



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**A (IM)POSSIBILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL LICITAR COM O PODER PÚBLICO**

Yúri Camargo Kern

Lajeado, dezembro de 2016

Yúri Camargo Kern

**A (IM)POSSIBILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL LICITAR COM O PODER PÚBLICO**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Evandro Weisheimer

Lajeado, dezembro de 2016

Yúri Camargo Kern

**A (IM)POSSIBILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL LICITAR COM O PODER PÚBLICO**

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, na linha de formação específica em Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito:

Prof. Me. Evandro Weisheimer – Orientador
Centro Universitário Univates

Prof. André Eduardo Schroeder Prediger
Centro Universitário Univates

Prof. Junior Roberto Willig
Centro Universitário Univates

Lajeado, dezembro de 2016

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha profunda gratidão a todos aqueles que colaboraram, mesmo que a distância, para que este estudo fosse realizado e concluído da melhor maneira possível. Logo, manifesto a vocês, aqui, minha elevada estima e distinta consideração.

Primeiramente, aos meus pais e ao meu irmão, que sempre me apoiaram em todas as decisões tomadas, tanto na vida acadêmica quanto na profissional, que não mediram esforços para que chegasse a este momento.

Aos meus amigos e primos, Adilson, Ana Carolina, Jean Douglas, Karoline, Kauê e Marcos Felipe, pela amizade, ajuda e apoio diário que me ofereceram e sem os quais não seria possível a realização do presente estudo. A vocês, meus votos de sucesso na carreira que se inicia.

Ao ilustre professor e orientador, Evandro Weisheimer, por toda a contribuição e dedicação dispensada no apoio para a realização deste trabalho.

Ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, aos colegas de profissão que diariamente lá estão, especialmente, ao Promotor de Justiça, Neidemar José Fachinetto, e à Assistente de Promotoria, Anelise Danielle Helfenstein Medeiros. Agradeço pelo apoio incondicional oferecido durante todo o tempo de convívio, ainda mais durante o processo de elaboração desta monografia.

Uma nação é, afinal, apenas a soma de todos os indivíduos que a compõem, e a nação pensa, sente e age como os indivíduos que a compõem (Rudolph Von Ihering).

RESUMO

A presente monografia versa sobre a manutenção e a continuidade da atividade empresarial, diante de sua expressiva relevância econômica e social, à luz do art. 47 da Lei de Recuperação e Falências. Dessa forma, este trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de se permitir que a empresa em recuperação judicial licite com a Administração Pública, mediante a dispensa das certidões negativas de falência ou concordata, frente à função social exercida pela empresa. Trata-se de pesquisa qualitativa com abordagem de diferentes contextos, realizada por meio de método dedutivo bibliográfico, com o apoio da legislação, doutrina, artigos e jurisprudências. Assim, o presente trabalho parte dos reflexos acerca do procedimento licitatório, analisando seu conceito, os princípios basilares e as fases albergadas nas licitações. Na sequência, faz-se uma reflexão sobre o instituto da recuperação judicial, examinando os princípios, as etapas a serem cumpridas, bem como os requisitos e a aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores, para que a recuperação tenha andamento. Finalmente, passa-se a refletir quanto às contratações da Administração Pública e as suas exigências legais a serem atendidas – especialmente as de ordem técnica –, assim como os fundamentos em que a recuperação judicial se esteia e, por último, a efetividade da recuperação judicial em face das decisões favoráveis pela dispensa da Certidão Negativa de Falência ou Concordata, em detrimento da recuperanda. Nesse diapasão, conclui-se que há, de fato, a possibilidade e a relevância social em se permitir que a empresa em recuperação judicial licite com o Poder Público, tendo em vista as decisões favoráveis às empresas, em consonância com o princípio da manutenção da atividade empresarial.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Certidão Negativa de Falência ou Concordata. Poder Público. Função social da empresa.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§	Parágrafo
AgRg	Agravo Regimental
art.	Artigo
CC	Código Civil
CGC	Cadastro Geral de Contribuintes
CPF	Cadastro de Pessoas Físicas
EIRELI	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
LL	Lei de Licitações
LRF	Lei de Recuperação e de Falências
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
MC	Medida Cautelar
nº	Número
RS	Rio Grande do Sul
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	11
2.1 Conceito de licitação.....	12
2.2 Princípios norteadores da licitação	13
2.2.1 Princípios gerais	14
2.2.2 Princípios específicos.....	19
2.3 Fases do procedimento licitatório	23
2.3.1 Edital convocatório	25
2.3.2 Habilitação dos licitantes	27
2.3.3 Julgamento e classificação das propostas.....	28
2.3.4 Homologação e adjudicação	31
2.4. Requisitos para a habilitação	32
3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL	37
3.1 Conceito de recuperação judicial	38
3.2 Princípios da recuperação judicial	39
3.3 Requisitos legais para a recuperação judicial	42
3.4 Fases do procedimento de recuperação judicial	47
3.5 Plano e os meios de recuperação judicial	52
4. A (IM)POSSIBILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL LICITAR COM O PODER PÚBLICO	55
4.1 Contratações com o Poder Público e suas exigências.....	56
4.2 Fundamentos da recuperação judicial	63
4.3 A efetividade da recuperação judicial em face das decisões judiciais	67
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

Responsável por grande parte do desenvolvimento socioeconômico do país, a empresa, além de gerar renda às pessoas que estão direta ou indiretamente ligadas a ela, constitui importante fonte geradora de tributos e de empregos, movimentando toda a cadeia produtiva conexas àquela atividade, ou seja, cumpre sua função social e, ao mesmo tempo, a função da propriedade, esculpida no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal.

Diante disso, nitidamente, após a regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, através da Lei Federal nº 8.666/1993 – Lei de Licitações, muitas outras empresas, além daquelas já existentes, foram concebidas ou redirecionaram suas atividades para o atendimento das demandas públicas – parcialmente ou totalmente –, seja para o fornecimento de produtos e/ou a realização de serviços, mediante processo licitatório prévio, sustentado nas regras contidas nessa lei.

Em plena ascensão financeira e social e, até então, de forte crescimento dos investimentos e incentivos governamentais no empreendedorismo nacional, o país viu-se inserido, principalmente nos últimos dois anos, em meio a uma rápida e imensurável crise econômica instada pela instabilidade internacional frente à alta da moeda norte-americana, o dólar. Em decorrência disso, os empresários, visando à manutenção da sua atividade produtiva, cada vez mais estão buscando o amparo da recuperação judicial, prevista na Lei Federal nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação e de Falências.

Nesse ínterim, a grande polêmica acerca da recuperação dessas empresas, mormente as que participam de licitações, gira entorno da possibilidade ou não de se permitir que as empresas em recuperação judicial licitem com o Poder Público, mediante dispensa da conhecida Certidão Negativa de Falência ou Concordata, prevista no inciso II do art. 31 da Lei de Licitações, em face dos princípios jurídicos e sociais estatuídos no art. 47 da Lei de Recuperação e de Falências.

Nesse contexto, o presente trabalho visa, como objetivo geral, analisar a possibilidade de proceder à dispensa da Certidão Negativa de Falência ou Concordata em favor das empresas cujo objetivo empresarial é atender as demandas públicas, através de licitação, que estão, momentaneamente, em recuperação judicial, devido à crise financeira. Como problema, este trabalho debate: qual a relevância social e a possibilidade jurídica de permitir-se que a empresa em recuperação judicial licite com o Poder Público?

Como hipótese para esse questionamento, o instituto da recuperação judicial, previsto no art. 47 da Lei de Recuperação de Falências, visa à manutenção e à proteção da atividade empresarial, tendo em vista que esta exerce papel fundamental na atual concepção de sociedade, por ser fonte geradora de empregos, de tributos e de novos investimentos locais.

Por isso, justifica-se assegurar a continuidade da atividade empresarial ao ponto de permitir a participação desta nos processos licitatórios, independente de aprovação e homologação do plano de recuperação pelos credores da recuperanda, desde que comprove qualificação financeira suficiente para suportar o ônus contratual decorrente do objeto do edital licitatório.

A realização da pesquisa para o presente trabalho, quanto à abordagem, é qualitativa, a qual, segundo Mezzaroba e Monteiro (2014), aborda diferentes contextos, examinando cada um deles, reinterpretando-os conforme os elementos obtidos na pesquisa, de forma a conduzir a resposta do estudo. No que concerne ao método de pesquisa, no raciocínio desses doutrinadores, com o objetivo de obter a resposta ao estudo, utiliza-se o método dedutivo, segundo o qual parte-se de um prisma geral para argumentos pessoais, com a apresentação de argumentos contidos em doutrinas, legislações, artigos e jurisprudências, referentes, em um

primeiro momento, ao procedimento licitatório e sua sistemática jurídica de funcionamento, passando, na sequência, para o instituto da recuperação judicial e seus pilares e, por último, para a principal discussão objeto do presente trabalho: a possibilidade ou não de a empresa em recuperação judicial participar de licitações, sob o argumento da função social da atividade empresarial.

Diante disso, o primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo será analisar a sistemática jurídica das licitações a partir do procedimento previsto na Lei Federal nº 8.666/1993, especialmente quanto aos princípios gerais e específicos que o norteiam, haja vista constituírem fontes de direito. Tratar-se-á, também, das fases e dos requisitos legais e serem cumpridos pelas empresas licitantes, para que, ao final da licitação, a ganhadora adjudique o objeto do edital e, havendo conveniência pública, firme o respectivo contrato.

No segundo capítulo, será abordado o instituto da recuperação judicial, a partir da Lei Federal nº 11.101/2005, que substituiu a antiga concordata, analisando-se os princípios próprios que o regem (sob a perspectiva doutrinária), assim como os requisitos legais a serem cumpridos pelas empresas que pretendem pleitear a recuperação judicial. Esse capítulo também averiguará as fases da recuperação judicial – desde a postulatória até prolação da sentença de encerramento –, pontuando-se os meios e o plano de recuperação judicial.

Por fim, no terceiro capítulo, serão examinadas as hipóteses de contratação com o Poder Público e suas respectivas exigências, os fundamentos que amparam o pedido de recuperação judicial, mormente quanto à função social da empresa sob a égide do art. 47 da Lei de Recuperação de Falências, no que concerne à manutenção da atividade produtiva, geradora de empregos, renda e impostos. Além disso, estudará a possibilidade de permitir que a empresa em recuperação judicial licite, de fato, com o Poder Público, amparando-se nas últimas decisões proferidas pelos Tribunais, especialmente o Superior Tribunal de Justiça.

2 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

O procedimento licitatório possui ampla relevância no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após o advento da Lei Federal nº 8.666/1993 – Lei de Licitações –, que passou a regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, no que diz respeito às normas e disposições aplicáveis aos contratos entabulados entre a Administração Pública e as empresas licitantes, sejam elas fornecedoras de produtos ou de serviços. Em suma, a Lei de Licitações impõe uma série de exigências às empresas que têm interesse de participar das licitações, garantindo, assim, higidez, transparência e segurança nas contratações.

Consoante magistério de Justen Filho (2014b), as licitações não visam apenas obter uma proposta mais viável para a Administração Pública, tecnicamente e financeiramente falando, mas também promover o desenvolvimento nacional de forma sustentável, gerando economia e renda.

Dessa forma, o objetivo deste capítulo será delinear o conceito de licitação, apresentando os princípios que a norteiam, bem como as fases e os requisitos legais a serem preenchidos pelas empresas licitantes, para que, então, possam licitar com a Administração Pública, *lato sensu*.

2.1 Conceito de licitação

Em uma primeira análise, licitação, segundo Medauar (2011, p. 191), “[...] é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de que vai celebrar contrato com a Administração”. No mesmo sentido, Carvalho Filho (2010, p. 256), define licitação como “[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados [...]”.

Ainda, sobre a conceituação de licitação, Gasparini (2012) assevera que o intuito da realização de um processo licitatório pode estar atrelado a qualquer negócio – lícito – em que a Administração, por qualquer que seja a necessidade, busca a melhor proposta apurada, lançando mão de todos os demais licitantes habilitados naquele certame. Importante frisar que as licitações não se prestam apenas à contratação de produtos e serviços, mas, também, aos atos públicos tidos como a “permissão de uso de um bem público que se quer celebrar” (GASPARINI, 2012, p. 533), por exemplo.

Dessa forma, segundo Alexandrino e Paulo (2013), dentre os participantes do processo licitatório, a Administração Pública deve chamar o vencedor da melhor proposta, – desde que atenda todas as exigências pertinentes –, suficientes ao bom e fiel cumprimento do contrato.

Assim, para Di Pietro (2012, p. 368), “a licitação é um processo integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual”. Vontade essa sempre voltada a entender os interesses públicos, da melhor forma possível.

A partir da definição de licitação, importante adentrar nos princípios que a norteiam, tanto os gerais quanto os específicos, os quais exercem função fundamental no procedimento licitatório, haja vista serem, juntamente com a legislação pertinente, fontes de direito.

2.2 Princípios norteadores da licitação

Os procedimentos licitatórios, assim como os demais atos da Administração Pública, devem sempre observar o disposto na Constituição Federal, na legislação ordinária pertinente e nos princípios que os norteiam. Em outras palavras, todos os atos do Gestor Público, – inclusive aqueles visando à licitação pública –, qualquer que seja a modalidade, devem estar previstos expressamente no texto legal, a teor do princípio da legalidade. Da mesma forma, os particulares, as empresas licitantes (individual ou sociedade empresária) e os terceiros envolvidos no procedimento licitatório, devem respeitar o princípio da legalidade referido, haja vista não ser voltado unicamente à Administração Pública.

Nesse viés, importante referir que às licitações aplicam-se tantos os princípios gerais da Administração Pública, advindos do art. 37 *caput* da Constituição Federal, quanto os específicos (voltados exclusivamente ao procedimento licitatório), cuja previsão legal encontra-se estampada no art. 3º *caput* da Lei de Licitações. Esses princípios possuem grande importância jurídica, ensejando, portanto, necessidade de estrita observância, pois, segundo Justen Filho (2014b, p. 2015), “o ato convocatório da licitação e todos os atos decisórios decorrentes se subordinam a diversos princípios”.

Segundo os ensinamentos de Niebuhr (2011, p. 105):

[...] para os casos em que as regras não conseguem previamente determinar solução adequada, os princípios assumem especial relevância, pois admitem a ponderação em vista das peculiaridades de cada caso, dando-se espaço para se prolatar decisão justa, compatível com os valores da ordem jurídica.

Diante disso, necessário, neste momento, ponderar acerca dos princípios gerais da Administração Pública, – aplicáveis também às licitações –, alhures já mencionado, sucintamente.

2.2.1 Princípios gerais

Inicialmente, importante destacar que, embora tratar-se-á dos princípios gerais, aplicáveis a todos os atos da Administração Pública, estes também são extensivos às licitações de uma maneira geral, sem perder a universalidade; porém, sob a perspectiva do procedimento licitatório.

Nesse passo, toda a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme se extrai do art. 37 *caput* da Constituição Federal, assim expresso:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]

O primeiro dos princípios, o da legalidade, de extrema relevância no procedimento licitatório, não só advém da Constituição Federal, mas também do art. 4º¹ da Lei de Licitações, o qual determina que qualquer certame licitatório deve observar rigorosamente as normas contidas na legislação pertinente e correlata, para o desenvolvimento regular e válido do procedimento

Nesse diapasão, Di Pietro (2012) ensina que qualquer cidadão que se sentir lesado, por justo motivo, com a forma em que o procedimento está sendo conduzido, poderá acionar os meios judiciais cabíveis para resguardar seus interesses. Além do mais, por tratar-se de direito subjetivo, qualquer indivíduo poderá fiscalizar a condução do procedimento, eis que a licitação em si visa à contratação de fornecimento de determinado produto e/ou serviço, por exemplo, cujo aporte financeiro para honrar com o contrato entabulado entre as partes, emana dos cofres públicos; pois assim, segundo o magistério de Gasparini (2012, p. 535) “impede-se o comportamento que não se conforma com o ordenamento jurídico”.

¹ LL/93 “Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, é tolhido na impossibilidade de haver favoritismos ou destaques para uma ou mais empresas licitantes, qualquer que seja; todos devem ser tratados igualmente e com neutralidade, segundo refere Mello (2014). Na contramão deste princípio, nos mais variados meios de notícias, ouve-se falar de impessoalidade dos Gestores Públicos, como ocorreu, por exemplo, em Foz do Iguaçu, nos Estado do Paraná (PREFEITO..., 2016). Esses Gestores facilitam que determinadas empresas vençam certas licitações, em troca de propina, cujos valores são divididos com um ou mais comparsas.

Sobre o princípio da impessoalidade, Araújo (2010, p. 550, grifo do autor) pondera:

É, em resumo, a supremacia do interesse público indisponível sobre o interesse individual, refletindo-se como restrição de vontade pessoal do administrador público sobre sua liberdade de agir, devendo sua atuação ser objetiva, adstrita à lei e ao interesse público, não havendo lugar para atitudes subjetivas, pois o agente não é *dominus*, não é senhor da Administração, mas executor da lei.

Com efeito, esse princípio relaciona-se com a finalidade pública, ou seja, o que deve prevalecer nas licitações – sempre – é o interesse da coletividade. Igualmente, de toda sorte, Di Pietro (2012, p. 68) elucida que “[...] a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas” – na verdade, ninguém pode sair prejudicado, sob pena de afetar gravemente a população, influenciando no estado democrático de direito.

Por seu turno, o princípio da moralidade rege-se, segundo Gasparini (2012, p. 63-64), pelo “[...] conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública; tira-se da boa e útil disciplina da Administração Pública. O ato e a atividade [...] devem obedecer não só à lei, mas à própria moral [...]”. Então, tem-se que qualquer ato do Poder Público – especialmente nas licitações – deve estar subordinado aos bons costumes, às regras sociais e às leis.

Para entender esse princípio, é importante destacar que a moralidade evoca ética que, por sua vez, segundo Ferreira (2005, p. 283) é “o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana [...]. Conjunto de normas e princípios que norteiam a boa conduta do ser humano” – enquanto sociedade.

Nessa esteira, referente à ruptura da moralidade administrativa nas licitações, na visão de Maffini (2013, p. 143) “[...] se for constatada qualquer providência abstrata ou concreta imoral ou ímproba, ela deverá ser invalidada” – o que retoma a necessidade de uma nova licitação, elidindo a irregularidade imoral constada.

Assim, a referida moralidade, nas palavras de Araújo (2010, p. 551, grifo do autor) “[...] não se trata de princípio *jurídico*, e sim da *moral* ou *ética*, que representa um realce aos deveres de probidade e lealdade às instituições por parte do agente público”. A partir do momento em que determinada pessoa ingressa no serviço ou emprego público, esta deve encarar a função como sendo única; deve resguardar os bens e serviços da Administração Pública como se seus fossem, dentro dos padrões esperados pela sociedade, legalmente aceitáveis.

Já o princípio da publicidade esteia-se, segundo Di Pietro (2012, p. 380), “[...] não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados [...]”. Assim, o manifesto princípio estende-se, também, segundo a Doutrinadora, até aos atos praticados pós-contratação, cuja fiscalização pode ocorrer por intermédio do Portal da Transparência aposto no site da respectiva Administração. Segundo Mello (2014, p. 547), “[...] é um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão”.

Nesse ínterim, cabe mencionar que é por intermédio do princípio da publicidade que ocorre a perfectibilização do exercício do princípio da legalidade, no qual se permite ao cidadão, ou a qualquer outro interessado, fiscalizar ou, mesmo, impugnar o procedimento licitatório, conforme outrora já referido.

A Lei de Licitações, em seu artigo 3º, §3º, dispõe acerca da publicidade nas licitações, nos seguintes termos:

Art. 3º [...] § 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Nessa direção, importa referir que a publicidade é um dos mais importantes princípios inserido na Administração Pública e, por consequência, no procedimento

licitatório, porque, sem ele, todos os atos realizados durante o trâmite de determinada licitação pública, por exemplo, seriam imersos em obscuridade. Isso pode gerar ilegalidade e, em consequência, a anulação de tudo que foi praticado até o momento do vício.

Sobre o assunto, Justen Filho (2014b, p. 503) enfatiza que:

A ausência de publicidade somente é admitida quando colocar em risco a satisfação de outros interesses atribuídos ao Estado. Existem contratações que envolvem questões sigilosas. Conduto, o sigilo não pode ser interposto de modo arbitrário e deve ser justificado.

Na mesma esteira, com ressalvas, Meirelles (2014) entende que não pode haver interpretações extensivas *lato sensu* entre conceder publicidade no momento da abertura das propostas das empresas licitantes, com a ocasião em que serão definidos os vencedores; o momento da abertura das propostas, por força de lei, será sempre público, à medida que o julgamento dos vencedores será sigiloso, de forma fundamentada, quando necessário, visando garantir a segurança e a tranquilidade dos julgadores da licitação.

Ao analisar o princípio da publicidade, portanto, é possível extrair das lições de Meirelles (2014) e de Maffini (2013), sob um prisma conjunto, a imprescindibilidade deste ao sucesso do procedimento licitatório, uma vez que influencia na qualidade dos produtos e/ou serviços ofertados, assim como no preço, de maneira indireta, pois quanto mais se publiciza, mais empresas licitantes participam do certame, gerando, por assim dizer, concorrência de mercado, inclusive quantos aos preços.

O último dos princípios gerais da Administração Pública, aplicável por consequência às licitações, é o da eficiência, o qual se traduz no máximo aproveitamento nas atividades administrativas. Igualmente, Gasparini (2012, p. 76) assevera que “o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta ou indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além de, por certo, observar outras regras [...]”.

Dessarte, Justen Filho (2014a) pontua a necessidade de as licitações serem capitaneadas não só pela sistemática jurídica – muitas vezes engessada, mas também pelo prisma econômico, observando, neste último, as melhores ofertas de

produtos e/ou serviços balizados pelo custo benefício (preço x qualidade), dentro dos padrões praticados pelo atual mercado. Não obstante, ainda segundo o doutrinador, o procedimento licitatório também deve ser encarado sob a perspectiva política, limitando a quantidade ao necessário para atender as necessidades públicas, sem exceder o limite orçamentário disponível.

Nesse passo, sobre o melhor aproveitamento dos recursos, Alexandrino e Paulo (2013, p. 207-208) destacam que:

O Administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme essa análise de custos e benefícios correspondentes. Eficiência tem como corolário a boa qualidade.

Portanto, na esteira dos ensinamentos de Alexandrino e Paulo (2013) cabe à Administração Pública, à luz o princípio da eficiência e da primazia do interesse público, visar ao máximo a qualidade do serviço público prestado pela empresa licitante vencedora de determinada licitação, dentro do limite temporal projetado e adequado para o fornecimento de determinado produto ou, ainda, realização daquele serviço, por exemplo. Importante frisar, igualmente, que a Administração Pública faz jus a uma série de mecanismos legais e eficientes aptos a fiscalizar a realização do pactuado contratualmente, dentre esses, o contido no art. 78, inciso I², da Lei de Licitações, e, se necessário, operar a rescisão contratual indireta.

Explicitados os princípios gerais da Administração Pública, importante, nesse momento, situar acerca dos princípios específicos voltados às licitações, os quais, juntamente com a legislação, tornam o procedimento licitatório eficaz, hígido, transparente e claro, assegurando o interesse público ali representado indiretamente.

² LL/ 93 “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;”

2.2.2 Princípios específicos

As licitações, além de serem norteadas pelos princípios gerais aplicados a toda a Administração Pública, em regra, regem-se, também, por princípios específicos, os quais visam à completude e ao aperfeiçoamento do processo licitatório, garantindo que seja realizado corretamente, dentro dos parâmetros previstos em lei. Denota-se que esses princípios encontram-se previstos no art. 3º *caput* da Lei de Licitações, assim exposto:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e 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, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nessa esteira, além dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, decorrentes da própria legislação, a doutrina, em suma, traz também os princípios da: competitividade, adjudicação compulsória e do sigilo na apresentação das propostas; todos se aplicam exclusivamente às licitações.

Sobre as licitações, Alexandrino e Paulo (2013) destacam que se está diante de formalidades intrínsecas no procedimento licitatório, pois os contratos entabulados pela Administração Pública envolvem patrimônio público, no caso, dinheiro.

A formalidade da licitação, segundo Araújo (2010, p. 552), “[...] é, na verdade, uma garantia para os licitantes, destinada exatamente a prevenir eventuais desvios infringentes aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo”.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, advindo do art. 41³ *caput* da Lei de Licitações – tido pela doutrina como um dos mais importantes – consiste na impossibilidade de a Administração Pública ou mesmo a licitante, desvirtuar-se das regras estipuladas no edital de convocação, eis que, segundo

³ LL/93 “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Meirelles (2014, p. 305), “o edital é a lei interna da licitação [...]”, ou seja, cinge as partes envolvidas.

Ainda, segundo Meirelles (2014), depois de fixados os regramentos do edital, este se torna hígido, sem possibilidades de modificação, até o fim daquela determinada licitação.

De outro lado, segundo Gasparini (2012, p. 543, grifo do autor):

Se, em razão do interesse público, alguma alteração for necessária, essa poderá ser promovida através do procedimento de *rerratificação* do ato convocatório, reabrindo-se, por inteiro, o prazo para a entrega dos envelopes 1 e 2 contendo, respectivamente, os documentos de habilitação e proposta.

Cabe lembrar que, caso haja necessidade de alteração do edital, – por motivo justificado e possível –, não haverá necessidade de a Administração Pública informar aos licitantes, pois, em regra, não sofrerão nenhum prejuízo. Porém, segundo Mazza (2016), se faz necessário publicizar as alterações substanciais no certame, se houver, objetivando propiciar aos licitantes que antes não atendiam, mas que agora atendem aos requisitos legais, a participação naquela determinada licitação.

De outra banda, o art. 45⁴ da Lei de Licitações prevê, expressamente, o princípio do julgamento objetivo, o qual veda totalmente a Administração e, por consequência, a Comissão julgadora, que aja com subjetividade, pretendendo que alguma determinada empresa licitante tenha sua proposta escolhida. Assim, esse princípio visa a afastar o lado emocional humano, assim como os sentimentos que esporadicamente atrapalhariam o julgamento.

Nessa esteira, conforme ensina Mello (2014, p. 548, grifo do autor), “a objetividade *absoluta* só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço”. Isso se justifica pelo fato de que determinados certames licitatórios, em regra, dependem da escolha objetiva relativizada, pois de nada adiantaria uma proposta de produto mais em conta, em que não se visualiza a

⁴ LL/93 “Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

mesma qualidade que outra licitante pode oferecer, por preço praticamente idêntico, dentro dos padrões de mercado, por exemplo.

Dessa forma, segundo Araújo (2010, p. 555), “a obrigatoriedade de julgamento objetivo visa a afastar a discricionariedade na escolha das propostas e as ‘cartas marcadas’ impondo à Comissão Julgadora que se atenha aos fatos [...]”.

Essencial ao procedimento licitatório, o princípio da competitividade, por sua vez, na importante lição de Maffini (2013), além de proporcionar à Administração Pública quantidade considerável de empresas (licitantes) que pretendem oferecer seus produtos e/ou serviços – garantindo qualidade a preços atrativos –, gera economia, empregos, riquezas, competitividade. Por consequência, influencia no cenário econômico em que o país está inserido de forma positiva, alavancando a produção de outros produtos, que, muitas vezes, são a matéria-prima (mesmo que indiretamente) para a realização do serviço licitado.

Quanto ao referido princípio, Gasparini (2012, p. 544) anota que “[...] nada, por esse princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entendida, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir a licitação”.

Nessa esteira, na percepção de Alexandrino e Paulo (2013), a competição entre os licitantes, além dos benefícios já referidos, coíbe a manipulação de mercado e, por consequência, dos valores ofertados, resguardando, assim, os interesses da Administração, sob a ótica da primazia do interesse público como um todo, para, então, entabular contrato com a licitante que lhe ofertar a proposta mais vantajosa, após o trâmite regular do procedimento licitatório.

Por seu turno, consoante magistério de Di Pietro (2012), o princípio da adjudicação compulsória, cuja previsão legal encontra guarida no art. 50⁵ da Lei de Licitações, tem como objetivo primordial obstar a Administração Pública de, após encerramento do procedimento licitatório, entregar a outra licitante o cumprimento contratual do objeto daquela licitação. Impede, da mesma forma, que o gestor

⁵ LL/93 “Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”.

público realize nova licitação enquanto perdurar a validade da anteriormente realizada e adjudicada.

Contudo, a doutrina é clara em enfatizar que a adjudicação não garante que a Administração Pública contrate, de fato, com a empresa licitante vencedora, pois:

Mesmo depois da adjudicação, não tem ainda direito ao contrato, o que ocorrerá quando a Administração definir, discricionariamente, que o celebrará (motivos de oportunidade/conveniência, falta ou insuficiência de recursos, ausência de providências preliminares que devem ser tomada para a execução do contrato etc.), ressalvadas, em qualquer caso, as ocorrências de ilegalidade ou de abuso de poder (ARAÚJO, 2010, p. 556).

Assim, conforme aludem Alexandrino e Paulo (2013), não há de se confundir adjudicação do objeto licitatório com a contratação em si. A primeira é tão-somente um ato declaratório que garante ao licitante vencedor o direito de celebrar o contrato, caso a Administração Pública assim o faça (discricionariedade dos atos do Gestor Público: Conveniência x oportunidade), ao passo que a contratação propriamente dita é o ato em que o Gestor público, de fato, assina contrato com a empresa vencedora.

Pautado principalmente na garantia do procedimento licitatório, o princípio do sigilo na apresentação das propostas, previsto na Lei de Licitações, possui o escopo de proteger as empresas licitantes da concorrência desleal, cuja proposta de cada uma é entregue lacrada, só podendo ser aberta no momento da sessão de julgamento dessas pela Comissão responsável.

Sem esse princípio, por exemplo, determinada licitante poderia ver os documentos da outra e, por consequência o preço ofertado, o que certamente faria com que reduzisse o seu valor a um patamar menor que o das demais participantes, objetivando ganhar a licitação, fraudando-a, conforme bem enfatizam Alexandrino e Paulo (2013).

Nesse viés, conforme Araújo (2010, p. 553), “a obrigatoriedade de publicidade dos atos e termos da licitação tem sua exceção básica por razões lógicas e operacionais, e, decorrência do princípio da igualdade entre os licitantes, para que não frustrate o espírito de competição”, como já referido.

Nesse mesma linha, Meirelles (2014) adverte que, se houver a abertura antecipada das propostas antes da sessão pública de julgamento, objetivando visualizar o conteúdo da documentação das empresas participantes, além da sanção criminal prevista no art. 94⁶ da Lei de Licitações, haverá a anulação total daquele procedimento licitatório, sem prejuízo das demais sanções aplicáveis ao caso.

Diante disso, importante analisar as fases do procedimento licitatório, as quais se iniciam com a delimitação do objeto da licitação (fase interna), terminando com a adjudicação e homologação deste em favor da empresa vencedora do certame.

2.3 Fases do procedimento licitatório

A licitação, segundo pondera Justen Filho (2014b), por ser um procedimento complexo, de expressiva relevância no âmbito jurídico-administrativo (que visa à contratação de empresas para prestarem serviços públicos), é dividida em fases distintas e detalhadas, com a finalidade de organizar e eleger, com segurança, igualdade e destreza, – dentro de um processo uniforme –, as empresas aptas a atenderem o interesse público, satisfazendo o objeto do certame. Assim, segundo Di Pietro (2012), o procedimento licitatório está diretamente ligado a uma série de atos e fatos, tanto por parte da Administração Pública quanto pelas empresas licitantes.

Nessa esteira, importante mencionar que nem todas as modalidades de licitação adotam completamente todas as fases do procedimento licitatório, tendo em vista o objeto e a forma a serem realizadas, de acordo com as particularidades de cada contratação. Dentre essas, Alexandrino e Paulo (2013, p. 618) ensinam que “a concorrência é a mais complexa das modalidades de licitação e, por essa razão, é a modalidade que todas as etapas são bem definidas”.

⁶ LL/93 “Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa”.

Partindo dessa premissa, com escopo de abordar com maior clareza todas as fases da licitação, passa-se a analisá-las sob o ângulo da licitação modalidade tipo concorrência, por ser a mais completa de todas.

Inicialmente, cumpre asseverar que o procedimento licitatório se subdivide em duas fases distintas e, ao mesmo tempo, sequenciais: a fase interna e a fase externa.

A fase interna, tida como a mais breve, segundo Maffini (2013), é aquela que abarca, de certa maneira, todos os atos administrativos antes da divulgação do edital de convocação, conforme previsão inserida no art. 38 da Lei de Licitações:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa [...].

Em suma, a fase interna, segundo magistério de Alexandrino e Paulo (2013), de certa forma, consiste no momento em que a Administração Pública, por servidores designados (aptos) para a realização daquela licitação, delimita o objeto a ser licitado (escolhe o que necessita seja-lhe fornecido), assim como elabora o esboço da minuta contratual, contendo todas as informações necessárias, inclusive quanto à previsão orçamentária para aquela contratação. Após, passa-se, então, à segunda fase (denominada externa).

A fase externa, por seu turno, na concepção de Meirelles (2014), é a mais extensa delas. Inicia-se pela publicação do edital convocatório, passando por diversas etapas, até chegar ao fim do procedimento, oportunidade em que o objeto do certame é homologado e adjudicado à empresa vencedora. A fase externa, segundo Alexandrino e Paulo (2013, p. 618), “[...] começa no momento em que se torna pública a licitação”, com o edital. Portanto, é a fase que, de fato, terá a participação efetiva dos licitantes.

Dessa forma, tem-se que a fase externa engloba o edital convocatório, a habilitação dos licitantes, o julgamento e classificação das propostas e, ainda, a homologação e adjudicação da licitação. Diante disso, em virtude da complexidade da fase externa, analisar-se-á cada um dos itens que a compõem, separadamente,

objetivando elucidar com maior clareza todas as etapas, partindo, então, do edital convocatório.

2.3.1 Edital convocatório

A primeira etapa do procedimento licitatório, já na fase externa, é a publicização do edital, no qual a Administração torna pública a realização de determinada licitação. É o instrumento usado por todos os tipos licitatórios, especialmente pela modalidade sob análise (tipo concorrência).

O art. 21 da Lei de Licitações, que regula a publicização do edital dos procedimentos licitatórios, determina a realização deste da seguinte forma:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

Devidamente publicado o edital, com antecedência mínima de 45 dias, conforme determina a Lei de Licitações (nesse caso, para modalidade de licitação tipo concorrência), é importante destacar que as empresas interessadas em licitar com a Administração Pública devem observar rigorosamente todas as regras lá constantes.

Nessa linha, segundo Di Pietro (2012, p. 416), “costuma-se dizer que o edital é a lei da licitação; é preferível dizer que é a lei da licitação e do contrato, pois o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade”.

Diante disso, nesse contexto, Mello (2014, p. 595) ensina que:

O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma, em observação feliz, que é a sua 'lei interna'. [...] A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nelas estabelecidas, das quais não se pode afastar (art. 41).

Por ser considerado o regramento norteador do procedimento licitatório, o edital de convocação, de igual forma, deve obedecer aos parâmetros legais aplicáveis (no caso, o art. 40, também da Lei de Licitações):

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

- I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;
- II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- III - sanções para o caso de inadimplemento;
- IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;
- VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;
- VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;
- IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
- X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;
- XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
- XII - (Vetado).
- XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;
- XIV - condições de pagamento, prevendo [...].

Assim, com a devida publicação do edital, observando-se todas as regras e princípios inseridos na Lei de Licitações e na Constituição Federal, inicia-se a etapa de habilitação das empresas interessadas em participar da licitação pública, conforme se passa a expor detalhadamente.

2.3.2 Habilitação dos licitantes

A segunda etapa do procedimento licitatório, por sua vez, é a habilitação que, segundo Justen Filho (2014b, p. 311), “[...] consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública [...]”. Ou seja, é o momento da entrega de todos os documentos previstos nos incisos I a V do art. 27 da Lei de Licitações à Comissão responsável pela licitação, conforme completa Meirelles (2014).

No tocante aos documentos referidos, Alexandrino e Paulo (2013, p. 626) destacam que “[...] a Lei 8.666/1993 proíbe qualquer exigência supérflua ou desnecessária. Exigências dessa ordem indicariam direcionamento da licitação para favorecer determinadas pessoas, empresas ou grupos”. Nesse sentido, esses doutrinadores ainda asseveram que, para evitar fraudes, equiparando-se as empresas interessadas em licitar, a Lei de Licitações adotou essa rigidez quanto à documentação necessária, pois só assim haverá, de fato, a concorrência entre todas as interessadas.

Após a entrega dos documentos hábeis, os quais serão detalhados pormenorizadamente em momento oportuno, proceder-se-á à apreciação deste (em ato público que poderá ser acompanhado por qualquer interessado), no que concerne à aptidão dos licitantes para atender o objeto do edital, a teor do que preceitua o inciso I do art. 43 da referida legislação:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

A fase de análise da documentação referida, consoante magistério de Araújo (2010, p. 612):

Trata-se de fase procedimental destinada à verificação da aptidão dos concorrentes para participar do certame licitatório, preenchendo as condições mínimas (jurídicas, técnicas, financeiras, econômicas, fiscais) legalmente exigidas pela Administração para a contratação do objeto licitado, examinando-se tais condições, e não o objeto em si.

Realizada a análise dos documentos apresentados, as empresas consideradas inabilitadas, ou seja, as que não atendem aos requisitos legais outrora mencionados, desde que ausente ou denegado o recurso que trata o inciso II⁷ do art. 43 da Lei de Licitações, serão impedidas de participarem das demais etapas do procedimento licitatório, pois foram excluídas do certame Público, conforme explica Meirelles (2014).

Procedidos todos os trâmites referentes à habilitação das empresas licitantes, realiza-se, então, o julgamento e classificação das propostas apresentadas, pois, segundo Maffini (2013), na fase de habilitação, julgam-se somente os licitantes (requisitos legais), não o mérito das propostas.

Nesse aspecto, importante referir acerca do julgamento e da classificação das propostas, as quais merecem atenção e, principalmente, imparcialidade pela Administração Pública, quando da apreciação.

2.3.3 Julgamento e classificação das propostas

A terceira etapa da licitação é o julgamento e a classificação das propostas ofertadas pelos licitantes, como já mencionado. Consoante Gasparini (2012), em data e horário previamente determinados pela Comissão de Licitação, salvo motivo de força maior, em local público, realiza-se, nos termos do art. 43⁸, inciso III, da Lei de Licitações, a abertura dos envelopes daquelas empresas habilitadas, os quais contêm as propostas para a concretização do objeto do edital, oportunidade em que será, de igual modo, verificada a autenticidade de todos os documentos apresentados; a Comissão deverá rubricá-los, na sequência.

⁷ LL/93 “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;”

⁸ LL/93 “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;”

Ainda sobre o julgamento das propostas, esse doutrinado assevera que:

O julgamento formal das propostas e anexos pode acontecer na mesma sessão pública em que foram abertos os envelopes-proposta ou em sessão reservada, da qual só participam os membros da comissão de licitação e, se for o caso, os assessores desse colegiado, sendo suficiente para justificar esse julgamento reservado o grande número de documentos e sua complexidade (GASPARINI, 2012, p. 673).

Devidamente julgadas as propostas apresentadas (inciso V do artigo referido), após a desclassificação das licitantes que não atenderam as condições estipuladas no edital, estabelece-se, então, a classificação das propostas, segundo os valores ofertados, em ordem decrescente.

Nessa esteira, segundo Alexandrino e Paulo (2013), vencerá a empresa licitante que oferecer o menor preço entre todas as demais propostas, desde que em estrita observância às regras contidas no edital convocatório.

Ainda, segundo Araújo (2010, p. 616), “classificar é colocar as propostas em ‘ordem decrescente de vantajosidade’, sendo considerada vencedora a proposta classificada em primeiro lugar”.

Nesse ensejo, vale ressaltar que, diante da análise deste trabalho sob a perspectiva das licitações modalidade concorrência, há três tipos de licitações aplicáveis ao processo licitatório: a de menor preço, a de melhor técnica e a de técnica e preço, previstas, respectivamente, nos incisos I a III⁹ do parágrafo 2º do art. 45 da Lei de Licitações.

A licitação do tipo menor preço, segundo Justen Filho (2008, p. 573) é a “[...] que visa obter a melhor proposta pelo menor custo possível [...]. A Administração Pública tem o dever de buscar o menor desembolso de recurso [...]”. É o mais comum dos tipos licitatórios, eis que sempre foi a escolha mais apropriada ao Ente

⁹ LL/93 “Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço”.

Público, visando sempre ao melhor aproveitamento do dinheiro público (ARAÚJO, 2010).

Por outro lado, o tipo de licitação melhor técnica, nas lições de Di Pietro (2012), será usado restritamente nas hipóteses de serviços especializados, cuja natureza intelectual predomina. Nessa esteira, Justen Filho (2008, p. 579) assevera que “[...] as licitações de técnica são adequadas quando o interesse estatal apenas puder ser atendido por objetos que apresentem a melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-financeiras dos gastos públicos”.

Já a licitação tipo melhor técnica e preço consiste, nas palavras de Araújo (2010, p. 592), “[...] dentre as propostas que apresentem índices satisfatórios de técnica, faz-se a classificação pela média ponderada das propostas técnicas e de preço [...]”. Em suma, haverá um equilíbrio entre a qualidade, preço e rendimento daquela determinada técnica, por exemplo, e, segundo essa doutrina, se o edital de convocação for omissivo quanto ao tipo, preponderará sempre o menor preço.

Di Pietro (2012) refere que o legislador, ao definir os parâmetros para a classificação dos licitantes habilitados, foi prudente ao ponto de adotar, mesmo nas licitações que envolvem melhor técnica, o critério do preço, porque, aí está se falando de verba pública.

Importante destacar que, caso haja empate entre os classificados, – precisamente o primeiro e o segundo lugar –, esgotados os meios previstos no art. 3º, §2º da Lei de Licitações, a Administração Pública, por meio da Comissão da licitação, deverá, rigorosamente, observar a norma contida no parágrafo 1º do art. 45 da mesma lei, assim explícito:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

[...]

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Por opção à adequação do intuito do presente trabalho, não será abordado o tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte, que tratam a Lei Complementar Federal nº 123/2006.

Encerrada a etapa mais delicada do procedimento licitatório – do julgamento e da classificação das propostas –, inicia-se uma nova, a da homologação e adjudicação do objeto do certame à empresa vencedora.

Assim, necessário dissertar acerca do procedimento de homologação da licitação, bem como da adjudicação desta ao vencedor, observando os critérios legais e a discricionariedade dos atos do Gestor Público.

2.3.4 Homologação e adjudicação

A quarta e última etapa do procedimento licitatório é a da adjudicação e homologação do objeto constante no edital do certame em favor da empresa vencedora. A homologação está prevista no art. 49 da Lei de Licitações, assim descrito:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

A homologação, resumidamente, segundo Gasparini (2012) consiste na revisão, pelo Gestor da Administração, da viabilidade da contratação da empresa vencedora do objeto, utilizando-se da discricionariedade (conveniência x oportunidade). Nesse sentido, segundo Maffini (2013, p. 154), homologação “trata-se de fase que funciona como uma espécie de saneamento, não sendo o caso de revogação ou de anulação; será a licitação homologada”.

No mesmo sentido, Di Pietro (2012, p. 426) ensina que:

A homologação equivale à aprovação do procedimento; ela é precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente (indica nas leis de cada unidade da federação), a qual, se verificar algum vício de

ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento, se cabível.

Devidamente homologado o procedimento licitatório, sem qualquer vício de legalidade que venha a anular o procedimento, o gestor público responsável pela licitação adjudicará em favor da empresa vencedora o objeto do contrato.

Segundo Di Pietro (2012, p. 426), “a adjudicação é o ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação. É o ato final do procedimento”.

No entanto, segundo Alexandrino e Paulo (2013), “não se deve confundir a adjudicação com a celebração do contrato. A adjudicação apenas garante ao vencedor que, quando a Administração for celebrar o contrato relativo ao objeto da licitação, o fará com o vencedor”.

Importante referir, nesse contexto, que a adjudicação do objeto do edital licitatório encontra guarida no art. 50 da Lei de Licitações:

Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

Então, segundo Mello (2014), a adjudicação, em regra, é o momento em que a Administração, observadas a conveniência e a oportunidade, convoca a empresa vencedora da licitação para entabular contrato referente objeto previsto no edital.

Assim, esgotada a abordagem sobre o procedimento licitatório, cabe explicitar os requisitos legais a serem cumpridos pela empresa interessada em entabular contrato com a Administração Pública.

2.4. Requisitos para a habilitação

A Lei de Licitações, em seu art. 27, com fito de garantir transparência, higidez e igualdade entre as empresas licitantes, cuidou de estabelecer, rigorosamente, os únicos documentos que podem ser solicitados das participantes, quando da

habilitação em determinada licitação. Segundo Alexandrino e Paulo (2013, p. 626), “a lei não admite que nada além do que nela está previsto será exigido”. Prevê o referido dispositivo legal:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
I – habilitação jurídica;
II – qualificação técnica;
III – qualificação econômico-financeira;
IV – regularidade fiscal e trabalhista;
V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7^a da Constituição Federal.

Assim, denota-se que os documentos exigidos pela Administração são os relativos à: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e o cumprimento do disposto na Constituição federal (inciso XXXIII, do art. 7º).

O primeiro dos requisitos exigidos para licitar são os referentes à habilitação jurídica, os quais se encontram previstos, claramente, no art. 28 do mesmo diploma legal, assim definido:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:
I - cédula de identidade;
II - registro comercial, no caso de empresa individual;
III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Consoante Araújo (2010, p. 613), a documentação jurídica “[...] se destina a comprovar que o licitante detém personalidade jurídica, e é capaz de direitos e obrigações, portanto em condições de manifestar juridicamente sua vontade e contratar com a Administração”.

Por sua vez, o segundo requisito para licitar, a qualificação técnica, segundo leciona Justen Filho (2014a), consiste nos requisitos profissionais a serem comprovados pela empresa licitante. Por exemplo, se o procedimento tem por objeto

a reparação de uma determinada ponte, a empresa licitante deverá demonstrar que detém profissionais aptos para a realização desse tipo de obra.

O art. 30 da Lei de Licitações regulamenta, especificadamente, quais são os documentos relativos à habilitação técnica a serem apresentados pela empresa que pretende licitar com a Administração Pública.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Já o terceiro requisito a ser cumprido refere-se aos documentos exigidos pelo art. 31 da também Lei de Licitações, dentre os quais, no inciso II, está a Certidão Negativa de Falência ou Concordata, que será o objeto central deste estudo, no que concerne sua dispensa, em face dos princípios empresariais da manutenção da empresa, que serão tratados pormenorizadamente nos capítulos três e quatro. Nessa linha, importante transcrever o dispositivo mencionado:

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

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

II - Certidão Negativa de Falência ou Concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

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

Relativo à qualificação econômico-financeira, Meirelles (2014, p. 335-336) sinaliza que “o essencial é que a Administração não estabeleça exigências descabidas na espécie, nem fixe mínimos de idoneidade financeira desproporcional ao objeto do certame, a fim de não afastar os interessados [...]”.

No mesmo sentido, Gasparini (2012, p. 671) ensina que “o exigido do proponente, nesse particular, há de corresponder ao vulto e à complexidade do objeto desejado pela Administração Pública licitante”.

Por fim, o quarto requisito a ser cumprido, para que as empresas possam licitar com a Administração Pública, é aquele contemplado no art. 29 da legislação correlata, ou seja, são os documentos referentes à regularidade fiscal e trabalhista:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:
I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;
V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Nesse sentido, Meirelles (2014, p. 336) destaca que “a regularidade trabalhista consiste na prova da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, e é feita perante a apresentação de certidão negativa”. Não obstante, da mesma forma que a regularidade trabalhista é comprovada mediante certidão negativa da Justiça do Trabalho, a fiscal adota a mesma sistemática, só que mediante a apresentação da certidão negativa conjunta (federal), bem como das certidões estadual e municipal.

O último dos requisitos a ser cumprido pela empresa que pretende licitar com a Administração Pública é o disposto no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, assim expresso:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
[...]
XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Nesse sentido, vale destacar que o disposto constitucional é claro ao ponto de dispensar outras explicações, senão que as empresas que pretendem participar de licitações públicas, devem banir, totalmente, de seus quadros funcionais qualquer menor aprendiz em situação irregular. O que o artigo constitucional pretende, mesmo que indiretamente, é barrar o trabalho realizado por menos de 18 anos, haja vista que o lugar destes é na escola, estudando.

Esgotadas as premissas relativas ao procedimento licitatório, faz-se necessário, para alcançar o escopo deste estudo, discutir aspectos da recuperação judicial, especialmente o objetivo principal desse procedimento, o qual será mais bem abordado no próximo capítulo.

3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Advinda após a promulgação da Lei Federal nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação e de Falências, em substituição à antiga concordata, até então regulamentada pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, a recuperação judicial surgiu no ordenamento jurídico com o objetivo de, antes de decretar a falência de uma empresa, promover, de todas as formas possíveis, dentro dos limites legais, a recuperação desta, resguardando, assim, a sua função social, geradora de empregos e de economia. Em resumo, o art. 47 da Lei de Recuperação e de Falências assevera que o propósito do instituto da recuperação é viabilizar a superação da situação da crise econômico-financeira do devedor (empresa).

Segundo Faver (2014), o intuito de resguardar a unidade produtiva está ligado à ideia de sociedade (pessoas), pois, na medida em que se garante a atividade empresarial, mais desenvolvida economicamente e socialmente se tornam aquelas pessoas que a empresa abrange, mesmo que indiretamente, diante das oportunidades de crescimento profissional e social oferecidas.

Dessa forma, o objetivo deste capítulo será apresentar o conceito de recuperação judicial, delineando os princípios que a guiam, assim como os requisitos legais a serem cumpridos pelas empresas que pretendem usufruir desse instituto. Na sequência, serão analisadas as fases do procedimento (modalidade judicial), chegando, então, ao plano e aos meios de recuperação judicial.

3.1 Conceito de recuperação judicial

Em suma, de acordo com Faver (2014, p. 12), “a recuperação seria um negócio jurídico sob a supervisão do Poder Judiciário, aproximando o instituto da natureza contratual”. Ainda, segundo o mesmo Doutrinador, a perspectiva contratual se destaca das demais, tendo em vista que a recuperação judicial é uma espécie de acordo amplo entre a devedora (empresa) e os credores, quaisquer que sejam, desde que a maioria destes concorde com o plano de recuperação apresentado pela empresa. É, portanto, matéria de cunho processual.

No entanto, importante frisar que, segundo ressalta Coelho (2016), de forma alguma se pode confundir a recuperação judicial com uma substituição à iniciativa privada, ou seja, não tem como objetivo invadir a seara privada, criando novos contratos e negócios, mas sim prestar auxílio àquela empresa que está em uma situação econômica fragilizada, desde que sua recuperação tenha viabilidade. Nessa linha, Gonçalves e Gonçalves (2007, p. 47) destacam que “o devedor deverá demonstrar capacidade real de recuperação, caso contrário terá sua falência decretada”.

Dessa forma, conforme outrora já aludido, a recuperação judicial, segundo Gomes (2013, p. 384):

[...] pode ser definida com o acordo judicial realizado entre o devedor (empresário, empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade empresária) e seus credores, com vistas à recuperação da atividade empresarial em crise e ao pagamento do passivo submetido aos seus efeitos.

Dessarte, acerca do conceito de recuperação judicial, Mamede (2014, p. 123, grifo do autor) pontua que “[...] a empresa (*a fonte produtora*) não se confunde com empresário ou sociedade empresária. Os interesses do empresário ou da sociedade empresária devedora não estão sequer contemplados pelo art. 47 da Lei 11.101/05”.

Assim, neste momento, cabe mencionar acerca dos princípios que norteiam a recuperação judicial, os quais devem ser observados juntamente com a legislação para que o procedimento recuperatório tenha êxito, especialmente porque estão

previstos na própria Lei de Recuperação e de Falências, mesmo que algumas vezes indiretamente.

3.2 Princípios da recuperação judicial

Em todos os ramos do direito existem princípios basilares a serem seguidos; no direito empresarial e, especialmente no instituto da recuperação judicial, não é diferente. Por ser um procedimento responsável por salvaguardar a unidade produtiva, através de sua manutenção e função social constitucional, a recuperação judicial, segundo Fazzio Júnior (2005), é orientada por princípios específicos – alguns previstos em lei, outros emanados da própria doutrina –, os quais amparam juridicamente e socialmente esse instituto, em simetria com a Lei de Recuperação e de Falências.

Entre os princípios existentes, como instituto de atender o objetivo do presente estudo, extrai-se, como sendo os principais, os seguintes prismas: o princípio da preservação da empresa, da participação ativa dos credores, da maximização dos ativos, do *par conditio creditorum* (igualdade no tratamento dos credores) e, por último, o princípio da publicidade dos procedimentos.

O primeiro desses princípios, o da preservação da empresa, o mais importante de todos, objetiva, segundo ensina Faver (2014, p. 7) “[...] preservar aquela atividade econômica organizada (denominada como empresa) em detrimento de ação de credores intolerantes e egocêntricos”. Nesse ensejo, esse princípio é de tamanha relevância ao procedimento de recuperação, que a Lei de Recuperação e de Falências, em seu art. 47, cuidou de prevê-lo expressamente, nos seguintes termos:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Igualmente, sob a perspectiva de Francelino de Araújo (2009), a falência da empresa é o desastre dos negócios, casos em que há a possibilidade da

manutenção da fonte produtiva, e lhe é negado tão benesse, em total desacordo com o princípio da preservação da empresa.

Já o princípio da participação ativa dos credores, segundo leciona Barufaldi (2017), apresenta a ideia da efetiva participação dos credores da recuperanda em todo o processo de recuperação, podendo utilizar-se de diversas medidas para proteger-se e exigir crédito, atingindo o ponto máximo, segundo esse doutrinador, “[...] quando da deliberação acerca do plano de recuperação em assembleia [...]” (BARUFALDI, 2017, p. 86).

Assim, vale ressaltar que o princípio da participação ativa dos credores encontra guarida legal no art. 35¹⁰, inciso I, alínea “f”, da lei de Recuperação e de Falências, mencionada anteriormente, obstando, por conta disso, que a empresa devedora, após a aprovação do plano de recuperação, venha a desistir do prosseguimento daquela atividade – o que prejudicaria todos os credores envolvidos naquele procedimento, conforme ensina Negrão (2010).

Já o princípio da maximização dos ativos consiste, segundo lições de Faver (2014, p. 10), em “[...] evitar a deterioração dos ativos do falido [ou da recuperanda], provocada pela lentidão do processo e a estagnação das atividades”. Ou seja, se houver bens perecíveis no âmbito dos estabelecimentos da recuperanda, necessário proceder à imediata venda destes, evitando, assim, prejuízos financeiros que podem levar a promissora recuperação empresarial ao desastre, ocasionando, por corolário disso, a falência da empresa recuperanda.

Porém, para que a maximização dos ativos tenha êxito, é necessária a previsão de expansão ao máximo desses valores no plano de recuperação, ou seja, na esteira de raciocínio de Fazzio Júnior (2005), a maximização dos ativos deve ser tratada como uma meta, e não, necessariamente, como consequência de reestruturação financeira.

¹⁰ Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

[...]

f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;

De outra banda, o princípio do *par conditio creditorum*, em tradução literal, igualdade no tratamento dos credores, norteia-se em inserir todos esses em um único patamar frente à empresa recuperanda, prestigiando, assim, o princípio da igualdade constante no direito constitucional, exigindo, por corolário disso, que os pagamentos sejam realizados uniformemente pela devedora (BARUFALDI, 2017).

Ainda, segundo a importante lição desse mesmo doutrinador:

A igualdade na recuperação é a certeza de que nenhum credor e nenhuma classe de credores serão escolhidos pelo devedor ou pelo Estado para suportar, por meio da restrição de seus direitos (propriedade e liberdade), qualquer ônus em favor da recuperação do devedor, da preservação da empresa ou dos demais credores, além das restrições já estabelecidas pelo legislador em consonância com a Constituição (BARUFALDI, 2017, p. 95).

Nesse viés, Faver (2014) pondera que os valores pertencentes a cada credor devem, obrigatoriamente, observar a categoria que lhe foi atribuída, ou seja, a natureza do crédito lhes garantirá receber primeiro que aqueles credores que estão em outras classes, como, por exemplo, a quirografária.

Ao fim, o último dos princípios fundamentais que norteiam o procedimento de recuperação judicial, o da publicidade dos procedimentos, esteia-se, conforme destaca Barufaldi (2017), em manter-se uma conduta colaborativa entre a empresa em recuperação judicial e os credores, transmitindo-lhes segurança e transparência quanto aos últimos acontecimentos e decisões acertadas para a recuperanda.

Dessa forma, para que esse princípio se perfectibilize, consoante magistério de Fazzio Júnior (2005, p. 34), “é desejável a ampla participação dos credores e dos seguimentos integrantes da empresa insolvente, em todas as etapas procedimentais”.

Diante disso, encerrado o debate acerca dos principais princípios aplicáveis, exclusivamente ao procedimento licitatório, cabe, neste momento, ponderar acerca dos requisitos legais a serem cumpridos para que o pedido de recuperação judicial tenha êxito.

3.3 Requisitos legais para a recuperação judicial

Além da observância aos princípios que norteiam a recuperação judicial, as empresas que pretendem usufruir deste instituto, com o objetivo de assegurar a continuidade da unidade produtiva (empresa), gerando, por consequência, economia e desenvolvimento social, deverão observar, segundo Gomes (2013, p. 385), que “o pedido de recuperação judicial encontra-se sujeito aos [...] requisitos legais de admissibilidade, previstos no art. 48”.¹¹

Esses requisitos legais, constantes nos incisos I a IV do artigo referido, resumem-se, respectivamente em: a) não ser falido e, se foi, estejam extintas suas obrigações e responsabilidades; b) não ter a empresa, nos últimos cinco anos, se beneficiado com a recuperação judicial; c) não ter sido beneficiado, nos últimos cinco anos, com a recuperação judicial diferenciada constante no art. 70 da Lei de Recuperação e de Falências; d) não ter sido condenado o empresário ou os sócios administradores da empresa que pretenda requerer recuperação, por qualquer dos crimes previstos na legislação mencionada.

O primeiro desses requisitos, previsto no inciso I, refere-se à exigência de o empresário que requerer a recuperação de sua fonte produtiva, ou seja, da empresa não ter falido. Se já falido, segundo preceitua Negrão (2010), que tenham sido declaradas extintas todas as obrigações decorrentes daquele processo falimentar, bem como suas responsabilidades, por sentença judicial transitada em julgado.

O segundo requisito a ser cumprido, cumulativamente com os demais – aliás todos devem ser atendidos conjuntamente –, conforme inciso II do também artigo 48, impõe à empresa que pretende salvaguardar a unidade produtiva o ônus de não

¹¹ LRF/05 “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

ter se beneficiado desse requisito há menos de cinco anos da atual pretensão. Aliás, Coelho (2016, p. 173) enfatiza que não preenchido esse espaço temporal para a pretensão de nova recuperação “não teria [assim] havido tempo suficiente para configurar-se a contribuição daquela atividade como significativa a ponto de merecer o sacrifício derivado de qualquer recuperação judicial”. Dessarte, a recuperação judicial é medida excepcional, por isso merece cautela, notadamente quanto à quantidade de requerimentos nesse sentido, segundo ensina Barufaldi (2017).

O terceiro requisito, segundo refere o inciso III do art. 48, cuida de pedido de recuperação especial, previsto no art. 70 da legislação correlata. Ou seja, especialmente desenvolvido às microempresas e as de pequeno porte, segundo se extrai, indiretamente, da doutrina de Faver (2014).

O último dos requisitos legais (inciso IV), diz respeito à necessidade da ausência de condenação, do sócio controlador ou administrador, da empresa que pretende pleitear a recuperação judicial, que não tenha sido condenado por crime qualquer dos crimes previstos na Lei Federal nº 11.101/2005. Nessa linha, Ramos (2009, p. 689) pondera que “a regra é clara ao afirmar que o óbice legal só incide se o condenado era administrador ou controlador da sociedade”.

Nesse passo, há de serem observados, também, os legitimados a requerer a recuperação judicial (legitimidade ativa), assim como aqueles que a suportarão (legitimidade passiva). A legitimidade ativa para o requerimento da recuperação judicial, via de regra, é do devedor, conforme previsão do parágrafo 1º¹² do art. 47 da Lei de Recuperação Judicial e de Falências, observando, segundo leciona Faver (2014, p. 15), que “excluídos de requerer a recuperação judicial estão aqueles que exercem atividade econômica, porém que não podem ser considerados empresários, por preencherem os requisitos previstos no art. 966 do Código Civil”.

A recuperação judicial, excepcionalmente, conforme emerge-se do parágrafo mencionado anteriormente, pode ser formulada pelos legitimados ativos que são o cônjuge sobrevivente, o inventariante dos bens do falecido sócio, bem como os

¹² [...]

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

herdeiros de devedor, se este for empresário individual (Microempresa Individual ou Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI), na esteira de Gonçalves e Gonçalves (2007). Da mesma forma, se for sociedade empresária, segundo Coelho (2016), a recuperação poderá ser requerida pelo(s) sócio(s) remanescente(s), após reunião em assembleia com os demais, se a sociedade for formada por mais de dois empresários.

Nesse ponto, vale aludir à possibilidade de a recuperação judicial ser requerida em litisconsórcio ativo, mesmo que não previsto em lei, desde que seja devidamente comprovada a necessidade de tal formulação, como, por exemplo, no caso em que vários sócios compõem a sociedade empresarial (BARUFALDI, 2017). Acompanhando esse raciocínio, Coelho (2016, p. 176) debate que “[...] tem sido admitido o litisconsórcio ativo [nesse procedimento], desde que as sociedades empresárias requerentes integrem o mesmo grupo econômico [...], e atendam [...] todos os requisitos legais de acesso à medida judicial”.

Por outro lado, a legitimidade passiva para suportar o procedimento de recuperação judicial envolve o coletivo de credores do recuperando, excepcionando, segundo Faver (2014), os créditos fiscais oriundos de dívidas com a União, Estados e Municípios, por expressa previsão do art. 6º, §7º, da Lei de Recuperação de Falências. Em virtude disso, há, então, o coletivo de credores, mas não a universalidade destes, frente às exceções que não podem ser abarcadas pela recuperação judicial. As exceções de credores que não são abrangidos pela recuperação judicial – no caso, as exceções –, são aquelas previstas no parágrafo 3º do art. 49 da Lei de Recuperação e de Falências. Nessa senda, prevê o referido diploma legal:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de

domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.
[...]

Entre as exceções previstas nos parágrafos do art. 49, a contida no terceiro parágrafo merece destaque, pois refere-se à de venda e bens móveis e imóveis com garantia real à recuperanda, razão pela qual não se submetem ao sobrestamento do processo de recuperação, eis que, na lição de Mamede (2014, p. 135), “[...] prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação [...]”.

Partindo desse viés, o pedido de recuperação judicial deve ser requerido em estrita observância aos requisitos legais elencados nos artigos antecedentes, comprovando-os com documentos hábeis, através de petição inicial subscrita por advogado habilitado, a qual deverá, também, observar rigorosamente o art. 51 do mesmo diploma legal:

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de resultados acumulados;

c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;
 IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

Na mesma linha, quanto aos documentos que devem instruir a petição inicial, Faver (2014, p. 91) pontua adequadamente que:

Alguns documentos exigidos no art. 51 da LRFE merecem uma atenção especial, devidos aos efeitos que podem gerar até mesmo em eventual investigação feito pelo Ministério Público. Devem ser anexadas as demonstrações contábeis dos três últimos exercícios sociais, a fim de se chegar o mais próximo da espécie de crise que ataca o empresário e da realidade das operações até então realizadas. Além das demonstrações ordinárias, exigem-se alguns documentos especiais levantados para o ajuizamento da ação, quais sejam:

- (a) o balanço patrimonial;
- (b) demonstração de resultados acumulados;
- (c) demonstração de resultado desde o último exercício;
- (d) relatório gerencial de fluxo de caixa e sua projeção.

Nessa toada, Mamede (2012) esclarece que, após iniciado o processo de recuperação judicial, com a devida aprovação do plano de recuperação, não há mais a possibilidade de exigir da empresa recuperanda obrigações, quaisquer que sejam, até mesmo as gratuitas, limitando-se às previsões de pagamento e cumprimentos obrigacionais relacionados no referido plano.

No entanto, quanto ao cumprimento das obrigações assumidas fora do período sujeito à recuperação judicial, Faver (2014, p. 76) pondera que

[...] as novas obrigações assumidas pela empresa em recuperação, por obviedade temporal e negocial, não estarão abrangidas pelos alcances e efeitos da recuperação judicial. Então, os novos contratos e obrigações assumidos pela empresa em recuperação judicial, mesmo que com o objetivo de auxiliar esta a superar a crise, não estarão incluídos no coletivo de devedores; portanto, não serão, de forma alguma, legitimados passivos.

Expostos os requisitos legais necessários a serem observados pelas empresas que pretendem requerer a recuperação judicial, assim como os legitimados a suportar o procedimento, caso o plano seja aprovado pelos credores, importante, neste momento, referir acerca das fases da recuperação judicial.

3.4 Fases do procedimento de recuperação judicial

O procedimento de recuperação judicial, por visar à manutenção da atividade empresarial, e, muitas vezes, cuidar de um voluptuoso conteúdo econômico de relevante complexidade, consoante magistério de Barufaldi (2017), é dividido em três fases sequenciais e conexas, para que a recuperação funcione perfeitamente e, ao final, tenha êxito. São elas: fase postulatória, deliberativa e, por fim, a fase executória.

Importante destacar que, por haver modalidades especiais de recuperação judicial concedida àquelas micro e pequenas empresas que tratam a Lei de Recuperação e de Falência, passa-se à análise das fases do procedimento de recuperação judicial pelo rito ordinário, ou seja, pela modalidade comum à maioria das empresas.

A primeira das fases da recuperação judicial, a postulatória, inicia-se com o deferimento da petição judicial pelo juiz, conforme preconiza o art. 52 da Lei de Recuperação e de Falência e, segundo Gomes (2013, p. 395), “tem início com o protocolo, pelo devedor, de sua petição inicial, observando a regra de competência definida pelo art. 3º [...]”, segundo o qual:

Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Nessa direção, além da competência territorial para o processamento da recuperação judicial, a devedora (empresa) que pretende se recuperar deverá observar os requisitos legais para o deferimento do pedido de recuperação, muito especialmente aqueles elencados no art. 51 da legislação já referida.

Ainda, importante frisar que o advogado da devedora deverá descrever minuciosamente os fundamentos de direito que embasam o pedido de recuperação judicial e, segundo Vigil Neto (2008, p. 161), “no exercício deste direito de ação recuperatória, a empresa em dificuldades, através de seu advogado, que deverá ter

recebido poderes específicos para esta situação, irá descrever a situação de crise econômica e/ou financeira (fatos)”.

Sobre a primeira fase do procedimento de recuperação judicial, necessário mencionar também que, com relação aos documentos necessários para o ajuizamento da ação recuperatória, alhures mencionados, nas lições de Mamede (2014), na ausência ou na incompletude de qualquer documento necessário ao deferimento do pedido de recuperação judicial, o juiz poderá, por ser a forma mais adequada, intimar a empresa para emendar à inicial, colacionando, assim, os documentos faltantes, a teor do que dispõe o princípio da instrumentalidade das formas. Estando completa a petição inicial, com todos os documentos indispensáveis para a propositura da ação, nos termos do art. 52 *caput*¹³ da Lei de Recuperação de Falências, o juiz deferirá o processamento da exordial, advertindo os credores, através de editais, do prazo para apresentarem objeções e/ou habilitarem seus créditos no processo de recuperação judicial.

Contudo, segundo Vigil Neto (2008), o fato de a petição de recuperação ter sido deferida, por si só, não significa que futuramente o Juiz irá autorizar, de fato, a recuperação judicial. Significa a autorização judicial para a tramitação do processo.

Na sequência, nessa mesma fase, haverá a nomeação do Administrador judicial à empresa em recuperação, assim como dispensará, nos termos do inciso II¹⁴ do art. 52 da legislação supra, a apresentação das certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios – dispensa este objeto central do presente trabalho de conclusão. No mesmo ato, ordenará a

¹³ LRF/05 “Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato [...]”:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento”.

suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as exceções previstas na Lei de Recuperação e de Falências.

Por seu turno, a segunda fase do procedimento de recuperação judicial, denominada fase deliberatória, ocorre após o deferimento da petição inicial, ou seja, inicia-se após a previsão constante no art. 52 da Lei de Recuperação e de Falências (fase postulatória), e vai até o momento estampado no art. 58 dessa mesma legislação. A partir daí, o devedor (empresa) possui 60 (sessenta) dias, não prorrogáveis, para apresentar o plano de recuperação judicial, o qual indicará, detalhadamente, os meios de recuperação judicial a serem utilizados, a demonstração de viabilidade econômica de recuperação e, ainda, o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, firmado por profissional apto, a rigor do art. 53¹⁵ e incisos da Lei de Recuperação e de Falências.

Partindo desse viés, conforme os ensinamentos de Coelho (2016, p. 227):

Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa, se reestruturar e superar a crise em que mergulhara. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente, a toda a sociedade brasileira. Mas se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização.

Dessa forma, quanto ao plano de recuperação judicial, importante destacar que – havendo qualquer objeção a este, independente do tipo do valor do crédito, o juiz, na forma do art. 56 da Lei de Recuperação e Falências, determinará a convocação da assembleia-geral de credores – para que deliberem quanto ao plano apresentado. Nessa linha, Fazzio Júnior (2008, p. 213) pondera que “a aprovação do plano de recuperação judicial deve ocorrer em todas as classes de credores”.

¹⁵ Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;
II – demonstração de sua viabilidade econômica; e
III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Ainda, segundo o mesmo autor, se os credores aprovarem o plano de recuperação, o juiz concederá a recuperação judicial. E, se houver reprovação do plano, excetuadas as hipóteses do art. 58, §1º, incisos I, II, e III, da Lei de Recuperação e de Falências, nos termos do parágrafo 4º do art. 56 da legislação aludida, o juiz decretará a falência da empresa.

Por sua vez, a terceira etapa da recuperação judicial – a fase executória –, começa a partir das disposições do art. 58 da Lei de Recuperação de Falências e vai até a sentença de encerramento da recuperação (art. 63 da legislação supra), tida como a fase mais longa do processo de recuperação judicial. Inicia-se com o deferimento do plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, momento em que, segundo Gomes (2013, p. 400), “[...] o devedor terá de apresentar certidões negativas de débito tributário (art. 57), de modo que, cumpridas as exigências legais, o juiz concederá a recuperação judicial, conforme o artigo 55” – da Lei de Recuperação e de Falências.

Quanto às certidões negativas de débitos tributários, Tomazette (2014, p. 95) ao analisar a matéria, esclarece que manter a exigência de apresentação dessas é:

[...] inviabilizar a continuação e, conseqüentemente, a recuperação da empresa. Portanto, nada mais óbvio do que determinar essa dispensa desde a decisão de processamento, permitindo, por exemplo, que o devedor aliene imóveis se apresentar certidões negativas de débitos tributários.

Nesse contexto, nos termos do art. 69¹⁶ da Lei de Recuperação e de Falências, como forma de resguardar os interesses da recuperanda, bem como credores futuros, os quais não estão abrangidos pela recuperação judicial, o nome da empresa passará a conter, ao final, a expressão “em Recuperação Judicial”, registrando-se no Órgão competente (Junta Comercial ou Registro Civil das Pessoas Jurídicas).

Por outro lado, durante o curso do processo de recuperação judicial, já na terceira fase, na qual se está, em tese, cumprindo o plano de recuperação, os

¹⁶ LRF/05 “Art. 69. Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão “em Recuperação Judicial”.
Parágrafo único. O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente”.

administradores da empresa recuperanda permanecerão conduzindo as atividades empresariais, sob relevante fiscalização do Comitê de Credores, quando houver, assim como do Administrador Judicial, que terá que prestar contas das atividades desenvolvidas nos autos do processo recuperatório. Porém, em havendo a necessidade da destituição dos Administradores da empresa de seu cargo, por qualquer dos motivos previstos no art. 64 da legislação correlata, Gomes (2013, p. 402) enfatiza que:

Verificada qualquer das hipóteses de afastamento do devedor [...], o juiz convocará a [assembleia-geral] de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor. Nos termos do art. 65, aplicam-se ao gestor judicial, no que couberem, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial.

Dessa forma, o art. 64 dessa legislação mencionada dispõe que:

Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles:

I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente;

II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei;

III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores;

IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas:

a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial;

b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular;

d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do **caput** do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial;

V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê;

VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do **caput** deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

Assim, em havendo o cumprimento das obrigações determinadas pelo art. 61 dessa legislação, será prolatada a sentença de encerramento da recuperação judicial, determinando, conjuntamente, as disposições do art. 63 da Lei de Recuperação e de Falências, segundo o qual:

Art. 63. Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no caput do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará:

I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do caput deste artigo;

II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas;

III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor;

IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial;

V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

Ao fim, segundo Mamede (2012, p. 459),

[...] após o decurso de dois anos, contados da decisão concessiva da recuperação judicial, havendo o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, o credor procederá à execução específica ou a falência do devedor (empresário ou sociedade empresária).

Diante disso, importante ponderar acerca do plano e dos meios de recuperação judicial, os quais são – sem sombra de dúvidas – os principais elementos tendentes a deferir ou não a recuperação judicial, pois, se forem mal elaborados (pensados erroneamente), não merecerão guarida, o que, por si só, convolará o pedido de manutenção da fonte produtiva em falência.

3.5 Plano e os meios de recuperação judicial

Tido como o mais importante dos elementos constantes em todo o processo de recuperação judicial, o plano de recuperação, segundo ensina Ochoa e Weinmann (2006), juntamente com um dos meios de recuperação judicial previsto nos incisos do art. 50 da Lei de Recuperação e de Falências (rol não exaustivo), definirá todo o futuro do procedimento de recuperação da devedora, tendo em vista que, se o plano e os meios escolhidos forem inadequados ou, mesmo, ineficientes, a empresa não logrará êxito e, por consequência, fará com que os credores optem por converter a recuperação em falência, prejudicando, assim, a empresa e toda a sociedade que dela depende.

Cabe, dessa forma, transcrever o disposto nos incisos do artigo mencionado, elucidando adequadamente os meios de recuperação:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

Em suma, segundo Gomes (2013, p. 388), o “referido plano deve apresentar instrumentos ou meios jurídico-econômicos de recuperação de empresa”. No mesmo íterim, sobre o plano da recuperação, Negrão (2010, p. 247) afirma que “a análise da melhor opção deverá considerar a verdadeira causa da situação da empresa, indicando o remédio jurídico adequado. O exame dessa coerência é matéria de mérito a ser submetida à assembleia geral de credores”. Em outras palavras, o plano de recuperação judicial elaborado com cautela e atenção, na maioria das vezes, consegue perfectibilizar a manutenção da empresa, ou seja, recuperá-la com êxito.

Nesse aspecto, Gonçalves e Gonçalves (2007) enfatizam que o plano de recuperação, após sua aprovação, implica, obrigatoriamente, a novação daqueles créditos submetidos à recuperação judicial, sem alteração das garantias concedidas àqueles credores, ou ainda, se necessário, poderão ser substituídas por novas garantias, sem qualquer prejuízo aos credores, conforme prevê o art. 59 da Lei de recuperação e de falências.

Assim, não há escassez de possibilidades de recuperação judicial em favor do devedor, mas sim a inviabilidade de se recuperar determinada empresa. De fato, segundo Mamede (2014, pág. 162), “[...] a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores pode concretizar-se pelas formas mais diversas”. Ainda, segundo discorre o doutrinador, “[...] é preciso competência e criatividade, além de compreensão mútua, para que o plano de recuperação seja adequadamente composto, aprovado e implementado, atendendo aos múltiplos direitos e interesses envolvidos”.

Dessa forma, em brilhante análise, Coelho (2016, p. 230) explica:

A consistência do plano de recuperação judicial é essencial para o sucesso da reorganização da empresa em crise. Só se justifica o sacrifício imediato de interesses de credores e, em larga medida, da sociedade brasileira como um todo, derivado da recuperação judicial, se o Plano aprovado pela assembleia de Credores for consistente. Se ele vai funcionar ou não, é outro problema.

Encerradas todas as asserções concernentes à recuperação judicial, necessário, neste momento, a fim de perfectibilizar o presente trabalho, debater os aspectos relativos à (im)possibilidade de a empresa em recuperação judicial licitar com o Poder Público, enfoque primordial e principal, que será abordado no capítulo seguinte.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL LICITAR COM O PODER PÚBLICO

Imprescindível para o desenvolvimento socioeconômico local e, muitas vezes, nacional, a atividade empresarial está cada vez mais em constante crescimento. Isso impulsiona o mercado de trabalho, diante dos inúmeros incentivos governamentais, os quais geram renda para o empresário e para as pessoas que estão direta ou indiretamente envolvidas naquela determinada atividade, inclusive os serviços terceirizados. Dentre essas empresas, há aquelas que se dedicam, parcialmente ou totalmente, à realização de atividades voltadas ao atendimento das demandas da Administração Pública, – mediante a entabulação de contrato de prestação de serviços com contraprestação pecuniária, precedida de regular processo licitatório –, previsto, como regra, na Lei Federal nº 8.666/1993 – Lei de Licitações.

Porém, devido à crise econômico-financeira que vem assolando o país nos últimos anos, com reflexos em nível global, segundo dados da Junta Comercial (RIO GRANDE DO SUL, 2016), dos anos de 2015 e 2016, cada vez mais as empresas deste Estado, na contramão da socialização da atividade empresarial, vêm enfrentando incontáveis dificuldades de manter suas atividades em crescimento ou, mesmo, estabilizadas, sem que isso as afete negativamente – com severos reflexos patrimoniais e sociais, não restando outra alternativa senão promover demissões, extinção de filiais e, como ultimamente vem acontecendo, decretar a falência.

Diante disso, como forma de salvaguardar a atividade empresarial, mantendo-se, na medida do possível, todas as conquistas – tanto sob a ótica social quanto estrutural – o instituto da recuperação judicial, previsto na Lei Federal nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação e de Falências, trouxe, em substituição à antiga concordata, a possibilidade de as empresas que preencherem os requisitos legais antes vistos, superarem, com o auxílio do Poder Judiciário, o abalo econômico sofrido, reestruturando, assim, a fonte produtiva, sob a égide do princípio da preservação empresarial, mediante procedimento judicial pertinente, nos termos da lei (RAMOS, 2009).

Entretanto, não obstante as dificuldades enfrentadas pelas empresas afetadas pela crise econômica, essas que têm sua atividade voltada à prestação de serviços públicos encontram um óbice legal para serem admitidas em licitações, frente à regra constante no art. 31, inciso II, da Lei de Licitações. Tal lei determina a apresentação de uma série de documentos para a habilitação no procedimento licitatório, dentre esses, a Certidão Negativa de Falência ou Concordata, que não pode ser emitida porquanto durar o processo de recuperação judicial da empresa, inviabilizando a manutenção desta enquanto seu objetivo for licitar com o Poder Público.

Dessarte, o objetivo deste capítulo será analisar as contratações com o Poder Público e suas respectivas exigências, apontando as ferramentas e os mecanismos jurídicos de proteção que a Administração Pública dispõe para rescindir os contratos entabulados com as licitantes. Na sequência, serão analisados os fundamentos da recuperação judicial, realçando, após, a efetividade da recuperação judicial em virtude das decisões judiciais que permitiram a dispensa da Certidão Negativa de Falência ou Concordata, para licitar com o Ente Público – *latu sensu*.

4.1 Contratações com o Poder Público e suas exigências

Cingidos de requisitos legais, assim como nas contratações entre particulares, os contratos entabulados entre a empresa licitante e a Administração Pública – os conhecidos contratos administrativos –, salvo as hipóteses de dispensa e de

inexigibilidade de licitação, previstas nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações, respectivamente, voltados à contratação de empresas para fornecimento de produto e/ou de serviços, devem ser sucedidos de procedimento licitatório próprio à determinada contratação, necessário ao Poder Público. Dentre esses requisitos legais, previstos nos incisos do art. 27 da Lei de Licitações – os quais já foram abordados individualmente no segundo capítulo deste trabalho, destacam-se, como sendo os mais relevantes, aqueles relativos à qualificação técnica e à qualificação econômico-financeira, presentes nos incisos II e III dessa lei, respectivamente.

Ainda, importante ressaltar, para maior compreensão do contido na Lei de Licitações, que o art. 27 e seus incisos preveem quais são os tipos de qualificações a serem preenchidas pelas empresas licitantes, enquanto que os arts. 28, 29, 30 e 31, todos dessa mesma lei, esclarecem pontualmente, sem possibilidade de outras exigências, quais são os documentos a serem apresentados à Comissão responsável pelo procedimento licitatório que irão participar.

Então, elucidada a premissa quanto às exigências para habilitação nos certames licitatórios, importante referir acerca dos documentos a serem apresentados pelas empresas licitantes para cumprir a qualificação técnica e a qualificação econômico-financeira, especialmente esta última, para que só então possam concorrer com as demais interessadas.

O art. 30¹⁷ da Lei de Licitações cuidou de prever, objetivamente, quais são os documentos relativos à qualificação técnica que a Administração Pública, por intermédio da Comissão de Licitação, deve e pode exigir das empresas que pretendem participar do processo licitatório. Essa qualificação restringe-se à necessidade de as empresas possuírem, em seu quadro definitivo de funcionários,

¹⁷ LL/93 “Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso”

mediante comprovação de vínculo empregatício, profissional com formação superior na área da prestação do serviço, objeto do certame (edital), visando, com isso, a garantia de que aquela licitante conseguirá cumprir o contrato, por possuir profissional qualificado, conforme ensina Mello (2014).

Segundo Meirelles (2014), a qualificação econômico-financeira, por ser o requisito de habilitação do processo licitatório responsável pela garantia de que a empresa participante terá capacidade financeira de suportar o contrato, é considerada a mais importante, pois, sem essa, a Administração Pública estaria em desvantagem, colocando, assim, a coisa pública em risco. Segundo o art. 31 da Lei de Licitações:

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

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

II - Certidão Negativa de Falência ou Concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

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

Na mesma linha, ressaltando a grande importância da qualificação econômico-financeira, Gasparini (2012) pontua que, de acordo com a complexidade da causa e, por consequência, da elevação da necessidade de maior poderio econômico, a empresa licitante (seja individual, limitada ou sociedade anônima) deve, necessariamente, possuir capital social compatível com o objeto do edital. Porém, qualquer exagero por parte da Administração Pública quanto às exigências financeiras, acaba viciando o procedimento licitatório, tornando sem efeito aquela licitação – não pode o Ente Público exigir, por exemplo, garantia de valor superior ao preconizado na Lei de Licitações.

Dentre as exigências econômico-financeiras inseridas no art. 30 da Lei de Licitações, a Certidão Negativa de Falência ou Concordata (inciso II) é o principal impedimento àquelas empresas que estão ou vão requerer recuperação judicial, o que acaba prejudicando-as.

No tocante a essa certidão – cerne principal deste trabalho –, no Parecer nº 04/2015, da Advocacia-Geral da União, assevera que, na Lei de Licitações, não há qualquer referência ao instituto da recuperação judicial, mas sim à antiga concordata, que nada tem a ver com a Lei de Recuperação e de Falências, razão pela qual, acompanhando parte da doutrina, entende-se que o art. 30, inciso II, da Lei de Licitações, não se aplica mais no que concerne à recuperação judicial.

Ainda, o eminente Parecerista refere que, em que pese uma parte da doutrina entender que a Certidão Negativa de Falência ou Concordata ainda é exigível, mesmo com o advento da Lei de Recuperação e Falências, “[...] outra parte da doutrina defende que a previsão do art. 31, II, da LC, seja reinterpretada e adaptada à luz da nova lei de Recuperação de empresas, em particular com a óptica no art. 47 [...]” (§ 59). Em resumo, a certidão referida é um atestado, por parte do Poder Judiciário, de que a empresa que pretende licitar com a Administração Pública não está insolvente (falência) ou em processo de recuperação judicial; esta última, hipótese em que há débitos pendentes, porém, sobrestados judicialmente.

Não obstante todos os requisitos legais a ser cumpridos pelas empresas, os quais colocam a iniciativa privada em disparidade com o Poder Público, ou seja, a Administração (e somente ela) – por investir-se de interesse público – goza da prerrogativa de rescindir, unilateralmente, o contrato de prestação de serviço entabulado com a empresa vencedora do objeto do certame licitatório, quando houver a inexecução contratual, seja parcial ou total, conforme permite o art. 77¹⁸ da Lei de Licitações. Ou seja, opera-se a rescisão contratual por qualquer dos motivos elencados nos incisos I a XVIII do art. 78 da Lei de Licitações, assim relacionados:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

- I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

¹⁸ LL/93 “Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento”.

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Nessa esteira, excepcionando as hipóteses de rescisão unilateral de contrato entabulado com a Administração Pública – mesmo em caso de falência ou insolvência da empresa contratada –, Justen Filho (2014a, p. 1101) anota que:

Deve-se excluir dessa regra a contratação que envolva atos de natureza não patrimonial. Assim, por exemplo, a insolvência civil não pode acarretar a rescisão de contrato objetivando a execução de obra de arte. Apenas serão afetados os contratos cujo objeto tenha natureza precipuamente econômica.

Dessa forma, por analogia à doutrina de Justen Filho (2014a), percebe-se nitidamente que, ao permitir-se que a empresa em recuperação judicial participe dos processos licitatórios (desde que tenha capital suficiente), não haverá qualquer dano material à Administração Pública, em face da possibilidade de esta rescindir o contrato entabulado, seja pelo não cumprimento das cláusulas contratuais, seja pela demora na entrega de determinado produto, serviço ou obra, de acordo com cada objeto. Aliás, Medauar (2011, p. 241) ressalta que “no caso de recuperação judicial do contratado, é permitido à Administração manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades e serviços [...]” – previsão do parágrafo 2º¹⁹ do art. 80 da Lei de Licitações.

Nessa direção, se há previsão legal permitindo que a Administração Pública continue o cumprimento do contrato entabulado, que já está em execução, em caso de concordata da contratada, não há por que, analisando sob esse prisma, impedir a empresa de participar das licitações, comprovando a capacidade econômico-financeira para tanto – o ônus de honrar com o cumprimento de determinado objeto.

Diante disso, importante ressaltar que há grande diferença entre o instituto da Recuperação Judicial e a Lei de Concordatas. A Lei Federal nº 11.101/2005 tratou de prever, em seu art. 47, os princípios da preservação da empresa e da função social, ou seja, antes de se decretar a falência da atividade produtiva, há de se tentar, em havendo possibilidades financeiras de se reestruturar, promover a manutenção da atividade empresarial, eis que esta é fonte de tributos, empregos e desenvolvimento social.

Por outro lado, com uma perspectiva bem diferenciada, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 (antiga Lei de Concordatas em Falência) previa que a empresa que não pudesse se recuperar só teria uma saída: o decreto de falência. Na verdade, possuía uma visão mais antiquada no sentido de não proteger a empresa, que é, sem sombra de dúvidas, a fonte responsável por maioria ou grande parte do desenvolvimento social e financeiro que a atual sociedade conhece.

¹⁹ Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

[...]

§ 2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

Importante consignar que, para que ocorra a rescisão contratual unilateral pela Administração Pública (estendendo-se a todos os Órgãos previstos no parágrafo único do art. 1º da Lei de Licitações), segundo leciona Meirelles (2014, p. 268, grifo do autor), “[...] exige-se procedimento regular, com oportunidade de defesa e *justa causa*, pois a *rescisão administrativa* não é discricionária, mas vinculada aos motivos ensejadores desse excepcional distrato”. E, esses motivos, segundo Gasparini (2012), não são exaustivos, em que pese não serem corriqueiramente usados.

De outro lado, importante destacar que a Administração Pública, por possuir, via de regra, soberania sobre o interesse privado, ou seja, interesse público em detrimento do privado (ARAÚJO, 2010), está em posição privilegiada frente à contratada (empresa que ganhou a licitação), porque só pagará as parcelas devidas à empresa após a comprovação da efetiva prestação dos serviços, e a regular liquidação das verbas públicas destinadas ao adimplemento daquela obra, serviço ou insumo, conforme preveem os arts. 62 e 63, §2º, inciso III, da Lei Federal nº 4.320/1964 – Lei de Diretrizes Financeiras, assim transcritos:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Igualmente, não obstante todas as prerrogativas legais que protegem a Administração Pública, principalmente quanto ao pagamento dos serviços realizados, o art. 476²⁰ do Código Civil, traz a regra do *Exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), segundo a qual, a parte que não cumprir sua obrigação não terá direito à contrapartida que a outra parte, em regra,

²⁰ CC/02 “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

devia. Esclarecendo, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 255) lecionam que essa cláusula “[...] consiste em um meio de defesa pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode arguir que deixou de cumpri-lo pelo fato de outra ainda também não ter satisfeito a prestação correspondente”.

Assim, se a empresa em recuperação judicial participar de licitação, entabular o contrato com a Administração Pública, e, por ventura, não conseguir executá-lo, em todo ou em parte, em nada prejudicará a coisa pública, pois o Ente Público poderá rescindir o contrato, sem o devido pagamento daquela execução contratual incompleta, especialmente porque o art. 38 do Decreto Federal nº 93.872/1986 veda todo e qualquer pagamento adiantado à contratante, por expressa disposição legal. Assim prevê o artigo:

Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta

Diante disso, importante referir acerca dos fundamentos da recuperação judicial, alicerçados na manutenção da atividade empresarial, com enfoque principal na proteção da unidade produtiva, através da função social da empresa.

4.2 Fundamentos da recuperação judicial

Indispensável para a manutenção social, a empresa, responsável pela atual concepção de sociedade moderna que o país e o mundo conhecem, surgiu, segundo Mezzanotti (2003), em meados de 1807, com a criação do Código Comercial Francês, servindo, no decorrer dos anos, como fonte legal de esteio para a perfectibilização dos demais Códigos Comerciais atualmente existentes em outros países, como, por exemplo, na Itália e no Brasil.

Sobreposta intrinsecamente na função da propriedade, a função social da empresa, segundo Lemos Junior (2009, p. 153-154) “implica a mudança do próprio

direito de propriedade já que o princípio da função social incide no conteúdo do direito de propriedade, impondo-lhe novo conceito”. Essa mudança, na visão de Lemos Junior (2009), encontra substrato no art. 186, inciso IV, da Constituição Federal, que prevê, indiretamente, a atividade empresarial como a forma de aproveitamento justificado da propriedade, alcançando-lhe o uso adequado. Nesse compasso:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
 I - aproveitamento racional e adequado;
 II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
 III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
 IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

No mesmo viés, em consonância constitucional com o direito de propriedade, importante mencionar que, conforme ensina Faller (2013, p. 95), “[...] a empresa corporifica e retroalimenta alguns dos pilares da ética contemporânea, construindo, no desenvolver de sua atividade empreendedora, os contornos econômicos, políticos e jurídicos predominantes no mundo ocidental” – atendendo, assim, a necessidade e a imputação constitucional do correto uso e destinação da propriedade, na forma do inciso XXIII²¹ do art. 5º do ordenamento jurídico pátrio.

Em consonância com o explicitado, Forgioni (2009, p. 220, grifo do autor) explica que:

O direito de propriedade interessa ao funcionamento de mercado também no que diz respeito à *propriedade dos bens de produção*: a empresa, o ente que gera riquezas no sistema capitalista, pertence ao empresário, que lícitamente apropria-se dos resultados do empreendedorismo. Essa atribuição dos resultados, explica a doutrina econômica, funciona como *incentivo* para a maior eficiência da atividade, revertendo a favor de todo o sistema, i.e., do fluxo de relações econômicas.

Segundo Amaral (2008), a própria Carta da República prevê os princípios gerais da atividade econômica, os quais se unem, conforme já ressaltado, com a

²¹ CF/88 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

função social da empresa. Na verdade, ainda na esteira desse Doutrinador, a função social da empresa e a economia guardam estreita relação, mormente porque, sem a função social, a empresa não atenderá as premissas constitucionais e, sem a economia (entender como funciona a aplicação do capital, por exemplo), a atividade não fluirá, não havendo, portanto, empresa. O artigo 170 e seu parágrafo único expressam que:

Art. 170. 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, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Quanto à fundamentação para a manutenção da atividade empresarial, além dos empregos, do desenvolvimento local e social por ela gerados, Sztajn (2010) doutrina que os bens produzidos ou os serviços prestados pela empresa não possuem caráter provisório e com tempo definido – mesmo estas que possuem atividade em determinados períodos do ano – e sim prolongam-se no tempo, afetando diretamente as decisões tomadas pelas pessoas envolvidas naquele contexto econômico. Nesse passo, conclui a doutrinadora, que a não observância da manutenção da atividade empresarial, quando viável financeiramente, causa um efeito cascata na economia, ocasionando, em consequência disso, a descentralização das demais atividades empresariais.

Na mesma vertente, defendendo, por conta disso, a atividade empresarial, Mezzanotti (2003, p. 17) ensina que “Não obstante, a empresa representa hoje a célula fundamental da economia de mercado – o que torna também essencial como elemento social decisivo para a manutenção de direitos fundamentais”. Em uma prática comparação, a empresa, atualmente, representa para a sociedade o que uma engrenagem reflete para um relógio; se não houver a manutenção dessa peça

(no caso, da empresa), vai chegar a um momento em que todo o sistema vai parar – a economia – enrijecendo as possibilidades de reestruturar a atividade novamente, justamente pelo fato de a crise instada repercutir naquele local, razão pela qual surge a grande necessidade de se proteger a fonte produtiva: a empresa.

Ademais, acerca da função social da empresa, importante transcrever trecho da obra de Amaral (2008, p. 115), que aborda com maestria o tema. Dessa forma:

No instante em que a empresa aparece no contexto social como importante agente de dinamismo e transformação do regime comercial (empresarial), criando relações entre os diversos setores sociais e projetando efeitos os mais distintos sobre eles, observa-se que, assim como deu com os demais institutos do direito privado, a empresa também tem função social.

A importância da função social da empresa é tão expressiva no ordenamento jurídico brasileiro, que a Lei Federal nº 6.404/1976 – Lei das Sociedades Anônimas, no parágrafo único²² do art. 116, trouxe, em meados de 1970, a necessidade de cumprimento dessa, pois, segundo Queiroz (apud OLIVEIRA, 2006), preservar a dignidade da pessoa humana com a continuidade da atividade empresarial reflete na célula social, ou seja, naquele bem privado (empresa) que está cumprindo, diante da função social, atividade pública.

Nessa esteira, segundo Barufaldi (2017), preservar a empresa, de certa forma, é mantê-la em atividade, conservando-se, por corolário disso, a pessoa jurídica responsável por ela. Em complemento, Faller (2013, p. 98) pondera que “a empresa [...] propicia a formação de relações de produção e consumo, que une participantes do empreendimento a cada um dos membros da comunidade”. Não está aí se falando apenas em função social da empresa sob a perspectiva financeira, de circulação de bens e de serviços, mas também de laços humanos, de convivência interpessoal, e, por isso, a empresa deve permanecer.

²² LSA/76 “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

[...]

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Sob esse ângulo social, Amaral (2008) infere que as empresas, independente de seu poder econômico, cada vez mais participam de programas sociais, que geram cidadania e desenvolvimento social, com o objetivo de gerar incentivos financeiros do governo.

De encontro à preservação da empresa, a jurisprudência pátria reconhece a grandiosidade da função social da empresa e, por conta disso, a necessidade de se manter a atividade em pleno funcionamento, amealhando a estrutura antes existente. Nesse passo, importante reproduzir o teor deste aresto:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - BLOQUEIO DE CONTAS CORRENTES - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - CONCURSO PÚBLICO - ANULAÇÃO PELO MUNICÍPIO DE SANTANA - PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE CONTRATUAL - PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. [...] 2) A função social da empresa reside no pleno exercício de sua atividade empresarial, ou seja, na organização dos fatores de produção (natureza, capital e trabalho). 3) O princípio da preservação da empresa, em razão de sua função social, deve, sempre que possível, ser observado, considerando ser ela fonte de riqueza econômica e renda, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento social do País. [...] (Agravado de Instrumento nº 200807, da Câmara Única. Segunda Vara. Relator: Desemb. Douglas Evangelista. Divulgado em 16/10/2007).

Então, segundo Lemos Junior (2009), a empresa, ao exercer suas atividades, é controlada pelas diretrizes da lei, que lhe atribuem função social da propriedade, transformada por essa, então, sob a forma de função social da empresa.

Dessa forma, encerradas as preposições acerca da função social da empresa e, por consequência, da atividade empresarial, – consideradas de suma importância para a compreensão deste trabalho –, passa-se, assim, para a análise da efetividade da recuperação judicial, em face das decisões judiciais, sob a perceptiva prática do termo, momento em que será analisada a possibilidade ou não de a empresa em recuperação judicial licitar com o Poder Público, de fato.

4.3 A efetividade da recuperação judicial em face das decisões judiciais

Além de haver discussão no âmbito jurídico acerca da possibilidade ou não de a empresa em recuperação judicial licitar com o Poder Público, dispensando-se a

Certidão Negativa de Falência ou Concordata, há, também, debates, principalmente nos Tribunais, sobre se deve ser permitido que a empresa em recuperação judicial (desde que tenha condições financeiras) licite com a Administração Pública antes da aprovação do Plano de Recuperação Judicial, que trata o art. 53 da Lei de Recuperação e de Falências, ou após este.

Antes de adentrar na (im)possibilidade da empresa em recuperação judicial licitar com o Poder Público, importante trazer à baila a existência de colisão de entendimentos e de regras de duas normas jurídicas distintas: a Lei de Licitações e a Lei de Recuperação de Falências – esta mais recente que aquela.

A Lei de Licitações, promulgada em 1993, traz em seu art. 31, inciso II, a exigência de a empresa que pretenda licitar com a Administração Pública apresentar a Certidão Negativa de Falência ou Concordata, conforme outrora já referido e, aqui reprisado, para melhor compreensão.

Por seu turno, a Lei de Recuperação e de Falências, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 2005, trouxe grandes inovações, especialmente a premissa contida no bojo do art. 47, segundo o qual:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Dessa forma, se a Lei de Licitações traz a exigência da Certidão Negativa de Falência ou Concordata e a Lei de Recuperação Judicial enfatiza que seu objetivo é manter a empresa, como manutenção da fonte produtiva, geradora de renda e de empregos, não há outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário, dos entendimentos doutrinários e das jurisprudências que suprem as lacunas legais e, em muitos casos – como este – delineiam as interpretações legais.

Segundo Mioranza e Silva (2008, p. 367), “[...] não há nenhum código bom em nenhum país. A razão disso é evidente: as leis foram feitas sob medida, segundo os tempos, os lugares, as necessidades [...]”. Ainda, segundo os doutrinadores, quando as necessidades mudam, as leis tornam-se inúteis, ao ponto de precisarem de mudanças ou reinterpretação. Partindo dessa linha, extrai-se que a exigência da

apresentação da Certidão Negativa de Falência ou Concordata tornou-se incabível diante da atual situação econômica em que país está inserido, na qual muitas empresas vêm sucumbindo, inclusive aquelas que prestam serviços exclusivamente ao Poder Público.

Aliás, nessa linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em julgamento inédito, diante do expressivo número de pedidos de dispensa da Certidão Negativa de Falência ou Concordata, no AgRg na Medida Cautelar Nº 23.499–RS (2014/0287289-2) proferiu o seguinte aresto:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR DEFERIDA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. NECESSIDADE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APRESENTAR CERTIDÃO PREVISTA NO ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO INÉDITA. ATIVIDADE EMPRESARIAL. RENDA TOTALMENTE OBTIDA POR CONTRATOS COM ENTES PÚBLICOS. PERICULUM IN MORA INVERSO EVIDENCIADO. QUESTÃO INÉDITA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. LIMINAR CASSADA. EXTINÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. [...] 2. O Tribunal de origem exarou decisão no sentido de permitir que a agravante, pessoa jurídica em recuperação judicial, continuasse a participar de licitações públicas, "sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial" salientando, para tanto, que essa "possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei nº 8.666/93, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não seria capaz de apresentar apenas a Certidão Negativa de Falência ou Concordata." 3. Quanto ao *fumus boni iuris* - possibilidade de empresa em recuperação judicial ser dispensada de apresentação da certidão ínsita no inciso II, do art. 31, da Lei nº 8.666/93, considerando os fins do instituto elencados no art. 47 da Lei nº 11.101/2005 - para fins de participação em certames, verifica-se que esta Corte Superior de Justiça não possui posicionamento específico quanto ao tema. 4. Nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase. A propósito, cita-se o REsp 1187404/MT - feito no qual foi relativizada a obrigatoriedade de apresentação de documentos, por parte de empresas sujeitas à Lei nº 11.101/2005, para fins obtenção de parcelamento tributário. Restou consignado que: "em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n.11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.) 5. O fato de o pleito deduzido no especial não encontrar amparo em qualquer precedente desta Corte, somando à tese adotada, em situações similares, no sentido de relativizar as exigências documentais, previstas em lei, para que empresas em recuperação judicial possam lograr êxito em seu plano recuperatório, afastam, da espécie, o *fumus boni iuris*. 6. Não resta evidenciada a alegação de ser o provimento assegurado pela instância a quo genérico com efeito erga omnes. O Tribunal a quo não autorizou a recorrida a participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos

na lei de regência. Afastou a apresentação de uma certidão: a Certidão Negativa de Falência ou Concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica. 7. O periculum in mora não foi demonstrado, pois o agravado não foi capaz de demonstrar o perecimento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualiza-se na espécie, possível ocorrência de periculum in mora inverso, pois, tendo a agravante focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100 % de sua fonte de receitas, a subsistência da liminar em tela poderá comprometer a sua existência. [...] (AgRg na MC 23.499/RS. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em 18/12/2014).

Nessa sintonia, percebe-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ está em consonância com o princípio da manutenção da atividade empresarial, esculpido no referido art. 47 da Lei de Recuperação e de Falências, pois, segundo Mamede (2012), a manutenção da empresa, através desse procedimento, visa à superação da crise econômico-financeira do devedor – no caso, da empresa, permitindo-se, assim, continuidade da atividade empresarial, com estímulo da economia.

Diante da divergência de normas jurídicas, para elucidar a matéria, que, inclusive, estendeu-se ao julgamento do referido acórdão, importante transcrever trecho do voto do Ministro Mauro Campbell Marques, assim posto:

[...] Pois bem, o cerne da controvérsia está em saber se empresa em recuperação judicial estaria dispensada de apresentação da certidão ínsita no inciso II, do art. 31, da Lei nº 8.666/93, considerando os fins do instituto elencados no art. 47 da Lei nº 11.101/2005. Como bem colocado pelo nobre relator, esta Corte de Justiça não possui posicionamento a respeito do tema em questão. É bem verdade, que **em outra situação - examinando documentos necessários para fins de parcelamento de dívida fiscal, esta Corte relativizou a obrigatoriedade de apresentação de documentos por parte de empresas sujeitas à Lei nº 11.101/2005.** Restou consignado que: *"em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).*

[...]

Examinando detidamente a liminar concedida, vejo que - além de consignar que a requerida era portadora das demais certidões prevista no art. 31 da lei nº 8.666/93 – autorizou a requerida a participar de contratos de prestação de serviços e fornecimentos com entes públicos, tanto para a manutenção dos atuais contratos, sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial.

[...]

Ou seja, não a permitiu participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos na lei de regência, apenas afastou a apresentação de uma certidão, frisa-se: a Certidão

Negativa de Falência ou Concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

E mais, entre o deferimento da antecipação de tutela pelo Tribunal a quo, cuja confirmação ocorreu em 31/7/2013, até a sua suspensão no âmbito do STJ decorreu-se mais de dezesseis meses, o que de plano demonstra a inviabilidade da sugestão ofertada pelo juiz singular no sentido de ser dever da agravante postular, casuística, pelo deferimento da medida sub examine.

Nessa ordem de ideias, entendo que não há fumus na espécie e, ademais, o provimento assegurado pela instância a quo só teria cunho genérico se tivesse garantido à empresa a participação sem apresentação de quaisquer outras certidões. Como não o fez, não resta evidenciado, nem o alegado cunho, nem tampouco a possibilidade de efeito erga omnes da guereada decisão.

[...]

No que concerne à comprovação do periculum in mora, entendo que o agravado não foi capaz de demonstrar o perecimento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualizo na espécie, possível ocorrência de periculum in mora inverso.

Como bem colocado pelo Tribunal a quo, além de a agravante não ser devedora fiscal, nem tributária, conforme documentos apud actus, focou sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100 % de sua fonte de receitas (AgRg MC 23499-RS(2014/02872892). Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em 18/12/2014, grifo do autor).

Acompanhando o voto vencedor (Ministro Mauro Campbell Marques), a Ministra Assusete Magalhães teceu a seguinte linha jurídica:

Examinei atentamente o processo e entendo que, em sede de cognição sumária, não se pode afirmar quanto à probabilidade de êxito, no Recurso Especial, da tese de violação ao art. 31, II, da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

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

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

II - Certidão Negativa de Falência ou Concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

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

Trata-se de questão nova, relativa à possibilidade de o art. 31, II, da Lei 8.666/93 alcançar também a empresa em recuperação judicial, controvérsia que apenas poderia ser deslindada no julgamento do Recurso Especial, em face de precedentes deste Tribunal, que tem interpretado normas concernentes à empresa em recuperação judicial com os olhos voltados para o princípio da preservação da empresa em tal situação, consagrado no art. 47 da Lei 11.101/2005.

[...]

Vê-se, pois, que, interpretando o assunto, à luz do princípio da preservação da empresa em recuperação judicial, previsto no art. 47 da Lei 11.101/2005, a Corte Especial do STJ desobrigou a empresa de apresentar certidão

negativa de débitos tributários – exigida pelo art. 57 da Lei 11.101/2005 e pelo art. 191-A do CTN – para o deferimento da recuperação judicial, enquanto não houver lei específica autorizando o seu parcelamento, para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos arts. 6º, § 7º, da aludida Lei 11.101/2005 e 151, VI, do CTN.

[...]

Assim sendo, em princípio, e sem prejuízo de reexame do assunto, não parece descabido vislumbrar a exegese da aplicabilidade do art. 31, II, da Lei 8.666/93 à luz do disposto no art. 47 da Lei 11.101/2005, que, inclusive, lhe é posterior.

Não se pode deixar de mencionar que o art. 31 da Lei 8.666/93 reclama o preenchimento dos requisitos previstos em seus incisos I e III para a comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, exigência que, em princípio, poderia manter incólume o interesse público, questão a ser deslindada no julgamento do Recurso Especial

[...]

Ante o exposto, pedindo vênias ao eminente Relator e ao Ministro HERMAN BENJAMIN, voto no sentido de dar provimento ao Agravo Regimental, a fim de negar efeito suspensivo ao Recurso Especial, acompanhando a divergência, inaugurada pelo ilustre Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (AgRg MC 23499-RS(2014/02872892)). Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em 18/12/2014).

Nessa linha de pensamento dos Ministros, cujos votos foram devidamente transcritos, observando as partes necessárias, importante destacar que, segundo o Parecer nº 04/2015, da Advocacia-Geral da União, (parágrafo 72) “[...] é possível participação em licitações de empresas com recuperação judicial concedida na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005 [...]”.

Assim, conforme se extrai do entendimento desse parecer, a possibilidade de a empresa em recuperação judicial licitar com a Administração Pública pode, sim, ser concedida àquelas que preencherem os requisitos legais, desde que o Plano de Recuperação seja aprovado pelos credores, na forma disposta no art. 58 da Lei de Recuperação e de Falências, justamente porque, somente após esse momento, é que se percebe a capacidade financeira de suportar os contratos públicos; se não fosse o caso, os próprios credores reprovariam o plano, convertendo o pedido de recuperação em falência involuntária.

No entanto, as decisões judiciais favoráveis às empresas em recuperação judicial, no sentido de permitir que participem dos procedimentos licitatórios, inclusive a AgRg na Medida Cautelar nº 23.499 – RS, do STJ, entendem, acertadamente, sob a aplicação do princípio da função social e da proteção da empresa, esculpido no art. 47 da Lei de Recuperação e de Falências, que a recuperanda pode se habilitar nas licitações já na fase postulatória do pedido de

recuperação (art. 52), diante da necessidade se conferir proteção à atividade da empresa, que é responsável pela movimentação econômica e social do país.

Portanto, importa reprimir que a concordata é diferente do procedimento de recuperação atual previsto na Lei Federal nº 11.101/2005, conforme já demonstrado. Especialmente porque a atual forma de recuperação judicial privilegia, antes de decretar a falência da responsável pelo desenvolvimento e economia local, ou seja, da empresa, há a grande necessidade de lhe conferir proteção, já na fase postulatória, após o deferimento de recuperação judicial pelo magistrado competente. Respeitam-se, assim, os preceitos dessa legislação, especialmente o art. 47, que tem reflexos no direito constitucional, sob o prisma social, conferido a partir do momento em que todos têm, por exemplo, oportunidade de emprego naquela empresa que será preservada, mormente nas pequenas cidades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A empresa é responsável por considerável parcela de desenvolvimento social e humano, que a atual sociedade moderna conhece. Esse desenvolvimento social está ligado à ideia de que as pessoas estão cada vez mais conseguindo adquirir novos bens e serviços que visam seu conforto, seja pelo fato desses indivíduos serem funcionários diretamente contratados pelas empresas, com carteira assinada, ou mesmo, por terem pequenos negócios próprios, que fornecem insumos as grandes empresas, movimentando, por conta disso, a economia local.

Com isso, toda a sociedade a sociedade evolui, atendendo, assim, os princípios basilares de desenvolvimento humano, financeiro e social esculpidos no art. 5º da Constituição Federal.

Acontece que nos últimos tempos, um forte e receoso retrocesso financeiro, na contramão do desenvolvimento social, vem surgindo na economia e, por estarem diretamente ligadas a isso, as empresas vêm sentindo esse impacto em sua atividade, ora pelo aumento na matéria-prima necessária para a continuidade da produção, ora pela dificuldade da venda dos produtos e/ou pela prestação dos serviços, dependendo do tipo de atividade exercida. Isso se dá nitidamente pelo desequilíbrio e perda de valor da moeda, ou seja, devido à dificuldade de compra, as pessoas estão adquirindo menos, inclusive aqueles produtos tidos como essenciais.

Nesse contexto, frente à crise econômica e ao desequilíbrio de mercado, não há alternativa às empresas em dificuldades financeiras senão buscar o auxílio da recuperação judicial, prevista na Lei Federal nº 11.101/2005, como a última tentativa

de manter suas atividades funcionando total ou parcialmente, antes da falência. Entre essas empresas que lograram êxito no requerimento de recuperação judicial, estão aquelas cuja grande parte da renda advém da prestação de serviços públicos, por intermédio de contratos entabulados com o Poder Público, mediante licitação. Essas empresas estão sobrestadas a manter suas atividades e, por consequência, recuperar-se, diante da exigência, relativa à qualificação financeira, prevista no art. 31, inciso II, da Lei de Licitações – apresentação da Certidão Negativa de Falência ou Concordata –, a qual não pode ser expedida porquanto durar a recuperação dessa empresa. Frente a isso, a jurisprudência tem entendido pela dispensa dessa certidão, garantindo, assim, sob o prisma do art. 47 da Lei de Recuperação e de Falências, a manutenção da fonte produtora, geradora de empregos, impostos e renda.

Dessa forma, este estudo tratou de apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, o funcionamento jurídico do procedimento licitatório, previsto em grande parte na Lei Federal nº 8.666/1993, partindo do conceito base de licitação. Na sequência, abordou seus princípios norteadores, iniciando pelos gerais aplicáveis não só às licitações, mas a toda e qualquer atividade que envolva a Administração Pública, na forma do art. 37 *caput* da Constituição Federal, a serem observados pelos gestores públicos, por terceiros e por todos os demais envolvidos. Depois passou-se para os específicos, voltados exclusivamente ao procedimento, os quais conferem higidez, transparência e garantia de lisura à licitação.

Posteriormente, ainda no mesmo capítulo, contemplaram-se detalhadamente as fases do procedimento licitatório, desde o edital público de convocação – a lei do certame – até o momento em que o Poder Público adjudicará em favor empresa licitante vencedora o objeto do edital, para então, atendendo aos interesses públicos (conveniência e oportunidade), firmar contrato com a Administração.

Na sequência, já na seara do segundo capítulo, abordou-se todo o contexto da recuperação judicial e seu procedimento jurídico, à luz da Lei Federal nº 11.101/2005. Nesse capítulo apresentou-se, primeiramente, o conceito doutrinário base de recuperação judicial – para o entendimento deste estudo –, explicitando, após, os princípios envolvidos no procedimento, que deverão ser obedecidos pela recuperanda, para manter, da melhor forma possível, uma linha de contato entre os

credores e a empresa, sob pena de convolação e falência, que seria o fim da fonte produtiva.

Depois, foram analisados os requisitos legais para o requerimento da recuperação judicial, referindo acerca dos legitimados a requerê-la (art. 48 da Lei de Recuperação e de Falências), bem como do momento mais importante e delicado da recuperação: as fases da recuperação judicial, que contempla a apresentação do plano de recuperação, apontando-se o meio de que a empresa pretende lançar mão para tentar salvaguardar a atividade produtiva, que deverá, antes de iniciar a recuperação de fato, ser aprovado pelos credores, nos termos da legislação correlata já referida.

Como o objetivo geral do presente trabalho centrou-se na (im)possibilidade da empresa em recuperação judicial licitar com o Poder Público, o último capítulo deste trabalho partiu da análise do procedimento de contratação da Administração Pública, especialmente os documentos e qualificações exigidas no art. 27 da Lei Federal nº 8.666/1993, os quais devem ser apresentados pela empresa que pretende licitar com o Poder Público. No decorrer desse capítulo, também, analisaram-se, dentre essas exigências, as duas qualificações mais importantes a serem atendidas: a qualificação técnica e a qualificação econômico-financeira.

Os documentos relativos à qualificação técnica se resumem, segundo os incisos I a IV do art. 30 da Lei de Licitações, à comprovação da existência, no quadro de funcionários da empresa que pretende concorrer à licitação, de profissional com graduação de nível na área do objeto constante no edital, ao passo que a qualificação econômico-financeira – ponto crucial da habilitação – prevê a necessidade de a empresa possuir capital social suficiente, de no mínimo 10% do valor do contrato a ser firmado, como forma de garantir o cumprimento deste.

Não obstante, o inciso II do artigo referido no parágrafo anterior exige que a empresa, além de comprovar aporte financeiro para o cumprimento do contrato, comprove, por meio da competente Certidão Negativa de Falência ou Concordata, que não é uma empresa extinta por falência ou, ainda, que não está em recuperação, o que, por obviedade, não pode ser apresentado pela recuperanda, obstando assim sua participação naquele procedimento, gerando, por derradeiro, a

ineficiência de sua manutenção e, logo na sequência, sua convolação em falência, em que pesem as premissas contidas no art. 47 da Lei de Recuperação e de Falências.

Ainda, no último capítulo, o presente trabalho cuidou de ponderar acerca a função social da empresa – inclusive sob a ótica da evolução das normas no tempo, para se adequarem ao atual cenário jurídico, lastreado no atendimento social do termo –, chegando, enfim, ao cerne do presente trabalho, ou seja, à análise das decisões judiciais que permitiram à empresa em recuperação judicial licitar com o Poder Público, desde que comprovado o suporte financeiro para garantir o contrato.

Diante da análise do problema proposto para este estudo – qual a relevância social e a possibilidade de permitir que a empresa em recuperação judicial licite com o Poder Público – pode-se concluir que a hipótese inicial arguida para tal questionamento é verdadeira, – na medida em que há, de fato, a possibilidade e, inclusive, a necessidade de se permitir que empresas em recuperação judicial licitem com a administração Pública, frente à função social desempenhada por essa na sociedade, gerando economia, renda, tributos e empregos.

Dessarte, diante da análise jurisprudencial acerca do caso em estudo, percebe-se claramente que há a possibilidade da recuperanda participar de processos licitatórios, justamente pelo fato de as atuais decisões judiciais, especialmente a AgRg na Medida Cautelar nº 23.499 – RS, do STJ, permitirem tal feito já na fase que determina o processamento da recuperação judicial (art. 52 da Lei de Falências e Concordata) e não após a aprovação do plano de recuperação pelos credores, que muitas vezes leva um determinado tempo, prejudicando o objetivo da recuperação: a manutenção da atividade empresária, em que pese a Advocacia-Geral da União possuir parecer – analisado neste estudo – de que a dispensa é possível, mas só após aprovado plano, como alhures já referido.

Conclui-se, portanto, que o instituto da recuperação Judicial – previsto na Lei Federal nº 11.101 – possui diretrizes e escopo diferentes daquele procedimento previsto no Decreto-Lei nº 7.661/1945 (Lei de Falências). Este, segundo o estudo, tem o objetivo unicamente voltado à falência da empresa insolvente, ou seja, não tem o viés de ao menos tentar, antes de qualquer outra medida, mantê-la em

atividade, ao passo que aquela – a Lei de Recuperação Judicial e de Falências – tem como princípio norteador basilar, segundo seu art. 47, a manutenção da fonte produtiva, dos empregos por ela gerados, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, através da própria perspectiva passada aos futuros empreendedores, que terão a certeza de que, antes de qualquer outra medida aplicável a qualquer empresa, a continuidade da atividade empresarial é a prioridade.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer nº 04, de 26 de junho de 2015. Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013. [documento impresso].

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 21. ed. São Paulo: Método, 2013.

AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 200807, da Câmara Única. 2ª Vara. Agravante: Instituto Brasileiro de Educação e Gestão – IBEG. Agravado: Município de Santana. Relator: Desemb. Douglas Evangelista. Divulgado em 16/10/2007. Disponível em: <<https://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-jurisprudencia/consultar-jurisprudencia.html>>. Acesso em 10 nov. 2016.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 1 ed. São Paulo; Saraiva, 2009.

BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial: Estrutura e aplicação de seus princípios**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Decreto Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. **Lei das Concordatas em Falência**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. **Decreto Inominado**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Lei de Recuperação e de Falências**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 29 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. **Lei de Diretrizes Financeiras**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 06 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lei de Licitações**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 30 agosto 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 23.499 – RS (2014/02872892). Segunda Turma. Agravante: Ibrowse Consultoria e Informática Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Humberto Martins. Julgado em 18/12/2014. Divulgado em 19/12/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 nov. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**. 11. ed. Revista dos Tribunais: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. **Função social da empresa e economia de comunhão: Um encontro à luz da Constituição**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Nova Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: O dicionário da língua portuguesa**. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005.

FORGIONI, Paula Andrea. **A Evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercadoria ao mercado**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. (volume IV – contratos, tomo 1 – teoria geral).

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito empresarial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrota Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Sinopses jurídicas: Direito falimentar**. v. 23. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. **Empresa e função social**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Manual de Direito Empresarial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio B. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEZZANOTTI, Gabriela. **A disciplina da empresa:** Reflexos da autonomia privada e solidariedade social. 1 ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2003.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

MIORANZA, Cesar; SILVA, Antonio Geraldo da. **Dicionário filosófico/voltaire.** 1 ed. São Paulo: Escala, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito Empresarial:** Estudo unificado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NIEBUHR, Joel de M. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OCHOA, Roberto Ozelame; WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Recuperação empresarial:** Nova lei de falências e novo Direito Penal falimentar. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Fátima Bayma (Org.). **Recuperação de empresas:** Uma múltipla visão da nova lei. 1. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PREFEITO de Foz do Iguaçu é preso por fraude em licitações e propina. **G1**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/07/prefeito-de-foz-do-iguacu-e-preso-por-fraude-em-licitacoes-e-propina.html>>. Acesso em: 08 set. 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial:** O novo regime jurídico-empresarial brasileiro. 2. ed. Salvador: Juspodivm: 2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Dados estatísticos de 2015 e 2016.** Junta Comercial, 2016. Disponível em: <http://www.jucergs.rs.gov.br/p_estatisticas.asp>. Acesso em: 01 novembro 2016.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa:** Atividade empresária e mercados. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. v. 3: falência e recuperação de empresas. 3. ed São Paulo: Atlas, 2014.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: Estudos sobre a Lei Nº 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



UNIVATES

R. Avelino Tallini, 171 | Bairro Universitário | Lajeado | RS | Brasil
CEP 95900.000 | Cx. Postal 155 | Fone: (51) 3714.7000
www.univates.br | 0800 7 07 08 09