

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 25

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2019

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Fração (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-RJ), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Gerson Branco (UFRGS), Jacques Labrunie (PUC-SP), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 25 (julho/dezembro 2019)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2021.

A CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM O PODER PÚBLICO À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E DA REFORMA À LEI DE RECUPERAÇÕES E FALÊNCIAS¹

CONTRACTING COMPANIES IN JUDICIAL REORGANTIAZION WITH GOVERNMENT IN THE LIGHT OF THE NEW BIDDING LAW AND REFORM TO THE REORGANIZATION AND BANKRUPTCY LAW

*Roberto Lincoln de Sousa Gomes Júnior
Maria Alice Pinheiro Nogueira Gomes*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações e contratar com o Poder Público, e o cabimento da existência de limitações para que essas empresas se habilitem em processos licitatórios. Procura-se, após contextualizar a controvérsia sob o regime da Lei nº 8.666/1993, identificar as alterações legislativas trazidas pela Lei nº 14.112/2020 e pela Lei nº 14.133/2021 e os seus reflexos na discussão da matéria. Para tanto, são examinados precedentes judiciais, doutrina, a nova redação do artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101/2005, e o artigo 69, inciso II, da Lei nº 14.133/2021. Também são examinados 30 editais de licitação publicados em fevereiro e março de 2021, após a entrada em vigor da nova redação do artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101/2005. Constata-se que, apesar de as alterações legislativas consolidarem a possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações e contratarem com o Poder Público, um número considerável de editais de licitação publicados já na vigência da Lei nº 14.112/2020 ainda prevê limitações à habilitação

¹ Artigo recebido em 16.04.2021 e aceito em 19.04.2021.

dessas empresas em processos licitatórios. Para além do plano legal, conclui-se que a imposição de limites para que empresas em recuperação judicial contratem com o Poder Público, tão somente em virtude de se encontrarem em recuperação judicial, constitui um incentivo reverso ao pretendido por quem defende a existência de tais limitações e afasta as empresas em crise do instituto da recuperação judicial, dificultando sua reestruturação. Por isso, a qualificação econômico-financeira de uma empresa em recuperação judicial que se habilite em licitações deve ser aferida pela Administração Pública, a partir de critérios objetivos, por coeficientes e índices econômicos pré-definidos em edital, entendendo-se como pertinentes as alterações legislativas promovidas sobre a matéria a partir da Lei nº 14.112/2020 e da Lei nº 14.133/2021.

Palavras-Chave: Recuperação judicial. Licitações. Administração pública.

Abstract: This article aims to analyze whether companies in judicial reorganization can participate in bids and contract with the Government, and if there must be limitations for these companies to qualify in bidding processes. After seeking to contextualize the controversy under the regime of Law No. 8,666/1993, to identify the legislative changes brought about by Law No. 14,112/2020 and Law No. 14,133/2021 and their reflexes in the discussion of the matter. To this end, judicial precedents, doctrine, the new wording of article 52, item II, of Law No. 11,101/2005, and article 69, item II, of Law No. 14,133/2021 are examined. 30 bidding documents published in February and March 2021 are also examined, after the new wording of article 52, item II, of Law No. 11,101/2005 entered into force. It appears that, despite the legislative changes consolidating the possibility of companies in judicial reorganization participating in tenders and contracting with the Government, a considerable number of bidding notices published already under Law No. 14,112/2020 still foresees limitations to the qualification of these companies in bidding processes. In addition to the legal plan, it is concluded that the imposition of limits for companies in judicial reorganization to contract

with the Government, just because they are in judicial reorganization, constitutes a reverse incentive to that intended by those who defend the existence of such limitations and removes companies in crisis from the judicial reorganization institute, making their restructuring difficult. For this reason, the economic and financial qualification of a company undergoing judicial reorganization that qualifies for bids must be assessed by the Public Administration, based on objective criteria, by pre-defined economic coefficients and indices in the public notice, with the legislative changes promoted on the matter from Law No. 14,112/2020 and Law No. 14,133/2021 being understood as correct.

Keywords: Reorganizations. Bidding Law. Public administration.

Sumário: Introdução. 1. Habilitação de empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios na vigência da Lei nº 8.666/1993. 1.1. Do entendimento pela impossibilidade da participação de empresas em recuperação judicial em licitações e da sua contratação pelo Poder Público. 1.2. Do entendimento pela possibilidade da participação de empresas em recuperação judicial em licitações e da sua contratação pelo Poder Público. 2. As alterações legislativas promovidas pela reforma à Lei nº 11.101/2005 e pela nova Lei de Licitações. 3. Notas críticas sobre a participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios: para além da disciplina legal e do entendimento dos tribunais. Conclusão.

Introdução.

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Públi-

co e o cabimento, ou não, da existência de limitações para o Poder Público contratar com empresas em recuperação judicial, notadamente diante da recente alteração promovida à redação do artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperações e Falências ou LRF) e da previsão constante no artigo 69, inciso II, da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021 (Lei nº 14.133/2021 ou nova Lei de Licitações).

A controvérsia, existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência, iniciou-se principalmente em virtude da antiga redação do artigo 52, inciso II, da LRF, que não dispensava devedores em recuperação judicial de apresentar certidões negativas para contratar com o Poder Público.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o devedor em recuperação judicial não estaria dispensado de apresentar certidões negativas para contratar com o Poder Público, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (antiga Lei de Licitações), em seu artigo 31, inciso II, mesmo após a criação do instituto da recuperação judicial e a extinção da concordata do ordenamento jurídico, manteve sua redação original ao exigir, para a qualificação econômico-financeira da empresa interessada em participar de licitações, certidões negativas de falência e de concordata, institutos diversos da recuperação judicial.

Para além da controvérsia sobre a possibilidade ou não de se fazer uma interpretação extensiva da exigência de apresentação de certidões negativas de falência e concordata, alcançando as empresas em recuperação judicial e proibindo-as de contratar com o Poder Público, muito se discutiu o confronto entre os princípios do interesse público e da preservação da empresa diante da possibilidade, ou não, de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público.

Afinal, no caso de empresas cujo faturamento se concentra exclusivamente ou majoritariamente em contratos firmados com o Poder Público, a exigência de certidão negativa de recuperação judicial para contratar com o Poder Público coibiria o acesso a esse instituto,

mesmo diante de um cenário de crise. Por outro lado, permitir a contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público, sem qualquer limitação, aumentaria os riscos de sujeitar o Estado e toda a sociedade à ausência da prestação de serviço em caso de falência da contratada.

Antes da alteração ao artigo 52, inciso II, da LRF, que entrou em vigor no mês de janeiro de 2021, viu-se posicionamentos antagônicos da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria, assim como posições intermediárias, que condicionavam a contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público ao atendimento de determinados critérios, como já ter havido a aprovação do plano de recuperação judicial proposto. Os diversos entendimentos sobre o tema se refletiam também nos editais de licitação pública, inexistindo uniformidade até mesmo entre editais da União ou de entes federativos específicos.

A recente alteração ao artigo 52, inciso II, da LRF, deixa claro que não haverá mais a necessidade de empresas em recuperação judicial apresentarem certidões negativas para contratar com o Poder Público. Contudo, nos primeiros meses de vigência da nova disciplina, diversos editais mantêm a exigibilidade das certidões negativas de concordata ou recuperação judicial, e outros, apesar de não vedarem a participação de empresas em recuperação judicial, continuam estipulando limitações para a participação dessas empresas, exigindo a demonstração da aprovação do plano de recuperação judicial ou até mesmo uma certidão que comprove que o plano de recuperação judicial aprovado vem sendo cumprido.

Em abril de 2021, com a promulgação e a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, retirou-se a exigência legal de apresentação de certidão negativa de concordata pelas empresas que desejarem se habilitar em licitações, permanecendo apenas a determinação de junta da de certidão negativa de falência.

Não obstante pareça que a possibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público irá se consolidar,

ainda é incerto se os editais publicados após a entrada em vigor da nova Lei de Licitações irão admitir, sem nenhum óbice, a habilitação de empresas em recuperação judicial, também não havendo como prever, com certeza, como irão se comportar os tribunais diante das recentes alterações legislativas.

Além de procurar enfrentar as discussões que permeavam a contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público, antes da entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020 e da nova Lei de Licitações, a relevância do presente artigo se dá em virtude das recentes alterações legislativas na disciplina sobre o tema, que deverão refletir sobre o teor dos editais de licitação e sobre o entendimento dos tribunais brasileiros.

1. Habilitação de empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios na vigência da Lei nº 8.666/1993.

Ao tratar das normas dirigidas à Administração Pública, a Constituição Federal previu expressamente, no artigo 37, inciso XXI, que deverão ser exigidas qualificações técnicas e econômicas dos licitantes que desejam contratar com o Poder Público, que garantam o cumprimento das obrigações que seriam assumidas pelo vencedor do processo licitatório.

A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 27, também previu que, para a habilitação em procedimentos de licitação, seria exigida documentação que comprovasse, dentre outras qualificações do licitante, a econômico-financeira.

Por meio dos documentos que comprovem a qualificação econômico-financeira do licitante, busca-se dados e informações que presumam a capacidade do licitante de satisfazer os encargos econômicos necessários ao cumprimento do objeto da licitação.

Ao prever a documentação necessária para que o licitante comprovasse sua qualificação econômico-financeira, a Lei nº

8.666/1993 listou as certidões negativas de falência e de concordata como indispensáveis à habilitação no procedimento de licitação, em seu artigo 31, inciso II.

Na época da promulgação da Lei nº 8.666/1993, a concordata era o instrumento disponível ao devedor empresário para tentar superar o período de crise e manter suas atividades, previsto no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Alvo de diversas críticas da doutrina muitos anos antes de sua revogação,² a concordata se dividia nas espécies preventiva e suspensiva, a depender se eram ajuizadas antes ou após a decretação de falência do devedor. Consistia em um instituto limitado, ao qual se sujeitavam apenas os credores quirografários, que eram pagos mediante condições pré-determinadas em lei, havendo pouco espaço de negociação entre o devedor e os seus credores.

Não havia qualquer controvérsia, pelo menos no texto legal, sobre a impossibilidade de empresas em concordata participarem de licitações e contratarem com o Poder Público.

Com o advento da LRF, em substituição ao Decreto-Lei nº 7.661/1945, o legislador instituiu novos mecanismos de preservação da empresa na tutela da crise, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, revogando-se a concordata. Contudo, não se sabe se propositadamente ou não, após o início da vigência da LRF não houve qualquer alteração à redação do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, que expressamente previa a exigência de apresentação de certidões negativas de falência e de concordata para habilitação

2 “Não podemos, com efeito, concordar que numa sociedade de economia acentuadamente planejada, na qual, para obtenção de quaisquer financiamentos ou incentivos oficiais, exigem-se previsões e projetos de viabilidade, se conceda um benefício de larga repercussão econômica e social ao empresário comercial, plantado apenas em discutíveis pressupostos formais, sem a mínima preocupação de análise dos planos que se pretende adotar para cumpri-los. [...] Por esses motivos, antevemos uma reformulação geral do instituto das concordatas, para pô-las a serviço do interesse coletivo e não apenas do empresário frustrado em suas atividades” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 05-06).

em procedimento de licitação, sendo omissa quanto à eventual certidão negativa de recuperação judicial.

Apesar de possuir algumas características em comum com a concordata, a recuperação judicial consiste em mecanismo com diversas distinções, previsto para a reestruturação de atividades empresariais viáveis que se encontrem em crise financeira momentânea, por meio do qual o empresário, a empresa ou o grupo de empresas³ devedor solicita ao Poder Judiciário a proteção de seu patrimônio enquanto negocia com seus credores a aprovação de um plano de soerguimento e quitação das dívidas existentes à data do pedido, denominado plano de recuperação judicial.

Diante da constatação de que recuperação judicial e concordata consistem em institutos diferentes, começou a se instaurar controvérsia em relação à contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público: a possibilidade, ou não, de se interpretar de forma extensiva a exigência de apresentação de certidão negativa de concordata, prevista na Lei nº 8.666/1993, a fim de também vedar a habilitação de empresas em recuperação judicial.

Os tribunais brasileiros e o próprio Poder Público adotaram, pelo menos até a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, diferentes entendimentos sobre a matéria, podendo-lhes separar em três grupos: (i) as decisões e os editais de licitação que negam a participação de empresas em recuperação judicial em licitações e a sua contratação pelo Poder Público; (ii) as decisões e os editais que, sem qualquer limitação, possibilitam às empresas em recuperação judicial par-

3 Apesar de o grupo de empresas não constar no rol de legitimados a requerer recuperação judicial, previsto no artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, a doutrina e a jurisprudência pátrias, praticamente uníssonas, admitem o processamento de pedido de recuperação judicial formulado por grupo de empresas, seja de direito, seja de fato. Nesse sentido, ver: CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direito Societário, Processual e Concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Processo Societário II*: adaptado ao Novo CPC – Lei nº 13.105/2015, São Paulo: Quartier Latim, 2015.

ticipar de licitações e contratar com o Poder Público, e (iii) as decisões e os editais que, apesar de permitirem às empresas em recuperação judicial contratar com o Poder Público, estabelecem limitações objetivas para a habilitação de empresas que se encontram em recuperação judicial, a exemplo da exigência de já terem aprovado o seu plano de recuperação judicial.

Para além do debate hermenêutico, a discussão da matéria envolveu o confronto entre princípios que regem a recuperação de empresas e a Administração Pública, notadamente a preservação da empresa e o interesse público. Conforme se verá a seguir, quase sempre a interpretação dada aos artigos 52, inciso II, da LRF e 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 era embasada em um desses princípios, ou mesmo na sua ponderação.

1.1. Do entendimento pela impossibilidade da participação de empresas em recuperação judicial em licitações e da sua contratação pelo Poder Público.

Ainda poucos anos depois do início da vigência da LRF, deparando-se com um pedido para que fosse expedida uma certidão positiva com efeitos de negativa de recuperação judicial, por uma empresa do ramo de engenharia que tinha como uma de suas atividades centrais a realização de obras públicas e estava sendo impedida de se habilitar em novas licitações, a 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), em 2012, no julgamento do Agravo de Instrumento de nº 0227146-52.2011.8.26.0000,⁴ consignou o seu entendimento contrário à contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público.

4 “Não se deve admitir que no intuito de assegurar a continuidade de uma empresa com a saúde econômico-financeira debilitada, seja a ela permitido contratar com a Administração Pública, colocando em risco, por exemplo, a realização de obras de relevante interesse social.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito

Em seu voto, o Des. Relator Francisco Loureiro entendeu que não se poderia admitir que, para assegurar a continuidade de uma empresa com a saúde financeira debilitada, fosse a ela permitido contratar com a Administração Pública, colocando em risco a realização de obras de relevante interesse social.

No mesmo sentido, já se manifestou a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), em 2016, no julgamento do Mandado de Segurança de nº 0294834-45.2016.8.21.7000, impetrado pelo Município de Canoas/RS em face de decisão proferida pelo juízo da Vara de Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, que havia dispensado uma empresa em recuperação judicial de apresentar as certidões negativas exigidas no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, para a habilitação em uma licitação de obra pública daquele município.

Na fundamentação do acórdão, pelo qual foi concedida a segurança para tornar sem efeito a determinação do juízo responsável pela condução do processo de recuperação judicial, o Des. Relator, João Barcelos de Souza Júnior, afirmou que “a lei proíbe expressamente que empresa em recuperação judicial participe de contratação com o Poder Público”, ao fazer referência à antiga redação do artigo 52, inciso II, da LRF. Destacou, ainda, que a proibição não violaria o princípio da razoabilidade, vez que “uma empresa em recuperação judicial pode vir a falir e, por consequência, inadimplir o contrato, causando graves prejuízos à sociedade e ao Erário Público”.⁵

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ/SC), em decisão dividida tomada pelo Grupo de Câmaras de Direito Público,

Empresarial. Agravo de Instrumento nº 0227146-52.2011.8.26.0000. Relator: Des. Fernando Loureiro. Data de Publicação: 11 jun. 2012).

5 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Cível. Mandado de Segurança nº 0294834-45.2016.8.21.7000. Relator: Des. João Barcelos de Souza Junior. Data de Publicação: 28 out. 2016.

em 2018, nos autos do Mandado de Segurança de nº 0307775-85.2017.8.24.0023,⁶ também se posicionou pela impossibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público. No voto do Des. Relator designado para o acórdão, Hélio do Valle Pereira, reconheceu-se que o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 fazia menção apenas ao instituto da concordata, não sendo expresso quanto à recuperação judicial. Todavia, para o mesmo desembargador relator designado para o acórdão e para a maioria dos desembargadores, a recuperação judicial e a concordata consistiriam em “figura afins”, e que não se estaria fazendo analogia ao proibir empresas em recuperação judicial de contratar com o Poder Público, mas se trataria de “ler a lei anterior de maneira contemporânea”, impedindo a Administração Pública de contratar com quem passasse por crise financeira.

Em outro trecho do voto vencedor, consignou-se que se estaria diante de um confronto entre o princípio da preservação da empresa e a “segurança merecida pela Administração”, não sendo justo deslocar para o Poder Público o risco da contratação. Além disso, mesmo que se tratasse de uma empresa que se dedicasse exclusivamente ou predominantemente a contratos administrativos, entendeu-se que a crise apenas indicaria a sua incapacidade de manutenção do equilíbrio econômico diante dos contratos ativos, não havendo razões para confiar que o quadro melhoraria caso conseguisse novos contratos.

O entendimento contrário à contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público também já foi reconhecido pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG), em 2016, no Agravo de Instrumento de nº 1.0024.16.057905-8/002,⁷ de relatoria para o acórdão da Des^a. Ana Paula Caixeta. Na

6 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Grupo de Câmaras de Direito Público. Mandado de Segurança nº 0307775-85.2017.8.24.0023. Relator: Des. Hélio do Valle Pereira. Data de Publicação: 31 ago. 2018.

7 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 4ª Câmara Cível. Agravo de

ocasião, defendeu-se que possibilitar empresas em recuperação judicial se habilitarem em licitações ofenderia tanto o interesse público quanto o princípio da isonomia. O interesse público seria violado porque poderia se sagrar vencedora da licitação empresa que, em tese, não teria capacidade para satisfazer os encargos decorrentes do contrato. Já o princípio da isonomia seria infringido porque as demais empresas licitantes continuariam obrigadas a comprovar a sua boa situação financeira.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE), em 2018, no Mandado de Segurança nº 0622694-13.2016.8.06.0000,⁸ decidiu contra a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, também afirmando que tal possibilidade violaria o princípio do interesse público e o princípio da isonomia. Pelo voto do Des. Relator, Antônio Abelardo Benevides Moraes, o interesse público seria atingido porque a escolha de uma empresa sem capacidade para satisfazer os encargos decorrentes do contrato possibilitaria a realização de pagamentos indevidos e/ou que os serviços fossem prestados fora do prazo ou de forma insatisfatória, enquanto a isonomia seria quebrada na medida em que as demais empresas licitantes continuariam obrigadas a comprovar sua boa situação financeira.

Na doutrina, Marçal Justen Filho⁹ se filiou ao entendimento pela vedação à participação em licitações de empresas em recuperação judicial. Apesar de reconhecer que recuperação judicial e concordata são institutos distintos, defendeu que o entendimento dos efeitos da concordata sobre a contratação administrativa também deveria ser

Instrumento de nº 1.0024.16.057905-8/002. Relatora p/ o Acórdão: Des. Ana Paula Caixeta. Data de Publicação: 30 set. 2016.

8 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Órgão Especial. Mandado de Segurança nº 0622694-13.2016.8.06.0000. Relator: Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. Data de Publicação: 11 jul. 2018.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 478.

aplicado à recuperação judicial, principalmente porque, na recuperação judicial, seria mantida a presunção de insolvência do sujeito ativo, que existia na concordata.

Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁰ ao comentar fatos supervenientes à habilitação no procedimento de licitação, apontou tanto a falência quanto a recuperação judicial como exemplos de “elisão da aptidão econômica e financeira do licitante”, posicionando-se, portanto, pela impossibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público.

1.2. Do entendimento pela possibilidade da participação de empresas em recuperação judicial em licitações e da sua contratação pelo Poder Público.

Em sentido oposto ao entendimento pela vedação à participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, decisões mais recentes de tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ), já vinham permitindo a habilitação dessas empresas em processos licitatórios, mesmo antes da vigência da Lei nº 14.112/2020 e da nova Lei de Licitações.

Interessante observar, contudo, que ainda não há unanimidade de se, apesar de possibilitar a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, devem ser estabelecidas limitações objetivas para os empresários e sociedades empresárias que se encontrem sob o referido regime previsto na LRF.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), por exemplo, em sua Súmula nº 50,¹¹ aprovada pela Resolução nº

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 613.

11 SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Súmula nº 50*. Data de Publicação: 15 dez. 2016. Disponível em: «<https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/resolucao/resolucao-052019/sumula-50>». Acesso em: 25 mar. 2021.

10/2016, publicada no Diário Oficial do Estado em 15/12/2016, prevê expressamente que a Administração Pública não pode impedir a participação, em processos licitatórios, de empresas em recuperação judicial. Contudo, a mesma súmula prevê que poderá ser exigida, durante a fase de habilitação da licitação, o plano de recuperação judicial já homologado pelo juízo competente, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira previstos no edital.

O Parecer nº 04/2015 da Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Advocacia-Geral da União¹² também se posicionou pela distinção que deve ser dada às empresas que tão somente requereram recuperação judicial, daquelas que já tiveram o seu plano de recuperação judicial aprovado pelos credores e homologado pelo juízo competente. Em determinado trecho do parecer,¹³ recomenda-se que no próprio edital de licitação conste a menção de que, às empresas em recuperação judicial que desejarem se habilitar, será exigida a apresentação de comprovação de que o plano de recuperação judicial já foi homologado pelo juízo competente.

Diversos tribunais de justiça, no mesmo sentido, também já decidiram pela possibilidade de habilitação em licitações de empresas em recuperação judicial, desde que comprovada a homologação

12 BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSUIPGFAGU*. Proferido em: 12 mai. 2015. Disponível em: «<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN042015CPLCDEPCONSUIPGFAGU.pdf>». Acesso em: 24 mar. 2015.

13 Veja-se: “Caso a certidão seja positiva de recuperação, caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, sendo recomendável que no próprio edital do certame conste a menção de que será exigido da empresa em recuperação judicial a apresentação de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial.” (BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSUIPGFAGU*. Proferido em: 12 mai. 2015. Disponível em: «<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN042015CPLCDEPCONSUIPGFAGU.pdf>». Acesso em: 24 mar. 2015).

do plano de recuperação judicial pelo juízo competente, momento em que seria aferida a sua viabilidade.¹⁴

Fazendo menção expressa à Súmula nº 50 do TCE/SP, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJ/SP, em 2020, em sede do Agravo de Instrumento nº 2181263-33.2020.8.26.0000,¹⁵ decidiu pela regularidade da exigência de apresentação, pela empresa em recuperação judicial, do seu plano de recuperação judicial homologado. Em seu voto, o Des. Relator, Manoel Pereira Calças, afirmou que a empresa em recuperação judicial tem a obrigação de apresentar seu plano de recuperação judicial homologado e comprovar ao Poder Público que tem condições econômico-financeiras de cumprir o contrato objeto da licitação.

Decisão praticamente idêntica foi tomada pela 4ª Câmara Cível do TJ/MG, em 2020, nos autos da Apelação Cível nº 5019754-30.2020.8.13.0024.¹⁶ No seu voto, o Des. Relator, Moreira Diniz, consignou que a exigência de apresentação de plano de recuperação judicial homologado, para as empresas em recuperação judicial que se habilitassem em licitação, constituiria uma forma de a Administração “assegurar que a empresa em recuperação tem, dentro do possível, qualificação econômica e financeira para participar do certame”.

Interessante observar, por outro lado, que os dois tribunais de justiça citados acima também já decidiram pela ilegalidade da exigên-

14 Vale destacar que, apesar de aparentemente serem em menor número, há decisões judiciais reconhecendo a legalidade de editais que determinam que a empresa em recuperação judicial apresente certidões, emitidas pelo juízo competente, de que estaria cumprindo o plano de recuperação judicial homologado. Vide: MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. 2ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 0106580-23.2013.8.11.0000. Relatora: Des. Clarice Claudino da Silva. Data de Publicação: 07 fev. 2014.

15 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 2181263-33.2020.8.26.0000. Relator: Des. Manoel Pereira Calças. Data de Publicação: 11 dez. 2020.

16 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 5019754-30.2020.8.13.0024. Relator: Des. Moreira Diniz. Data de Publicação: 11 dez. 2020.

cia de comprovação da homologação do plano de recuperação judicial, para as empresas sob esse regime que se habilitaram em procedimentos de licitação.

A 4ª Câmara Cível do TJ/MG, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0867951-48.2017.8.13.0000,¹⁷ em 2018, declarou que a exigência “ultrapassa o princípio da legalidade e da razoabilidade”, vez que os requisitos para habilitação em procedimentos licitatórios seriam taxativos, não comportando interpretação extensiva.

O TJ/SP, igualmente, possui acórdãos reputando como ilegal a exigência de apresentação de comprovação da homologação de plano de recuperação judicial pelas empresas em recuperação judicial que se habilitaram em processos de licitações.¹⁸ No Agravo de Instrumento nº 2225218-85.2018.8.26.0000,¹⁹ em 2019, por exemplo, a sua 10ª Câmara de Direito Público entendeu que, por ainda não ter havido a apreciação do plano de recuperação judicial pelos credores, enquanto não fosse homologado o plano, a empresa estaria dispensada de apresentar a certidão prevista no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Na mesma linha, sem exigir das empresas em recuperação judicial a comprovação da homologação de seu plano de recuperação judicial, para que pudessem se habilitar em licitações, já decidiram outros vários tribunais de justiça, como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,²⁰ o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso²¹ e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.²²

17 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0867951-48.2017.8.13.0000. Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes. Data de Publicação: 13 mar. 2018.

18 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 2043898-05.2018.8.26.0000. Relator: Des. Paulo Barcellos Gatti. Data de Publicação: 18 abr. 2018.

19 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 2225218-85.2018.8.26.0000. Relator: Des. Marcelo Semer. Data de Publicação: 30 jan. 2019.

20 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul. 6ª Câmara

Merece destaque o entendimento da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), em 2017, no Agravo de Instrumento de nº 0043065-84.2016.8.19.0000,²³ que definiu a possibilidade de participação da Oi S/A e das demais empresas que integraram o litisconsórcio ativo da recuperação judicial, em licitações com o Poder Público. No voto condutor do acórdão, a Des^a. Relatora, Mônica Maria Costa Di Piero fundamentou sua posição notadamente no fato de que impedir empresa em recuperação judicial de se habilitar em licitações iria de encontro ao princípio da preservação da empresa, ainda mais quando sua principal fonte de receitas advém do Poder Público, e na impossibilidade de se interpretar de forma extensiva o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 de forma a abarcar a recuperação judicial,

No âmbito federal, o Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestou sobre a matéria por mais de uma vez no sentido de declarar a possibilidade da participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial. No Acórdão 8271/2011, proferido na Representação nº 020.996/2011-0,²⁴ em 2011, de relatoria do Min. Aroldo Cedraz, ficou registrada a possibilidade participação, em licitações, de empresa em recuperação judicial, desde que “amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a

Cível. Agravo de Instrumento nº 0069985-51.2020.8.21.7000. Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga. Data de Publicação: 12 fev. 2021.

21 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo. Agravo de Instrumento nº 1002525-10.2018.8.11.0006. Relator: Des. Luiz Carlos da Costa. Data de Publicação: 08 jul. 2017.

22 BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 8011337-05.2018.8.05.0000. Relator: Des. Roberto Maynard Frank. Data de Publicação: 18 dez. 2018.

23 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0043065-84.2016.8.19.0000. Relatora: Des. Mônica Maria Costa Di Piero. Data de Publicação: 01 set. 2017.

24 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. Representação nº 020.996/2011-0. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Acórdão nº 8271/2011. Data da Sessão: 27 set. 2011.

interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório”.

Recentemente, no Acórdão 1201/2020, proferido na Representação nº 037.266/2019-5, de relatoria do Ministro Vital do Rego, mais uma vez o TCU se posicionou pela possibilidade da participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparada em certidão expedida pela instância judicial competente.

O STJ, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES,²⁵ em 2018, de relatoria do Min. Gurgel de Faria, também entendeu pela possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações.

Em seus fundamentos, o Min. Gurgel de Faria entende que não há previsão legal para a cobrança de certidão negativa de recuperação judicial, vez que a Lei nº 8.666/1993 apenas mencionava a exigência de apresentação de certidões negativas de concordata e falência. Na visão do ministro, não seria possível fazer interpretação extensiva do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, considerando sua natureza restritiva de direitos e diante do princípio da legalidade. Por outro lado, considerando que a atuação da Administração Pública se norteia pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, o Min. Gurgel de Faria consignou a necessidade da adoção de “providências a fim de avaliar se a empresa recuperanda participante do certame, caso seja vencedora, tem condições de suportar os custos da execução do contrato”.

Na doutrina, também há posicionamentos pela possibilidade da participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial.

Jonábio Barbosa dos Santos e Tássia Amorim Figueiredo,²⁶ ao

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES 2013/0064947-3. Relator: Min. Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 26 jun. 2018. Data de Publicação: 08 ago. 2018.

26 SANTOS, Jonábio Barbosa dos; FIGUEIREDO, Tássia Amorim. Ponderação equilibrada de

defenderem a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, destacam, além da inexistência de previsão legal para a exigência de “certidão negativa de recuperação judicial” na Lei nº 8.666/1993, o equívoco da premissa de que empresas em recuperação judicial não teriam condições de cumprir o objeto proposto pelo Poder Público, vez que o instituto seria fundamentado na viabilidade da empresa, e não na constatação de sua insolvência plena.

Como na jurisprudência, todavia, há quem defenda a possibilidade de habilitação apenas de empresas em recuperação judicial que já tiveram o seu plano aprovado pelos credores e homologado pelo juiz competente, e quem sustenta ser incabível a imposição de limitações como essa.

Mauro Rodrigues Penteadó,²⁷ por exemplo, logo após a entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, defendeu que as empresas que já tiveram a recuperação judicial concedida, após o plano de recuperação ter sido aprovado pelos credores, poderiam participar de licitações, argumentando que, em muitos casos, a participação nesses certames e a possibilidade de contratar com o Poder Público consistiriam em um importante fator para que superassem as dificuldades financeiras enfrentadas. Para o autor, não haveria motivos para afastar de licitações empresas cuja viabilidade de atuação eficiente no mercado já teria passado pelo crivo dos credores, sob supervisão do juízo competente.

Por outro lado, Alexandre Levin²⁸ critica justamente o entendi-

princípios: a possibilidade jurídica de empresa em recuperação judicial participar de licitações públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 67-91, abr./jun. 2020, p. 82.

27 PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários ao art. 2º. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 112.

28 LEVIN, Alexandre. Participação de empresas em recuperação judicial em licitações públicas: Entendimentos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura-RDAI*, v. 14/2020, p. 283-302, jul./set. 2020.

mento sumulado do TCE/SP, comentado acima, pelo qual poderia ser exigida comprovação, da empresa em recuperação judicial que se habilitasse em licitações, de que o seu plano de recuperação já teria sido aprovado pelos credores e homologado judicialmente. Ao se posicionar de forma contrária à exigência de plano de recuperação aprovado como critério para qualificação econômico-financeira do licitante, Alexandre Levin destaca que, ao homologar o plano, o juiz não leva em consideração se a empresa tem condições, ou não, de contratar com o Poder Público, e que a homologação do plano não comprova que o objeto contratual das licitações, em que a empresa participará, será executado sem riscos ao interesse coletivo, ou que a empresa é viável econômica e financeiramente para firmar ajustes com a Administração Pública.

2. As alterações legislativas promovidas pela reforma à Lei nº 11.101/2005 e pela nova Lei de Licitações.

Conforme pontuado na introdução deste artigo, o presente estudo não pretende esgotar a jurisprudência dos tribunais sobre a matéria ou analisar, de forma profunda, a doutrina existente, notadamente porque a controvérsia debatida assumiu novos contornos após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, que modificou a Lei nº 11.101/2005, e da Lei nº 14.133/2021, correspondente à nova Lei de Licitações. Neste tópico, após ter sido contextualizada a discussão da matéria sob as regras anteriores, procura-se firmar uma posição a partir das recentes modificações legislativas,

Em vigor desde janeiro de 2021, a Lei nº 14.112/2020 promoveu diversas alterações à LRF. Para o que importa a este estudo, destaca-se a modificação promovida ao artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101/2005, colacionando, a seguir, a antiga e a nova redação do dispositivo:

Lei nº 11.101/2005 (Redação original):

Art. 52. Estando em termos a documentação exi-

gida 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;

[...]

Lei nº 11.101/2005 (Redação após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020):

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, observado o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal e no art. 69 desta Lei;

[...]

De início, importante destacar que a redação original da LRF não impedia empresas em recuperação judicial de se habilitarem em licitações, tanto que, indiretamente, mencionava a possibilidade de contratação com o Poder Público, desde que fossem apresentadas as certidões negativas previstas no correspondente edital de licitação, a exemplo das certidões negativas de débitos tributários. Parece claro que, se o intuito da Lei nº 11.101/2005 fosse proibir a contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público, ou se o legislador tivesse partido desse pressuposto, a redação original da LRF não mencionaria essa possibilidade.

Contudo, a ausência de uma afirmação expressa no texto legislativo de que empresas em recuperação judicial poderiam contra-

tar com o Poder Público, somada à exceção feita para exigir a apresentação de certidões negativas nessas contratações, deu espaço para a interpretação extensiva do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e à vedação à habilitação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, a partir da exigência de “certidão negativa de recuperação judicial”.

A partir das modificações implementadas pela Lei nº 14.112/2020, tornou-se inexistente a apresentação de certidões negativas pelas empresas em recuperação judicial, em qualquer circunstância de sua atividade empresarial, inclusive para contratações com o Poder Público. Tal interpretação pode ser alcançada, em primeiro lugar, a partir da própria retirada da exceção pré-existente às contratações feitas com o Poder Público. Em segundo lugar, a menção expressa ao artigo 195, §3º, da Constituição Federal – que veda a contratação, pelo Poder Público, de empresas em débito com o sistema de seguridade social –, a *contrario sensu*, indica que, não havendo dívidas perante o sistema de seguridade social, a empresa em recuperação judicial poderá contratar com o Poder Público.

A reforma à redação do artigo 52, inciso II, da LRF, portanto, parece ter eliminado, por si só, a possibilidade de se exigir “certidão negativa de recuperação judicial” em licitações, vez que o entendimento nesse sentido era fundamentado, essencialmente, no fato de as empresas em recuperação judicial não estarem dispensadas de apresentar certidões negativas para contratar com o Poder Público.

Não obstante, após análise de uma amostra de 30 (trinta) editais de licitação publicados após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, viu-se diversos editais ainda prevendo a exigência de apresentação de “certidão negativa de recuperação judicial”, assim como editais limitando a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial que já tiveram o seu plano homologado pelo juízo competente.

Vê-se, abaixo, um quadro com a indicação dos 30 (trinta) editais estudados, – dos quais 10 (dez) da União, 10 (dez) de Estados e

10 (dez) de Municípios –, publicados entre 01 de fevereiro de 2021 e 31 de março de 2021, divididos entre aqueles que (i) permitem a participação de empresas em recuperação judicial, ao não estipular qualquer limitação nesse sentido, nem mesmo exigindo apresentação de certidão negativa de concordata; (ii) permitem a participação de empresas em recuperação judicial, mas com limitações objetivas, a exemplo da exigência de comprovação da homologação do plano pelo juízo competente, (iii) não permitem a participação de empresas em recuperação judicial, de forma expressa ou a partir da exigência de “certidão negativa de recuperação judicial” e, por fim, (iv) não permitem, de forma expressa, apenas a participação de empresas em concordata, exigindo a apresentação de certidão negativa de concordata – havendo dúvidas quanto à possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial:

(I) EDITAIS DE LICITAÇÃO QUE PERMITEM A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, SEM LIMITAÇÕES QUANTO AO ESTÁGIO DO PROCESSO		
DATA DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL	NÚMERO DO EDITAL	ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
03/02/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 01245.009744/2020-31)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÕES
22/02/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 02000.003616/2020-10)	UNIÃO - MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE
08/03/2021	EDITAL Nº 02/2021 (PROCESSO Nº 48340.003652/2020-23)	UNIÃO - MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA
(II) EDITAIS DE LICITAÇÃO QUE PERMITEM A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COM LIMITAÇÕES QUANTO AO ESTÁGIO DO PROCESSO		
DATA DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL	NÚMERO DO EDITAL	ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

04/02/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 140-52906/2020)	MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS/MA - SECRETARIA MUNICIPAL DA CRIANÇA E ASSISTÊNCIA SOCIAL
12/03/2021	EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N. 054/2021 (PROCESSO Nº 4.416/2021-03)	MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS - SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
17/03/2021	EDITAL Nº. 744/2020 (PROCESSO URBS Nº 20.0.000118578-1)	MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS - SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO E GESTÃO
18/03/2021	EDITAL Nº 02/2021 (PROCESSO Nº 49.764/2020)	GOVERNO DE SÃO PAULO - SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE
18/03/2021	EDITAL Nº 14/2021 (PROCESSO Nº 2021-4XGFX)	GOVERNO DO ESPÍRITO SANTO - SECRETARIA DE SAÚDE
24/03/2021	EDITAL PREGÃO Nº 38 (PROCESSO Nº 06.00228/2021)	MUNICÍPIO DE PORTO VELHO/RO - SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
25/03/2021	EDITAL PREGÃO Nº: 86/2021/DELTA/SUPEL/RO (0057.449333/2020-30)	GOVERNO DE RONDÔNIA - SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE
25/03/2021	EDITAL Nº 03/2021 (PROCESSO Nº 04.001.121/20-38)	MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE/MG - SECRETARIA DE OBRAS E INFRAESTRUTURA
(III) EDITAIS DE LICITAÇÃO QUE NÃO PERMITEM A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL		
DATA DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL	NÚMERO DO EDITAL	ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

02/02/2021	EDITAL Nº 014/2021 (PROCESSO Nº 13101.005483/2020.02)	GOVERNO DE RORAIMA - SECRETARIA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO E OUTRAS
19/02/2021	EDITAL Nº. 20210004/SEJUV	GOVERNO DO CEARÁ - SECRETARIA DO ESPORTE E DA JUVENTUDE DO ESTADO DO CEARÁ
24/02/2021	EDITAL Nº 059/SMA/DSL/202	MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC - SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO
01/03/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 09013.000199/2020-53)	UNIÃO - MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES
02/03/2021	EDITAL Nº 05/2021 (PROCESSO Nº 08118.004678/2020-16)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (DEPEN)
03/03/2021	EDITAL Nº 010/2021 (PROCESSO Nº 050/2021)	GOVERNO DA BAHIA - SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRA-ESTRUTURA E SERVIÇOS PUBLICOS
04/03/2021	EDITAL Nº 4/2021 (PROCESSO Nº 71000.027843/2019-10)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA CIDADANIA
10/03/2021	EDITAL Nº 04 (PROCESSO Nº 33910.025580.2020-96)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA SAÚDE
11/03/2021	EDITAL Nº 001/2021 (PROCESSO Nº 33980/2020)	MUNICÍPIO DE GOIÂNIA/GO - SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO URBANO E HABILITAÇÃO
15/03/2021	EDITAL Nº 031/2021 (PROCESSO Nº 2020/11209/18988/00002)	MUNICÍPIO DE MANAUS/AM - SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO, PLANEJAMENTO E GESTÃO

16/03/2021	EDITAL Nº 01/2021 (PROCESSO Nº 302647/2020)	GOVERNO DO MATO GROSSO - SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA
18/03/2021	EDITAL N.º 12.003/2020	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO/SP - SEM SECRETARIA EXPRESA
24/03/2021	EDITAL Nº 001/2021 (PROCESSO Nº 202100047000346)	GOVERNO DE GOIÁS - SECRETARIA ADMINISTRATIVA
29/03/2021	EDITAL Nº 052/2021 (PROCESSO Nº 11709/2019)	GOVERNO DE SANTA CATARINA - SECRETARIA DE ESTADO DA INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE
30/03/2021	EDITAL Nº 05/2021 (PROCESSO Nº 23000.020536/2020-07)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
31/03/2021	EDITAL Nº 0041/2021 (PROCESSO Nº 19/0435-0025996-5)	GOVERNO DO RIO GRANDE DO SUL - SECRETARIA ADMINISTRATIVA
(IV) EDITAIS QUE NÃO PERMITEM A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONCORDATA (SEM MENÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL)		
03/02/2021	EDITAL Nº 24.025/2021 (PROCESSO Nº 008176/2020-73)	MUNICÍPIO DE NATAL/RN - SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO
11/02/2021	EDITAL Nº 04/2021 (PROCESSO Nº 19973.107045/2020-97)	UNIÃO - MINISTÉRIO DA ECONOMIA
23/03/2021	EDITAL Nº 05/2021 (PROCESSO Nº 53115.019276/2020-92)	UNIÃO - MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES

Mesmo considerando o pouco tempo de vigência da nova redação do artigo 52, inciso II, da LRF, e que a amostra de editais estudados pode não refletir com exatidão a proporção entre os editais de

licitação que permitem, ou não, a participação de empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios, chama atenção o expressivo número de editais que ainda contêm disposições que vedam a habilitação de empresas em recuperação judicial.

Vê-se, também, que não existe uniformidade nem mesmo entre os editais de ministérios do Governo Federal: enquanto os editais de determinados ministérios (ex.: Ministério do Meio Ambiente) não vedam a participação de empresas em recuperação judicial e nem fazem menção à certidão negativa de concordata, editais de outros ministérios (ex.: Ministério das Relações Exteriores) impedem a habilitação de empresas em recuperação judicial, de forma expressa, e editais de outros ministérios (ex.: Ministério da Economia) apenas fazem menção expressa à exigência de apresentação de certidão negativa de concordata, não sendo claros quanto à possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial.

Além da reforma à Lei nº 11.101/2005, cujas alterações entraram em vigor em janeiro de 2021, em abril de 2021 foi promulgada a nova Lei de Licitações, que também promoveu modificações legislativas que impactam a discussão da matéria ora estudada.

Pelo artigo 69, inciso II, da nova Lei de Licitações, suprimiu-se a exigência de apresentação de certidão negativa de concordata e, ao invés de ser incluída menção à “certidão negativa de recuperação judicial”, o legislador optou por exigir tão somente a apresentação de certidão negativa de falência. Veja-se o comparativo entre o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e o artigo 69, inciso II, da Lei nº 14.133/2021:

Lei nº 8.666/1993:

Art. 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;

[...]

Lei nº 14.133/2021:

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:

[...]

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

[...]

A modificação promovida pela Lei nº 14.133/2021, mesmo sem considerar a nova redação do artigo 52, inciso II, da LRF, já infirmaria a possibilidade de o Poder Público vedar a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, vez que tal entendimento também advinha, fundamentalmente, da interpretação extensiva do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, que previa a necessidade de apresentação de certidão negativa de concordata. Se a interpretação extensiva desse dispositivo, para estender o conceito de concordata à recuperação judicial, já era condenada por parte considerável da doutrina e da jurisprudência, uma possível interpretação extensiva do artigo 69, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, para abranger os casos de recuperação judicial, parece ter ainda menos razão.

Somando-se o novo artigo 52, inciso II, da LRF, ao artigo 69, inciso II, da nova Lei de Licitações, conclui-se tanto que não poderá ser exigida qualquer certidão negativa para que empresa em recuperação judicial se habilite em licitações, quanto que apenas as empresas falidas deverão ser impedidas de participar de licitações. O mero fato de estar em recuperação judicial não poderá mais obstar empresas de contratarem com o Poder Público, não mais subsistindo qualquer interpretação minimamente razoável que possibilite à Adminis-

tração Pública excluir, de pronto, empresas em recuperação judicial de processos licitatórios.

Isso não quer dizer, todavia, que toda empresa em recuperação judicial estará apta a licitar com o Poder Público. Em que pese as considerações feitas acima, deverão ser obedecidas as demais exigências da nova Lei de Licitações e de cada edital em específico no que concerne à demonstração da viabilidade econômico-financeira da atividade. O fato de uma empresa estar em recuperação judicial não lhe dispensa a apresentação dos documentos necessários à comprovação da habilitação econômico-financeira.

Resta saber, primeiro, se as recentes alterações legislativas encerrarão a controvérsia sobre a possibilidade de participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial. Pela análise da amostra de editais publicados entre fevereiro e março de 2021, indicados acima, quando já estava em vigor a nova redação do artigo 52, inciso II, da LRF, vê-se que diversos Estados e Municípios ainda não se adequaram à nova regulamentação da matéria.

Espera-se que, após a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, que rege diretamente todo o procedimento licitatório e serve de baliza aos editais, todos os entes deem atenção ao tema e ajustem os próximos editais de licitação, refletindo as novas exigências legais, dentre elas a constante no artigo 69, inciso II.

Por fim, resta saber se, não obstante possibilitar a habilitação de empresas em recuperação judicial, subsistirá o entendimento de que a participação dessas empresas, em licitações, deve ser condicionada à comprovação da concessão da recuperação judicial pelo juízo competente ou ao atendimento a outros critérios ligados ao estágio em que se encontra o processo. Ainda que se diga que a estipulação de critérios – como a demonstração da homologação do plano de recuperação judicial – para que empresas em recuperação judicial possam se habilitar em licitações não possui previsão legal na nova Lei de Licitações, também inexistia previsão em tal sentido na Lei nº

8.666/1993, e mesmo assim diversos tribunais e editais adotaram esse entendimento.

3. Notas críticas sobre a participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios: para além da disciplina legal e do entendimento dos tribunais.

Conforme demonstrado nos tópicos acima, havia, pelo menos após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020 e da Lei nº 14.133/2021, duas posições bem definidas na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade, ou não, da participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, assim como uma intermediária, pela qual se permite a habilitação de empresas em estágios mais avançados do processo de recuperação judicial.

Também como antecipado acima, as reformas legislativas recentes, que repercutiram sobre a discussão objeto deste estudo, tendem a fragilizar o entendimento pela impossibilidade de contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público e a consolidar a regularidade da habilitação dessas empresas em procedimentos licitatórios.

Não obstante essa previsão, não há como garantir que a controvérsia se encerrará. Primeiro, porque diversos editais continuaram a vedar a habilitação de empresas em recuperação judicial nos dois primeiros meses de vigência da nova redação do artigo 52, inciso II, da LRF, consoante demonstrado anteriormente. Segundo, e principalmente, porque a discussão da matéria poderá se deslocar para o cabimento e a validade, ou não, da exigência de critérios para a habilitação de empresas em recuperação judicial, como a demonstração da aprovação do plano pelos credores e da sua homologação pelo juízo competente.

Por essas razões, e para que se chegue à conclusão sobre a posição adotada por este artigo em relação à controvérsia apresenta-

da, é necessário que se estabeleçam algumas considerações, para além daquelas costumeiramente feitas pela doutrina e pelos tribunais, já apontadas em tópicos anteriores.

Em primeiro lugar, cabe destacar que o entendimento pela proibição total de participação de empresas em recuperação nos processos licitatórios constitui, na verdade, um incentivo reverso ao pretendido por quem interpretava o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 nesse sentido. Explica-se.

Não obstante ser um fato que empresas em recuperação judicial tendem a estar em um período de crise financeira, proibir empresários e sociedades empresárias em recuperação judicial de licitar com o Poder Público consistiria em um incentivo óbvio para que esses sujeitos não recorressem à utilização do instituto diante de dificuldades econômicas, notadamente quando sua principal fonte de recursos adviesse de contratos com a Administração Pública.

Em decorrência disso, empresas em crise, mas que não pediram recuperação judicial para escapar da suposta proibição, anteriormente atribuída ao artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, continuariam a tentar licitar com o Poder Público, ao mesmo tempo em que a dificuldade financeira tenderia a se agravar como uma “bola de neve”. Ao invés de se socorrer à proteção da recuperação judicial e tentar preservar sua atividade empresária, os empregos e os diversos elementos que integram a função social da empresa, o empresário ou a sociedade empresária teriam incentivos para adiar ao máximo o pedido de recuperação judicial, vez que o seu ajuizamento cessaria a possibilidade de obter receitas com novos contratos com o Poder Público, diminuindo as chances de uma reestruturação bem-sucedida.

Caso fosse seguido o entendimento acima, para a empresa cuja principal fonte de receitas seja proveniente de contratos com a Administração Pública, o pedido de recuperação judicial provavelmente levaria à sua falência, a não ser que o foco de atuação de suas atividades migrasse para o setor privado. Ao mesmo tempo, não recorrer ao instituto da recuperação judicial diante de uma situação de

dificuldade financeira também aumentaria as chances de falência da empresa, colocando em risco, inclusive, a prestação dos contratos já firmados anteriormente com a Administração Pública.

Não se está aqui a defender que o Poder Público deve contratar com qualquer empresa em recuperação judicial, mas, sim, que o mero fato de estar em recuperação judicial não deve impossibilitar uma empresa de se habilitar em uma licitação.

Até porque, no caso de duas empresas que passem por um igual período de pequena dificuldade de caixa, em que apenas uma delas ajuíza recuperação judicial para impedir que a crise se aprofunde, permitir que apenas a empresa que não ajuizou recuperação judicial contrate com o Poder Público significaria, além da quebra do princípio da isonomia, um maior risco ao Estado, vez que a empresa em recuperação judicial teria, em tese, maiores chances de se recuperar da crise e cumprir o que fora acordado no contrato.

Em segundo lugar, não obstante ser verdade que uma empresa em recuperação judicial pode ter sua falência decretada em caso, por exemplo, de não aprovação do seu plano de recuperação judicial ou de descumprimento do plano aprovado, uma empresa em crise, que optou por não ajuizar pedido de recuperação judicial, também pode ter sua falência decretada ou mesmo adentrar em um estado de dificuldade financeira que lhe impeça de cumprir o contrato objeto da licitação.

Não é o fato de estar em recuperação judicial que indica que determinada empresa está, ou não, em crise. Tanto pode haver empresas em um estado de crise avançado que não ajuizaram pedido de recuperação judicial, quanto pode haver – e deveria haver mais – empresas que, apesar de ainda não terem adentrado em um período de dificuldades financeiras mais evidentes, anteviram um cenário negativo e pediram recuperação judicial ou mesmo recuperação extrajudicial, tendo plenas condições de cumprir contratos junto ao Poder Público.

Pelo que foi exposto, vê-se que a proibição à participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, além de não atingir diretamente o objetivo pretendido pelo legislador – a verificação da qualificação econômico-financeira do licitante –, desincentivaria a utilização da recuperação judicial, inclusive, por empresas que já possuem contratos com o Poder Público, que teriam mais chances de preservar sua atividade empresária e cumprir o que fora acordado com a Administração Pública se tivessem acesso aos benefícios da recuperação judicial.

Em terceiro lugar, a posição intermediária dos tribunais, que limita a possibilidade de habilitação, em licitações, às empresas em estágio mais avançado do processo recuperação judicial, apesar de “bem-intencionada”, incorre nos mesmos incentivos reversos já comentados.

Conforme dados da 2ª Fase do Observatório de Insolvência,²⁹ que coletou informações sobre os processos de insolvência no Estado de São Paulo entre janeiro de 2010 e julho de 2017, o tempo mediano até a deliberação definitiva sobre o plano de recuperação judicial foi de 506 (quinhentos e seis) dias. Impedir uma empresa em recuperação judicial de participar de licitações antes de ter o seu plano aprovado significaria, portanto, restringir a obtenção de novos contratos junto ao Poder Público – e, conseqüentemente, novas fontes de recursos – por mais de um ano.

Ainda que a empresa tentasse acelerar o andamento do processo, uma recuperação judicial não chega à fase de deliberação do plano em poucas semanas, havendo um período natural de negociações com os credores e prazos legais que não podem ser reduzidos, a exemplo dos prazos previstos aos credores para apresentação de

29 WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência*. Dez. 2018. Disponível em: «https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf». Acesso em: 03 abr. 2021, p. 27.

divergências de crédito na fase administrativa (artigo 7º, §2º, da LRF) e de objeções ao plano (artigo 53 da LRF).

Dessa forma, impedir que empresas em recuperação judicial se habilitem em licitações, antes de terem o seu plano de recuperação judicial aprovado ou homologado, igualmente gera um incentivo para que os empresários e as sociedades empresárias, cuja principal fonte de receitas seja advinda de contratos celebrados com o Poder Público, não busquem a recuperação judicial como meio de preservação da atividade diante de uma crise.

Ainda que uma empresa em recuperação judicial que não tenha plano aprovado possua, em tese, mais chances de ir à falência do que uma que já teve o seu plano aprovado pelos credores e homologado pelo juízo competente, isso não significa, de forma absoluta, que uma empresa que ainda não teve o seu plano aprovado não conseguirá se reestruturar e cumprir o objeto da licitação.

Corroborando o exposto, os dados coletados na 2ª Fase do Observatório de Insolvência também demonstram que, na grande maioria dos casos analisados, o plano de recuperação judicial apresentado foi aprovado pelos credores, sendo o índice de 81% (oitenta e um por cento) nas varas especializadas e de 75% (setenta e cinco por cento) nas varas comuns.³⁰ Em outras palavras, de todas as empresas que ajuízam recuperação judicial, uma maioria considerável consegue aprovar o plano de recuperação judicial.

A maior taxa de falência das empresas que ajuizaram recuperação judicial, como mostra o estudo, ocorre após a aprovação do plano, durante o seu cumprimento. Dos 149 (cento e quarenta e nove) casos de recuperação judicial analisados, em que o plano de recuperação judicial foi aprovado e que já contaram com um “desfecho” – pelo encerramento do processo de recuperação judicial ou pela decretação de falência –, em 81 (oitenta e um) o processo foi

30 Ibidem, p. 30-31.

encerrado sem falência e em 68 (sessenta e oito) já foi decretada a quebra da empresa. Isso sem contar os 183 (cento e oitenta e três) casos com mais de dois anos de tramitação após a homologação do plano de recuperação judicial, ainda não finalizados, o que poderia aumentar a taxa de decretação de falência após a aprovação do plano de recuperação.³¹

Pelos dados empíricos existentes sobre os processos de recuperação judicial, vê-se que restringir a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial apenas àquelas que já tiveram seu plano aprovado pelos credores e homologado pelo juiz, além de consistir em um desincentivo à utilização de um instituto que serve à preservação da atividade e de sua função social, poderia não surtir o efeito desejado pela Administração Pública, vez que a maior taxa de falência de empresas que requereram recuperação judicial ocorre em virtude do descumprimento do plano de recuperação judicial, e não de sua rejeição pelos credores em assembleia geral.

A viabilidade e a qualificação econômico-financeira de uma empresa em recuperação judicial que se habilite em licitações deve ser aferida caso a caso pela Administração Pública, a partir de critérios objetivos, por coeficientes e índices econômicos pré-definidos em edital, conforme aponta o próprio artigo 69, *caput*, da nova Lei de Licitações, e não de presunções absolutas como “toda empresa em recuperação judicial que ainda não teve o seu plano de recuperação aprovado não deverá poder contratar com o Poder Público”.

Diante do exposto, se de um lado a análise legalista do novo artigo 52, inciso II, da LRF e do artigo 69, inciso II, da nova Lei de Licitações conduz à percepção de que a controvérsia sobre a possibilidade de contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público irá ser encerrada, de outro a análise mais cautelosa da matéria, notadamente a partir das consequências que seriam advindas de cada posição, confirma que o legislador acertou ao não prever

31 *Ibidem*, p. 43-44.

quaisquer limitações adicionais para que empresas em recuperação judicial contratem com o Poder Público.

Conclusão.

A título de conclusão, em primeiro lugar, destaca-se que, antes das duas recentes reformas legislativas comentadas neste estudo, os tribunais brasileiros e o próprio Poder Público não possuíam entendimento unificado sobre a possibilidade de participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial.

A controvérsia se dava notadamente em razão da antiga redação do artigo 52, inciso II, da LRF – empresas em recuperação judicial não estavam dispensadas de apresentar certidões negativas para contratar com o Poder Público –, que, combinada ao artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 – necessidade de apresentação de certidão negativa de concordata para habilitação em licitação –, levou tribunais e parte da doutrina a entender que, substituída a concordata pela recuperação judicial, seria exigível a certidão negativa de recuperação judicial para habilitação em processos licitatórios.

Os entendimentos sobre a matéria poderiam ser separados em três grupos: (i) as decisões e os editais de licitação que negam a participação de empresas em recuperação judicial em licitações e a sua contratação pelo Poder Público; (ii) as decisões e os editais que, sem qualquer limitação, possibilitam às empresas em recuperação judicial participar de licitações e contratar com o Poder Público, e (iii) as decisões e os editais que, apesar de permitirem às empresas em recuperação judicial contratar com o Poder Público, estabelecem limitações objetivas para a habilitação de empresas que se encontram em recuperação judicial, a exemplo da exigência de já terem aprovado o seu plano de recuperação judicial.

Em janeiro de 2021, com a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, a redação do artigo 52, inciso II, da LRF foi alterada para

retirar a exceção que era feita à dispensa de apresentação de certidões negativas para contratações de empresas em recuperação judicial com o Poder Público. Em outras palavras, as empresas em recuperação judicial passaram a ser dispensadas de apresentar certidões negativas também para participar de licitações.

Não obstante a modificação ao artigo 52, inciso II, da LRF parecer eliminar a possibilidade de se exigir certidões negativas de recuperação judicial de empresas que pretendem se habilitar em licitações, a análise de uma amostra de editais de licitação publicados entre fevereiro e março de 2021 demonstrou que diversos entes da Administração Pública mantiveram restrições à participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial.

Em abril de 2021, entrou em vigor a nova Lei de Licitações, que, pelo seu artigo 69, inciso II, passa a não mais exigir certidão negativa de concordata para habilitação em licitações, não havendo, igualmente, exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, mas apenas de falência.

As alterações legislativas trazidas pela Lei nº 14.112/2020 e pela Lei nº 14.133/2021 encerram a controvérsia sobre a possibilidade, ou não, de participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios, não havendo disposições, no plano legal, que fundamentem o impedimento à habilitação de empresas em recuperação judicial tão somente em virtude do fato de estarem em recuperação judicial.

Não há como garantir, contudo, que os entes da Administração Pública eliminarão de seus editais de licitação todos os obstáculos à habilitação de empresas em recuperação judicial, a exemplo da exigibilidade de demonstração de que já teria havido a aprovação e a homologação do respectivo plano de recuperação judicial. Ainda que se diga que esta exigência não possui previsão legal na nova Lei de Licitações, ela também não encontrava fundamento na Lei nº 8.666/1993 e, mesmo assim, foi adotada por diversos tribunais, transformando-se em entendimento sumulado do TCE/SP, por exemplo.

Para além de uma análise fria do texto legal, vê-se que a imposição de limites para que empresas em recuperação judicial contratem com o Poder Público, tão somente em virtude de se encontrarem em recuperação judicial, constitui um incentivo reverso ao pretendido por quem defende a existência de tais limitações. Essas limitações geram um incentivo para que a empresa, cuja principal fonte de receita advinha de contratos com a Administração Pública, não requeira recuperação judicial diante da iminência ou do agravamento de uma crise financeira, dificultando a recuperação econômica da atividade empresarial e colocando em risco o cumprimento dos contratos pré-existentes, que poderia ser facilitado caso a empresa contasse com os benefícios da recuperação judicial.

Mesmo que se defenda uma posição intermediária, possibilitando a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial que já tiveram os seus planos aprovados pelos credores e homologados pelo juízo competente, permaneceria o incentivo para que a empresa em crise não se socorresse à recuperação judicial, dificultando a solução da dificuldade financeira e colocando em maior risco os contratos pré-existentes.

Além disso, pesam contra essa posição intermediária o fato de que o tempo mediano entre o ajuizamento do pedido de recuperação judicial até a deliberação do plano de recuperação pelos credores – em que a empresa em recuperação judicial não poderia obter novas fontes de receita com o Poder Público – costuma levar mais de 500 (quinhentos) dias, assim como a observação de que a principal causa de decretação de falência de empresas que requereram recuperação não consiste na rejeição ao plano pelos credores, mas no seu descumprimento após a concessão da recuperação judicial.

Ainda que se reconheça que empresas em recuperação judicial que já tiveram seus planos de recuperação homologados possuiriam, em tese, menos chances de falir do que aquelas que acabaram de ajuizar seu pedido de recuperação judicial, não se pode presumir, de forma absoluta, que empresas em recuperação judicial, cujo plano

ainda não foi homologado, não possuem condições de contratar com o Poder Público. A qualificação econômico-financeira de uma empresa em recuperação judicial que se habilite em licitações deve ser aferida pela Administração Pública, a partir de critérios objetivos, por coeficientes e índices econômicos pré-definidos em edital.

Pelo exposto, consideram-se adequadas as alterações legislativas promovidas sobre a matéria a partir da Lei nº 14.112/2020 e da Lei nº 14.133/2021, que deverão encerrar a controvérsia sobre a possibilidade de contratação de empresas em recuperação judicial com o Poder Público, eliminando quaisquer obstáculos para que empresas em recuperação judicial contratem com o Poder Público, simplesmente por estarem em recuperação judicial ou por ainda não terem atingido um determinado estágio do processo. Espera-se, assim, que todos os editais de licitação reflitam as recentes mudanças legislativas, também para evitar o ajuizamento de um grande volume de processos judiciais sobre a matéria e o aumento da sobrecarga de demanda do Poder Judiciário.

