

## DECISÃO DE RECURSO

**Pregão Eletrônico 01/2018**

**Processo SEI: 0197.001339/2017**

**Recorrente: OI. S.A.**

### 1. SINOPSE DOS FATOS

Em 20 de fevereiro de 2018 foi aberta a sessão virtual pública do Pregão Eletrônico 01/2018, cujo objeto é a contratação de empresa prestadora do serviço de telefonia fixa.

Na ocasião, uma única empresa licitante participou do certame: **OI S.A.**, empresa que atualmente se encontra em recuperação judicial (Lei 11.101/05). Durante a fase de lances a empresa ofertou valores superiores ao preço de referência, tendo, entretanto, adequado sua proposta quando da fase de “*negociação de valores*”, tudo conforme registrado na Ata de Abertura do certame.

Ultrapassada a fase de lances, e tendo a empresa OI S.A. obedecido o limite máximo de valor da contratação, lhe foi solicitado o envio da documentação de habilitação (conforme item 06 do Edital) e proposta comercial.

Analisando a documentação enviada, constatou-se a regularidade da proposta comercial, pois readequada ao valor de referência da contratação, pelo que cumpriu o requisito do item 5.4, I do Edital. O Pregoeiro, entretanto, inabilitou a licitante pelo descumprimento dos itens 6.7.2, ‘d’, ‘e’, ‘f’ e ‘g’; já que a empresa deixou de apresentar certidões negativas que comprovassem sua regularidade fiscal. O pregoeiro ainda diligenciou em obter a certidão do SICAF da licitante, quando pôde constatar que a OI está irregular junto às Fazendas Federal, Estadual e Municipal e, ainda, não tem certidão negativa trabalhista.

Dentro do prazo legal, a licitante apresentou recurso contra a decisão do pregoeiro. No mérito, alega:

*“III.1 - DA DECISÃO JUDICIAL: DA AUTORIZAÇÃO PARA PARTICIPAÇÃO DA OI EM QUALQUER PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DA POSSIBILIDADE DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO*

*Antes de mais nada, cumpre esclarecer que a Oi (Grupo Oi) apresentou, no dia 20.06.2016, ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pedido de Recuperação Judicial, tendo sido distribuído para a 7ª Vara Empresarial.*

*No dia 21.06.2016, em sede de tutela antecipada, o douto juízo da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferiu decisão em caráter liminar (em anexo), deferindo os seguintes pedidos:*

*(...)*

*Logo, o douto juízo da 7ª Vara Empresarial, em sua decisão, não deixou dúvidas quanto à possibilidade da Oi contratar com o Poder Público (União, Estados, DF e Municípios), tendo a isentado da necessidade de apresentar qualquer certidão negativa, inclusive a de Recuperação Judicial e Falência. A confirmação deste entendimento pode ser verificada na decisão proferida no dia 29.06.2016, neste mesmo processo:*

*“II- ratificação da decisão que concedeu a medida de urgência, no sentido de dispensar as Recuperandas da apresentação de certidões negativas para que exerçam suas atividades;”*

*Dessa forma, verifica-se que o entendimento do douto juízo da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é o de que não há dúvida acerca da possibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público.*

*Assim é que na decisão em que deferiu o processamento da Recuperação Judicial (em anexo), requerida pela Oi, iniciou sua fundamentação da seguinte forma:*

*“Depara-se o Poder Judiciário com o pedido de recuperação judicial de um dos maiores conglomerados empresariais do mundo, com magnitude de operações em todos os Estados brasileiros, e com forte impacto social em todas as estruturas da sociedade.*

*O GRUPO OI tem receita líquida expressiva e desempenha serviços públicos e privados inequivocamente essenciais para a população brasileira. Ademais, gera dezenas de milhares de empregos diretos e indiretos, bem como recolhe, ao Poder Público, bilhões de reais a título de tributos.*

*As referidas peculiaridades revelam a necessidade de este Juízo exercer o seu mister constitucional de preservação da empresa, fonte de empregos e de riquezas para toda a sociedade. Afinal, ao se socorrerem do Poder Judiciário, neste momento de crise global, as requerentes pretendem superar as dificuldades, a fim de atingir os seus objetivos sociais.*

*Para que uma recuperação seja viável, cabe ao Magistrado, além de observar o ordenamento jurídico, adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento do dever legal de viabilizar a preservação da empresa, seja ela uma sociedade empresária de pequeno porte ou, como ocorre neste caso, um relevante grupo econômico, com ramificações internacionais, que movimentava bilhões de reais, anualmente.”*

*Dessa forma, com base no princípio da preservação da empresa é que decidi pela possibilidade das empresas do Grupo Oi participarem de qualquer procedimento licitatório, indispensáveis para a continuidade do desenvolvimento de suas atividades, o que constitui, justamente, o objetivo do procedimento de recuperação judicial.*

*(...)*

*Destarte, não pairam dúvidas acerca da possibilidade da Oi participar de qualquer procedimento licitatório e ser declarada habilitada tendo cumprido todos os requisitos de habilitação.*

*Conclui-se assim que, a Oi está plenamente habilitada a participar de qualquer procedimento licitatório, tendo em vista a existência de decisões judiciais que deixam clara a possibilidade das empresas recuperandas do Grupo Oi participarem de qualquer procedimento licitatório, ainda que o respectivo edital vede expressamente que empresas nesta situação participem do certame.*

*Ademais, cabe destacar que a Oi está participando normalmente em licitações de todo país, em todas as esferas de poder.*

*Dúvidas não há, portanto, que a Oi não pode ser impedida de participar de qualquer procedimento licitatório em qualquer estado da federação, por vivenciar neste momento a Recuperação Judicial, sobretudo porque estava plenamente habilitada a participar do certame em comento, o que denota que a decisão da i. Comissão de Licitação necessita ser revisada, sendo certo ainda que esta apresentou a melhor proposta.”*

Pugnou, por fim, pela concessão de efeito suspensivo ao recurso. Não houve nenhuma outra manifestação, pelo que passamos ao exame do mérito.

## **2. EXAME DA MATÉRIA**

Antes de adentrarmos no mérito propriamente dito - *exigência (item 06 do edital) de que empresas em recuperação judicial apresentem certidões negativas para habilitação (art. 52, II da Lei 11.101/05 c/c art. 29 da Lei 8.666/93)* – é importante tratarmos, ainda que brevemente, da vedação consignada no item 2.3.1 do edital convocatório.

O art. 31, II da Lei 8.666/93 exige como prova de habilitação econômico-financeira dos licitantes a apresentação de certidão negativa de falência e concordata. O edital, em seu item 2.3.1, repetiu o requisito legal.

A redação da lei de licitações é anterior à Lei 11.101/05 que passou a regular a falência e a recuperação judicial e cujos art. 47 e 52, a princípio, teriam derogado, ainda que tacitamente, a regra inserta no referido art. 31. Ao menos, é o entendimento amplamente majoritário no Superior Tribunal de Justiça e que recentemente, no final de 2014, foi pacificado no âmbito da sua 2ª Turma (MC 23.499-RS, STJ, Rel. Mauro Campbell Marques). O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tem decidido no mesmo sentido (RMO 20150110813109, Rel. Des. Silva Lemos, 18/05/2016).

Justamente por isso, a falta de certidão negativa de falência/concordata não parece ser o maior empecilho à habilitação da recorrente. O Pregoeiro, inclusive, sequer tratou do assunto na decisão de inabilitação, tendo-se baseado, aí sim, no descumprimento dos requisitos de habilitação elencados nas alíneas d', 'e', 'f' e 'g' do item 6.7.2 do edital. E é justamente na inexistência de certidões de regularidade fiscal e trabalhista que recai o mérito recursal a ser examinado.

O legislador listou nos incisos do art. 29 da Lei de Licitações uma série de documentos que devem ser exigidos dos licitantes para aferição de sua regularidade fiscal e trabalhista: *I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); II - prova de inscrição no cadastro de*

*contribuintes estadual ou municipal relativo ao domicílio ou sede do licitante; III - prova de regularidade fiscal nos âmbitos Federal, Estadual e Municipal; IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS); e V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa.*

A exigência legal tem como escopo garantir, no máximo possível, que o Poder Público contrate apenas com empresas financeiramente híidas, que consigam adimplir suas obrigações e evitem a suspensão dos serviços ou, ainda, evitar que a Administração contratante seja alçada à categoria de devedora subsidiária por eventuais dívidas do prestador, o que pode acontecer principalmente com débitos de natureza previdenciária e trabalhista, *ex vi* do art. 71 da Lei 8.666/93.

Quando da elaboração do Edital a equipe de pregoeiros repetiu no item 6.7.2 a exigência legal de regularidade fiscal e trabalhista como requisito à habilitação, não havendo ali nenhuma exceção às empresas em regime de recuperação judicial.

De todas as certidões exigidas, a OI S.A. tem apenas a certidão negativa do FGTS. Estão positivas a certidão trabalhista, expedida pelo TST, bem como as certidões de regularidade tributária Federal, Estadual e Municipal; o que indica a situação de irregularidade fiscal e trabalhista da licitante (os documentos comprobatórios encontram-se, todos, juntados aos autos).

Ora, os requisitos de habilitação estão previstos de forma clara no Edital que, como dito, não excetuou as empresas em recuperação judicial, mesmo porque, tal excepcionalidade seria contrária à Lei 8.666-93 e à Lei 11.101/05.

Caso discordasse da exigência editalícia, poderia a recorrente ter impugnado o Edital, mas não o fez. A impugnação, inclusive, está disciplinada no art. 41 da Lei e no item 8.1 do Edital. O recurso interposto não ataca a análise ou a valoração de documentos feita pelo pregoeiro, em concreto. O recurso, por outro lado, vislumbra desconstituir uma exigência colocada no Edital, em tese, de forma geral, pelo que se assemelha mais à impugnação do que a um recurso propriamente dito. A atual fase em que se encontra o certame não mais permite à licitante contrapor-se às exigências de habilitação, o que deveria ter sido feito dentro do prazo legal para impugnação.

Nos parece estar precluso o direito da OI de insurgir-se contra os critérios de habilitação. De todo modo, os argumentos recursais não merecem ficar sem resposta, pelo que passamos a contrapô-los.

O art. 52, II da Lei 11.101/2005 (Estatuto das empresas em falência e em recuperação judicial) preconiza a dispensa de certidões negativas para que as empresas tenham aprovado seu plano de recuperação judicial. Em nenhum momento a lei estende esse benefício à contratação com o Poder Público ou à habilitação em licitações. A bem da verdade, a lei diz exatamente o contrário. A parte final do mencionado dispositivo é expresso em ratificar que a dispensa de certidões de regularidade não alcança a celebração de contratos administrativos. Vejamos:

“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;” (*destacamos*)

Como se observa, o texto da lei não parece deixar espaço para debates teóricos, porquanto a exigência das certidões negativas é expressa e literal. A norma está ligada de maneira umbilical à exigência contida no art. 29 da Lei de Licitações, e deve ser interpretada à sua luz.

A empresa recorrente, OI S.A., apresentou cópia de uma decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro em que o Excelentíssimo juiz dispensava a empresa de apresentar certidões negativas para firmar contratos com o Poder Público. Inicialmente, insta salientar que a decisão proferida pelo pregoeiro não diz respeito à contratação, mas sim à habilitação da licitante, no que trata obviamente de uma fase anterior à contratação – isso porque a própria adjudicação do objeto à licitante vencedora não importa em direito subjetivo à contratação.

No mais, em uma análise prefacial, não nos parece que a digníssima Vara Empresarial fluminense tenha jurisdição sobre o Distrito Federal, ao menos nessa

questão específica, principalmente porque eventual discussão judicial sobre a habilitação da empresa em licitação realizada por entidade distrital foge ao juízo universal falimentar da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, sendo de competência de uma das Varas do Distrito Federal, conforme regra do art. 76 da Lei 11.101/05. Sobre esse assunto, a eminente Desembargadora Ana Catarino, do TJDFT, explica:

“E, ainda, examinando a competência da Vara de Recuperação Judicial, nela não se encontra a possibilidade de decisão sobre licitação envolvendo o Poder Público, no caso o Distrito Federal, que tem foro privilegiado em razão da pessoa, no caso, as Varas de Fazenda Pública do DF.” (AGI nº 2012.00.2.022947-7, p. 09/10/2012)

Idêntico posicionamento é o do Des. Flávio Rostirola, também do TJDFT:

“A Vara de Falências e Recuperações Judiciais não tem competência para interferir no andamento de licitações públicas levadas a efeito pelo Distrito Federal, tendo em vista o foro especial de que dispõe a Fazenda Pública...” (Agravo Regimental no(a) Agravo de Instrumento 20120020263214AGI, p. 12/12/2012)

No mais, é pertinente acrescentar que não é atribuição do pregoeiro interpretar o alcance e o âmbito de aplicação de uma decisão judicial trazida ao processo de licitação de forma isolada do restante do processo judicial. É sabido que a esfera judicial permite aos operadores do Direito adentrar de forma mais profunda nas nuances axiológicas do ordenamento jurídico, interpretando a legislação sob um espectro bem mais amplo do que se permite à esfera Administrativa, cujos servidores devem, até por cautela, aplicar o Princípio da Legalidade sem maiores ponderações, no que a doutrina costuma chamar de “*positive binding*” (comprometimento positivo).

O Princípio da Legalidade preconiza uma estrita vinculação do administrador público à lei, o que não lhe permite perquirir sobre a conveniência e oportunidade de se exigir ou dispensar certidões de regularidade fiscal e trabalhista – mormente quando a exigência tem fundamento legal.

Nesse caso concreto, a argumentação recursal se sustenta em critérios e valores principiológicos que militam expressamente contra o texto da lei. Em nosso exame, o Princípio da Preservação da Empresa (mencionado no recurso) já foi garantido pelo legislador nas demais regras da Lei 11.101/05, legislação que claramente concede

tratamento substancialmente mais benéfico às empresas sujeitas ao seu regramento. Esse mesmo legislador, contudo, foi expresso em dizer que mesmo as empresas em recuperação judicial precisam provar sua regularidade fiscal e trabalhista como pressuposto à contratação com a Administração. Ao que tudo indica, o legislador pátrio, ao realizar a ponderação entre a preservação da empresa e a indisponibilidade do interesse público, deu guarida ao último, ao menos no que tange à exigência de certidões negativas. Isso fica bastante claro pela simples literalidade do art. 52, II.

Enfim, a Lei de Falências concede às empresas em recuperação judicial uma série de benefícios, dentre os quais não se inclui a desnecessidade de apresentar certidões de regularidade fiscal como pressuposto para contratação com o Poder Público; muito pelo contrário, a obrigatoriedade de apresentar esses documentos é determinada de forma expressa no art. 52. Analisando a lei frente ao princípio da Legalidade não nos parece razoável – ou sequer, possível – interpretar o artigo para lhe atribuir sentido diverso, como pretende a recorrente.

Questões semelhantes já foram levadas ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal que decidiu pela validade da exigência do art. 52, II da Lei 11.101/05:

DIREITO EMPRESARIAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEI N. 11.101/05. APLICAÇÃO A CONTRATOS E LICITAÇÕES PÚBLICAS. DISPENSA DE CERTIDÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme dispõe o art. 52, inciso II, da Lei n. 11.101/05, uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, o julgador 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.

2. A Lei de Falências tem por escopo permitir que as sociedades empresárias continuem a desenvolver suas atividades, enquanto pendente o processo de recuperação judicial e, ao mesmo tempo, garantir ao Poder Público selecionar licitantes que estejam com sua condição econômico-financeira hígida. (...) (TJDFT – AGI Relator(a): NÍDIA CORRÊA LIMA Processo: 20160020445723AGI, 09/03/2017)

Ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. VARA DE FALÊNCIAS, RECUPERAÇÕES JUDICIAIS, INSOLVÊNCIA CIVIL E LITÍGIOS EMPRESARIAIS DO DISTRITO FEDERAL E VARA FAZENDÁRIA. DEMANDA ESTRANHA ÀS HIPÓTESES PREVISTAS NA RESOLUÇÃO 23/2010 - TJDFT. REGULARIDADE FISCAL DO LICITANTE COMO REQUISITO PARA SUA HABILITAÇÃO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL.

1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. As causas sujeitas à competência da Vara de Falências, Recuperações Judiciais, Insolvência Civil e Litígios Empresariais do Distrito Federal estão expressamente previstas na Resolução 23/2010 - TJDFT. Não basta para atrair a competência da Vara Especializada demandas que não se amoldam ao rol taxativo da Resolução.

3. A necessidade de comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os dispositivos legais mencionados – arts. 27 e 29 da Lei de Licitações; art., 52, II, da Lei de Recuperação Judicial e §4º, do art. 155-A do Código Tributário Nacional –, encontra respaldo no art. 195, §3º, da Constituição Federal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no(a) Agravo de Instrumento 20120020263214AGI, Relator Desembargador FLAVIO ROSTIROLA Acórdão Nº 641.123)

O caso relatado pelo e. Des. Flávio Rostirola também foi examinado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal que chancelou a exigência de certidões negativas para habilitação em certame licitatório de empresa em recuperação judicial (Processo 12086/2011-TCDF).

E também:

“Não se reconhece fundamentação relevante, ‘aparência do bom direito’ ou verossimilhança para efeito de concessão de liminar em medida cautelar destinada a conferir efeito suspensivo a recurso especial na qual a parte pretende permanecer na licitação de que foi eliminada por não apresentar certidões negativas exigidas em lei sob a alegação de encontrar-se em regime de recuperação judicial. Pretensão manifestamente *contra legem* (Lei de Recuperação Judicial, art. 52, II).”

O STJ também tem precedentes nesse mesmo sentido:

“É evidente, portanto, que impedir a Administração de legal e legitimamente exigir dos participantes em licitação as certidões negativas de débito fiscal prejudica gravemente o 'devido exercício das funções da administração' pelas autoridades constituídas, exercício este que consubstancia a ordem pública.

(...)

Aliás, não é por outra razão senão o resguardo da ordem pública que a própria Lei nº 11.101/2005 - Lei de Recuperação Judicial, no art. 52 estabelece que a dispensa de apresentação de certidão negativa quando deferida a Recuperação Judicial, não afasta a necessidade de sua apresentação para contratação com o Poder Público e recebimento de benefícios fiscais ou creditícios. Dessa forma, a decisão cujos efeitos se pretende suspender, é ofensiva à ordem estabelecida em lei para os atos da Administração. Isso porque malferir diretamente dispositivos legais apontados, os quais constituem o arcabouço legal que orienta a atuação da Administração Pública.” (suspensão de liminar e de sentença n.1.625-CE, relator o em. Ministro Ari Pargendler)

Ante o exposto, por não ter a empresa OI SA cumprido os requisitos de habilitação do item 6.7.2 do Edital (que repete os requisitos do art. 29 da Lei de Licitações), não vemos motivos para alterar a decisão de inabilitação; pelo que a empresa não apresenta condições de contratar com o poder público, ao menos nesse momento.

Por fim, quanto à concessão de efeito suspensivo ao recurso, o pedido não será analisado pois inócuo, já que inexistem outras licitantes no certame.

### **3. CONCLUSÃO**

O pregoeiro julgou improcedente a habilitação da empresa OI S.A. no Pregão Eletrônico 01/2018, com fulcro no art. 11, VI do Decreto 5.450/05. Foi interposto recurso, conhecido mas **julgado improcedente**, sendo mantida a primeira decisão.



Agência Reguladora de Águas,  
Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal

Pelo disposto no art. 11, VII do mencionado Decreto 5.450/05, tendo sido mantida a decisão vergastada, **o Pregoeiro remete os autos à Diretoria Colegiada para conhecimento da matéria, deliberação e prolação de decisão final.**

Após decisão final, o Pregoeiro pede seja o processo devolvido.

Brasília, 06 de março de 2018.

---

Eduardo Lobato Botelho

Pregoeiro