Tribunal de Contas da União, é sempre vedada a contratação de empresa em concordata ou recuperação para execução de serviços continuados com dedicação de mão de obra.

Da ausência de impugnação do edital

35. A BS Tecnologia nos seus esclarecimentos à diligência nº 4, informou as datas do processo de recuperação judicial:

15/12/2022 – Deferimento da recuperação judicial;
23/03/2023 – Apresentação do plano de recuperação judicial;
18/09/2023 – Apresentação do 1º aditivo Plano de Recuperação Judicial;
17/10/2023 – 1ª convocação da Assembleia Geral de Credores (sem quórum);
26/10/2023 – 2ª convocação da Assembleia Geral de Credores (adiada);
27/02/2024 – Realização da Assembleia Geral de Credores.

36. Deve ser destacado que o aviso do Pregão Eletrônico nº 11/2023 foi publicado em 17/10/2023, no qual informava que a abertura da sessão ocorreria em 27/10/2023. Em 17/10/2023, quando ocorreu a 1ª convocação da Assembleia Geral e ela não ocorreu por falta de quórum, e convocada a segunda assembleia para o dia 26/10/2023, a BS Tecnologia já era sabedora que não tinha condições de cumprir com a condição estabelecida no edital, pois mesmo que a Assembleia ocorresse em 26/10/2023, não havia a garantia que o juízo iria conceder automaticamente a recuperação

judicial. Portanto, deveria ter impugnado o edital, apresentando as razões que apresentou nos esclarecimentos à diligência nº4.

37. Com a impugnação ao edital, e em sendo acolhido as razões da impugnanante pela Administração, pois o gestor pode fundamentar a sua discordância do entendimento da AGU, teria como consequência a alteração do edital, possibilitando a participação de empresas em recuperação judicial sem terem seu plano de recuperação acolhido pelo juízo, e neste caso poderia propiciar a participação de outras empresas que podem encontrar-se na mesma situação, qual seja empresas em recuperação judicial que ainda não tiveram o seu plano de recuperação devidamente aprovado e desta feita não haveria violação ao princípio da vinculação ao edital, igualdade, da isonomia e do julgamento objetivo. Porém como tal providência não foi tomada, acatar a possibilidade da participação da BS Tecnologia violaria os princípios licitatórios.

38. E por fim, mostra-se pertinente reproduzir uma decisão monocrática do TRF da 1ª Região que tem por objeto uma situação semelhante ao apresentado pela BS Tecnologia no Pregão em questão:

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pela União contra decisão que deferiu pedido liminar formulado na origem para afastar temporariamente o ato de inabilitação do procedimento do Pregão Eletrônico nº 03/2023 da RECEITA FEDERAL e, conseqüentemente, autorizar a continuidade de participação da Impetrante no certame. Aduz a parte agravante, em síntese, que o principal motivo da eliminação da parte agravada do **certame licitatório** foi a violação do § 3º do art. 195 da CRFB/1988, uma vez que não restou demonstrada a regularidade quanto às contribuições devidas à Seguridade Social. Sustenta que a exigência de homologação judicial do plano de **recuperação judicial**, aprovado por assembleia de credores, é requisito indispensável para se provar a capacidade econômica quando ausentes as certidões de regularidade fiscal. Assevera, ainda, que a exigência de apresentação da aludida homologação judicial do plano de **recuperação judicial** aprovado por assembleia de credores constou expressamente no edital. Conclusos os autos. Decido. Insta consignar, de início, que a tutela de urgência poderá ser concedida quando presente elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300, caput, do CPC/2015). O art. 1.019, I, do Código de Processo Civil - CPC/2015, por sua vez, faculta ao relator atribuir efeito suspensivo ou conceder efeito ativo ao agravo de instrumento quando demonstrados, de plano, a plausibilidade da fundamentação expendida e o risco de lesão grave ou de difícil reparação. Nesse contexto, em juízo de cognição sumária, vislumbro a presença dos pressupostos legais necessários à antecipação dos efeitos da tutela recursal. Na espécie, o exame da documentação juntada aos autos revela que a parte ora agravada foi inabilitada com fundamento no art. 195, §3º, da Constituição da República - CRFB/1988, verbis: § 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Ainda que seja juridicamente viável a dispensa da certidão de regularidade fiscal, na forma prevista no art. 52, II, da Lei n. 11.101/2005, para as sociedades empresárias em **recuperação judicial**, não se pode olvidar que subsiste a necessidade de aferição da capacidade econômica da empresa licitante. **Na hipótese, não se trata de impedir a participação no certame de empresa submetida à recuperação judicial ou extrajudicial, mas tão somente de cumprir previsão editalícia que exige a homologação judicial do plano de recuperação. Nesse sentido, confira-se o teor do Item 9.10.1.1 do edital de licitação, que sequer foi objeto de impugnação e vincula os participantes do certame: Item 9.10.1.1 - No caso de certidão positiva de recuperação judicial ou extrajudicial, o licitante deverá apresentar a comprovação de que o respectivo plano de recuperação foi ACOLHIDO JUDICIALMENTE, na forma do art. 58, da Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, sob pena de inabilitação, devendo, ainda, comprovar todos os demais requisitos de habilitação.** Cumpre ressaltar que a homologação do plano de recuperação pelo magistrado visa a aferir o cumprimento dos pressupostos e requisitos previstos na Lei n. 11.101/2005, indispensáveis ao processamento da recuperação. A propósito, vejamos: 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 assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei. Nesse contexto, a previsão editalícia no sentido de que o licitante em **recuperação judicial** ou extrajudicial deverá apresentar a comprovação de que o respectivo plano de recuperação foi acolhido judicialmente não se revela despropositada. Ao revés, confere maior segurança jurídica, em especial no que diz respeito à regularidade e idoneidade do procedimento legal, bem como resguarda a isonomia inerente aos

certames públicos, na medida em que a empresa sujeita à recuperação não pode ser dispensada da apresentação de certidão de regularidade fiscal com base em plano de recuperação que sequer passou pelo crivo judicial. Não se pode olvidar, ainda, que a rejeição judicial do plano de recuperação proposto pelo devedor ou pelos credores tem o condão de ensejar a conversão da recuperação em falência, situação prejudicial não só aos credores em geral, mas em especial ao serviço público. Confira-se: Art. 58-A. Rejeitado o plano de recuperação proposto pelo devedor ou pelos credores e não preenchidos os requisitos estabelecidos no § 1º do art. 58 desta Lei, o juiz convolará a **recuperação judicial** em falência. Desse modo, conforme bem delineado na decisão do recurso administrativo, não há, na espécie, impedimento de participação de empresas em **recuperação judicial**. Houve, na verdade, tão somente o cumprimento das regras editalícias e do disposto na legislação de regência, de modo a aferir a viabilidade econômico-financeira da sociedade licitante. Acrescenta-se, por fim, que se trata de contratação de grande vulto, consoante consignado pela parte agravante em suas razões recursais: [...] A contratação em questão é de grande vulto, envolvendo a alocação de 38 (trinta e oito) postos de mão de obra, fornecimento de materiais, utensílios e equipamentos, atendendo não só ao edifício sede da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil/05RF, como também a Inspeção da Receita Federal do Brasil do Aeroporto de Salvador/BA e o Depósito de Mercadorias Apreendidas da Alfândega da Receita Federal do Porto de Salvador/BA, cujo inadimplemento importará em severos prejuízos para serviços essenciais da Administração Pública. [...] Vislumbra-se, igualmente, a presença de periculum in mora, uma vez que o contrato atual, firmado entre a Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil e a empresa JSP Serviços e Terceirização de Mão de Obra Eireli, atual prestadora dos serviços, tem sua vigência final prevista para o dia 01/06/2023, o que poderá ensejar a interrupção de serviços essenciais, notadamente de limpeza e conservação. Ante o exposto, defiro o pedido liminar para determinar a suspensão da decisão agravada, até ulterior deliberação. Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar contrarrazões, nos termos do art. 1.019, II, do CPC/2015. Oficie-se ao Juízo a quo, na forma do art. 1.008 do CPC/2015. Oportunamente, retornem-se os autos conclusos. Brasília-DF, (data da assinatura eletrônica). Desembargador Federal RAFAEL PAULO Relator em substituição (1023637-89.2023.4.01.000010236378920234010000 – Agravo de Instrumento – TRF 1ª Região. PJe 27/06/2023)

CONCLUSÃO

39. Ante o exposto, em resposta à consulta formulada pelo Consultante, destacando que a presente resposta, restringe-se a este caso *in concreto*, quanto à viabilidade jurídica da participação em procedimento licitatório, para as contratações de serviços continuados com disponibilização de mão de obra com dedicação exclusiva, com fundamento na lei nº 8.666/1993 e Lei nº 105.520/2002, de empresa em recuperação judicial, sem a comprovação do acolhimento judicial do plano de recuperação judicial, mostra-se inviável pelas razões expostas acima .

40. É o parecer, s.m.j., que submeto à apreciação superior.

Brasília, 13 de dezembro de 2023.

JULIO CESÁR OBA
ADVOGADO DA UNIÃO



Documento assinado eletronicamente por JULIO CÉSAR OBA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1367976222 e chave de acesso db6cc33e no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CÉSAR OBA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-12-2023 11:49. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
