

Proibição de participação de empresas em recuperação judicial

(Itens 2.3., 13.17.1. e 13.17.1.1., do Edital):

Entretanto, o art. 47 da Lei (federal) n.º 11.101/2005 estabelece que a recuperação judicial serve para “viabilizar a superção da situação de crise econômico-financeira do devedor, [...] promovendo, assim, a preservação da empresa” (grifou-se). Já o art. 161 do mesmo diploma legal estabelece que os requisitos para recuperação extrajudicial são os mesmos que os para recuperação judicial.

Em outras palavras, a empresa que possua processo de recuperação judicial ou que tenha requerimento de recuperação extrajudicial e cujo plano tenha sido aprovado judicialmente está apta a atuar no mercado.

O TCE/SC entende como irregular a proibição de participação de empresas em regime de recuperação judicial, conforme determinado, por exemplo, nos Acórdãos n.º 321/2021 (item 2. Subitem 2.2.) e n.º 527/2020 (Item 2, subitem 2.5.) e na Decisão n.º 822/2020 (Item 2., subitem 2.2.). Essa situação, inclusive, ensejou concessão de inúmeras medidas cautelares de sustação do processo licitatório, como, por exemplo, a Decisão Singular n.º 114/2023 (DOTCe n. 3541, de 03/02/2023).

O STJ também entende que “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” (AResp n.º 309.867, 1ª Turma, rel. Min. Gurgel Faria). Segundo o TCU, essa demonstração ao Poder Público pode ser exigida, “desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório” (Acórdão Plenário 1201/2020, rel. Min. Vital do Rêgo).

Esta irregularidade ocorre por afronta ao art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, c/c os arts. 47, 48 e 161 da Lei (federal) n.º 11.101/2005 e com o art. 9º, inc. I, da Lei (federal) n.º 14.133/2021, além de todos os precedentes acima mencionados.

Exigência de “índice de endividamento” inferior a “1” sem justificativa (Itens 13.17.2 e 13.17.2.1. do Edital):

A Lei (federal) n.º 14.133/2021 determina, em seu art. 69, que a habilitação econômico-financeira deverá ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório. Além disso, o par. 5º do mencionado dispositivo proíbe “a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação”.

O TCE/SC entende como irregular a exigência de índice de endividamento inferior a “1” sem a devida justificativa técnica, conforme, por exemplo, as Decisões Plenárias n.ºs 921/2022 (Item 1, subitem 1.1.), 132/2021 (Item 1, subitem 1.1.) e 815/2020 (Item 2, subitem 2.2.). Essa situação, inclusive, ensejou concessão de medida cautelar de sustação do processo licitatório, como, na Decisão Singular COE/CMG, proferida nos autos da @REP-20/00070099, ratificada pelo Plenário em sessão ordinária do dia 16/03/2020.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União (TCU) emitiu a Súmula n.º 289, a qual enuncia que “A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado [...]”. A Corte de Contas federal também considera irregular a adoção de índice de endividamento inferior a “1” sem a devida justificativa, conforme os Acórdãos n.ºs 2.227/2023 (Plenário) 5.890-2021 (2ª Câmara) e 2.365/2017 (Plenário).

Esta irregularidade ocorre por afronta ao art. 69, *caput* c/c § 5º, da Lei (federal) n.º 14.133/2021, além de todos os precedentes acima mencionados.