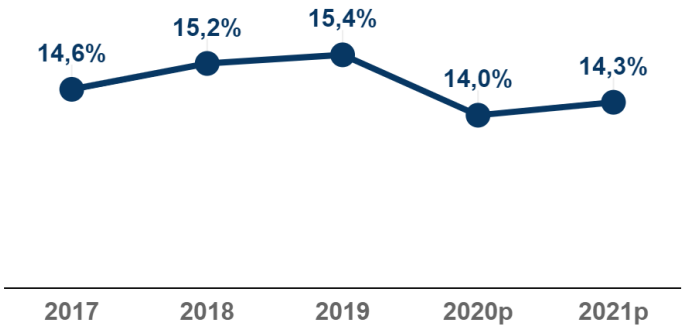
Empresa em recuperação judicial pode participar de licitações públicas

Por Ricardo Jacomassi, Pedro Paulo de Rezende Porto Filho**, Juliano Barbosa Araujo** e Lucas Rodrigues O. Silva***

Os investimentos no setor público foram abruptamente interrompidos por conta da crise econômica enfrentada pelo Brasil, nos últimos anos, fazendo com que diversas empresas atuantes nesse segmento sofressem as óbvias e nocivas consequências.

Taxa de Investimentos s/ PIB

(Em %, FBCF)



Fonte: IBGE. Elaboração da TCP Partners. p=previsão da TCP Partners.

O ano passado e o início de 2020 trouxeram um cenário de certa esperança da retomada no setor. Em 2019, a taxa de investimentos sobre o PIB atingiu 15,4%, segundo ano consecutivo de crescimento. Contudo, o impacto da pandemia da covid-19 deverá baixar esse índice para 14,0% em 2020, conforme previsão da TCP Partners.

A retomada será lenta e dolorosa, pressionando ainda mais para baixo os investimentos em obras, serviços e bens públicos. Isso deve agravar a situação de empresas desse setor e levar muitas à *recuperação judicial*. Para 2021 a taxa de investimentos da economia será de 14,3%, expansão praticamente nula de 0,3pp.

O atual cenário exige dos empresários a adoção de imediatas medidas preventivas e saneadoras e a reestruturação de suas atividades e negócios com o objetivo de atravessar a presente crise.

O desafio se destaca na acomodação entre as disposições da Lei 11.101/2005 — cuja essência é tornar viável a superação da crise financeira com a manutenção de empregos, preservação da empresa e de sua função social — e o regime jurídico ao qual estão sujeitas as empresas que contratam com o Poder Público.

A mais aparente tensão entre a Lei 11.101/2005 e a Lei 8.666/1993 diz respeito à disposição desta última que "veda" a participação em licitações de empresas em regime de "concordata" — já que, para fins de habilitação, exige dos proponentes a apresentação de *"certidão negativa de falência ou concordata"* (art. 31, II). Esta disposição costuma vir reproduzida nos Editais, com alusão ao regime de Recuperação Judicial ou Extrajudicial, institutos jurídicos distintos da antiga "concordata".

Acontece, contudo, que o objetivo finalístico da norma consagrada na Lei de Licitações ***não é*** simplesmente afastar da participação no mercado público as empresas que apresentem "*certidão positiva de falência e concordata".*

A aferição de qualificação econômico-financeira em sede de licitação tem como objetivo assegurar que o proponente demonstre condições de cumprimento das obrigações que assumirá perante a Administração.

Neste cenário, é perfeitamente possível conjugar o estímulo à economia e à preservação das empresas que atravessam dificuldades financeiras (Lei nº 11.101/2005) com a observância de aptidão dessas mesmas empresas (qualificação econômico-financeira) para regular execução e entrega do objeto de futuro contrato com a Administração Pública (Lei 8.666/93).

A corrente majoritária nos tribunais país afora já reconhece esta circunstância, merecendo destaque a decisão do Superior Tribunal de Justiça, para o qual "*A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis nº 8.666/1993 e nº 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores."* (Agravo em Recurso Especial nº 309.867 – ES, Relator Ministro Gurgel de Faria. Superior Tribunal de Justiça).

Assim, a exigência de "certidão negativa de falência e concordata/recuperação judicial" deve ceder, uma vez demonstrado pelo licitante que sua situação financeira é suficiente para honrar o compromisso a ser assumido com o Estado.

Empresas em *recuperação judicial* com um plano de recuperação exequível focado na reorganização de seu passivo e obrigações podem encontrar condições necessárias para participar de licitações públicas. O que certamente as auxiliará na superação da atual crise financeira.

** Sócio e Economista Chefe da TCP Partners*

*** Sócio do Porto Advogados*