

## Guerra Lima: Recuperação judicial e licitações

Em recente decisão [1], o Tribunal de Contas da União ratificou o entendimento de que é possível a participação de empresas em recuperação judicial em licitações, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, evidenciando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.



O TCU rechaçou previsão absurda contida em edital de licitação que

vedava a participação de empresas em recuperação judicial. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça [2] e da Advocacia-Geral da União [3] é exatamente o mesmo.

O entendimento prevê que o procedimento de recuperação judicial não pode ser confundido com a incapacidade da empresa recuperanda em manter a sua fonte produtora, a sua atividade comercial, ou a execução de seus contratos administrativos.

Ademais, a vedação de participação de empresa em recuperação judicial sequer encontra-se amparada nas normas licitatórias. A Lei Geral de Licitações e Contratos, nº 8.666/1993 [4], exige como documentação de habilitação para qualificação econômico-financeira certidão de negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física.

No entanto, o instituto da concordata deixou de existir quando publicada a Lei 11.101/2005, que passou a regular a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Não houve alteração do texto normativo da licitação tampouco revogação do dispositivo; porém, como a concordata deixou de existir, a exigência de certidão desse instituto passou a ser letra morta.

Em algumas contratações públicas, além de alguns editais preverem a vedação de participação de empresas em recuperação judicial — como o caso que ensejou o acórdão do TCU [5] —, os editais de convocação vêm exigindo, como qualificação econômico-financeira, a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, o que também viola o princípio da legalidade [6] que diz que a atuação do agente público deve amparar-se às prescrições legais.

Não há qualquer disposição na legislação de licitações e contratos quanto à possibilidade de tal exigência, mas, mesmo assim, alguns órgãos públicos a exigem e, por conseguinte, acabam por inabilitar empresas que não a apresentam.

A Lei de Falência e Recuperação Judicial possibilita, inclusive, a contratação de empresa em recuperação judicial com o poder público, conforme dispõe o artigo 52, I, da LRE. Logo, não há razão para essas empresas serem desabilitadas do certame quando não apresentam tais certidões, ou tampouco que sejam proibidas de participar de licitações.

Há, em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 980/2019, que visa a alterar a disposição da Lei de Licitações e possibilitar, expressamente, a participação de empresas em recuperação judicial nas contratações públicas, trazendo maior segurança jurídica ao tema.

O projeto busca a retirada da necessidade de apresentação de certidão de concordata como exigência de habilitação e a inclusão do §7º no artigo 31, nos seguintes termos: "*É vedada a inabilitação de licitante motivada exclusivamente pela*



*existência de processo de recuperação judicial, na forma da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, cabendo ao Poder Público, na fase de habilitação, avaliar a viabilidade econômica da empresa".*

Logo, em tempos de abalo à saúde financeira das empresas — como, por exemplo, o que estamos vivenciando com a pandemia da Covid-19 —, o acórdão do TCU demonstra-se razoável ao ratificar o entendimento quanto à participação das empresas em recuperação judicial, desde que se verifique sua capacidade econômica e financeira, alinhando-se aos entendimentos do STJ e da AGU.

[1] "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". (TCU, Acórdão 1201/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo).

[2] "Sociedade empresária em recuperação judicial pode participar de licitação, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica". STJ. 1ª Turma. (AREsp 309.867-ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 26/06/2018).

[3] Parecer nº. 04 /2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU.

[4] Lei 8.666/93, artigo 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".

[5] AREsp 309.867-ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 26/6/2018.

[6] "A legalidade, como princípio de administração (CF, artigo 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso". Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. – 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016.)

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jul-14/guerra-lima-recuperacao-judicial-licitacoes/>