

**Título :** A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS LICITAÇÕES  
**Autor :** Ladny Soares Rodrigues Silva

## **A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS LICITAÇÕES**

### **LADNY SOARES RODRIGUES SILVA**

Advogada inscrita na OAB/DF e empregada pública em Superintendência Jurídica de empresa estatal.

Recentemente, em dezembro de 2022, através do julgamento do REsp 1.826.299, o Superior Tribunal de Justiça – STJ reafirmou o entendimento de que empresa em recuperação judicial pode participar de licitação.

Apesar da ausência de novidade no posicionamento da Corte Superior, que à exemplo do julgamento do AREsp 309.867/ES, em 2018, já havia se manifestado sobre a regularidade da participação de empresas nessas condições, a publicação da decisão atual reforça a interpretação já adotada pelo Tribunal de Contas de União – TCU e dilata o arcabouço de medidas para a garantia dos princípios de garantia da ampla concorrência, da legalidade e do interesse público nos processos de licitação.

Inicialmente, cumpre recapitular que a controvérsia reside na prevalência do art. 47 da Lei nº 11.101/2005 sobre aquilo que reza a Lei 8.666/1993 quando tratou da habilitação econômico-financeira, vale a transcrição:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo 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.

#### **Na Lei 8.666/1993:**

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

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;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Nos termos do Acórdão em comento, ressaltou-se ainda que uma vez demonstrada pela empresa licitante a sua “capacidade econômica para a execução do contrato”, o óbice ao prosseguimento do feito apenas pelo “estado de recuperação judicial da empresa participante” seria, inclusive, uma afronta ao princípio da legalidade, pois “não cabe à Administração Pública realizar interpretação extensiva da Lei de Licitações em vigor no caso concreto para restringir direitos”.

Na hipótese, o STJ relembrou através da citação de decisões anteriores que apesar da Lei 11.101/2005 ter substituído “a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial” o art. 31 da Lei nº 8.666/1993 não foi revisto para “se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado” e por isso a interpretação seria extensiva. Vejamos a ementa:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE CAMPUS UNIVERSITÁRIO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE FINANCEIRA DA EMPRESA. COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

II - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por empresa que se sagrou vencedora em licitação para construção de outra etapa do campus da Universidade Federal de Cariri/CE, mas fora informada, posteriormente, que o referido contrato não seria assinado, em razão da impetrante encontrar-se em recuperação judicial.

**II - Ordem concedida, decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal a quo em grau recursal, sob o principal fundamento de não caber à Administração, em consonância com o princípio da legalidade, interpretar restritivamente quando assim a lei não dispuser.**

III - Sem negar *prima facie* a participação de empresa em processo de licitação pela exigência e apresentação de Certidão Negativa de Débitos (CND), aplica-se a vontade expressa pelo legislador da Lei de Recuperação Judicial, viabilizando, de forma efetiva, à sociedade empresária a superação da crise econômico-financeira" (AglInt no REsp n. 1.841.307/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/12/2020).

**IV - Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem registrou a presença de situação fática peculiar de que a empresa comprovou possuir capacidade econômico-financeira para honrar o contrato, concedendo a ordem pleiteada.**

V - Recurso especial improvido.

(REsp nº 1.826.299/CE, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. em 16.8.2022, DJe de 5.12.2022 – destacamos.)

Além disso, cumpre ressaltar que o inteiro teor sabidamente esclareceu que estando devidamente provada a “viabilidade econômico-financeira para a execução do contrato” o interesse público estaria “suficientemente resguardado”, por isso, caberia a relativização da apresentação de certidão negativa, na esteira do que também decidiu o acórdão recorrido proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5.

Sobre o tema, a jurisprudência do TCU também já havia afirmado que a certidão positiva de recuperação judicial não implica a imediata inabilitação da licitante, devendo o pregoeiro diligenciar para aferir se ela já teve seu plano de recuperação concedido ou homologado judicialmente. Nesse sentido, vejamos o Informativo de Licitações e Contratos nº 398/2020:

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). (TCU, Acórdão nº 2.265/2020, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler.)

Em seu voto, o Ministro Relator assim aduziu:

25. Ocorre, porém, que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial não obsta automaticamente a participação da licitante que se enquadre nessa situação. No mencionado Acórdão 1201/2020-TCU-Plenário, a unidade técnica, ao examinar a matéria, considerou ser possível, em certames licitatórios, a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada sua viabilidade econômica e financeira. Para ela, "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.

Em apertada síntese, tem-se a constatação de que empresa em recuperação judicial não constitui, isoladamente, motivo para inabilitação automática nas licitações, como também decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ, recentemente.

Debruçando-se sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos verifica-se que o art. 69 que pretende assegurar o cumprimento das vindouras obrigações contratuais pela fixação de

parâmetros objetivos e restritos ao instrumento convocatório, e deixa de mencionar a certidão negativa de concordata estando então mais adequada à sistemática da Lei 11.101/2002, nos exatos termos:

**Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:**

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de fatos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.

§ 2º Para o atendimento do disposto no caput deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

§ 5º É vedada 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.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do caput deste artigo limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos. (Destacamos.)

No âmbito das empresas estatais, reguladas pelas disposições da Lei 13.303/2016, o art. 58 delimita que a habilitação do licitante dependerá da aptidão econômica e financeira, mas sem elencar os critérios, caso em que a observância da lei acima citada e da jurisprudência majoritária servirá para a realização de boas práticas. Vale a transcrição do referido artigo:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

**III - capacidade econômica e financeira;**

IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

§ 1º Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados.

§ 2º Na hipótese do § 1º, reverterá a favor da empresa pública ou da sociedade de economia mista o valor de quantia eventualmente exigida no instrumento convocatório a título de adiantamento, caso o licitante não efetue o restante do pagamento devido no prazo para tanto estipulado. (Destacamos.)

Por todo exposto, conclui-se que as disposições do edital, assim como o juízo das autoridades competentes quando da realização de licitações públicas devem priorizar a apreciação da habilitação a comprovação da viabilidade econômico-financeira. Isso porque, o estado de recuperação judicial, por si só não deve constituir óbice à contratação, em atendimento também ao princípio da preservação da empresa, inclusive porque não estaria dispensada a apresentação das certidões negativas de débitos fiscais.

**Como citar este texto:**

SILVA, Ladny Soares Rodrigues. A participação de empresas em processo de recuperação judicial nas licitações. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 28 fev. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.