Informativo
Licitações e Contratos

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO TCU

Número 398

Sessões: 18, 19, 25 e 26 de agosto de 2020

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

SUMÁRIO

Plenário

1. 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).

2. O art. 29 da Lei 8.666/1993 não exige prova da regularidade fiscal perante a fazenda municipal quando a licitação é realizada por órgão federal e com recursos da União.

PLENÁRIO

1. 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).

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência 1/2020, promovida pelo Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo com vistas à contratação de empresa especializada para a execução de obras de reforma do edifício sede da entidade na cidade de São Paulo/SP. Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a exigência no edital, como requisito de qualificação econômico-financeira, de *"Certidão negativa de falência ou recuperação judicial, ou liquidação judicial, ou de execução patrimonial, conforme o caso, expedida pelo distribuidor da sede da licitante, ou de seu domicílio, dentro do prazo de validade previsto na própria certidão, ou, na omissão desta, expedida a menos de 90 (noventa) dias contados da data da sua apresentação"*. O representante argumentou que tal exigência estaria em dissonância com o Acórdão 1201/2020-Plenário, no qual o Tribunal *"admitiu 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"*. Em seu voto, o relator considerou não haver irregularidade na aludida exigência, a qual, para ele, assemelhar-se-ia ao seguinte requisito de habilitação econômico-financeira previsto na Instrução Normativa SEGES 5/2017: *"11.1. Nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração deverá exigir: [...] e) Certidão negativa de efeitos de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante."*. Ao ponderar que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial *"não obsta automaticamente a participação da licitante que se enquadre nessa situação"*, ressaltou que, em relação ao citado precedente, a unidade técnica que atuara naquela oportunidade considerara ser possível, em certames licitatórios, a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada sua viabilidade econômica e financeira, ou seja, *"não se trata de vedar a exigência editalícia da certidão negativa de falência ou recuperação judicial, e sim a relativização durante a fase de julgamento, conforme o caso e as circunstâncias da fase do processo de recuperação judicial"*, cabendo à empresa, em tal situação, demonstrar sua viabilidade econômica. E esse teria sido, segundo o relator, o entendimento da 1ª Turma do STJ adotado no AREsp

309.867/ES, no qual restou consignado: *"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 derrogado. [...] 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. [...] 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."*. Por fim, o relator assinalou que as seguintes conclusões do Parecer 4/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU seriam igualmente esclarecedoras: *"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; [...] 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."*. Assim sendo, nos termos da proposta do relator, o Plenário decidiu considerar improcedente a representação.
Acórdão 2265/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler.

2. O art. 29 da Lei 8.666/1993 não exige prova da regularidade fiscal perante a fazenda municipal quando a licitação é realizada por órgão federal e com recursos da União.
Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 35/2020, a cargo da 1ª Brigada de Infantaria de Selva/RR, cujo objeto era o registro de preços para contratação de empresa especializada na "*prestação de serviço de confecção de alimentação para os comensais refugiados oriundos da Venezuela e os comensais empregados no apoio à atividade, bem como as atividades demandadas pelas operações da 1ª Bda Inf Sl (Controle, Macuxi e outras) localizados nos municípios de Boa Vista – RR e adjacências, Pacaraima-RR e Manaus-AM*". Entre as irregularidades suscitadas, o representante alegou que, de acordo com o art. 29, inciso III, da Lei 8.666/1993, o edital deveria ter exigido para fim de habilitação, além da regularidade com a Fazenda Federal, também a regularidade com a Fazenda Municipal. Em sua instrução, a unidade técnica assinalou que doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que o rol das exigências constantes dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é exaustivo, o que significa dizer que não se pode exigir nada que ali não esteja contido, mas não necessariamente há de se exigir tudo o que lá consta. E essa conclusão, para ela, poderia ser extraída do art. 27, *caput*, da Lei 8.666/1993, segundo o qual "*Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: (...)*", combinado com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que, ao tratar das licitações públicas, dispõe que as exigências de habilitação devem ser as mínimas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A despeito de a literalidade do art. 29, inciso III, da Lei 8.666/1993 poder "*levar à conclusão*" da obrigatoriedade de regularidade fiscal "*com as três esferas*", a Lei 10.520/2002 seria, a seu ver, "*um pouco mais clara*", ao prever, no art. 4º, inciso XIII, que "*a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso*". A instrução da unidade técnica, ainda, destacou entendimento do Tribunal, proferido no Acórdão 4/2006-TCU-2ª Câmara, no sentido de que "*as exigências de regularidade fiscal nos certames licitatórios atenham-se ao que dispõe o art. 29 da Lei 8.666/93, e que essas exigências não sejam excessivas para não se confundirem com instrumento indireto de cobrança de tributos e créditos fiscais, o que configuraria desvio de poder, e também para não restringirem o caráter competitivo da licitação*". E quanto ao alcance da expressão "*exigências excessivas*", invocou determinação expedida por meio do Acórdão 2876/2007-TCU-1ª Câmara nos seguintes termos: "*nas licitações públicas, de qualquer modalidade, inclusive dispensa e inexigibilidade, para contratar obras, serviços ou fornecimento, ainda que para pronta entrega, deve ser exigida documentação relativa à*

regularidade junto à Fazenda Federal, à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)". Por fim, chamou atenção para o fato de que o modelo de edital para serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra da Advocacia-Geral da União, de utilização obrigatória para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), por força do art. 35 da Instrução Normativa Seges/MPDG 5/2017, prevê somente a exigência de regularidade com a Fazenda Nacional. Em seu voto, anuindo inteiramente à manifestação da unidade técnica, o relator concluiu: "*O art. 29 da Lei 8.666/1993 não exige prova da regularidade fiscal perante a fazenda municipal quando a licitação é realizada por órgão federal e com recursos públicos da União*". Nos termos da proposta do relator, o Plenário decidiu considerar improcedente a representação.

Acórdão 2185/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: *jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br*

