



Opinião das empresas em recuperação judicial



A questão da pandemia de coronavírus (Covid-19) tem

desencadeado uma escalada de efeitos no âmbito local, regional, nacional e mesmo global. Um conjunto impressionante de impactos na área da saúde e com sério risco de vida a todos nós, com desdobramentos nos mais diversos planos das relações sociais, econômicas, políticas e também jurídicas.

Por certo, a máxima redução na perda de vidas humanas precisa ser o foco de todas as primeiras preocupações dos Governos e instituições públicas e privadas mundo afora, e as análises científicas, quase que à unanimidade, apontam atualmente o distanciamento/isolamento social como o “remédio” mais eficaz. Entretanto, a política de enfrentamento traz duras consequências à economia local, nacional e global. Ainda que no momento não possamos prever a extensão dos impactos econômicos da Covid-19 no país e no mundo, não parece demasiado pessimista arriscar que tendam a ser sim drasticamente expressivos e, infelizmente, duradouros.

Um quadro que traz sim diversos e profundos impactos, inclusive no âmbito jurídico. Aqui, pretendemos brevemente discutir alguns desses efeitos na esfera das compras públicas, mais especificamente sobre a questão da participação de empresas em recuperação judicial nas licitações e contratos do Poder Público, que em geral exigem a certidão negativa de recuperação e falência para a habilitação nos procedimentos licitatórios.

Previsão que também é comum nos procedimentos de contratação direta (dispensas e inexigibilidades dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993), exceto para os casos de dispensa de licitação em razão do valor (artigos 24, I e II), isso com base em precedentes judiciais. Da mesma forma, embora a Lei Federal nº 13.303/2016 não traga previsão expressa acerca dos requisitos de habilitação, mas o seu artigo 58, III prevê como parâmetro a capacidade econômica e financeira, sendo que os respectivos regulamentos das empresas estatais geralmente trazem a mesma exigência, o que amplia a abrangência deste debate.



O fato é que, com o avanço da Covid-19, tende a desencadear uma nova onda de pedidos de recuperação judicial de empresas, o que certamente cobrará regimes normativos especiais para uma situação que se mostra excepcional, e também devolverá ao centro do debate a necessidade de se discutir regras mais claras acerca da participação das sociedades empresárias em regime de recuperação nos procedimentos licitatórios do Poder Público. Até porque, evidentemente, o próprio Estado brasileiro vai ser cobrado na atuação como indutor da retomada econômica, inclusive de forma direta, a partir de contratações públicas nos mais diversos setores e seguimentos.

Sobre o tema, importante estabelecer como parâmetro político-normativo central a noção de função social da empresa, conforme o artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, do que se retira que o objetivo da recuperação judicial é a preservação da empresa e de sua função social,[\[3\]](#) aqui central para discutirmos as eventuais situações de participação de empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios e contratos administrativos.

Por outro lado, importa considerarmos como chave a questão da igualdade de tratamento nas compras públicas, que tem *status* normativo de matéria constitucional, nos termos do artigo 37, inciso XXI da Constituição de 1988, quando estabelece a “igualdade de condições a todos os concorrentes” e somente admite “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações almejadas”.

No âmbito da legislação infraconstitucional, importa ressaltar o artigo 31, II da Lei nº 8.666/1993, quando exige, para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes, a “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física”, bem como o seu artigo 78, IX, que prevê como motivo para a rescisão do contrato administrativo, “a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil”. Da mesma forma, o artigo 52, II da Lei nº 11.101/2005, que afasta a exigência de apresentações de certidões negativas pelas empresas em recuperação, exceto para o caso das contratações com o Poder Público.

Tal cenário normativo impõe a seguinte indagação: em que medida seria justificável a flexibilização e/ou afastamento das referidas restrições normativas, para o caso de empresas em recuperação judicial? Isso poderia ser justificado a partir da dimensão da função social da empresa?

A doutrina especializada traz divergências acerca da interpretação das referidas normas. Marçal Justen Filho sustenta que quando o artigo 31, II faz referência à concordata isto precisa ser interpretado de forma a albergar os casos de recuperação judicial (e também extrajudicial), porquanto haveria a presunção de insolvência da empresa em crise, pelo que as empresas em recuperação não poderiam participar de certames públicos.[\[4\]](#)



Em sentido diverso e que parece mais acertado, inclusive porque no caso soaria incabível eventual interpretação ampliativa para restringir direitos, parte da doutrina entende não ser possível equiparar a concordata à recuperação judicial, para os fins de aplicação do citado artigo 31, II, e como a legislação de compras públicas não traz a previsão de exigência de certidão negativa de recuperação judicial (inclusive porque regulamentada em legislação posterior), isso não poderia ser feito pela Administração Pública como condição de habilitação.[\[5\]](#)

Na jurisprudência, há alguns precedentes do STJ sobre o tema: (i) o Recurso Especial nº 1.187.404/RN, que afastou a apresentação de certidão negativa de débitos tributários em certame licitatório; (ii) o AgRg na Medida Cautelar nº 23.499/RS, que, em sede de medida cautelar, autorizou a empresa a participar do certame público sem apresentar a certidão de falência e recuperação judicial; (iii) o AREsp nº 309.867, que entendeu que a participação é possível, desde que demonstrada, na fase de habilitação, a viabilidade econômica da recuperanda. Há, ainda, o Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, que tratou de esmiuçar as nuances do AgRg na Medida Cautelar nº 23.499/RS.

Sobre o AREsp nº 309.867, julgado em 26 de junho de 2018, o mesmo recebeu a relatoria do Ministro Gurgel de Faria, e concluiu pela necessária interpretação sistêmica entre os já citados dispositivos da Lei Geral de Licitações e da Lei Geral de Recuperação e Falência, no sentido de fazer prevalecer o respeito à função social e preservação da empresa, com estímulo à atividade econômica, de modo que o interesse da coletividade seja atendido, com a busca da manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

Nesta linha, a decisão no AREsp nº 309867/ES foi no sentido de relativizar a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial no caso, de forma a autorizar que a empresa em recuperação judicial participasse do certame em questão, com a ressalva da comprovação de viabilidade econômica da recuperanda na fase de habilitação.

A decisão entendeu, ainda, que por inexistir autorização legislativa expressa, incabível a automática inabilitação de empresas em recuperação judicial unicamente pela não apresentação da respectiva certidão negativa, também considerado o disposto no artigo 52, II, que indica a possibilidade de contratação com o Poder Público, o que, regra geral, pressupõe a participação prévia em procedimento de licitação. Uma decisão que, também neste ponto, parece acertada, no sentido de afastar a possibilidade de interpretação ampliativa em matéria de restrição de direitos pelo Poder Público, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa.

No caso concreto, importa reiterar o fato de que a empresa teve o plano recuperatório aprovado em assembleia geral de credores e homologado em juízo, com as obrigações regularmente cumpridas, com a expedição judicial de certidão mensal para atestar a capacidade econômico-financeira da recuperanda.



Agora, o agravamento da situação de crise em decorrência do novo coronavírus está a exigir medidas estatais nas mais variadas áreas, tanto no enfrentamento da pandemia nas dimensões da área da saúde como nos seus aspectos econômicos. Sobre o enfrentamento da Covid-19 no plano legislativo, importante destacar a Lei Federal nº 13.979/2020, com as alterações trazidas pela Medida Provisória nº 926/2020, e o posterior Decreto nº 10.282/2020, que estabelecem, dentre outras prescrições: (i) que as ações de contenção do coronavírus não devem impactar nos serviços públicos essenciais; (ii) a ampliação dos casos de dispensa de licitação para a aquisição de bens, serviços e insumos direcionados ao enfrentamento da pandemia, inclusive com o afastamento de requisitos de habilidades em determinadas situações; (iii) que a previsão de dispensa de licitação não se restringe a equipamentos novos; (iv) possibilidade excepcional de contratação de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido; (v) dispensa da elaboração de estudos preliminares, redução dos prazos para aquisição de bens pela modalidade pregão e aumento da margem de acréscimos ou supressões ao objeto contratado para até 50% do valor inicial.

Estes são exemplos de medidas que procuram dinamizar a ação estatal e flexibilizar as restrições no âmbito das compras públicas, mas que não atingem a questão da contratação pública de empresas em regime de recuperação judicial. O atual cenário indica um excepcional impacto negativo para as atividades empresariais no curto e médio prazo, não somente por aquelas que terão enormes dificuldades de cumprir com as obrigações assumidas com o Poder Público, bem como pelo contingente hipoteticamente expressivo de novos pedidos de recuperação judicial.

Um quadro que deveria ser enfrentado por meio de instrumento legislativo capaz de, a partir de parâmetros racionais e equilibrados, regulamentar a flexibilização de exigências legais no sentido de viabilizar a participação das empresas em crise econômica nas licitações públicas – sem fechar-lhes o acesso ao orçamento público (porque já estão em dificuldade financeira), mas também sem permitir riscos demasiados ao regular cumprimento do objeto contratado. As medidas poderiam dispor sobre as exigências de habilitação como certidões negativas fiscais; índices contábeis^[6] (comprovação da viabilidade econômico-financeira); e, mais especialmente, a supressão da exigência de certidão negativa de recuperação judicial, o que poderia ser suprido por certidão/atestado da capacidade econômico-financeira da recuperanda ou até mesmo por provimento judicial específico do respectivo juízo da recuperação.

Nesta esteira, cumpre recuperarmos o Projeto de Lei nº 980/2019,^[7] de autoria do Deputado Federal Darci de Matos, que propõe a mudança na redação do artigo 31 da Lei Geral de Licitações e do artigo 52 da Lei Geral de Recuperação e Falência, justamente para vedar que empresas sejam inabilitadas simplesmente por estarem em recuperação judicial, de forma a aperfeiçoar a legislação, ampliar a concorrência nas compras públicas e trazer maior segurança jurídica aos interessados.



Sobre o tema, até pela ausência de um marco normativo que estabeleça os limites e possibilidades em que sociedades empresárias em recuperação judicial possam participar de licitações públicas, sempre teremos casos de difícil solução. Por exemplo, qual a resposta para o hipotético caso de empresa em recuperação judicial que possua todas as certidões negativas de débitos fiscais, exceto aquela relativa aos débitos estaduais. Sob qual fundamento poderia o Poder Judiciário afastar tal exigência? Somente com base na função social da empresa?

Da mesma forma, pensemos no caso de empresa em recuperação judicial que, embora ostente todas as certidões negativas fiscais, não cumpra os respectivos índices contábeis exigidos, ainda que tenha seu plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral de credores e demonstre a viabilidade de reestruturação financeira. Aqui, por tudo que restou até agora discutido, parece que haveriam razões mais sólidas para se justificar o afastamento da exigência do artigo 31, §§1º e 5º da Lei nº 8.666/1993, até porque seria possível a previsão de eventual garantia contratual, na esteira do seu artigo 56.

Em síntese, a recuperação judicial não pode em si servir de empecilho à participação das empresas recuperandas dos certames públicos, mas isso também em geral não pode implicar na possibilidade de a Administração Pública simplesmente aplicar condições excessivamente permissivas a tais licitantes, sobretudo sem amparo legal, sob pena de ofensa ao próprio princípio da isonomia entre os participantes.

Com efeito, o atual momento de crise por conta da Pandemia de Coronavírus (Covid-19) mostra-se em tudo oportuno para se conjugar esforços no sentido de avançar no tratamento legislativo da matéria, de forma a prever critérios objetivos, seguros e que viabilizem a participação daquelas sociedades empresárias que, embora em recuperação judicial, demonstrem as condições mínimas de disputa nos certames licitatórios e regular cumprimento do objeto a ser contratado.

Mas a abertura e flexibilização não podem ser irrestritas e mesmo irracionais, devendo sim levar em conta elementos objetivos que demonstrem a viabilidade econômica da empresa recuperanda, como a aprovação do respectivo plano e o cumprimento das demais obrigações, inclusive aquelas assumidas junto ao Poder Público. Por outro lado, se a matéria não receber a devida atenção no plano legislativo, continuará a povoar o ambiente dos tribunais, sobretudo porque doravante provavelmente será impulsionada pelos ainda imprevisíveis impactos da Covid-19.

O eventual tratamento legislativo da matéria deveria não só explicitar a possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial nos certames licitatórios, bem assim as respectivas exigências mínimas, mas fixar também parâmetros objetivos capazes de indicar que, se vencedora a recuperanda, a mesma teria condições de regularmente suportar a contratação.



O que precisa ficar demonstrado é se a empresa recuperanda possui aptidão econômico-financeira para cumprir o contrato, de forma a dar vida normativa a uma ponderação equilibrada entre os ditames das compras públicas e do regime de recuperação de empresas, de sua função social e do estímulo à atividade econômica e, em última análise ao interesse da coletividade, nestes graves tempos de crise humanitária e toda sorte de incertezas acerca dos desdobramentos decorrentes da Pandemia de Coronavírus (Covid-19). Numa crise assim de tamanho impacto, é certo que primeiro precisamos cuidar da saúde das pessoas, para depois buscarmos os melhores meios e mecanismos capazes de reduzir ao máximo os seus impactos econômicos. Nossas reflexões buscam, ainda que timidamente, contribuir neste segundo plano.

[2] Mestrando em Direito pela UFSC; Especialista em Direito Administrativo pela PUC/Minas; presidente da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/SC; advogado em Santa Catarina.

[3] Sobre o tema, ver: COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 38.

[4] Sobre o tema, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 638.

[5] Sobre o tema, ver: NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 447.

[6] Para uma análise crítica acerca da questão dos índices contábeis na fase de habitação das licitações, ver: BOSELLI, Felipe. A utilização indiscriminada dos índices contábeis. Disponível em: <https://boselli.com.br/a-utilizacao-indiscriminada-dos-indices-contabeis-2/>. Acesso em: 5 abr. 2020.

[7] BRASIL. **Câmara dos Deputados**. PL nº 980/2019. Brasília, 2019. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190312000340000.PDF#page=73>. Acesso em: 5 abr. 2020.

Date Created

12/04/2020