

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

INGRID RIBEIRO RODRIGUES

**PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS: UMA ANÁLISE NORMATIVO-PRINCIPIOLÓGICA**

**JOÃO PESSOA
2019**

INGRID RIBEIRO RODRIGUES

**PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS: UMA ANÁLISE NORMATIVO-PRINCIPIOLÓGICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Jonábio Barbosa dos Santos

**JOÃO PESSOA
2019**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

R696p Rodrigues, Ingrid Ribeiro.

Participação de empresas em recuperação judicial nas licitações públicas: uma análise normativo-principiológica / Ingrid Ribeiro Rodrigues. - João Pessoa, 2019.

61 f.

Orientação: Jonábio Barbosa dos Santos.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTERESSE PÚBLICO. LICITAÇÃO.
I. Santos, Jonábio Barbosa dos. II. Título.

UFPB/CCJ

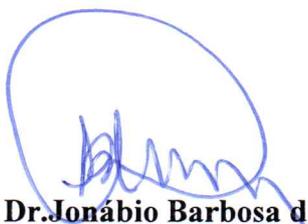
INGRID RIBEIRO RODRIGUES

**A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS: UMA ANÁLISE NORMATIVO-PRINCIPIOLÓGICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jonábio Barbosa dos Santos

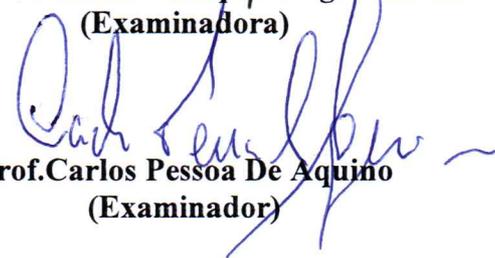
BANCA EXAMINADORA:



**Prof. Dr. Jonábio Barbosa dos Santos
(ORIENTADOR)**



**Prof.ª Dr.ª Marília Marques Régo Vilhena
(Examinadora)**



**Prof. Carlos Pessoa De Aquino
(Examinador)**

Àqueles que, desde o princípio, souberam que era
golpe.

AGRADECIMENTOS

Dizem que um sonho sonhado junto é realidade. Agradeço, então, àqueles que estiveram ao meu lado durante a jornada de graduação no curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, contribuindo para torná-la real.

Ao meu pai, Carlos, que me ensinou desde cedo o valor do estudo e da disciplina. Agradeço pelo exemplo de humildade e retidão que o senhor representa para mim. A sua dedicação me incentiva a ir mais longe.

À minha mãe, Darlene, que é amparo, apoio e proteção e que me ensinou tudo o que sei sobre amor e caridade. Torço para que as injustiças que a inquietam sejam para mim estímulo na luta por um país mais justo e igualitário.

À minha irmã, Isabella, por construir junto a mim uma relação de união e proteção. Sou feliz por ter você para compartilhar as coisas importantes da vida.

Às minhas amigas-irmãs, com quem posso dividir a vida e a morada. À Jana, que é um pedaço de mim fora do meu corpo, eu agradeço por ter caminhado ao meu lado nessa fase de tantas e tamanhas mudanças. Eu sou mais eu porque tenho você comigo. À Bea, minha amiga desde o berço que resolveu juntar-se a nós na jornada longe de casa, eu agradeço pelo aconchego familiar que traz ao meu coração. Obrigada por estar sempre presente para partilhar as experiências vividas e tornar os dias mais leves.

Aos meus amigos de curso, que dividiram as preocupações e as alegrias experimentadas nos últimos cinco anos. A parceria que nós estabelecemos tornou a jornada acadêmica especial e inesquecível.

Ao meu grupo de cinco: Ana Clara, Davi, Lívia e Maria Raquel. Agradeço pelo vínculo de amizade, confiança e companheirismo que nós construímos. A vida adulta será mais alegre e proveitosa porque eu sei que terei vocês para comparti-la.

À minha amiga Isa bela, que acrescenta cor e alegria aos meus dias. Nosso encontro nessa vida me faz acreditar em *conexões transcendentais* e eu amo você por isso.

Finalmente, eu sou grata a Deus, por ser a força que me move e que me faz acreditar em um mundo mais justo; e ao Universo, por ter me conduzido exatamente para onde eu estou. O melhor lugar do mundo é aqui e agora. E eu não poderia pensar em nada melhor.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a controvérsia legislativa vislumbrada entre o texto do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e as disposições dos artigos 47 e 52, inciso II, da Lei nº 11.101/05. O desenvolvimento do estudo se dá através da análise distintiva entre o antigo instituto da concordata e o hodierno instituto da recuperação judicial. Analisa-se a estruturação legislativa e principiológica das licitações públicas, a fim de vislumbrar o rumo interpretativo adequado para alcançar a ponderação dos princípios imbuídos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos e na Lei de Recuperação e Falência Empresarial. Com o auxílio dos fundamentos teóricos da doutrina jurídica, consultada através de pesquisa documental indireta, o trabalho pretende dissecar os entendimentos construídos pela Procuradoria-Geral Federal, pelo Tribunal de Contas da União e pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema em estudo. A interpretação jurídica, no âmbito judicial ou extrajudicial, adotada perante a controvérsia normativa traduz o tratamento dispensado às empresas em recuperação judicial interessadas na participação em procedimentos licitatórios. Os desdobramentos do entendimento consolidado judicialmente poderão influir diretamente na consecução da finalidade legislativa de preservação da atividade empresarial e da função social da empresa, bem como na proteção do interesse social vinculado às contratações públicas. Ao final, o estudo propõe uma interpretação teleológica das leis analisadas, a fim de promover o equilíbrio entre a exigência de comprovação de capacidade econômico-financeira da empresa habilitante no procedimento licitatório e o estímulo à atividade desenvolvida pela empresa capaz de demonstrar viabilidade administrativa e econômica no âmbito judicial.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Preservação Empresarial. Licitação Pública. Interesse Público.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA CONCORDATA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA EVOLUÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA	11
2.1 A HISTORICIDADE DO INSTITUTO DA CONCORDATA	11
2.1.2 As problemáticas relacionadas à aplicação judicial da concordata	15
2.2 O ESTABELECIMENTO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO RECUPERACIONAL PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	20
3 LICITAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO	25
3.1 A ESTRUTURAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DA LICITAÇÃO PÚBLICA	26
3.2 A FUNÇÃO ATÍPICA DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	30
4 ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA POSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	34
4.1 SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS RESTRITIVAS	35
4.2 O ENTENDIMENTO EXTRAJUDICIAL DA CONTROVÉRSIA: ANÁLISE DOS PRONUNCIAMENTOS DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	39
4.2.1 Análise do parecer uniformizador do entendimento da Procuradoria-Geral Federal	40
4.2.2 Análise dos entendimentos firmados em julgados do Tribunal de Contas da União	47
4.3 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 309.867/ES	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, introduziu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da recuperação judicial de empresas, além de ter promovido a supressão da figura da concordata e a atualização dos dispositivos legais sobre a falência.

Em uma análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988, nota-se a irradiação do princípio da função social sobre as mais diversas áreas da ciência jurídica – dentre elas, o direito empresarial. O advento da recuperação judicial se relaciona diretamente com a atualização do raciocínio doutrinário e jurisprudencial acerca das empresas em situação de crise, vislumbradas sob o viés da proteção da função social da atividade econômica desenvolvida.

Nesse cenário, a função social da empresa passa a funcionar como fundamento da Lei de Recuperação e Falência, haja vista que a atividade empresarial, enquanto exercício de atividade econômica complexa, desenvolve-se a partir da conjugação de diversos fatores políticos, jurídicos e sociais, impactando toda a coletividade – e não somente os detentores dos meios de produção, tidos como beneficiários diretos.

O texto normativo visa a oportunizar às empresas economicamente viáveis uma gama de instrumentos práticos e processuais para sua reestruturação. Entre eles, cita-se, em sede do art. 52, II, da Lei nº 11.101/05, a possibilidade de a empresa em recuperação judicial contratar com o Poder Público, mediante apresentação de certidão negativa de protestos em cartório e de irregularidades junto ao Registro Público de Empresas Mercantis.

Na contramão, entretanto, tem-se a disposição do artigo 31 da Lei nº 8.666/93, que impõe a exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira para a habilitação da empresa interessada em participar do procedimento licitatório. Para tanto, requer a juntada da certidão negativa de falência ou concordata da pessoa jurídica.

A partir daí, desponta o dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da interpretação da Lei 8.666/93 em consonância com o raciocínio jurídico traduzido pela Lei nº 11.101/05, tendo em vista que o requisito relativo à concordata permanece estampado na Lei de Licitações, embora este instituto inexista no ordenamento jurídico hodierno e, em verdade, guarde pouca semelhança com a atual recuperação judicial.

É sabido que a recuperação judicial tem por escopo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, nos termos do artigo 47 da Lei 11.101/05, auxiliando as empresas economicamente viáveis em seu projeto de reestruturação, a fim de promover a manutenção da fonte produtora e dos pontos de trabalho, além da preservação do

potencial arrecadatório do Estado, da circulação de bens e serviços e dos interesses consumeristas e creditícios.

Não obstante o instituto da recuperação judicial esteja regulado no mesmo aparato normativo em que é descrito o procedimento de falência, a finalidade do procedimento recuperacional é, em última instância, evitar a situação falimentar. Prova deste fato é a superação do instituto da concordata, que funcionava como uma espécie de moratória, com prazos engessados pela Lei e requisitos pouco flexíveis, e que raramente alcançava a finalidade inicial de reestabelecimento da empresa.

Entende-se que a recuperação judicial traduz a evolução do raciocínio jurídico que envolve a situação de crise do devedor empresário, privilegiando a função social da empresa. Nesse diapasão, desponta o debate acerca da possibilidade jurídica de participação das empresas em recuperação judicial em sede de procedimentos licitatórios.

Embora a Lei nº 8.666/93 exija, como requisito para habilitação da empresa interessada no certame licitatório, a juntada da certidão negativa de concordata, a disposição tornou-se questionável após a supressão do instituto da concordata no ordenamento pátrio.

Parcela da doutrina jurídica entende que a recuperação judicial representa uma nova roupagem para a concordata e, por isso, a exigência da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretada de forma extensiva para alcançar o instituto da recuperação judicial. De outro lado, há corrente doutrinária e jurisprudencial que vislumbra o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 enquanto norma restritiva da liberdade dos particulares e, por isso, eventual interpretação extensiva representaria ameaça ao princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Ante o exposto, o presente trabalho lida com a problemática relativa à possibilidade jurídica de participação da empresa em recuperação judicial em procedimentos licitatórios promovidos pela Administração Pública, em observância aos textos regulamentadores e aos princípios jurídicos incutidos nas matérias.

A resolução da divergência normativa que constitui o cerne do presente trabalho possui importância teórica no que concerne à aplicação adequada do princípio constitucional da legalidade em sede da aparente antinomia entre os textos da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 11.101/05, a fim de resguardar os elementos basilares de ambas as normas.

Ademais, a interpretação jurídica a ser adotada na resolução do contrassenso enseja repercussão de cunho prático à medida que reflete o tratamento dispensado às empresas em recuperação judicial que pretendem contratar com o Poder Público, a fim de manterem-se ativas e produtivas na luta pela reestruturação administrativa, econômica e financeira.

Os desdobramentos da solução jurídica influenciam, principalmente, a consecução da finalidade precípua da Lei 11.101/05, que regulamenta a recuperação judicial e objetiva a preservação da empresa economicamente viável em prol da reorganização da atividade produtiva, bem como da geração de renda e da manutenção dos postos de trabalho, da circulação de bens e serviços, da arrecadação fiscal e dos interesses dos credores e consumidores.

O trabalho se propõe a expor e examinar a divergência entre o texto do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e as disposições dos artigos 47 e 52, inciso II, da Lei nº 11.101/05 a partir da ponderação dos princípios da legalidade, da função social, da preservação das empresas e da supremacia do interesse público.

Objetiva-se, ainda, a análise dos fundamentos normativos e principiológicos que perpassam os dispositivos contrapostos, a fim de alcançar o caminho interpretativo adequado aos novos rumos do regramento recuperacional – agora fundado na função social da empresa – sem desconsiderar a supremacia do interesse público concernente às licitações e contratações administrativas.

Para tanto, o estudo compulsa a doutrina jurídica erigida sobre as matérias que se relacionam com o tema controvertido e se debruça sobre a construção do entendimento jurídico, evidenciado nos pronunciamentos extrajudiciais da Procuradoria-Geral Federal e do Tribunal de Contas da União, bem como na jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão controversa.

A problemática ora abordada fora desenvolvida através de pesquisa construída sob a forma de monografia, adotando-se a pesquisa documental indireta, traduzida em pesquisas teóricas e revisões de materiais bibliográficos, tais quais artigos científicos, livros doutrinários, decisões judiciais e pareceres jurídicos sobre os temas em cotejo.

O trabalho de pesquisa utiliza-se, majoritariamente, do método hipotético-dedutivo, segundo o qual o cientista parte do conflito existente (a questão problemática) para deduzir as hipóteses e os possíveis cenários decorrentes da aplicação ao mundo em concreto. A partir daí, formula-se propostas de solução e os subsequentes testes de falseamento, que envolvem as tentativas de refutação pela observação e experimentação. De acordo com os resultados obtidos, avalia-se a compatibilidade destes com as normas e princípios que norteiam o tema, consubstanciando um estudo interpretativo-dogmático.

2 DA CONCORDATA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA EVOLUÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA

O instituto jurídico da concordata tem origem nos primórdios da estruturação normativa que intentava encontrar um meio legal para compor as situações de crise entre o devedor em situação de insolvência econômica e os respectivos credores quirografários, com o intuito principal de proporcionar a recuperação e a restauração da empresa.

Em sede do ordenamento jurídico pátrio, a concordata desponta através do Código Comercial do Império, outorgado em 1850, notadamente na parte dedicada às “quebras” – isto é, a ocorrência da cessação dos pagamentos por parte do comerciante.

A falência definitiva deveria ser evitada, com o auxílio jurídico-normativo da concordata, para que a atividade comercial pudesse fazer jus a um momento de “respiro” e, em situações ideais, reerguer-se, a fim de que o exercício comercial fosse continuado e os interesses dos credores e da sociedade em geral fossem preservados com o mínimo de impacto negativo possível.

Àquela época, a situação de crise econômico-financeira era considerada uma marca indelével na reputação do empresário, especialmente no caso de se desdobrarem em uma eventual falência, o que acabava por obstaculizar a busca de socorro por parte do comerciante insolvente ou pré-insolvente.

A concordata fora idealizada, portanto, com o objetivo de funcionar como uma alternativa ao processo falimentar, tendo em vista que este é considerado mais gravoso do que aquela, não somente para o devedor empresário, mas também para os credores, os empregados, o Fisco e a sociedade em geral.

2.1 A HISTORICIDADE DO INSTITUTO DA CONCORDATA

O Código Comercial de 1850 desponta a partir de intenso debate e longo processo de elaboração que tinham a intenção de dar origem a um instrumento legislativo uniforme e eficaz para regular as mais diversas questões conflituosas da seara comercial.

Os primórdios da construção do Código Comercial aconteceram ainda no período imperial, em meados de 1840, “fruto de necessidades improrrogáveis e da administração de conflitos de interesses entre os diversos grupos sociais que promoveram um rearranjo na composição econômica interna e uma nova articulação com o capitalismo inglês” (LEVY, 1994, p. 45).

Como é sabido, o comércio lato sensu possui importância basilar no desenvolvimento de uma sociedade. No Brasil imperial o cenário não era diferente. Pelo contrário, a sociedade brasileira à época dependia em grande medida da atividade comercial, a qual fazia emergir uma classe burguesa ávida por segurança jurídica, proteção de direitos e mecanismos para a concretização das perspectivas socioeconômicas.

Com base no ensinamento de Júlio Bentivoglio, as mudanças na sociedade brasileira decorriam, especialmente, do processo de consolidação do Estado brasileiro, iniciado a partir de 1824, que demandava a atualização de instrumentos jurídicos que pudessem dar conta da regulação das atividades econômicas cada vez mais dinâmicas e amplas (BENTIVOGLIO, 2005). O estudioso expõe, ainda, que

Ao regulamentar as atividades comerciais e estabelecer novas diretrizes de cunho administrativo - muitas delas centralizadoras -, o Estado teve como objetivo organizar as unidades produtoras e os diferentes setores da economia, a fim de promover o saneamento das finanças, cobrir contínuos déficits e atender a novos grupos econômicos que conquistavam maior importância política, como é o caso de grandes comerciantes e agiotas da praça mercantil do Rio de Janeiro, cujas fortunas estiveram (inicialmente) atreladas ao tráfico negreiro ou ao grande comércio internacional. (BENTIVOGLIO, 2005, p. 04)

Isto é: em meio às profundas mudanças que o Brasil Imperial experimentava em idos de 1800, fez-se necessário que o Estado construísse uma estruturação normativa coerente e uniforme, capaz de oferecer a segurança jurídica e negocial essencial ao desenvolvimento econômico do país. Para tanto, a modernização da legislação comercial brasileira, que tem como expoente o Código Comercial de 1850, fora inspirada em leis europeias, sendo marcada pelas garantias legais que tutelavam os interesses da burguesia em ascensão.

A esse mister, leciona Maria Bárbara Levy:

O ano de 1850 é de tal forma assinalado por importantes medidas de caráter jurídico-político que se impõe como um marco no processo de transição pelo qual passava o país. Até então o Brasil apenas se ajustara ao capitalismo internacional; a partir daí, estrutura novos princípios de direito que interferem diretamente sobre a propriedade e, conseqüentemente, sobre o caráter capitalista da acumulação. (LEVY, 1994, p. 51-52)

No mesmo sentido, Julio Bentivoglio ensina que

O mercado interno em expansão e suas características arcaicas explicam a necessidade do Código Comercial. A situação do comércio, com a falta de garantias e de personalidades mercantis juridicamente definidas aliada ao volume de capital e de investimentos envolvidos, com maior excedente liberado a partir de 1850 devido ao fim do tráfico, não deixam dúvidas quanto à necessidade da organização dessa importante esfera da atividade econômica. Excluindo a terra, que era capital fixo, quase a totalidade da riqueza consistia em capital circulante, que exigia pagamentos praticamente imediatos e disponibilidade de capital para investimentos. (BENTIVOGLIO, 2005, p. 05)

No que concerne ao intuito protetivo do Código Comercial de 1850, sabe-se que um dos maiores impasses a serem dirimidos à época era a ocorrência recorrente de falências culposas, cujo intuito era tirar proveito da boa-fé dos credores.

As relações negociais levadas a cabo em território brasileiro aconteciam de forma desordenada e desregulada, carecendo de um instrumento normativo firme e eficaz. Por essa razão, fez-se mister a elaboração de um Código e, ainda, a instituição de um Tribunal com competência para promover a regularização da atividade comercial no solo brasileiro. Daí em diante, o Tribunal do Comércio, instituído e estruturado em 1851, fora responsável por matricular todo indivíduo que exercesse a atividade de comerciante, a fim de dar ares idôneos àquele ofício (BENTIVOGLIO, 2005).

Para mais, neste período, a regulação da falência era posta nos casos decorrentes de caso fortuito ou força maior, de fraude ou de culpa do comerciante.

O artigo 800 do Código Comercial de 1850 dispunha que a quebra empresarial seria qualificada como “culposa” toda vez que pudesse ser atribuída às hipóteses de excesso de despesas no tratamento pessoal do falido ou de sua família; perdas avultadas a jogos ou especulação de aposta ou agiotagem; venda dos bens que o falido comprara nos seis meses anteriores à quebra – e ainda não estivessem integralmente saldados – por menos do preço corrente; ou no caso de o montante de dívidas do comerciante insolvente ser maior do que o dobro do ativo financeiro apurado no último balanço patrimonial (BRASIL, 1850).

Prosseguia o Código Comercial de 1850, em sede do artigo 802, definindo que a falência seria considerada fraudulenta sempre que estivesse configurada uma das circunstâncias descritas em lei, tais como a ocorrência de despesas ou perdas fictícias; falta de justificação do emprego de todas as receitas do devedor; ocultação de qualquer soma de dinheiro, bens ou títulos no balanço patrimonial; desvio ou aplicação de fundos ou valores de que o falido tivesse sido depositário ou mandatário; vendas, negociações e doações feitas, ou dívidas contraídas, com simulação; compra de bens em nome de terceira pessoa; e ausência ou falsificação dos livros de registro e organização comercial exigidos por lei (BRASIL, 1850).

A lei comercial primitiva dava ensejo ao tratamento do comerciante em situação de crise com viés condenatório. Noutro dizer, a tradição jurídico-normativa à época possuía uma visão acerca do empresário em crise econômico-financeira como se fosse, em todo caso, um exemplar da má-gestão, irresponsabilidade contábil ou má conduta em detrimento dos direitos dos credores.

Em sentido análogo, leciona Rubens Requião

O falido, dado os prejuízos e decepções que causa aos credores que sofrem a redução, senão a perda dos seus créditos, e as repercussões sociais que sua ruína causa, está marcado desde a antiguidade pela repulsa da coletividade. A princípio, no direito antigo, a falência sofria severa repressão, sendo o falido considerado um criminoso. Falência e fraude eram expressões equivalentes na concepção da época. (REQUIÃO, 1995, p. 07)

Prova deste fato é que o Código Comercial Imperial, em sede dos artigos 803 e 804, definia as hipóteses em que seria configurada a colaboração de terceiros na situação de quebra fraudulenta e, em seguida, decretava que “as quebras dos corretores e dos agentes de casa de leilão sempre se presumem fraudulentas” (BRASIL, 1850), dispensando nítido tratamento de austeridade aos devedores empresários que, eventualmente, estivessem passando por circunstâncias causadoras da situação de crise alheias a sua vontade. Em última análise, propagava-se o entendimento segundo o qual a instabilidade econômico-financeira decorria sempre de irresponsabilidade, dolo ou má-fé.

Para mais, o Código Comercial de outrora previa a possibilidade de prisão imediata do falido e dos seus “cúmplices” – se houvesse –, no caso da configuração de alguma das hipóteses de culpa ou de fraude, pelo prazo de um a oito anos. Destarte, a prisão somente seria adiada se o devedor oferecesse “declaração de falido” em tempo, com as devidas justificativas, causas, documentos comprobatórios da situação, balanço financeiro e demonstrativo do ativo e passivo, além da colaboração junto ao Tribunal em atos e diligências relacionadas ao processo falimentar (BRASIL, 1850).

A lei comercial condicionava a concessão da concordata suspensiva (requerida após a decretação da falência) à anuência da maioria numérica dos credores, que representassem, pelo menos, dois terços do valor de todos os créditos quirografários, sujeitos aos efeitos da concordata, excetuando-se sempre os créditos detentores de ônus real ou privilégio. Para tanto, a Lei propunha a reunião dos credores sob a presidência do juiz competente, juntamente do “curador fiscal” e do falido, ou do seu procurador. Na oportunidade, deveria o juiz fazer relatório exato do estado e circunstâncias da falência, a fim de inscrever todos os credores e listar todos os créditos, os quais dependeriam de verificação por parte de uma Comissão de Credores. Para além de toda a formalidade ordenada pelo Código Comercial, havia proibição da concessão de concordata no caso de o falido ser julgado com culpa ou fraude contra os credores.

A este tempo, a legislação supracitada também previa o instituto jurídico da moratória, que consistia, basicamente, na concessão pelo juiz de prazo de até três anos para que o devedor empresário superasse a crise financeira que o assolava naquele momento a fim de que, posteriormente, estivesse apto a continuar com os pagamentos aos credores.

O Código Comercial do Império estabelecia requisitos para que o comerciante fizesse jus à moratória, quais sejam a comprovação da impossibilidade de satisfazer as obrigações contraídas, a causa procedente de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior, além de um balanço financeiro demonstrativo da possibilidade de pagar integralmente aos credores, mediante alguma espera. Ademais, o instituto da moratória tinha aptidão para suspender toda e qualquer execução contra o devedor comerciante, além de sustar as obrigações pessoais do beneficiário, salvo os créditos detentores de garantia real e privilégios.

2.1.2 As problemáticas relacionadas à aplicação judicial da concordata

Seguindo a lógica da evolução jurídico-normativa do Código Comercial, e para além da pioneira modalidade de concordata suspensiva (pleiteada pelo devedor como forma de suspensão do estado falimentar já decretado pelo Estado-juiz), a concordata preventiva – isto é, aquela requerida em juízo antes da declaração de falência – somente fora introduzida no sistema jurídico brasileiro com a reforma levada a cabo pelo Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890.

Algum tempo depois, no ano de 1908, a moratória fora definitivamente abolida do sistema falimentar, provavelmente em razão da proximidade entre ambos os institutos. Em verdade, a concordata, nos termos em que fora descrita pela lei comercial, exercia função e causava efeitos bastante semelhantes aos da moratória, tendo em vista que o instituto, tanto na forma preventiva quanto na forma suspensiva, consistia na concessão legal da prorrogação de prazo para pagamento das dívidas do empresário, a fim de promover a superação do estado de pré-insolvência evitando ou suspendendo a falência (RAMALHO, 1993).

Com a promulgação da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45), que tratava do instituto da concordata especificamente, definiu-se que a concordata poderia ser pleiteada como óbice à falência – previa ou posteriormente à sentença declaratória –, desde que o empresário devedor pudesse oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de 40%, se à vista, ou 60%, se à prazo (em sede de concordata preventiva) ou o pagamento mínimo de 35%, se à vista, ou 50%, se à prazo (em caso de concordata suspensiva), não podendo tal prazo exceder dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano (BRASIL, 1945).

A lei estipulava condições mínimas para que o devedor pudesse ser agraciado com o benefício da concordata, quais sejam o exercício regular do comércio há mais de dois anos, o ativo comercial com valor superior a mais de 50% do passivo quirografário, bem como a inexistência de decretação de falência anterior – ou, se declarada, estarem extintas as suas

responsabilidades – e, por fim, não ter o devedor título protestado por falta de pagamento. Destarte, com o preenchimento de tais condições dispostas pela Lei, o devedor deveria fundamentar a petição com explicações minuciosas acerca do estado econômico e das razões que o justificam, bem como livros e documentos comprobatórios.

O requerimento do instituto da concordata, encaminhado ao magistrado, seria processado por despacho que expedisse edital com os termos do pedido do devedor, a ser publicado em órgão oficial e em jornal de grande circulação, a fim de conceder prazo para apresentação dos credores sujeitos ao feito, juntamente com as declarações e comprovações dos respectivos créditos. Tempestivamente, era dado aos credores do empresário opor embargos ao pedido de concordata através de petição fundamentada, em que indicasse e comprovasse a prática de crime falimentar, ato fraudulento ou má-fé por parte do empresário, ou o sacrifício dos credores maior do que a liquidação da atividade empresarial na falência, ou a evidente impossibilidade de ser cumprida a concordata devido à desproporção entre ativo e passivo, ou até mesmo a eventual inexatidão do relatório ou laudo do comissário ou síndico (BRASIL, 1945).

Em havendo embargos opostos por um ou mais credores, o devedor faria jus a tempo hábil para apresentar contestação, indicando prova das alegações levantadas. Passado o momento para o debate entre o devedor requerente e o credor interessado, caberia ao magistrado realizar audiência para a produção das provas requeridas e o subsequente julgamento dos embargos, deferindo-se, ou não, o benefício da concordata.

Nesse rastro, pode-se entender que o silêncio do conjunto dos credores, traduzido pela ausência de oposição de embargos, indicaria a respectiva anuência em relação à proposta de concordata emitida pelo devedor, com a dilação dos prazos e renegociação dos valores, conforme o caso em concreto.

De outro lado, na hipótese de apenas uma parcela dos credores oporem embargos ao pleito, caberia ao juiz determinar a plausibilidade das alegações e argumentos emitidos pelos credores que se sentiram prejudicados. No cotejo dos fatos e documentos, o magistrado deveria analisar a proporcionalidade entre a situação de crise do devedor empresário e o potencial sacrifício a ser experimentado pelos credores quirografários, a fim de decidir se o instituto deveria, ou não, ser efetivado.

Caso a concordata fosse concedida, os termos obrigarão a todos os credores quirografários que, teoricamente, por estarem na mesma classe, suportariam as mesmas consequências e os mesmos efeitos advindos do benefício outorgado ao devedor em comum. Assim, após a homologação pelo juiz, a concordata provocava a extensão do acordo proposto

pelo devedor a todos os credores quirografários, independentemente de serem comerciais ou civis, admitidos ou não ao passivo, residentes no país ou fora dele, ausentes ou embargantes (BRASIL, 1945).

Portanto, as espécies de concordata supracitadas – preventiva e suspensiva – configuram modalidades contenciosas, posto que propostas perante o magistrado para, em seguida, possibilitar a oposição por parte dos credores. Ademais, eram consideradas concordatas mistas, ou “dilatório-remissórias”, pois, na lição de Rubens Requião, conjugavam dois efeitos: a dilação do prazo e o abatimento do valor das dívidas, desde que se observasse o rito e os valores mínimos de pagamento e os prazos máximos de dilação, descritos na Lei Comercial (REQUIÃO, 1995).

No processamento do pedido de concordata, o juiz ficava responsável por ordenar a suspensão de ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata, além de nomear comissário para exercer a administração do procedimento da concordata.

Destaca-se que o Decreto-Lei nº 7.661/45, em seu artigo 147, determinava o alcance do instituto da concordata restrito aos créditos quirografários, isto é, aqueles créditos sem garantias reais ou privilégios, derivados tão somente da obrigação a ser adimplida quando do vencimento ajustado entre as partes, sejam eles comerciais ou civis. Os demais créditos, dotados de garantia real ou privilégio, bem como os créditos trabalhistas e fiscais, ficavam desabrigados do processamento da concordata, exigindo-se o pagamento regular destes, independentemente de o estado de crise econômico-financeira estar devidamente comprovado pelo empresário.

Por seu turno, a chamada concordata “amigável” ou extrajudicial, que, como sugere o nome, seria processada fora do âmbito contencioso, fora condenada pela antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) em seu artigo 2º, III. O dispositivo determinava a caracterização da falência do comerciante que convocasse credores e lhes propusesse dilação, remissão de créditos ou cessão de bens. Noutras palavras, a Lei específica, outorgada em 21 de junho de 1945, vedava completamente o diálogo negocial entre o devedor empresário e os credores, com o escopo de evitar prejuízos aos interesses dos credores, em especial à isonomia, princípio que deveria reger o instituto legal da concordata.

Tendo em vista que a finalidade primordial da concordata consistia em impedir a transformação do estado de crise econômico-financeira em falência propriamente dita, pode-se dizer que o Decreto-Lei nº 7.661/45 fora feliz ao estipular o regimento específico da concordata, ampliando o cabimento também na modalidade preventiva, pois favoreceu o tratamento mais

humano do empresário insolvente ou pré-insolvente, que outrora fora vislumbrado com ainda mais severidade.

Entretanto, não se puderam evitar críticas direcionadas às dificuldades da aplicação justa do texto legal aos casos concretos, especialmente por causa da fragilidade das formas normativas frente ao intuito superior da regulamentação.

Como a concordata baseia-se, preponderantemente, na dilação de prazos e na renegociação dos valores dos créditos em decorrência de uma situação de crise econômica, financeira e administrativa demonstrada pelo empresário insolvente, é notório que o instrumento, *per si*, abre margem para possíveis utilizações abusivas e inescrupulosas pela parte interessada primariamente: o devedor. Para driblar este fato, a Lei de Falências de 1945 resolveu dispor de formas rígidas para, idealmente, promover um instituto saudável e imune à mancha da má-fé em seu manuseio.

As falhas normativas surgem, entretanto, quando a Lei propõe um pagamento mínimo previamente estabelecido e, paradoxalmente, não exige um plano administrativo a ser levado a cabo durante o prazo definido para a concordata.

A lei oferece ao devedor empresário a dilação para o pagamento dos débitos, mas não obriga o interessado a comprovar as perspectivas e os possíveis meios de reerguimento, a fim de justificar a viabilidade da atividade econômica organizada desenvolvida e em crise. Do contrário, a Lei concede o benefício da concordata mediante a comprovação de condições formais referentes à figura do empresário e de dados financeiros relativos ao balanço patrimonial. Não se faz referência em nenhum instante do Decreto-Lei nº 7.661/45 à elaboração de um plano de ação empresarial que possa, efetivamente, render frutos ao empresário que se encontra em desequilíbrio financeiro, fiscal ou administrativo, muito embora este requisito seja imprescindível para o sucesso da concordata. A promessa de pagamento e o transcurso do prazo, com o almejado pagamento dos valores definidos, é que acabam por justificar se a concessão do benefício fora acertada ou não.

Por consequência, este se tornou um instituto fadado ao fracasso. Muito embora a intenção legislativa tenha sido benigna, a aplicação tornou-se frágil e pouco eficiente, dificilmente alcançando a real recuperação da atividade empresarial, mormente em razão do formalismo – necessário, mas mal-empregado e ainda insuficiente – disposto pela lei específica que regia a matéria.

É compreensível que a classe de credores quirografários – sem garantias reais ou privilégios –, em meio ao cenário de crise admitido pelo próprio devedor empresário, adentre

em uma situação de incerteza e desespero, tendo em vista que, com a possibilidade de falência do devedor, a perspectiva de perder o direito ao crédito parece estar se avizinando.

Nesse rastro, os credores acabam por aceitar as condições de pagamento inoportunas e desajustadas propostas pelo devedor em sede do requerimento da concordata, apenas para não perder todo o crédito ao qual faria jus. Assim, podiam-se vislumbrar casos de enriquecimento por parte do empresário que, sabendo do contexto imposto aos credores, oferecia em pagamento menos do que seria justo na certeza de que, mesmo assim, o restante da dívida estaria perdoado.

Nessa perspectiva, colaciona-se ensinamento de Waldemar Ferreira acerca da delicada situação dos credores em sede da remota concordata:

Alguns, por certo, serão desatendidos, ficando com os ônus judiciais dos embargos, forçados a fazer despesas avultadas, se quiserem defender seus direitos creditórios da audácia dos inescrupulosos, e que não poderão, muitas vezes, efetuar. Exames de livros, notadamente depois que os peritos passaram a ser livremente nomeados pelos juízes e os seus salários, também por ele arbitrados, são caríssimos. Acresçam-se honorários de advogados, selos e custas, e bem se compreende que orientou tudo o intuito de impossibilitar os movimentos dos credores. Estes sairão sempre perdendo, ainda que consigam provar a matéria capaz de impedir que o juiz outorgue ao devedor os favores com que a lei o brindou. Inverteram-se efetivamente os papéis. (FERREIRA, 1951, apud RAMALHO, 1993, p. 268-269)

A situação delicada transpassava, ainda, o fato de que, sem a existência de um plano sólido de recuperação judicial, tampouco uma previsão dos meios a serem utilizados em busca do refazimento da atividade de empresa, os credores embargantes e não-embargantes acabavam por serem submetidos a uma dilação de obrigações sem a garantia de que os valores renegociados seriam, efetivamente, alcançados.

Isto porque, após a definição de prazo e a renegociação dos valores creditícios propostos pelo próprio empresário, caso o benefício da concordata fosse homologado pelo juiz, aquela resolução seria estendida a todos os detentores de créditos quirografários, sem exceções, e a parcela da dívida remida estaria definitivamente encerrada no momento em que o pagamento da parcela acordada fosse efetivado, liberando o devedor das obrigações.

Ademais, os embargos, facultados pela Lei de Falências aos credores alcançados pela concordata, representavam um direito de defesa que dificilmente atingia o objetivo precípuo, dado que os fundamentos estabelecidos por lei exigiam dificultosa comprovação.

Muito embora a lei dispensasse a elaboração e submissão de um plano de recuperação elaborado pelo devedor empresário, previa-se, enquanto fundamento dos embargos à concordata, a demonstração de “impossibilidade evidente” do cumprimento da concordata, de ato de fraude, má-fé ou crime falimentar e, até mesmo, de inexactidões técnicas nos laudos e relatórios dos indivíduos responsáveis pela gestão da concordata.

O texto normativo promovia a transferência para os credores da incumbência de comprovar os aspectos mais específicos e intrincados acerca da atividade empresarial em situação de crise, não obstante tais questões pudessem ser demonstradas com maior facilidade pelo próprio devedor. Tratava-se, portanto, de latente desproporção entre o sacrifício impostos aos credores e os custos atribuídos ao devedor.

Frente às diversas críticas perpetradas pela doutrina jurídica contra as formas legais estabelecidas para a concordata, surgiram projetos para a reformulação do instituto, e até mesmo para a sua extinção. Foi neste cenário que, em 1974, em sede de conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, um grupo de estudiosos encabeçado por Rubens Requião propôs um sistema de recuperação “mais moderno, mais eficiente, justo e funcional” (REQUIÃO, 1995, p. 05).

O supradito autor fora adiante em sua obra, defendendo que

Não podemos, com efeito, concordar que numa sociedade de economia acentuadamente planificada, 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, 1995, p. 05-06)

As críticas dos expoentes da doutrina jurídica relacionada ao direito comercial foram de suma importância para a progressiva reformulação do raciocínio jurídico-normativo relativo aos institutos recuperacionais. Noutro dizer, a identificação de diversas falhas normativas e imperfeições práticas em sede do instituto das concordatas teve ampla relevância para o debate jurídico que levou à construção e posterior consolidação de um instituto mais consistente e mais eficaz para reabilitar as empresas em crise financeira e administrativa, mas ainda economicamente viáveis.

2.2 O ESTABELECIMENTO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO RECUPERACIONAL PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No avançar da evolução jurídico-legislativa vinculada ao Direito Comercial, tem-se como importante marco a promulgação do Código Civil de 2002. Como é sabido, dito Código revogou o Código Civil anterior, de 1º de janeiro de 1916 e, também, revogou parcialmente o Código Comercial de 1850, o qual continua em vigor, atualmente, apenas no que se refere ao Direito Comercial Marítimo.

Historicamente, o Código Civil de 2002 foi produto de intenso debate teórico-legislativo, o qual fora iniciado lá atrás, em 1984, por uma equipe de eminentes juristas, todos coordenados por Miguel Reale. Sobre o projeto, o jurista discorreu no sentido de que

Em um país há duas leis fundamentais, a Constituição e o Código Civil: a primeira estabelece a estrutura e as atribuições do Estado em função do ser humano e da sociedade civil; a segunda se refere à pessoa humana e à sociedade civil como tais, abrangendo suas atividades essenciais. [...] É a razão pela qual costume declarar que o Código Civil é “a constituição do homem comum”, devendo cuidar de preferência das normas gerais consagradas ao longo do tempo, ou então, de regras novas dotadas de plausível certeza e segurança, não podendo dar guarida, incontenti, a todas as inovações correntes. [...] É essa a razão pela qual, desde o início, fixei como uma das normas orientadoras da codificação, que me fora confiada, a de destinar à legislação especial aditiva todos os assuntos que ultrapassassem os lindes da área civil ou implicassem problemas de alta especificidade técnica. (REALE, 2001, p. 02)

Entende-se que o novo Código Civil teve o intuito de atualizar o texto normativo para acompanhar as evoluções experimentadas pelo tecido social e, também, pela cultura jurídica brasileira. Desta forma, o Código Civil de 2002 é caracterizado por ser uma codificação longa, embora não resuma toda a matéria, que regulamenta grande parte das questões do direito privado hodierno.

Prova da atualização legislativa, portanto, é a tratativa do “direito de empresa”, em nítida superação da antiga teoria dos atos do comércio. Isto porque, ao superar o texto antiquado do Código Comercial de 1850, o Código Civil de 2002 visou harmonizar as novas expressões do direito de empresa junto a uma teoria mais ampla, universal e prática. Para tanto, ousou-se abandonar arcaica figura do comerciante, que se caracterizava pela prática de atos de comércio – conceito nunca perfeitamente esclarecido, e considerado até mesmo enigmático -, substituindo-o pela figura da empresa, tida como atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (TADDEI, 2002).

O Código Civil de 2002 provocou avanços na regulamentação do direito empresarial, embora em nenhum instante tenha mencionado os institutos da falência e da concordata – ambos descritos no Código Comercial parcialmente revogado e no Decreto-Lei nº 7.661/45.

A regulação dos institutos de recuperação e falência empresarial, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, fora concretizada através da Lei nº 11.101/05, que dispõe sobre a falência e a recuperação judicial e extrajudicial das empresas. Fora encerrada, definitivamente, a utilização das concordatas no ordenamento jurídico pátrio. A partir de então, a recuperação judicial desponta como o instrumento normativo apto a promover a possibilidade de reerguimento da empresa economicamente viável, mas em estado de crise econômico-financeira.

A Lei de Recuperação e Falência representa uma modernização do sistema falimentar e recuperacional há muito almejada, tendo em vista que ela se utiliza de princípios e mecanismos que valorizam o equilíbrio dos interesses das partes envolvidas na situação de crise empresarial: o devedor empresário, os credores, o Fisco, os empregados e a sociedade em geral.

A esse respeito, o artigo 47 da Lei nº 11.101/05 define como principal objetivo da recuperação judicial viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, no emprego dos trabalhadores e dos interesses patrimoniais dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

Analogamente, importa transcrever a explicação de Tarcísio Teixeira:

Diferentemente do Decreto-lei n. 7.661/45, que tinha por objetivo principal eliminar do mercado o agente econômico sem condições de se manter e cumprir seus deveres, a nova legislação falimentar visa possibilitar a recuperação de agentes econômicos em estado de crise, mas que, no entanto, podem superá-la. Para tanto, a norma fornece condições para alcançar esse fim. Caso não seja possível a recuperação, a norma também contempla o instituto da falência como forma de liquidar a atividade empresarial, mas não é o seu escopo primordial. Por essa razão, pode-se dizer que a nova legislação tem um aspecto duplo, qual seja, de recuperar e/ou extinguir atividades empresariais em crise. (TEIXEIRA, 2018, p. 520)

Desse modo, o regramento recuperacional *sub examine* advém dos ares ventilados pela Constituição Cidadã promulgada em 05 de outubro de 1988, a qual privilegia, em diversos instantes do seu regime, o atendimento da função social.

Por sua vez, o artigo 170 da Constituição Federal dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social” e, em seus incisos, define como princípios a serem observados, entre outros, a função social da propriedade, a livre concorrência e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras (BRASIL, 1988).

No âmbito do direito de empresa, por óbvio, o cenário não poderia ser diferente. Por esta razão, o raciocínio jurídico-normativo recuperacional evoluiu para alcançar a efetivação de um preceito, fundamentalmente: o princípio da preservação da atividade econômica organizada, em nome da função social da empresa. Na mesma linha, tem-se o entendimento de Marta Santiago de Oliveira Scheles:

O aparecimento e a aplicação do princípio da preservação da empresa no ordenamento jurídico se deu em razão de mudanças na própria sociedade. Isto porque a crise fatal em uma empresa acarreta o fim de postos de trabalho, o desabastecimento de produtos ou serviços, a diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, pode até gerar a paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou mesmo nacional. (SCHELES, 2009, p. 07)

A Lei nº 11.101/05, inspirada pelos ideais constitucionais, explora o entendimento segundo o qual os percalços econômicos, financeiros e administrativos experimentados pelas sociedades empresárias e pelos empresários individuais não interessam a ninguém – nem ao empresário insolvente, nem aos credores, nem ao Estado, tampouco à sociedade. Isso posto, busca-se preservar a atividade empresarial, haja vista a relevância da movimentação econômica no seio social, afetando diretamente os empregados, a rede de consumidores e fornecedores e a comunidade local na qual a empresa está inserida. Afinal, é sabido que as empresas, por menores que sejam em estrutura física, exercem efetiva participação na vida comunitária, e, por isso, é indesejável a sua ruína.

Com vistas ao cumprimento da base principiológica, a Lei de Recuperação e Falência prevê certos requisitos formais aos quais o devedor empresário deverá estar adequado caso queira fazer jus à recuperação judicial, tais como a ausência de decretação de falência – ou, se decretada, já terem sido declaradas extintas as responsabilidades dela decorrentes –, a ausência de concessão do mesmo benefício nos últimos cinco anos e, enfim, a ausência de condenação judicial por crime falimentar contra o administrador ou sócio controlador (BRASIL, 2005).

Ademais, a Lei nº 11.101/05 prevê a sujeição de todos os créditos à recuperação judicial, inclusive os detentores de direitos e privilégios, a fim de tornar a atuação do instituto ainda mais abrangente do que a da antiga concordata.

Outra inovação relevante trazida na Lei de Recuperação e Falência se refere à exigência da apresentação de um plano de recuperação pelo devedor empresário, no prazo de 60 dias da data da publicação da decisão judicial que defere o processamento da recuperação judicial. O plano deve conter a descrição pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados – os quais estão descritos em rol não exaustivo no artigo 50 da mesma lei –, a demonstração da viabilidade econômica da empresa e o laudo econômico-financeiro subscrito por profissional legalmente habilitado (BRASIL, 2005).

O plano recuperacional proposto pelo devedor poderá receber objeção por parte de qualquer credor e, nesse caso, o juiz deverá convocar a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, observando-se o quórum detalhadamente descrito pela Lei específica.

Justo é dizer que a Lei nº 11.101/05 proporcionou incrementos positivos no seio dos procedimentos de recuperação empresarial, tendo em vista que inovou em âmbitos de grande significância para o sucesso do instituto, sendo o principal deles traduzido na figura do plano de recuperação judicial, que descreve os caminhos que o devedor empresário deverá

seguir para alcançar a tão almejada reestruturação econômico-administrativa, submetendo-o ao crivo dos credores e do magistrado.

A mesma lei define que o juiz, ao deferir o processamento da recuperação judicial, deverá nomear um administrador judicial para fiscalizar o cumprimento do plano pela empresa, ordenar a suspensão das ações e execuções contra o devedor, bem como determinar a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça as suas atividades (BRASIL, 2005).

Nota-se a intenção legislativa de prezar pela produtividade da empresa devedora, a fim de que ela consiga lidar com a situação de crise e, finalmente, retornar à sociedade benefícios que supram sacrifícios dispendidos em sua recuperação.

No entanto, até mesmo o princípio da preservação das empresas admite ponderação no que diz respeito à viabilidade da atividade econômica. O procedimento recuperacional visa ao reerguimento das sociedades empresárias que cumpram determinados requisitos legais e, ademais, consigam demonstrar a viabilidade, especialmente no que diz respeito ao seu “proveito” perante a coletividade.

Nesse sentido, a lição de Fábio Ulhôa Coelho:

Quando não há solução de mercado, aparentemente não se justificaria a intervenção do estado (Poder Judiciário) na tentativa de recuperação da empresa. O próprio instituto jurídico da recuperação parece, *prima facie*, um despropósito no sistema capitalista. [...] Não é bem assim, contudo. Quando as estruturas do sistema econômico não funcionam convenientemente, a solução de mercado simplesmente não ocorre. Nesse caso, o estado deve intervir, por meio do Poder Judiciário, para zelar pelos vários interesses que gravitam em torno da empresa (os empregados, consumidores, fisco, comunidade etc.). (COELHO, 2012, p. 296-297)

Sendo assim, a recuperação judicial é um instrumento positivo para a manutenção da produtividade de empresas viáveis, embora não possa ser aplicada irrestritamente pelo magistrado.

Deve-se analisar o sacrifício imposto aos credores – principalmente por eles próprios, em sede de deliberação em assembleia-geral – e, também, os custos social e econômico decorrentes da recuperação – os quais são vislumbrados de acordo com a relevância social ou regional de cada empresa, a fim de que a recuperação sirva ao alcance da função social da empresa e beneficie não somente o devedor e os credores, mas também os empregados e a coletividade.

3 LICITAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A licitação configura uma estruturação procedimental definida legislativamente para dar forma a um método impessoal, justo e igualitário de seleção e contratação de bens e serviços por parte do Poder Público. Assim, o procedimento licitatório deverá preceder o aperfeiçoamento do contrato entre a administração e a pessoa física ou jurídica contratada.

Como é sabido, a Administração pública tem o delineamento do regime jurídico descrito constitucionalmente, notadamente em sede do artigo 37 da Lei Maior do Estado. A Constituição Federal de 1988 definiu que, em sua atuação direta e indireta, o Poder Público deverá obedecer aos princípios basilares da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Como desdobramento deste mandamento geral, a mesma Lei determina que as obras, serviços, compras e alienações efetivados em sede da administração, ressalvados os casos especificados na legislação, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições entre todos os concorrentes, exigindo-se somente os critérios indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, tais como requisitos relativos à qualificação técnica e econômica (BRASIL, 1988).

Pode-se afirmar que o instituto jurídico das licitações públicas representa a consolidação de um procedimento que consubstancia todos os princípios constitucionais referentes à administração pública.

Isto é, ao tratar do regramento relativo ao procedimento licitatório, a Constituição Federal pretende a efetivação do princípio da legalidade estrita – segundo a qual a administração pública só poderá agir se estiver em conformidade com aquilo que é permitido por lei; do princípio da impessoalidade – no que se refere à seleção da condição contratual mais vantajosa para a administração, independentemente das características pessoais da parte contratada; do princípio da moralidade – tendo em vista que o gestor público deverá agir em conformidade com a probidade, isonomia, igualdade e justiça; do princípio da publicidade – pois o procedimento licitatório deve ser público, a fim de possibilitar a fiscalização por parte da coletividade e a participação concorrencial de todos os interessados que estejam aptos a proceder a contratação junto à administração; e do princípio da eficiência – afinal, o intuito precípuo do procedimento licitatório é proporcionar o melhor benefício aos administrados, através da contratação mais adequada e vantajosa.

Destarte, pode-se afirmar que o procedimento licitatório é um instrumento de exímia relevância para o correto funcionamento da máquina pública, notadamente por ser aplicado às situações em que o erário deverá ser utilizado para fazer jus a contratações que proporcionam a obtenção de bens e serviços primordiais à vida em coletividade.

3.1 A ESTRUTURAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DA LICITAÇÃO PÚBLICA

A licitação pública desponta como um método procedimental para alcançar-se a almejada contratação de bens ou serviços através da seleção da proposta mais vantajosa, promovendo, assim, o desenvolvimento nacional sustentável, segundo lei específica sobre a matéria.

Nesse sentido, Odete Medauar descreve que a licitação “é um processo administrativo porque, além da sucessão de atos e fases, há sujeitos diversos – os licitantes – interessados no processo, que dele participam, perante a administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus e sujeições” (MEDAUAR, 2018, p. 175).

Por seu turno, José dos Santos Carvalho Filho defende que “a natureza jurídica da licitação é a de procedimento administrativo com fim seletivo” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 311), haja vista a definição por lei de uma série de atos a serem efetivados ordenadamente para que, ao fim e ao cabo, a administração possa alcançar a proposta mais vantajosa, em conformidade com o interesse público, e realizar uma contratação segura e adequada ao escopo administrativo.

A licitação, além de ser um procedimento formal, é também um procedimento vinculado às regras fixadas por lei. Sendo assim, não cabe ao gestor público selecionar as regras que pretende adotar no caso concreto. Ao contrário, o agente da administração pública deve obedecer às disposições legais rigorosamente, a fim de tutelar o direito dos interessados e, em última análise, o interesse da coletividade (CARVALHO FILHO, 2018).

As licitações públicas devem obediência a certos princípios específicos – em parte, coincidentes com os princípios gerais da administração pública supramencionados – que norteiam e fundamentam a sua aplicação prática.

Importa fazer menção ao texto da Lei nº 8.666/93, especificamente em seu artigo 3º, no qual fica definido que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do

juízo objetivo, além dos princípios que lhe são correlatos (BRASIL, 1993), extraídos do texto constitucional e infraconstitucional.

Isto porque, enquanto entidade abstrata que visa à promoção da probidade, moralidade e eficiência administrativa, bem como o atingimento do interesse público, a Administração Pública deve observar aos critérios gerais de legalidade, igualdade e publicidade para obter, finalmente, uma contratação dentro dos parâmetros de justiça.

De início, em se tratando de princípios básicos, destaca-se que o **princípio da legalidade** é o princípio fundante para toda a atividade administrativa, pois traduz a ideia segundo a qual o administrador não pode fazer prevalecer a vontade pessoal própria, mas, ao contrário, deve privilegiar a vontade transmitida pelo texto legislativo (CARVALHO FILHO, 2018).

Neste âmbito, tem-se íntima ligação com o **princípio da moralidade** exigido do administrador quando da aplicação do regramento normativo ao caso em concreto, visando à tutela da licitude procedimental e evitando o desvio do interesse público, que é uma das finalidades do certame licitatório.

Assim, a atuação da administração pública fica restrita àquilo que a lei determina e/ou permite expressamente, traduzindo o mandamento conhecido como “legalidade estrita”. Na lição de Hely Lopes Meirelles, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador significa “deve fazer assim”” (MEIRELLES, 2009, p. 89).

Além disso, por ser o procedimento licitatório inteiramente vinculado à lei, o princípio da legalidade acaba se entrelaçando ao princípio do devido processo legal. Por esta razão, e em se tratando de direito público subjetivo, o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma licitatória poderá fazer uso dos meios judiciais de impugnação do procedimento (DI PIETRO, 2017).

No que diz respeito ao **princípio da igualdade**, ou isonomia, entende-se que a Lei visa dispensar tratamento paritário a todos interessados no certame licitatório, desde que eles se encontrem na mesma situação jurídica. Este princípio está relacionado ao **princípio da impessoalidade** e à justeza da competição, tendo em vista que nenhum particular poderá ser preferido ou preterido frente a outro concorrente, desde que estejam no mesmo patamar de igualdade.

Quanto ao famigerado **princípio da probidade administrativa**, Odete Medauar ensina que “integrantes de comissões de licitação, agentes públicos e autoridades que, de

alguma forma, têm participação no processo licitatório não de atuar com retidão, sem visar a proveito próprio ou locupletamento de outrem” (MEDAUAR, 2018, p. 181). Afinal, como explicitado anteriormente, o escopo principal das licitações públicas é alcançar o melhor interesse da coletividade, e não os interesses egoísticos e escusos dos particulares ou dos gestores públicos.

Enquanto procedimento concorrencial, a licitação deve observar o **princípio da publicidade** para alcançar o seu intuito, tendo em vista que a divulgação pública é primordial para dar ciência dos termos concorrenciais aos particulares interessados e potencialmente contratáveis. Noutra dizer, quanto mais pessoas tiverem conhecimento da licitação, a seleção de contratantes tende a ser ainda mais eficiente e, por conseguinte, a contratação tende a ser mais vantajosa para a Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2018).

Ademais, ainda com relação à publicidade em sede do procedimento de licitação, importa recordar que o interesse administrativo final – a contratação do bem ou serviço – existe, especificamente, para satisfazer uma necessidade da coletividade. Portanto, a publicidade permite que o tecido social esteja apto a tomar conhecimento dos procedimentos levados a cabo pela administração, fiscalizando-os e impugnando-os, caso necessário.

Nesse diapasão, desponta o **princípio específico da vinculação ao instrumento convocatório**, o qual traduz o preceito de que o edital do certame – documento público que veicula o objeto, as condições concorrenciais, os critérios de julgamento, as cláusulas contratuais, entre outros quesitos – faz “lei” entre os participantes do certame e a Administração. Isso significa, em última análise, que o procedimento deve obedecer fielmente àquilo que está descrito na Lei e, também, no instrumento convocatório, sob pena de impugnação e posterior anulação.

Além de favorecer a segurança jurídica, a vinculação da pessoa pública licitante ao instrumento convocatório visa a assegurar a observância do **princípio do julgamento objetivo** das propostas. Neste, tem-se que os critérios e fatores de seleção estarão descritos objetivamente no edital do procedimento licitatório e, obrigatoriamente, serão observados quando chegado o momento do julgamento das propostas e da seleção da opção mais vantajosa para a administração, evitando subjetivismos por parte do gestor (CARVALHO FILHO, 2018).

Para além dos princípios básicos das licitações públicas, a Lei nº 8.666/93 faz referência a “princípios correlatos”, derivados daqueles.

Em homenagem ao debate que vem a ser estabelecido no presente trabalho, faz-se mister tratar do **princípio da competitividade**, deduzido do artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93. Este mandamento veda a admissão, previsão, inclusão ou tolerância, nos atos de

convocação, de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (BRASIL, 1993).

Depreende-se do texto normativo supracitado que o procedimento licitatório deve favorecer ao máximo a disputa entre os licitantes interessados, a fim de lograr êxito no intento de selecionar a contratação mais adequada aos objetivos da administração e menos custosa ao erário – ou seja, a melhor contratação possível.

No que diz respeito às preferências e distinções, entende-se que deverá existir uma relação de adequação entre o fim e o meio, não sendo válida a discriminação quando se adota um critério apto a identificar um atributo irrelevante ou impertinente com relação aos caracteres concorrenciais do certame em questão (JUSTEN FILHO, 2012).

Isto posto, pode-se dizer que os critérios específicos estabelecidos no instrumento convocatório devem ter interligação lógica e direta com o objeto a ser contratado ou com o objetivo da contratação. Não é interessante que a administração pública exija critérios que restrinjam desnecessariamente o rol de competidores, salvo quando estes são determinantes para a fiel consecução do objeto almejado pelo contrato administrativo vindouro.

Embora o regramento formal em torno do instituto jurídico das licitações públicas possua delineamento rígido e legalista, com vistas ao favorecimento da igualdade, probidade e moralidade em sede das contratações públicas, importa sublinhar que o princípio do procedimento formal não pode significar excesso de formalismo. Nesse sentido:

Não se pode perder de vista que a licitação é um procedimento instrumental que tem por objetivo uma finalidade específica: celebração do contrato com o licitante que apresentou a melhor proposta. Por essa razão, a legislação tem flexibilizado algumas exigências formais, que não colocam em risco a isonomia, com o intuito de garantir maior competitividade. (OLIVEIRA, 2018, p. 435).

Analogamente, Marçal Justen Filho explicita que “o mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito. Portanto, é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 58).

Pode-se compreender que o regramento jurídico que envolve os procedimentos licitatórios recebeu uma estruturação principiológica peculiar, pois, a princípio, subtrai o espaço para a discricionariedade administrativa e define a supremacia da lei, mas, ao mesmo tempo, abre margem para a ponderação meticulosa e aprimorada dos diversos princípios propostos legalmente, aspirando, sempre, a consecução do interesse público e o beneficiamento social.

Na preleção do professor Luciano Ferraz, “também no âmbito do direito administrativo, conquanto se nutra a fiel observância do princípio da legalidade, é possível ser criativo” (FERRAZ, 2009, p. 133).

Os princípios das licitações públicas servem, portanto, como parâmetros para balizar a aplicação da lei. Devem ser observados, é bem verdade, de forma que os seus preceitos contribuam para a consecução dos objetivos da norma, sem atravesar o interesse público, que é a finalidade última da norma de licitações e contratos.

Importa, ainda, que a administração pública faça uso do procedimento licitatório intentando, em todos os casos, alcançar as finalidades precípua do Estado, advindas do texto constitucional e infraconstitucional, as quais extrapolam a mera aquisição de bens ou contratação de serviços.

3.2 A FUNÇÃO ATÍPICA DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A produção de bens, serviços e utilidades para a população traduz uma das incumbências primordiais do Estado brasileiro, através da qual se promove a tutela de direitos fundamentais dos indivíduos e se assegura condição de vida digna para os administrados, tal como prescreve e objetiva a Constituição Federal.

A Administração Pública, segundo o aspecto funcional, representa o conjunto de atividades do Estado que organiza a realização das finalidades públicas postas pelas instituições políticas, bem como produz serviços, bens e utilidades para a população (MEDAUAR, 2018). O ente administrativo, a fim de cumprir as suas incumbências no seio social, necessita utilizar-se de prestações positivas, as quais exigem materiais e meios físicos para serem efetivadas.

Noutras palavras, para que o Estado assegure os direitos à educação, à saúde, ao lazer, à moradia, entre outros direitos fundamentais descritos pela Constituição Federal de 1988, faz-se necessária a aquisição de bens, execução de obras, prestação de serviços e efetivação de projetos a fim de que a atividade almejada seja plenamente alcançada.

Trata-se, portanto, da função administrativa levada a cabo pelo Estado através do Poder Executivo, dos seus agentes, dos seus órgãos e das suas entidades, com o intuito de gerir todo aparelho estatal. Esta função é dentre todas a mais ampla, uma vez que é através dela que o Estado cuida da gestão de todos os seus interesses e os da coletividade (CARVALHO FILHO, 2015).

Para tanto, importa que a atividade administrativa do Estado seja efetivada seguindo os ditames da legalidade, moralidade e probidade administrativa, tendo em vista tratar-se de atividade vinculada diretamente aos administrados e ao tesouro público.

A Constituição Federal de 1988, bem como a Lei nº 8.666/93, que regula o texto constitucional, prevê que a aquisição de bens e a contratação de serviços devem ser realizadas, necessariamente, através de um procedimento licitatório seguindo o trâmite detalhado exaustivamente em lei específica, a fim de que o objetivo administrativo seja concretizado sem manchar-se com eventuais irregularidades, corrupção, diferenciação pessoal e injustiça.

Da mesma forma, caso o Poder Público faça escolha pela prestação dos serviços públicos de maneira indireta, a administração pode concedê-la para a iniciativa privada através de procedimento licitatório, observando-se o regramento procedimental, bem como as exigências mínimas para habilitação e classificação da empresa privada competidora.

Destarte, a licitação pública representa um instrumento valioso para a consecução do interesse público, mas não somente: o instituto deve ser manejado para alcançar os objetivos fundamentais da república, descritos constitucionalmente.

O texto normativo dispõe, enquanto objetivos do instituto da licitação, não apenas sobre concorrência isonômica e seleção da proposta mais vantajosa para a administração, mas também sobre promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Na visão de Marçal Justen Filho, a intenção do legislador ao redigir o artigo 3º da Lei de Licitações era determinar que a contratação pública fosse concebida como um instrumento interventivo estatal para produzir resultados mais amplos do que o simples abastecimento de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades dos entes estatais (JUSTEN FILHO, 2012), traduzindo uma função atípica do instrumento licitatório.

Trata-se, em última análise, de uma finalidade extraeconômica das contratações públicas (OLIVEIRA, 2018), por meio da qual a administração pública logra êxito na aquisição ou contratação dos bens e serviços de que precisa e, ao mesmo tempo, intervêm na economia do Estado, promovendo crescimento econômico, geração de renda, desenvolvimento nacional, potencializando a preservação do meio ambiente, estimulando a atividade econômica das empresas de pequeno porte e microempresas, entre outros fins sociais.

A esse respeito, é interessante mencionar a teoria desenvolvida pela corrente mais progressista do direito administrativo, segundo a qual a licitação pode, sim, ser utilizada “como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade” (FERRAZ, 2009, p. 133).

Trata-se, enfim, da teoria da função regulatória da licitação, que ganhou força após as inovações experimentadas pela Lei de Licitações através das mudanças trazidas pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. A partir de então, o texto normativo passou a prever como objetivo expresso das licitações públicas, além da maior vantagem a ser extraída das contratações, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A modificação da lei específica veio a harmonizar as disposições da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, definidos em sede do artigo 3º da Constituição Federal.

Em consonância com o ensinamento do professor Humberto Ávila, o famigerado princípio constitucional da eficiência gera o dever de a administração pública promover, minimamente, os fins atribuídos a ela pela lei estatal (ÁVILA, 2005). E, mais: os fins administrativos devem ser alcançados de maneira satisfatoriamente adequada aos objetivos do Estado – mantendo-se uma perspectiva ampla e iluminada pelo texto constitucional.

Em sentido análogo, entende-se que o inovador mandamento legislativo se coaduna com o ideal constitucional descrito no artigo 219 da Constituição Federal, segundo o qual o mercado interno integra o patrimônio nacional e deve ser incentivado pelo Poder Público a fim de que seja viabilizado o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País (BRASIL, 1988) – almejando-se, em última análise, o desenvolvimento social, e não somente o incremento econômico-financeiro.

No que diz respeito à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, pode-se afirmar que configura uma finalidade mediata da atividade administrativa, haja vista que, neste caso, o contrato administrativo estará sendo usado também como instrumento de realização de políticas públicas mais amplas (JUSTEN FILHO, 2012).

É notório que a contratação pública, especialmente em âmbito local, possui um impacto relevante na vida dos administrados que são beneficiados por aquela atuação administrativa. Ademais, são também impactados pelo pacto negocial os próprios contratados, que exercem sua atividade econômica e são remunerados pelo contratante – nesse caso, o Poder Público.

Seguindo esta lógica, a Administração, ao efetuar contratações, colabora com a movimentação da economia local, regional ou nacional, conforme o caso. Portanto, é inquestionável a relevância socioeconômica dos contratos públicos, bem como a importância frente ao desenvolvimento nacional, levando em conta que a contratação gera emprego e renda, incrementa a riqueza e, conseqüentemente, eleva a qualidade de vida dos indivíduos alcançados pela contratação (JUSTEN FILHO, 2012).

Na lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, esta tendência administrativa vem a valorizar a utilização do poder de compra do Estado no exercício das atividades de fomento e de regulação de mercado (OLIVEIRA, 2019), com vistas a alcançar o desenvolvimento nacional, a justiça social, a erradicação da pobreza e as desigualdades sociais e regionais, como reza a Constituição Federal.

Nesta perspectiva, o professor Luciano Ferraz vislumbra, inclusive, “a possibilidade de utilização do contrato administrativo como instrumento de saneamento de empresas em sérias dificuldades financeiras” (FERRAZ, 2009, p. 141-142), com o intuito de minimizar ou mesmo evitar os impactos sociais, econômicos e fiscais que a falência empresarial pode promover no seio comunitário em que se insere.

O autor vai mais longe, enxergando a viabilidade de eventual contratação direta pelo Poder Público – abrindo-se mão até mesmo do procedimento legal da licitação pública – como plano para promover a recuperação empresarial, desde que a empresa em crise possua real magnitude no meio local, regional ou nacional, conforme seja o caso (FERRAZ, 2009).

Por isso, sustenta-se que a utilização prática do instituto das licitações públicas deve ser feita de maneira fiel à lei, mas mantendo-se a visão em sua função teleológica ou finalística, que, como se pode notar, é mais ampla do que a mera contratação imediata. Privilegiam-se, assim, os objetivos e as finalidades republicanas efetivamente importantes para a sociedade e para o respectivo desenvolvimento.

4 ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA POSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelece as normas gerais para a matéria de licitações e contratos administrativos relativos a obras, serviços, compras, alienações e locações, as quais devem ser aplicadas nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal da Administração direta e dos seus fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público (BRASIL, 1993).

Conforme explanado no presente trabalho, a Lei de Licitações trouxe ao mundo jurídico uma série de regramentos a serem observados e procedimentos a serem seguidos em momentos anteriores ao aperfeiçoamento da contratação pública, durante o processo licitatório. Entre eles, tem-se uma gama de exigências legais para arrematar a fase de habilitação, à qual a empresa interessada deverá submeter-se antes de adentrar na fase concorrencial do certame.

Nesse encaixo, a Lei de Licitações exige, para habilitação dos interessados, exclusivamente a documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica e econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e ao cumprimento do mandamento constitucional que veda o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz.

No que diz respeito à qualificação econômico-financeira – requisito essencial para a habilitação da pessoa interessada no certame e elemento fundante para alicerçar o debate a ser desenvolvido no presente tópico –, o artigo 31 da Lei nº 8.666/93 exige que a empresa apresente o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social que comprovem a boa situação financeira da empresa e a certidão negativa de falência ou concordata, além de garantia limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação (BRASIL, 1993).

Percebe-se a preocupação legislativa em assegurar que as pessoas potencialmente contratáveis possuam capacidade econômica e financeira para dar prosseguimento à consecução do objeto, satisfazendo o interesse administrativo ao fim do procedimento licitatório e contratual.

Chama a atenção, entretanto, o fato de que a Lei nº 8.666/93 ainda traz no texto do artigo 31, inciso II, o termo “concordata”, exigindo a respectiva certidão negativa para que a empresa seja habilitada no procedimento licitatório. Isto é: não obstante o instituto jurídico da concordata tenha sido extinto quando do advento da Lei nº 11.101, em 09 de fevereiro de 2005,

a Lei de Licitações ainda não fora atualizada e, até os dias atuais, faz referência a um instituto há muito extinto no ordenamento jurídico pátrio.

De outro lado, a Lei nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, versa, em sede do seu artigo 52, inciso II, sobre possíveis contratações entre a empresa em recuperação judicial e o Poder Público, desde que apresente as certidões e documentos comprobatórios da real situação econômico-financeira (BRASIL, 2005).

A controvérsia torna-se ainda mais intrincada quando se leva em consideração o escopo legislativo demonstrado pelo artigo 47 da Lei nº 11.101/05, o qual dispõe sobre a viabilização da superação da situação de crise econômico-financeira, a manutenção da fonte produtora, a preservação da empresa e da respectiva função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

A legislação recuperacional faz referência em diversos momentos ao incentivo à atividade produtiva desenvolvida pela empresa em situação de crise, pois este é o meio que pode viabilizar a superação do desequilíbrio econômico-financeiro e, finalmente, proporcionar a manutenção da fonte produtora, bem como dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Destarte, pode-se questionar se a exigência da Lei nº 8.666/93 acerca da certidão negativa de *concordata* representa um mandamento desatualizado, e, principalmente, contrário ao intuito legislativo relativo à recuperação de empresas, tendo em vista que a contratação com o Poder Público pode exercer um papel essencial para o prosseguimento da atividade econômica empresarial.

4.1 SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS RESTRITIVAS

Em meio aos elementos constitutivos da contradição normativa que traduz o cerne deste trabalho, importa destacar o fato de que o dispositivo da Lei nº 8.666/93 que exige a certidão negativa de falência ou *concordata* da empresa interessada no certame não fora revogado até os dias atuais.

Muito embora o instituto jurídico referido pelo texto da Lei nº 8.666/93 não mais subsista no ordenamento jurídico pátrio, a norma ainda permanece vigente tal como fora posta quando da sua publicação, anos antes do advento da Lei nº 11.101/05, que pôs fim no instituto da *concordata* e fez surgir o instituto da recuperação judicial.

Na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a revogação ocorre quando uma norma tem a validade retirada por meio de outra norma. A partir de então, a norma revogada não faz mais parte do sistema jurídico, pois perde a sua vigência definitivamente (FERRAZ JÚNIOR, 2018).

No entanto, o mesmo autor explana, em sua obra, acerca da possibilidade de a revogação normativa não ocorrer de maneira manifesta ou explícita, mas, ao contrário, se dar de forma implícita ou tácita. No primeiro caso, existe a determinação expressa da revogação por parte da autoridade competente, através de uma nova norma. No segundo caso, a revogação se manifesta por meio da incompatibilidade entre a matéria regulada pela nova norma e a matéria vigente em conformidade com a norma precedente (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 214).

É notório que a revogação tácita é admitida pelo ordenamento jurídico haja vista a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 2º, §1º, definir que a lei posterior revogará a anterior quando for incompatível com ela, quando regular inteiramente a matéria tratada na lei anterior ou quando o declarar expressamente (BRASIL, 1942).

Entretanto, no caso em tela, considera-se que o inciso II do artigo 31 da Lei nº 8.666/93 continua em vigor, pois não há indícios de que a Lei nº 11.101/05, ao dispor sobre o instituto jurídico da recuperação judicial, quis retirar a vigência do dispositivo da Lei de Licitações que trata sobre os requisitos para qualificação econômico-financeira da empresa interessada no certame. Especialmente porque as duas leis colocadas em contraposição na presente análise não objetivam regulamentar a mesma matéria. Pelo contrário, cada uma possui âmbitos de incidência profundamente distintos.

Além disso, há nítido interesse público na disposição normativa que estabelece critérios para o estabelecimento de uma concorrência proveitosa para as finalidades da administração, como é o caso da exigência de comprovação da capacidade econômico-financeira da empresa eventualmente contratada pelo Poder Público.

De outra mão, pode-se dizer que a situação em exame configura hipótese de antinomia, isto é, “situação produzida pelo encontro de duas normas incompatíveis” (BOBBIO, 1995a, p. 90).

Conforme ensina Norberto Bobbio, o direito configura, em seu conjunto, um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, porque se baseia em três caracteres fundamentais, quais sejam a unidade, a coerência e a completude (BOBBIO, 1995b). O princípio da coerência do ordenamento jurídico se contrapõe com a existência de antinomias dentro de um mesmo sistema. Por isso, diz que as normas contraditórias não podem ser simultaneamente válidas,

nem simultaneamente inválidas entre si (BOBBIO, 1995b), a fim de dar ao ordenamento jurídico uma formatação consistente.

O teórico sustenta que a dificuldade não consiste em individualizar os pares de normas antinômicas, mas, sim, em solucionar a antinomia (BOBBIO, 1995b). Para alcançar este fim, tem-se três critérios estabelecidos doutrinariamente, quais sejam o critério cronológico – a norma posterior prevalece sobre a norma anterior; o critério hierárquico – a norma estabelecida por uma fonte de grau superior prevalece sobre a norma inferior; e o critério de especialidade – a norma especial prevalece sobre a geral (BOBBIO, 1995b).

No caso concreto, o dever de solucionar a antinomia é transferido ao aplicador do direito, a quem caberá promover a análise do critério mais adequado, dentre os critérios possíveis, para, finalmente, aplicar à situação de contradição normativa (BOBBIO, 1995a).

A título de exemplo, se os critérios resolutivos das antinomias forem aplicados frente à contradição entre a disposição do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e a disposição dos artigos 47 e 52, inciso II, da Lei nº 11.101/05, entender-se-á que o critério mais adequado ao caso em exame é o critério cronológico, haja vista tratar-se de duas leis de mesma hierarquia, ambas específicas, sendo uma posterior à outra.

Destarte, se a) o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 exige a certidão negativa de *concordata* como requisito para participação da empresa no certame e b) a Lei nº 11.101/05 extinguiu o instituto da *concordata* do ordenamento jurídico, então o mandamento que trata da exigência de certidão negativa de *concordata* está, por consequência, sem validade e sem aplicabilidade, pois contradiz o texto normativo instituído posteriormente, que prevalecerá sobre o primeiro.

A disposição trazida – e mantida, até hoje – no texto da Lei nº 8.666/93, a qual faz menção ao termo “*concordata*”, demonstra a desatualização normativa frente à evolução que o ordenamento jurídico pátrio experimentou com o avançar do tempo e do raciocínio jurídico-legislativo.

Feitas essas observações, é certo que a regra estampada no artigo 31, inciso II, da Lei de Licitações é nitidamente limitadora da liberdade dos particulares. Na concorrência licitatória, a regra é a participação massiva dos particulares interessados na contratação do objeto, a fim de tornar o certame mais amplo e proveitoso às finalidades da administração e à consecução do interesse público.

A norma que limita a participação das empresas que se encontram em situação de falência ou de *concordata* nas licitações públicas representa, por si só, uma exceção limitadora da liberdade de concorrência e participação dos procedimentos licitatórios.

É nesse sentido que Carlos Maximiliano coloca que o escopo das prescrições de ordem pública é o estabelecimento e tutela do equilíbrio social. “Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia” (MAXIMILIANO, 2011, p. 181).

No entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a interpretação restritiva ocorre quando o sentido literal da norma é limitado, pois a amplitude da interpretação literal traz prejuízos, ao invés de benefícios, aos interesses da norma (FERRAZ JÚNIOR, 2018). Por outro lado, a interpretação extensiva promove a ampliação do sentido contido na letra da lei, a fim de promover tutela mais íntegra do escopo normativo (FERRAZ JÚNIOR, 2018). Enfim, no meio dessas modalidades hermenêuticas, “a interpretação especificadora parte do pressuposto de que o sentido da norma cabe na letra do seu enunciado” (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 318), respeitando estritamente os limites expostos no conteúdo da norma.

As normas que limitam a liberdade dos indivíduos em prol do interesse público não devem ser interpretadas segundo a modalidade extensiva, tampouco restritiva, porque, nesta seara,

Presume-se que [o legislador] usou linguagem clara e precisa. Tudo quanto reclamou, cumpre-se; do que deixou de exigir, nada obriga ao particular: na dúvida, decide-se pela liberdade, em todas as suas acepções, isto é, pelo exercício pleno e gozo incondicional de todos os direitos individuais (MAXIMILIANO, 2011, p. 182)

Apesar de o Direito Administrativo oferecer margem para todos os métodos e recursos hermenêuticos, as leis especiais limitadoras da liberdade devem ser interpretadas estritamente (MAXIMILIANO, 2011). Por isso, eventual interpretação extensiva da exigência da Lei de Licitações, que cita a certidão negativa de *concordata*, para abranger a certidão negativa de recuperação judicial configuraria limitação excessiva da liberdade do particular.

Levando-se em conta que a Lei nº 11.101/05, nos artigos 47 e 52, inciso II, menciona a possibilidade de a empresa em recuperação judicial contratar com o poder público, a fim de promover a manutenção da atividade econômica e os interesses da sociedade, dos credores, dos empregados e do Fisco, tem-se que a interpretação extensiva do art. 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 fere o escopo legislativo mencionado.

A finalidade que inspira o estabelecimento do dispositivo legal também deve inspirar a limitação do conteúdo, a fim de auxiliar na retificação e complementação dos seus caracteres e fixar o alcance da lei (MAXIMILIANO, 2011). Nesse sentido, explicita-se que

O objetivo da norma, positiva ou consuetudinária, é servir a vida, regular a vida; destina-se a lei a estabelecer a ordem jurídica, a segurança do Direito. Se novos

interesses despontam e se enquadram na letra expressa, cumpre adaptar o sentido do texto antigo ao fim atual (MAXIMILIANO, 2011, p. 126)

Enquanto método hermenêutico, a interpretação consentânea com as finalidades da norma é requerida pelo próprio ordenamento jurídico, tendo em vista que o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro define que a aplicação da lei será pautada no atendimento aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 1942).

Na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “postula-se que a ordem jurídica, em sua totalidade, seja sempre um conjunto de preceitos para a realização da sociabilidade humana” (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 315). Pois, como se apercebe, é esperado que o ordenamento jurídico traduza uma estrutura coerente e uniforme que promova o bem-estar e a ordem social.

Em suma, a interpretação teleológica ou finalista desponta como mecanismo adequado para a interpretação do texto legal, especialmente em meio aos contrassensos normativos, pois leva em consideração o raciocínio que razoavelmente se espera do legislador no desenvolvimento da função de elaboração dos mandamentos que regulam a vida social em prol do interesse coletivo.

4.2 O ENTENDIMENTO EXTRAJUDICIAL DA CONTROVÉRSIA: ANÁLISE DOS PRONUNCIAMENTOS DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

As disposições vislumbradas no texto do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 em contraposição com o texto dos artigos 47 e 52, inciso II, da Lei nº 11.101/05 causam dúvidas e dificuldades no instante em que precisam ser aplicadas ao caso concreto.

As entidades não jurisdicionais manuseiam e aplicam o direito na execução das respectivas atividades e no cumprimento das competências legais. Naturalmente, faz-se necessário a uniformização da interpretação normativa e do entendimento jurídico, a fim de que a instituição exerça a função com coerência, ofertando maior segurança jurídica aos administrados.

Nesse diapasão, importa averiguar o posicionamento tomado pela Procuradoria-Geral Federal para a uniformização do entendimento acerca da controvérsia legislativa ora dissecada. Em especial porque a matéria possui larga relevância prática para a solução de casos concretos atinentes à matéria de licitações públicas, com vistas à promoção de uma atuação coesa na consultoria e assessoramento das autarquias e fundações públicas federais.

A atuação do Tribunal de Contas da União enquanto instituição responsável pelo controle externo do patrimônio e dos recursos públicos federais se dá de maneira intimamente ligada à temática das licitações públicas. Como se pode supor, a contradição normativa explanada no presente tópico gera desdobramentos fáticos que impactam diretamente nos julgamentos das contas governamentais, tendo em vista que os procedimentos administrativos envolvem o erário e, por isso, devem receber tratamento probo e fiscalização cautelosa.

Ademais, a construção do entendimento das instituições não jurisdicionais sobre o tema controverso, bem como a aplicação prática do entendimento consolidado dentro da entidade, representa a maneira como a contenda foi dirimida por parte dos aplicadores do direito. Interessa, pois, compreender como se dá a assimilação da controvérsia por parte instituições que manejam a matéria em estudo, notadamente a Procuradoria-Geral Federal e o Tribunal de Contas da União.

4.2.1 Análise do parecer uniformizador do entendimento da Procuradoria-Geral Federal

A Procuradoria-Geral Federal, por meio da Portaria nº 359, de 27 de abril de 2012, criou um grupo de trabalho para uniformizar questões jurídicas afetas à matéria de licitações e contratos administrativos.

Com este intento, o Grupo de Trabalho constituiu a Câmara Permanente de Licitações e Contratos (CPLC), cuja competência é identificar as questões jurídicas relevantes para as atividades de consultoria e assessoramento desenvolvidas pela Procuradoria-Geral Federal e promover a discussão das mesmas, com vistas a dirimir as dúvidas e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal junto às autarquias e fundações públicas federais (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2013a).

Neste cenário, cerca de dois anos após a constituição da Câmara Permanente de Licitações e Contratos, desponta a consulta acerca da possibilidade de as empresas em recuperação judicial participarem de procedimentos licitatórios e, caso vençam o certame, serem contratadas pelo Poder Público.

A dúvida a respeito desta temática surgiu devido ao julgamento da Medida Cautelar nº 23.499/RS, em 06 de novembro de 2014, pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015). Em sede deste julgamento, o Superior Tribunal de Justiça permitiu a participação da empresa em recuperação judicial em certame

licitatório, de forma contrária a uma gama de posicionamentos tomados até então pelo Tribunal de Contas da União.

Em resposta ao questionamento do Departamento de Consultoria, a Procuradoria-Geral Federal emitiu o Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, de 26 de junho de 2015, no qual analisa a questão com ênfase na contraposição entre os textos das Leis nº 8.666/93 e nº 11.101/05.

Ressalta-se que o Parecer ora referido fora firmado, enquanto orientação jurídica, pelo Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal. Nos termos do artigo 3º da Portaria nº 424, de 16 de julho de 2013, tais orientações deverão ser adotadas de modo uniforme por todos os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal. Por esta razão, o documento foi subscrito pelo Diretor e pelos Procuradores Federais integrantes do Departamento de Consultoria, além de ter sido submetido e aprovado pelo crivo do então Procurador-Geral Federal, conforme o trâmite normativo para uniformização de entendimento da Instituição (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2013b).

Em sede do Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, a autoridade introduziu a linha de raciocínio com a demonstração da relevância da comprovação da capacidade econômico-financeira da empresa para uma eventual contratação por parte do Poder Público. Não por acaso, a Lei de Licitações e Contratos, logo em seu artigo 27, inciso III, exige a qualificação econômico-financeira como requisito para a habilitação da empresa interessada no procedimento licitatório (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015).

O regime jurídico dos contratos administrativos possui diversas peculiaridades devido às características especiais da parte contratante. Por isso, o Poder Público goza de certas prerrogativas durante o trato negocial e a execução do contrato (CARVALHO, 2016), o que impõe a submissão do particular às “regras do jogo” estabelecidas pelo ente estatal.

Como bem leciona Matheus Carvalho, a Administração, quando ocupa a posição de contratante, atua com todas as prerrogativas decorrentes do princípio administrativo da supremacia do interesse público, visando à persecução do fim social, em detrimento do interesse particular (CARVALHO, 2016).

As prerrogativas estatais focalizam a característica marcante da verticalidade dos contratos administrativos, haja vista a preferência dada aos interesses do Poder Público e a existência de cláusulas exorbitantes, definidas pela Lei nº 8.666/93, em seu artigo 58. Por sua vez, essas cláusulas são implícitas a toda contratação administrativa e garantem a possibilidade de alteração e rescisão unilateral dos contratos por razões de interesse público, aplicação de penalidades, ocupação temporária dos bens e condições diferenciadas (CARVALHO, 2016).

Prova deste fato é a especial atenção legislativa dispensada às condições contratuais de pagamento. Em sede do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, ordena-se que o instrumento convocatório deverá conter, além de informações sobre a espécie licitatória e o cronograma de realização, a previsão acerca do prazo de pagamento – que se dará após a data final do período de adimplemento de cada parcela, em até trinta dias; cronograma de desembolso máximo por período, de acordo com a disponibilidade de verbas públicas; critério de atualização financeira dos valores a serem pagos desde a data final do período de adimplemento até a data do efetivo pagamento; compensações financeiras, penalizações por atraso e descontos por antecipação, se houver; e exigência de seguros, caso necessário (BRASIL, 1993).

O texto normativo transparece que a pessoa contratada pelo Poder Público deverá cumprir com os termos definidos para a execução contratual e alcançar o objeto almejado pela administração para que, somente depois da fase de cumprimento do objeto, a compensação pecuniária seja satisfeita. Por essa razão, a Lei de Licitações e Contratos reza que o prazo para pagamento começará a correr após a data do adimplemento de cada parcela contratada e, ainda, que o valor devido pela administração será atualizado desde a data final do período de adimplemento até a data do efetivo pagamento.

Noutro dizer, a lei prevê a espécie de pagamento diferido – isto é, protraído no tempo –, em razão do método estrutural da burocracia estatal, bem como do modo de operação relativo à disponibilidade orçamentária. Nos termos do documento consultivo, a pessoa contratada somente receberá o pagamento após procedimento de execução de despesa orçamentária – o que demanda tempo (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015).

Ademais, “a mera entrega do bem ou a prestação do serviço não induz a aceitação por parte da Administração, que fica suspensa até a concretização do recebimento definitivo” (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015, p. 04). Nos termos do artigo 73 da Lei nº 8.666/93, o objeto contratado somente será considerado definitivamente recebido quando a administração promover a vistoria e verificação da qualidade e quantidade do material ou serviço, mediante termo circunstanciado. Além disso, o texto do §3º do mesmo artigo demonstra que, a depender da hipótese, o recebimento definitivo do objeto pode demorar até noventa dias. Tendo em vista que esta etapa é primordial para o pagamento por parte da administração, fica ressaltada a característica do contrato administrativo concernente ao pagamento diferido.

Conforme destaca a autoridade consultiva, o cumprimento dos contratos administrativos segue uma ordem “adimplemento-pagamento” que não deve ser infringida, exceto em casos estritamente justificáveis, nos quais deverão ser exigidas cautelas ou garantias

(PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015) para assegurar o fiel cumprimento negocial e a subsequente consecução do interesse público.

Outra particularidade dos contratos administrativos – notadamente aqueles de prestação continuada – diz respeito ao fato de que o contratado só recebe a guarida legal para deixar de prestar o serviço ou deixar de fornecer os bens em hipóteses de inadimplemento da Administração por período superior a noventa dias, “mitigando de forma contundente a exceção do contrato não cumprido” (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015, p. 06). Assim, no caso de inadimplemento do ente estatal por período inferior a noventa dias, o contratado deverá manter a prestação de serviços inalterada, suportando sozinho os custos da atividade exercida.

Vê-se que o regime jurídico dos contratos administrativos demanda solidez econômico-financeira empresarial, pois é necessário que a parte contratante possa fazer jus às condições fáticas para executar o contrato e alcançar o objeto almejado pela administração, haja vista que a contraprestação só será dada posteriormente, após a transcorrência de uma série de procedimentos legais.

No dizer da autoridade parecerista, “faz todo sentido exigir das licitantes que tenham recursos financeiros suficientes para honrar a contratação sem depender do pagamento por parte do contratante por certo período” (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015, p. 06).

A capacidade econômico-financeira, por sua vez, somente pode ser aferida após o trâmite da fase de habilitação da empresa – o que a torna essencial à consecução do interesse coletivo.

Não obstante o entendimento pela imprescindibilidade da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, o Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU avança no sentido da possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial nos procedimentos licitatórios.

A partir da captação do espírito da Lei nº 11.101/05, que versa, entre outras matérias, sobre a recuperação judicial de empresas, depreende-se que o instituto objetiva viabilizar a superação da situação de crise administrativa, econômica e financeira enfrentada pelo empresário devedor, a fim de preservar a atividade empresarial e a função social, nos termos do artigo 47.

O próprio texto normativo dispõe que a empresa insolvente somente fará jus ao instrumento de recuperação judicial caso demonstre a viabilidade administrativa e econômica através de um plano recuperacional detalhado, que deverá receber o aval do conjunto de credores e a homologação do Poder Judiciário.

Isso porque “nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. (...) O ônus da reorganização das empresas acaba recaindo sobre a sociedade como um todo” (COELHO, 2012, p. 412). O esforço legislativo, judicial e social para auxiliar a superação da crise da empresa só faz sentido se vier a possibilitar a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho, dos direitos creditícios, da arrecadação fiscal e da oferta de bens e serviços aos consumidores.

Noutro dizer, o instituto da recuperação judicial vem a salvaguardar a atividade econômica daquelas empresas que cumprem com a respectiva função social, ofertando proveitos econômicos, financeiros e sociais através de um impacto positivo nas comunidades em que se inserem.

A empresa em crise econômico-financeira será recuperada se puder comprovar eficiência e viabilidade através de laudos e pareceres especializados, balanço patrimonial e discriminação dos meios de recuperação a ser empregados, todos consubstanciados em um plano de recuperação apresentado pelo devedor ao juízo, na forma do artigo 53 da Lei nº 11.101/05.

A recuperação judicial será efetivamente concedida após o trâmite processual que pressupõe o despacho de processamento do pedido de recuperação – conforme descreve o artigo 52 da Lei de Recuperação e Falência; a apresentação do plano de recuperação do devedor ao juízo – em conformidade com o artigo 53 da mesma lei; e, em caso de objeção de algum credor, a deliberação das classes de credores para aprovação ou alteração do plano – nos termos do artigo 56 da Lei de Recuperação e Falência. A partir da aprovação do plano de recuperação conforme o quórum legal dos credores, o juiz poderá decidir pela concessão da recuperação judicial, como dispõe o artigo 58 da Lei de Recuperação e Falência, dando início ao cumprimento do plano de recuperação propriamente dito.

O trâmite processual supracitado embasa o entendimento esboçado no parecer da Procuradoria-Geral Federal. Segundo a orientação extrajudicial, a consolidação da concessão da recuperação judicial por decisão judicial, ao fim do processo coroado pelo artigo 58 da Lei nº 11.101/05, pressupõe que a empresa obteve sucesso na demonstração de viabilidade econômica perante o juízo.

Levando em consideração que o plano de recuperação, instruído de acordo com as exigências legais, deve ser aprovado por deliberação dos credores e por decisão do magistrado, pode-se supor que a recuperação judicial somente será deferida para as empresas que merecem a concessão do instituto porque conseguiram demonstrar as condições fáticas de reestruturação, reerguimento e preservação da atividade.

O Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU faz questão de destacar a diferenciação entre os dois pronunciamentos jurisdicionais no decorrer do procedimento de concessão da recuperação judicial. A primeira decisão – mencionada no artigo 52 da Lei de Recuperação e Falência – é o pronunciamento que defere e possibilita o processamento do pedido de recuperação da empresa. A segunda decisão, descrita no artigo 58 da mesma lei, é prolatada depois do processamento do pedido, traduzindo a efetiva concessão do instituto da recuperação à empresa em estado de insolvência que conseguiu comprovar a plausibilidade do refazimento empresarial, instrumentalizando-o em um plano aprovado pelos credores e homologado judicialmente.

Como expõe a autoridade consultiva da Procuradoria-Geral Federal, a grande polêmica a respeito da possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial em licitações surge pelo disposto no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, que impõe a exigência de certidão negativa de *concordata* para habilitação da empresa licitante, muito embora o instituto não subsista no ordenamento jurídico hodierno (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015).

Na mão contrária ao entendimento construído no Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, há corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a presunção de inidoneidade da empresa em recuperação judicial e, por conseguinte, a impossibilidade de participação nas licitações públicas. Esta corrente sustenta, ainda, que a exigência de certidão negativa de concordata deve ser estendida à certidão negativa de recuperação judicial, haja vista a decadência do instituto efetivamente referido pela lei.

Porém, em uma interpretação consentânea com a nova ótica falimentar, a Procuradoria-Geral Federal firma orientação no sentido de que a Lei de Recuperação e Falência, ao revogar o Decreto-Lei nº 7.661/45 – que regia o antigo instituto da concordata – e trazer ao mundo jurídico o instituto da recuperação judicial, provocou profunda modificação no raciocínio jurídico que envolve a situação da empresa em crise econômico-financeira.

A Lei de Recuperação e Falência promoveu nítido incremento para as finalidades e objetivos legais relativos à manutenção da atividade empresarial em recuperação, os quais privilegiam a busca pela preservação da empresa e da respectiva função social, tendo em vista os benefícios trazidos à sociedade. Até porque, como dito anteriormente, a empresa que teve o benefício da recuperação judicial deferido definitivamente pode usar ao seu favor o pressuposto de que a viabilidade administrativa, econômica e financeira fora comprovada no processo judicial e consolidada por meio da decisão que concedeu a recuperação.

O Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU utiliza-se do argumento de que não há base normativa para exigência da certidão negativa de recuperação judicial, pois a Lei nº 8.666/93 fala em “concordata” e, tendo em vista que esse instituto não existe mais no ordenamento jurídico, não se pode permitir uma interpretação que vai além do texto da lei imperativa, restringindo o direito de a empresa habilitar-se no procedimento e concorrer ao certame.

O documento emitido pela Procuradoria-Geral Federal manuseia a teoria da função atípica das licitações públicas¹, porquanto faz menção à relevância das contratações públicas como estímulo à economia e à atividade empresarial, levando em consideração que uma vasta gama de empresas tem no Poder Público o seu principal contratante e, conseqüentemente, depende destes negócios para manter-se ativa, lucrativa e eficiente.

Para mais, tem-se o fato de que o desenvolvimento nacional é posto como finalidade das licitações públicas pela própria Lei nº 8.666/93, o que justifica a utilização do procedimento licitatório como instrumento para a promoção do bem-estar social – que, nesse caso, está traduzido na manutenção da força produtiva, dos postos de trabalho, da arrecadação fiscal, dos direitos creditícios e da oferta de bens e serviços para a sociedade impactada pela atividade empresarial em recuperação.

Ao final, o Parecer em estudo sedimenta o entendimento de que o edital da licitação pública poderá trazer a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, tendo em vista que o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 não fora ainda revogado. Entretanto, mesmo nessa hipótese, a certidão positiva de recuperação judicial apresentada pela empresa interessada no certame não deve implicar na imediata inabilitação (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015).

O documento orientador explana que a certidão positiva de recuperação judicial, por traduzir o fato de que a empresa teve o plano de recuperação aprovado pelos credores e acolhido pelo juízo falimentar, não significa que a empresa possui status de incapacidade econômico-financeira. O parecer transfere à comissão licitante ou ao pregoeiro o dever de avaliar a real situação da empresa habilitante (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2015). A partir daí, deverão ser realizadas diligências para aferir os demais requisitos para habilitação da empresa, da mesma forma que se procede com outras pessoas físicas ou jurídicas interessadas no certame.

¹ Temática detalhada no tópico 3.2 do presente trabalho

Depreende-se que o entendimento unificado pelo Departamento de Consultoria através da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos da Procuradoria-Geral Federal não ignora a importância da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, intentando a fiel execução contratual e a proveitosa consecução do objeto almejado.

A autoridade consultiva promove uma interpretação estrita do dispositivo da Lei de Licitações e Contratos, a fim de que a empresa em recuperação judicial faça jus à oportunidade de demonstrar, através de laudos, balanços e pareceres, a real situação administrativa, econômica e financeira da atividade econômica. Afinal, se a empresa conseguiu demonstrar viabilidade no âmbito judicial para alcançar a almejada recuperação, provavelmente demonstrará a mesma viabilidade no âmbito administrativo para alcançar a habilitação no procedimento licitatório.

Assim, após averiguação suficiente pelo pregoeiro ou equipe licitante, será aferido se a empresa possui a solidez necessária à fiel execução contratual. Em caso afirmativo, a capacidade econômico-financeira da pessoa habilitante estará demonstrada, independentemente de existir certidão positiva de recuperação judicial expedida em seu nome.

4.2.2 Análise dos entendimentos firmados em julgados do Tribunal de Contas da União

A Constituição Federal outorgou ao Congresso Nacional a função de promoção do controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, através da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

Nesse diapasão, o artigo 71 da Constituição Federal define a competência da Corte de Contas para, dentre outras incumbências, julgar os gastos dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais da administração direta e indireta, bem como fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estado, ao Distrito Federal ou a Município (BRASIL, 1988).

Em meio à competência institucional, o Tribunal de Contas da União lida com vasta gama de procedimentos relacionados ao trato com a coisa pública, notadamente procedimentos licitatórios realizados pelos administradores para a aplicação do erário em contratações de serviços, aquisições de bens ou repasses de quantias em dinheiro para entidades diversas.

A controvérsia que envolve a possibilidade jurídica (ou não) da participação de empresa em recuperação judicial nos procedimentos licitatórios da Administração Pública

direta e indireta representa matéria significativa para a atuação do Tribunal. No entanto, compulsando o material de jurisprudências da entidade, percebe-se que não há entendimento consolidado com relação à legalidade da exigência de certidão negativa de recuperação judicial – em interpretação extensiva do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, que exige a certidão negativa de “concordata” – para as empresas interessadas na habilitação em procedimento de licitação.

Em sede do Processo TC nº 020.996/2011-0, a 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União analisou a representação proposta pela empresa Tracomal Terraplenagem e Construções Machado LTDA, que questiona a inclusão de cláusula proibitiva da participação de empresas em recuperação judicial nos editais dos procedimentos licitatórios realizados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes – DNIT.

Em resposta à dita representação, a 2ª Câmara prolatou o Acórdão nº 8271/2011 em 27 de setembro de 2011, determinando o envio de cópia da deliberação à entidade jurisdicionada e à representante, a fim de informar à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo sobre a possibilidade jurídica da participação de empresa em recuperação judicial nos procedimentos licitatórios (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2011).

Para mais, aquela Corte determinou que a empresa interessada na habilitação em certame licitatório deve estar amparada por certidão emitida pela instância judicial competente que certifique a aptidão econômica e financeira para participar da licitação e, conseqüentemente, contratar com o Poder Público.

Depreende-se que o posicionamento do Tribunal de Contas da União esboçado no Acórdão nº 8271/2011 coincide com o entendimento uniforme da Procuradoria-Geral Federal, delineado pelo Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, de 26 de junho de 2015². Em ambos os documentos, percebe-se o raciocínio jurídico direcionado para a ponderação entre o princípio de preservação da atividade empresarial e o princípio administrativista da supremacia do interesse público.

Nesse rastro, os textos extrajudiciais buscam promover o equilíbrio entre os dois interesses jurídicos, balizando os requisitos legais para a concorrência isonômica e os objetivos legislativos de preservação da atividade empresarial, a fim de evitar os impactos sociais negativos de uma eventual falência da fonte produtora.

² Entendimento minuciado no tópico 4.2.1 do presente trabalho.

Em contrapartida, o Processo TC nº 013.382/2017-9 analisa a manifestação da empresa Construtora OAS S.A. sobre a fiscalização acerca de fraudes em licitações conduzidas pela Petróleo Brasileiro S.A. para as obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima, em Ipojuca, no Estado de Pernambuco.

Entre outros argumentos, a parte manifestante sustentou que a aplicação da pena de declaração de inidoneidade pela Corte de Contas, que impossibilita a contratação com a administração pública, poderia causar a falência da empresa. Isto porque, quando da representação, a empresa demonstrou que estava em recuperação judicial e utilizou-se do princípio da preservação da empresa para requisitar a amenização da sanção administrativa decorrente dos supostos atos ilícitos praticados.

Em sede do Acórdão nº 1744/2018, o relator Ministro Benjamin Zymler rechaçou o apelo da empresa, alegando que a penalidade de declaração de inidoneidade não promove a rescisão automática dos contratos em andamento da empresa com a Administração Pública. No mais, o Ministro sustentou que a empresa em recuperação judicial, por estar atravessando situação de dificuldades econômico-financeiras, “já estaria naturalmente impedida de licitar com a Administração Pública” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018, p. 45).

No voto, o Ministro-relator expõe o entendimento de que o instituto da recuperação judicial, por si só, indica a instabilidade empresarial e faz supor que a empresa em dificuldade econômico-financeira não poderia arcar com as obrigações decorrentes de um contrato administrativo (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018). Coloca, ainda, que o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado extensivamente, para abarcar também a certidão negativa de recuperação judicial, sustentando que esta certidão seria capaz de demonstrar a capacidade da empresa de forma objetiva.

Analogamente, em sede de representação formulada pela Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos do Tribunal de Contas da União (Processo TC nº 006.156/2011-8) com objetivo de apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e execução de contratos de terceirização, o grupo de estudos da Secretaria Adjunta sugeriu tornar ilegal a exigência relativa à certidão negativa de recuperação judicial nos editais de licitação pública.

A representação argumentou no sentido de que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial contraria a intenção legislativa veiculada no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, que busca a superação da crise econômico-financeira do devedor, a preservação da empresa e sua função social e o estímulo à atividade econômica, haja vista a relevância da contratação administrativa para a lucratividade da empresa em recuperação.

Entretanto, após análise das propostas apontadas na Representação, o Tribunal de Contas da União exarou o Acórdão nº 1214/2013, no qual esboçou a legalidade da exigência em edital da certidão negativa de recuperação judicial como condição de habilitação econômico-financeira para empresas potencialmente contratáveis pelo Poder Público (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013).

O Ministro-relator optou por acentuar que “em outras situações, o Tribunal se deparou com requisito semelhante e não fez qualquer restrição a respeito (...). Portanto, não vejo óbices para que tal exigência seja feita” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013, p. 56).

Como se apercebe, em distintos procedimentos de tomada de contas, tem-se diferentes posicionamentos por parte do Tribunal fiscalizador. Não se vislumbra parecer ou orientação uniformizadora do entendimento da Corte, o que acarreta em tomadas de decisão díspares de acordo com o caso concreto assimilado nos autos.

Com vistas à promoção da segurança jurídica para os administrados e da coerência na fiscalização dos gestores públicos, aspira-se ao tratamento uniforme da matéria legislativa contraditória. Entretanto, a referida uniformização não pode ser alcançada tomando-se em conta apenas o posicionamento das entidades não jurisdicionais. Nessa mão, importa examinar o entendimento jurisdicional com relação ao texto do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, colocado em xeque pelo conteúdo dos artigos 47 e 52, inciso II, da Lei nº 11.101/05.

4.3 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 309.867/ES

O recurso interposto pela empresa Tracomal Terraplenagem e Construções Machado LTDA - Em Recuperação Judicial perante o Superior Tribunal de Justiça advém de processo judicial iniciado com a impetração de mandado de segurança. A segurança fora pleiteada contra ato coator de autoridade administrativa que decidiu pela impossibilidade de a empresa em recuperação judicial participar de procedimento licitatório promovido pelo Município de Vitória.

Na esfera do remédio constitucional, a empresa Tracomal Terraplenagem e Construções Machado LTDA alegou que o plano de recuperação judicial foi aprovado em assembleia geral de credores e homologado pelo Juízo da Vara de Falências e Concordata de Vitória no Estado do Espírito Santo. Ademais, consignou que a obrigação estava sendo rigorosamente cumprida e, por isso, fez jus à emissão de certidões judiciais que atestam, mês a

mês, a capacidade econômico-financeira da empresa em recuperação para o exercício das atividades.

Não obstante as alegações da empresa, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo denegou a segurança, aferrado ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, mantendo a decisão de inabilitação da empresa em recuperação no âmbito do procedimento licitatório.

Ato contínuo, a parte irresignada manejou instrumento recursal contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. A ementa do acórdão que julgou a apelação esboça o posicionamento contrário ao pleito da empresa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E FALIMENTAR. APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREVISÃO LEGAL E EDITALÍCIA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. INABILITAÇÃO DO CANDIDATO. RECURSO IMPROVIDO (TJ-ES – APL: 0004200-96.2011.8.08.0024, Relator: Min. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, Data de Julgamento: 08 nov. 2011, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 22 nov. 2011).

Na decisão recorrida, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo sustentou a tese de que a fase de habilitação econômico-financeira da empresa interessada no procedimento licitatório possui importância fundamental para definir se o licitante possui, ou não, capacidade para suportar os encargos econômicos decorrentes do contrato administrativo. Nesse encaixo, o Tribunal define que os documentos exigidos pelo artigo 31 da Lei nº 8.666/93 – e, no caso em comento, exigidos também pelo edital da licitação pública do Município de Vitória – visam a assegurar que o vencedor terá condições econômicas para sustentar os gastos necessários à consecução do objeto contratado (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2011).

A sentença exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo defende a legitimidade da exigência da certidão negativa de recuperação judicial da empresa habilitante, em interpretação extensiva do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, que menciona a certidão negativa de falência ou *concordata*. A decisão destaca que “a contratação de empresa nessas condições jurídicas, que atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, poderá colocar em risco o cumprimento das obrigações” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2011, p. 04).

Ao final do pronunciamento jurisdicional, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo sedimenta entendimento segundo o qual o instituto da recuperação judicial configuraria um mecanismo de concessão de benefícios para as empresas que, “embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômicas, colocando em risco

o empreendimento empresarial” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2011, p. 04).

Em defesa de um posicionamento diametralmente oposto àquele prolatado pela Corte Estadual, a parte autora deu andamento ao processo mediante interposição de Recurso Especial, o qual fora inadmitido pelo juízo *a quo*. Logo após, interpôs Agravo em Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, finalmente conhecido no juízo *ad quem*.

O Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES obteve julgamento consolidado em acórdão unânime, no qual os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa acompanharam o voto do Ministro Relator Gurgel de Faria, responsável pela reforma do posicionamento tomado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

De início, o voto do Ministro Relator expõe a desatualização do dispositivo da Lei de Licitações e Contratos que versa sobre a exigência de certidão negativa de *concordata* – instituto não mais existente no ordenamento jurídico brasileiro – como requisito para a habilitação em certame licitatório. Prossegue explicitando que o texto do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 não passou por alterações ou revogações após o advento da Lei nº 11.101/05, responsável por trazer o instituto da recuperação judicial ao mundo jurídico.

Não obstante a existência de doutrina que entenda que “os efeitos da concordata sobre a contratação administrativa devem ser aplicados à recuperação judicial, porquanto haveria a presunção de insolvência da empresa em crise” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 04), o posicionamento jurisdicional avança em rumo contrário. O ministro Gurgel de Faria assevera que a ausência de previsão legislativa impede que a certidão negativa de recuperação judicial seja exigida dos habilitantes em substituição à certidão negativa de concordata, pois somente essa última é expressamente requerida pelo texto normativo.

O pronunciamento do magistrado evidencia que o artigo 31 da Lei nº 8.666/93 representa uma norma que restringe o direito dos particulares e, por consequência, não pode admitir a interpretação extensiva³ do sentido para atingir hipóteses não descritas pelo legislador. Em sentido coincidente, o relator faz menção à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, notadamente o Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 44099/ES, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, em 03 de março de 2016, o qual pronunciou a proibição de a administração realizar interpretação extensiva ou restritiva de direitos dos

³ A classificação das modalidades hermenêuticas, bem como o conceito de interpretação extensiva, foi esclarecida no tópico 4.1 do presente trabalho.

particulares sempre que a lei não o fizer expressamente (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

A decisão do Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES explanou a estruturação principiológica do instituto das licitações públicas, oferecendo prioridade ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, coloca-se que a administração tem o dever de zelar pela coisa pública com vistas à consecução do melhor interesse da coletividade. Por isso, a gestão administrativa precisa se abster de privilegiar os interesses privados, resguardando a primazia do interesse público.

A partir do entendimento de que o procedimento licitatório é o instrumento capaz de propiciar a contratação de bens e serviços essenciais ao desenvolvimento da atividade administrativa, pode-se vislumbrar a relevância da regulamentação desse instituto. É nesse sentido que a Lei nº 8.666/93 estabelece uma série de critérios e requisitos para habilitação das empresas interessadas na licitação pública, pois serão elas as pessoas potencialmente contratadas pela administração e, em última análise, estarão responsáveis pela consecução do interesse público relacionado àquele pacto negocial.

Por isso, não se trata de minimizar a importância das exigências contidas na Lei nº 8.666/93, tais como a obrigatoriedade de qualificação técnica, econômica e financeira, regularidade fiscal e trabalhista e habilitação jurídica por parte da empresa habilitante. Ao contrário, trata-se de promover a interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 8.666/93 levando em conta os princípios estampados nos dispositivos da Lei nº 11.101/05, os quais foram colocados em posição de aparente contradição, mas que, na verdade, mostram-se coincidentes na finalidade de promoção do interesse público.

Dessa forma, o voto do Ministro Relator do Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES destaca o escopo precípua da Lei nº 11.101/05, estampado em seu artigo 47, que é viabilizar a superação da crise econômico-financeira do empresário devedor para, ao fim e ao cabo, promover a manutenção da atividade empresarial produtiva, dos empregos, dos interesses creditícios, da oferta aos consumidores, da arrecadação fiscal, entre outros.

Trata-se, em última análise, da proteção do interesse público através preservação da empresa em estado de crise – mas comprovadamente viável administrativa e economicamente – que cumpre relevante função social no seio da comunidade em que está inserida, seja a nível local, regional ou nacional.

Essa é, na preleção do texto decisório, a principal diferença entre a recuperação judicial e a concordata, tendo em vista que esta última tinha como objetivo assegurar a proteção dos interesses dos credores sem ocupar-se de promover a reabilitação da atividade econômica

produtiva desenvolvida pela estrutura empresarial e, assim, beneficiar a sociedade como um todo.

Por essa razão, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça determina que proibir a pessoa jurídica em crise econômico-financeira de participar dos procedimentos de licitação pública unicamente em razão de estar cumprindo plano de recuperação acatado pelos credores e homologado pelo juiz – e que, por isso, não é capaz de entregar certidão negativa de recuperação judicial – “vai de encontro ao sentido atribuído pelo legislador ao instituto recuperacional” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 05). Até porque, vale ressaltar, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos nem ao menos exige expressamente a certidão negativa de recuperação judicial, mas, sim, a certidão negativa de *concordata* – instituto diferenciado da hodierna recuperação judicial.

Ademais, não se pode esquecer que a Lei nº 11.101/05 prevê no artigo 52, inciso II, a possibilidade de contratação entre a empresa em recuperação judicial e o Poder Público – o que pressupõe, via de regra, a participação prévia em procedimento licitatório (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

O pronunciamento jurisdicional estabelece o entendimento de que é possível respeitar os critérios legais para habilitação da empresa interessada no procedimento licitatório sem, entretanto, proibir terminantemente a participação das empresas que se encontram executando plano de recuperação.

Propõe-se, ao contrário, que sejam adotadas providências administrativas para avaliar se a empresa em recuperação possui condições econômico-financeiras para suportar os ônus e custos da execução do contrato administrativo, caso seja vencedora do certame (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

Assim, leva a crer na possibilidade de uma interpretação ponderada dos princípios imbuídos em ambas as leis – até agora contrapostas – de maneira que a qualificação econômico-financeira requerida pela Lei nº 8.666/93 seja resguardada, mas sem vedar a possibilidade de a empresa em recuperação judicial comprovar, por outros meios, a aptidão econômica e financeira para a execução do objeto contratual.

Importa destacar que a permissão judicial quanto a participação de empresa em recuperação nos procedimentos licitatórios não pretende ser absoluta. Pretende-se permitir que a empresa demonstre a viabilidade econômico-financeira da atividade através de balanços, laudos técnicos, pareceres profissionais ou certidões do juízo especializado perante a comissão licitante ou o pregoeiro. Assim, caso a equipe identifique condições econômico-financeiras

suficientes para a consecução do objeto almejado, a empresa em recuperação judicial poderá participar do certame⁴.

A decisão prolatada na esfera do Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES pelo Superior Tribunal de Justiça busca acompanhar a tendência da jurisprudência da Corte que, embora não consolidada, “vem se orientando no sentido de viabilizar procedimentos que auxiliem a pessoa jurídica em processo de recuperação judicial” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 06).

Isto porque, ao contrário do posicionamento sustentado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo no julgamento da Apelação nº 0004200-96.2011.8.08.0024, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a empresa em crise econômico-financeira, no instante em que alcança a permissão judicial para executar o plano de recuperação acatado pelos credores, demonstra a viabilidade administrativa e econômica da atividade empresarial por ela desenvolvida. Não se trata, portanto, de uma empresa “pré-falida”, mas, sim, de uma empresa em vias de alcançar reabilitação da produtividade e da lucratividade de outrora.

Nesse diapasão, o pronunciamento jurisdicional paradigmático estabelece a possibilidade de a empresa em recuperação comprovar capacidade econômico-financeira perante a autoridade administrativa licitante por outros meios, que não unicamente a certidão negativa de recuperação judicial, considerando a relevância da contratação pública para a manutenção da força produtiva empresarial, bem como o resguardo dos postos de emprego, da arrecadação fiscal e das relações creditícias e consumeristas estabelecidas ao longo do período de atividade da empresa.

⁴ Nesse tópico, a decisão do Superior Tribunal de Justiça faz referência ao Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, dissecado no subtópico 4.2.1 deste trabalho. O documento orientador da Procuradoria Geral-Federal fornece maior precisão quanto à atuação dos entes administrativos, tendo em vista a atuação direta da Instituição junto às pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública Indireta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho aqui desenvolvido manteve seu foco na análise do dissenso normativo entre o texto do artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e as disposições do artigo 47 e 52, inciso II, da Lei nº 11.101/05, a fim de alcançar a resposta adequada sobre a possibilidade de participação das empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios levados a cabo pelo Poder Público.

Com vistas ao esclarecimento da controvérsia, buscou-se explicar os conceitos jurídicos que dão forma à questão, tais como os institutos da concordata e da recuperação judicial, a evolução do raciocínio jurídico-normativo relacionado à crise empresarial, a valorização do princípio da função social da empresa, bem como os princípios e as finalidades das licitações públicas.

No que diz respeito à construção do raciocínio jurídico acerca da problemática delineada, o trabalho expõe os fundamentos do entendimento extrajudicial esboçado pela atuação da Procuradoria-Geral Federal e do Tribunal de Contas da União perante os entes da Administração direta e indireta federal.

Enfim, analisou-se a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, que se debruçou sobre a questão-problema em sede de julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES, tratando de estabelecer entendimento sobre a matéria que gerava insegurança aos administrados alcançados pelos pronunciamentos judiciais de instâncias inferiores.

No documento decisório, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a certidão negativa de recuperação judicial não pode ser exigida como requisito absoluto para definição da capacidade econômico-financeira da empresa habilitante. Ao contrário, o Tribunal define que à empresa em recuperação judicial deve ser dada a chance de comprovar capacidade para a consecução do objeto licitado através de outros documentos, tais quais balanços, laudos técnicos, pareceres profissionais ou certidões do juízo especializado.

Destarte, a capacidade econômico-financeira da empresa – enquanto requisito essencial para habilitação da empresa interessada no certame – será aferida pela comissão licitante ou pelo pregoeiro no bojo do procedimento administrativo-licitatório, a fim de garantir que a Administração Pública promova a contratação de pessoa jurídica apta a cumprir regularmente os termos do contrato administrativo eventualmente firmado.

O Superior Tribunal de Justiça alcança, ao fim e ao cabo, a ponderação entre o princípio da preservação da empresa – que repercute no estímulo à atividade econômica e na

manutenção da atividade produtiva, dos postos de trabalho, dos interesses creditícios e consumeristas e da arrecadação fiscal, entre outros – e o princípio da supremacia do interesse público – cuja proteção é dada pela Lei nº 8.666/93, que define requisitos rígidos para a contratação vantajosa e a subsequente consecução do interesse da administração pública.

O posicionamento jurisdicional deixa transparecer, ainda, a impossibilidade de promover interpretação extensiva de texto normativo que limita a liberdade dos particulares. Tendo em vista que a certidão negativa de recuperação não é exigida expressamente pela Lei nº 8.666/93, a interpretação para além da norma representa uma restrição desnecessária da possibilidade de a empresa em recuperação judicial participar do certame licitatório e, assim, manter-se ativa e produtiva.

Trata-se, em última análise, da conjugação entre o interesse público relativo à contratação administrativa vantajosa e, de outro lado, o interesse público concernente à preservação da empresa promotora de impacto positivo na comunidade, a qual demonstrou capacidade e viabilidade administrativa, econômica e financeira perante o juízo.

A construção do raciocínio jurídico, extrajudicial e judicialmente, esboçada nesse trabalho demonstra o rumo interpretativo dado à questão problemática, possibilitando a previsão de um tratamento regular às pessoas jurídicas em recuperação judicial interessadas em certames licitatórios.

Assim, a resolução da antinomia delineada nessa pesquisa vem a conciliar o interesse público veiculado na Lei nº 8.666/93 e também na Lei nº 11.10/05 através da ponderação de princípios, o que é essencial à promoção de segurança jurídica para os administrados e ao resguardo da finalidade legislativa imbuída em ambas as normas.

Para mais, salienta-se a imprescindibilidade de atualização legislativa, notadamente no que diz respeito ao artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, que ainda menciona o instituto jurídico da *concordata*, suprimido do ordenamento jurídico brasileiro desde o advento da Lei nº 11.101, em 9 de fevereiro de 2005.

Como fica demonstrado, a atecnia legislativa traduzida em um dispositivo há muito desatualizado dificulta a resolução regular das lides levadas ao Poder Judiciário, enseja atuações incoerentes por parte das instituições extrajudiciais e gera insegurança jurídica aos administrados.

Busca-se, enfim, um ordenamento jurídico coerente, apto a viabilizar a consecução do interesse público e a fiel observância dos princípios que norteiam a atuação administrativa, legislativa e judicial do ente estatal.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência. In: **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67>. Acesso em: 18 jul. 2019.
- BENTIVOGLIO, Julio. Elaboração e aprovação do Código Comercial Brasileiro de 1850: debates parlamentares e conjuntura econômica (1840-1850). **Justiça & História**, Porto Alegre, v. 5, n. 10, 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/66322>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995a.
- _____, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições da filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995b.
- BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. **Código Comercial do Império do Brasil**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7661-21-junho-1945-449981-publicacaooriginal-36829-pe.html>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- _____. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. **Lei de Falências**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 18 jun. 2019.
- _____. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em 25 jun. 2019.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jul. 2019
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.
- _____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 3. v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. In: **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, v. 37, p. 133-142, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.

LEVY, Maria Bárbara. **A indústria do Rio de Janeiro através de suas sociedades anônimas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Secretaria Municipal de Cultura do Rio de Janeiro, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

_____, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Método, 2019.

PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. **Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013**. Cria Câmaras Permanentes no âmbito do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal para tratar de assuntos relacionados a convênios e demais ajustes congêneres e licitações e contratos administrativos. Brasília: Procuradoria Geral Federal, 2013a. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/801346>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. **Portaria nº 424, de 16 de julho de 2013**. Disciplina o encaminhamento de consulta ao Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal e revoga a Portaria PGF nº 158, de 09 de março de 2010. Brasília: Procuradoria Geral Federal, 2013b. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17143369>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. Departamento de Consultoria. Câmara Permanente de Licitações e Contratos. **Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU**. Brasília: Procuradoria-Geral Federal, 26 jun. 2015. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/29165624>. Acesso em: 27 jul. 2019.

RAMALHO, Ruben. **Curso teórico e prático de falência e concordatas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. 2001. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 26 jun. 2019.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 2. v.

SCHELLES, Marta Santiago de Oliveira. **O Princípio da Preservação da Empresa no Novo Sistema Falimentar**. Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/trabalhos_conclusao/trabalhos_22009/martaschelles.pdf. Acesso em: 26 jun. 2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1. Turma). **Agravo em Recurso Especial nº 309.867/ES**. Agravante: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado LTDA – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Agravado: Município de Vitória. Relator: Min. Gurgel de Faria, 26 jun. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83352589&num_registro=201300649473&data=20180808&tipo=5&formato=HTML. Acesso em 10 ago. 2019.

_____. (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 44.099/ES**. Agravante: João Antônio de Menezes Sá. Agravado: Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 03 mar. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58384018&num_registro=201303544411&data=20160310&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 12 ago. 2019.

TADDEI, Marcelo Gazzzi. O Direito Comercial e o novo Código Civil brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3004>. Acesso em: 22 jun. 2019.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 8271/2011**. 2. Câmara. TC 020.996/2011-0. Interessado: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado LTDA. Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – MT. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 27 nov. 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sisdoc/ObterDocumentoSisdoc?codVersao=editavel&codArqCatalogado=3519606>. Acesso em 03 ago. 2019.

_____. **Acórdão nº 1214/2013**. Plenário. TC 006.156/2011-8. Interessado: Secretaria-Geral Adjunta de Controle Externo - Adgecex. Órgão: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento – SLTI/MP. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 22 mai. 2013. Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=457991>. Acesso em 08 ago. 2019.

_____. **Acórdão nº 1744/2018**. Plenário. TC 013.382/2017-9. Interessado: Construtora OAS S.A. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. Relator: Min. Benjamin Zymler, 01 ago. 2018.

Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=628536>. Acesso em 05 ago. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Apelação nº 0004200-96.2011.8.08.0024**. Apelante: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado LTDA. Apelado: Município de Vitória. Relator: Min. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, 08 nov. 2011. Disponível em:

http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/10553340873.pdf?CFID=294446753&CFTOKEN=80069048. Acesso em: 10 ago. 2019.