

**FACULDADE INSTITUTO BRASIL  
DIREITO**

**GUSTAVO DOS SANTOS MAFRA**

**A POSSIBILIDADE E A INVIABILIDADE DO EMPRESÁRIO EM RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL PODER LICITAR**

**ANÁPOLIS-GO  
2016**

**GUSTAVO DOS SANTOS MAFRA**

**A POSSIBILIDADE E A INVIABILIDADE DO EMPRESARIO EM RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL PODER LICITAR**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito na  
Faculdade FIBRA, como requisito  
básico para a obtenção do grau de  
bacharel em direito.

Orientador: Prof. Ma. Márcia Beatriz  
Dias dos Santos.

**ANÁPOLIS-GO**

**2016**

**MAFRA**, Gustavo dos Santos. A Possibilidade e a Inviabilidade do Empresário em Recuperação Judicial Poder Licitar. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) Faculdade do Instituto Brasil – FIBRA, Anápolis/GO, 2016.

Banca Examinadora

---

Orientadora: Prof. Ma. Márcia Beatriz Dias dos Santos

---

Primeiro membro da banca:

---

Segundo membro da banca:

Anápolis: \_\_/\_\_/\_\_

Nota: \_\_\_\_\_

ANÁPOLIS-GO

2016

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por sua infinita bondade e misericórdia conosco!

Agradeço a minha família que sempre esteve ao meu lado, me dando força e suporte em todos os momentos.

Agradeço aos meus professores pela dedicação ao longo desses 5 anos e aos meus colegas de faculdade pela amizade e momentos que jamais que jamais serão esquecidos!

*"A justiça não é outra coisa que uma perpétua e constante vontade de dar a cada um o que merece."*

Padre Antônio Vieira

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo demonstrar a possibilidade e a inviabilidade do empresário em recuperação judicial poder licitar e contratar com a Administração Pública, para tanto, será utilizado o método bibliográfico, o qual consiste na reunião de diversas opiniões de doutrinadores que lecionam sobre o assunto. Analisaremos as normas e princípios jurídicos que embasam as teses jurídicas de vários doutrinadores e, por fim, verificaremos a jurisprudências a favor e contra o empresário recuperando. Dentre as principais normas analisadas, está a Lei nº 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial), Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), dando destaque, também, a Lei nº 8.987/1995 (Lei que Regulamenta os Contratos Administrativos de Concessão de Serviço Público), que, em conjunto, direcionam o as posições, tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais, de nossos Tribunais. Verificaremos quais os princípios favoráveis ao empresário em recuperação judicial poder licitar e, também, os que inviabilizam tal procedimento. Contudo, concluiremos que a viabilidade econômico-financeira da empresa em recuperação judicial será relativa ao objeto da licitação.

**Palavras Chave:** Recuperação Judicial, Licitação, Habilitação.

## ABSTRACT

The objective of this monographic work is to demonstrate the possibility and the infeasibility of the entrepreneur in judicial reorganization to be able to bid and contract with the Public Administration, for that purpose, the bibliographic method will be used, which consists in the meeting of diverse opinions of lecturers who lecture on the subject matter. We will analyze the norms and legal principles that underpin the legal theses of several jurists, and finally, we will check the jurisprudence for and against the businessman recovering. Among the main norms analyzed, is Law No. 11,101 / 2005 (Bankruptcy and Judicial Recovery Law), Law No. 8.666 / 1993 (General Law on Tenders), also highlighting Law No. 8,987 / 1995 (Law Administrative Contracts of Public Service Concession), which, together, direct the positions, both doctrinal and jurisprudential, of our Courts. We will verify which principles favorable to the entrepreneur in judicial recovery can bid and also those that make this procedure unfeasible. However, we will conclude that the economic-financial viability of the company under judicial reorganization will be related to the object of the bid.

**Keywords:** Judicial Recovery, Bidding, Qualification.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>CAPITULO I</b> .....	<b>11</b>
<b>1.1 – A Recuperação Judicial</b> .....	<b>11</b>
1.1.1 – Histórico e Legislações Anteriores.....	11
1.1.2 – Definições e Características da Recuperação Judicial .....	14
<b>1.2 – O Procedimento Licitatório</b> .....	<b>17</b>
1.2.1 – Definições e Características da Licitação .....	17
1.2.2 – Licitação para Contratos Administrativos de Concessão de Serviço Público .....	18
<b>CAPITULO II</b> .....	<b>20</b>
<b>2.1 – A Impossibilidade da Empresa em Recuperação Judicial Participar de Procedimento Licitatório</b> .....	<b>20</b>
2.1.1 – A habilitação na licitação e a presunção de insolvência do empresário em recuperação judicial .....	20
2.1.2 – A lei de concessão de serviços públicos em concordância com a lei de licitações .....	22
2.1.3 – Os princípios jurídicos contrários ao empresário .....	24
2.1.4 – A exigência de certidão negativa de recuperação judicial ou o certificado de registro cadastral de acordo com os Tribunais .....	25
2.1.5 – A jurisprudência do tribunal de Justiça do estado de Goiás .....	28
<b>CAPITULO III</b> .....	<b>30</b>
<b>3.1 – A Possibilidade da Empresa em Recuperação Judicial Licitar e Contratar com o Poder Público</b> .....	<b>30</b>
3.1.1 – A possibilidade de dispensa da certidão negativa de recuperação judicial na habilitação licitatória .....	30
3.1.2 – A falência como (única) causa de rescisão ou extinção do contrato administrativo.....	32
3.1.3 – A manutenção do contrato administrativo no caso de recuperação judicial do empresário já contratado .....	34
3.1.4 – Os princípios de direito invocados .....	34
3.1.5 – A não exigência de todos os documentos do artigo 31, da Lei nº 8.666/1993, com base em jurisprudências dos Tribunais.....	36
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>41</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS</b> .....	<b>43</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo fazer uma análise da relação entre a possibilidade e a inviabilidade do empresário em recuperação judicial poder participar de procedimento licitatório e, posteriormente, contratar com a Administração Pública. Para tanto, será utilizado o método bibliográfico, que consiste em uma exposição do ponto de vista de diversos autores que discorrem sobre o tema, embasados de acordo com os princípios jurídicos do direito brasileiro, para entendermos e concluirmos sobre a possibilidade ou a inviabilidade da questão.

Em nosso primeiro capítulo, analisaremos e definiremos o instituto da recuperação judicial do empresário, que trouxe um novo cenário jurídico, com a possibilidade para os empresários que estejam passando por dificuldades financeiras, possam ter condições de se restabelecer economicamente, não precisando, assim, decretar a falência. Como é sabido o desenvolvimento da economia não pode depender somente do setor privado, sendo de fundamental importância, a intervenção, mesmo que mínima, do Estado. Assim, o Estado, além de ser agente normativo e regulador, é responsável por planejamento e incentivos, com base à Constituição Federal de 1988.

Desta forma, evidenciamos que o setor privado e o setor público, devem adequar suas relações através dos procedimentos licitatórios, que também serão analisados. Tais procedimentos são necessários à formulação de contratos administrativos, dentre eles os de concessão de serviço público, os quais a administração delega ao particular, atribuições de caráter público, e a empresa firma um compromisso social de executar um serviço à coletividade.

Adiante, no Segundo Capítulo, será analisada a inviabilidade do empresário em recuperação judicial poder participar de procedimento licitatório. Verificaremos a opinião de vários autores a respeito dos documentos necessários à habilitação na licitação, sendo a comprovação de viabilidade econômico-financeira imprescindível à contratação com a Administração Pública. Para embasar o entendimento, será feita análise dos princípios e normas jurídicas, bem como a exposição do entendimento dos Tribunais Pátrios.

Contudo, no terceiro e ultimo capitulo, será verificada a possibilidade do empresário recuperando participar de procedimento licitatório e ser contratante com o Estado, de acordo com o posicionamento da doutrina, também com base nos princípios e regramentos jurídicos, sendo analisada a posição dos Tribunais e órgãos administrativos. Por fim, será estudada a relação entre o empresário em recuperação judicial e o instituto da licitação, em conjunto com as normas e Princípios jurídicos que preveem tanto a viabilidade, quanto a inviabilidade de o empresário ser licitante e contratante do Estado.

## CAPITULO I

Devido a inúmeros motivos, dentre eles a crise no mercado brasileiro, tem se tornado muito comum o fato de que várias empresas entraram em processo de recuperação judicial, devido a dificuldades econômico-financeiras. Tal procedimento, advindo com a Lei nº 11.101/2005, que regula o procedimento de falência, recuperação judicial e extrajudicial, traz uma nova possibilidade para o empresário que esta em crise financeira conseguir se reestruturar economicamente de forma a evitar sua falência.

Neste capítulo, será analisado o Instituto da Recuperação Judicial e o Procedimento Licitatório, ambos indispensáveis ao empresário que, em seu plano de reestruturação, coloca como objetivo a contratação com o Poder Público. Desta forma, verificaremos para que serve cada um dos procedimentos, analisando sua funcionalidade e objetivos. De um lado a recuperação judicial, visando à reestruturação econômico-financeira do empresário e, de outro, o processo Licitatório, necessário à Administração Pública como procedimento para examinar a melhor proposta ao contrato administrativo.

### 1.1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

#### 1.1.1 Histórico e Legislações Anteriores

O direito falimentar, ramo do direito empresarial, tem sido chamado de “Direito recuperacional”, visto que a nova Lei de Falência e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005) visa, segundo Tarcísio Teixeira (2014. p. 264), “a preservação da empresa em detrimento da falência”.

A origem da palavra “falência” vem do vocábulo latino *fallere*, que significava enganar, falsear. Surgiu na Idade Média, estendia-se a todo tipo de devedor, e era considerada uma espécie de delito, que tinha como pena a prisão e até a mutilação do devedor (TEIXEIRA, 2014).

Segundo Paes de Almeida (2014, p. 29), “nos primórdios, o devedor respondia por suas obrigações com a liberdade e até mesmo com a própria vida.” Na idade Média, o Estado passou a tutelar a atuação dos credores, que ficaram condicionados a atuação judiciária. Nesse período acabam criando o concurso

creditório, sendo obrigados, todos os credores, a se habilitarem em juízo, para procederem à arrecadação dos bens do devedor, já com a responsabilidade ao juiz, de zelar e vender, partilhando, em seguida, com os credores.

Em 1807, o Código Comercial Francês, no qual teve, em sua elaboração, a participação de Napoleão Bonaparte, estabelecia rigorosos ônus ao falido, porém, era restrito ao devedor comerciante (ALMEIDA, 2014).

No Brasil Colônia, as regras jurídicas eram todas derivadas de Portugal, as quais, para Paes de Almeida (2014, p. 31), “vigoravam, por ocasião do descobrimento, as Ordenações Afonsinas, posteriormente revistas por D. Manuel (1514) e publicadas em 1521 com a denominação de Ordenações Manuelinas”.

Tais Ordenações Afonsinas não atribuíam nada sobre a quebra do comerciante, porém, tratavam sobre o concurso de credores, dando preferência ao credor que tivesse iniciativa da execução, punindo com prisão, o devedor que não tivesse bens. Somente em 1595, devido a uma Lei promulgada por Felipe II (Filipe III de Espanha), é que foi consagrada a quebra do comerciante. Tal lei acabou inspirando parte das Ordenações Filipinas.

Adotados os princípios consagrados na Lei de 8 de março de 1595, as Ordenações Filipinas de 1603, que abrangiam Espanha e Portugal, que à época integravam o Reino de Castela e, por via de consequência, o Brasil Colônia, consagravam, pela primeira vez entre nós, a quebra dos comerciantes, fazendo nítida distinção entre mercadores “que se levantavam com fazenda alhea” e os que caíssem “em pobreza sem culpa sua”, equiparando os primeiros aos *ladrões públicos*, inabilitando-os o comercio e impondo-lhes penas que variam do degredo à pena de morte, não incorrendo em punição os segundos, que podiam compor-se com os credores.(ALMEIDA, 2014, p. 31)

A falência, nos dias atuais, perdeu o caráter vexatório a que eram expostos os devedores antigamente, sendo assim, “não mais se ressentem de caráter repressivo, constituindo-se, antes de tudo, num processo de execução coletiva.” (ALMEIDA, 2014, p. 315).

Teixeira também faz uma análise histórica do processo falimentar no Brasil:

No Brasil, o Código Comercial de 1850, na sua Parte Terceira, tratava “Das quebras”, arts. 797 a 911, cuja parte processual foi regulamentada pelo Decreto n. 738/1850.

Mais tarde, surgiu o Decreto nº 917/1890 derogando as disposições anteriores, uma vez que estas não atendiam às condições do comércio brasileiro à época. (TEIXEIRA, 2014, p. 264)

Outras normas se sucederam até a chegada do decreto Lei nº 7.661/45, que tratava da falência e concordata. Tal decreto, para Teixeira (2014) revogado pela Lei nº 11.101/2005, tem importante relevância no Brasil, pois tratava da falência e concordata, e considerava “falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagasse no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitimava a ação executiva”, disposto no art. 1º do referido decreto (BRASIL, 1945).

Vista a falência como um delito, ou apenas como um processo de execução patrimonial, estabelecida a distinção entre bons e maus pagadores, procurou-se evitar, para os primeiros, as desastrosas consequências da quebra, possibilitando-lhes composição com os credores, por meio da chamada moratória [...], dilação concedida ao devedor para solver suas obrigações, sucedâneo do que viria a ser posteriormente a concordata. (ALMEIDA, 2014, p. 315)

Além da Falência, que na opinião de Teixeira (2014), era tida como um processo de liquidação do comerciante, a fim de extinguir sua atividade, o decreto Lei nº 7.661/45, também trava da concordata que era uma forma de se obter dilação de prazo e/ou remissão parcial dos créditos quirografários.

A concordata tinha como objetivo ajudar o devedor honesto, que se encontra temporariamente endividado, a se resguardar da falência. Para Paes de Almeida, a concordata:

[...] consistiu-se na solução jurídica destinada a salvar o empresário dos percalços da falência, consistindo, naquela oportunidade, o meio eficaz para assegurar a sobrevivência da empresa, considerada, nos dias atuais, verdadeira instituição social. [...] (ALMEIDA, 2014, p. 316)

Tal instituto consistiu, por muito tempo, na única possibilidade jurídica de sobrevivência do empresário, sendo assim, a concordata, segundo Paes de Almeida (2014), tem consideração importante, passando por diversas alterações ao longo do tempo, numa evolução gradativa que culminaria com o surgimento da recuperação judicial.

A concordata teve origem no direito romano e era dividida em concordata suspensiva e a concordata preventiva. Para obter a concordata suspensiva, bastava

o falido requerer ao juiz, assim, o processo de falência era suspenso, dava-se a oportunidade para o falido não ter sua atividade extinta.

Especificamente sobre a concordata suspensiva, durante o curso do processo de falência, o comerciante falido podia requerer ao juiz a “suspensão” do processo por meio dela ‘(Decreto lei n. 7.661/45, arts. 177 e ss.)’. Dessa forma, o processo de falência era suspenso, com o objetivo de que o devedor pudesse ter a chance de não ter sua atividade extinta. (TEIXEIRA, 2014, p. 264)

Já na modalidade preventiva, Teixeira (2014. P. 164) nos explica que consistia na “possibilidade de o devedor evitar a declaração judicial da falência, requerendo ao juiz a concessão da concordata preventiva, antes de algum credor requerer a falência do devedor em juízo”. Para conseguir a concordata preventiva, o devedor deveria preencher algumas condições como, por exemplo, “oferecer o pagamento mínimo de 35% dos débitos à vista, ou 50% a prazo em até 2 anos”.

Contudo, para efetivamente evitar a falência, o comerciante oferecia pagar seus credores quirografários da seguinte forma: (i) 50% dos débitos à vista; (ii) ou a prazo: 60% em 6 meses, 75% em 12 meses, 90% em 18 meses, 100% em 24 meses. (TEIXEIRA, 2014, p. 264)

A concordata, necessariamente, era a possibilidade de o devedor ter a dilatação do prazo ou até mesmo a remissão dos créditos quirografários. Desta forma, sua natureza era dilatória, remissória ou mista.

### 1.1.2 Definições e Características da Recuperação Judicial

O processo de recuperação judicial, previsto na Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que também rege a recuperação extrajudicial e o processo de falência, segundo expõe Paes de Almeida (2014), foi criado com os mesmos objetivos da concordata, para atender empresários que estejam passando por dificuldades financeiras, evitando o processo falimentar, buscando recuperar economicamente o devedor, com meios indispensáveis para a manutenção da empresa.

O Art. 47 da referida lei, demonstra de forma clara, os objetivos da recuperação judicial:

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. (BRASIL, 2005)

Tarcísio Teixeira (2014), explica que a lei de Falência e Recuperação judicial, tem caráter multidisciplinar, visto que possui regramentos empresariais, processual e penal. Contudo, o autor também comenta que o código de processo civil responde subsidiariamente às omissões da Lei nº 11.101/2005.

A recuperação judicial, para Paes de Almeida (2014), tem natureza contratual, assim como a antiga concordata, pois, também necessita da concordância de determinado percentual de credores (art. 56 e 58 da Lei nº 11.101/2005) para sua concessão. O efeito da rejeição do plano de recuperação pela assembleia-geral dos credores será a decretação da falência do devedor, pelo juiz, assim como dispõe o art. 56, § 4º da referida lei.

De outra forma, o juiz poderá conceder a recuperação judicial por base no art. 58, § 1º, da referida Lei de Falência e Recuperação judicial, que assim dispõe:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. (BRASIL, 2005)

Desta forma, observa-se que em qualquer das hipóteses mencionadas, a concordância pelos credores ou aceitação do plano alternativo de recuperação são requisitos para o deferimento do plano de recuperação (ALMEIDA, 2014).

A recuperação judicial da empresa consiste em uma ação judicial que visa sanar o desequilíbrio financeiro enfrentado por empresários individual ou sociedade

empresaria. O seu objetivo principal é ajudar o empresário a superar a dificuldade econômico-financeira.

O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. (CAMPINHO, 2006, p. 120)

Segundo Márcia Ribeiro (2012), para requerer a recuperação judicial, é necessário ser empresário, ou seja, pessoa física (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresaria) que assumi os riscos do empreendimento, organizando de forma profissional e regular. O Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, em seu art. 966, considera “empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” (BRASIL, 2002).

Para Fabio Ulhoa Coelho (2014), não são todas as empresas que merecem ser recuperadas, visto que, quem, na maioria das vezes, acaba pagando por esta recuperação é a própria sociedade, pois, as entidades financiadoras, que disponibilizam o crédito para custeio da recuperação, acabam repassando as taxas de juros e riscos do devedor para a sociedade em geral.

Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas. (COELHO. 2014, pag. 278)

Ulhoa (2014), também opina sobre a vulnerabilidade do modelo brasileiro da Recuperação Judicial, pois, em sua opinião, ao vincular o indeferimento do plano recuperacional à decretação de falência, acaba obrigando o credor, na Assembleia que votar a aprovação ou não do Plano de Recuperação Judicial, a aprovar “qualquer rabisco malfeito”, temendo a decretação de falência do devedor.



## 1.2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### 1.2.1 Definições e Características da Licitação

A licitação é um procedimento obrigatório para a administração pública poder celebrar contratos administrativos com uma empresa privada. Tal procedimento tem caráter obrigatório para impedir a administração Pública de escolher seu fornecedor livremente, assim como fazem as empresas privadas.

A doutrina brasileira tem definido Licitação como o procedimento administrativo de escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Celso Bandeira de Mello define licitação como:

[...] Um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. (BANDEIRA DE MELO, 2002. P. 517).

Para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 260), Licitação “é o procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Da definição simples de Meirelles, passamos para a de Marçal Justen Filho, que define Licitação como:

[...] um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 309).

Segundo Alexandre Mazza (2016), são três os objetivos da licitação: a garantia da observância do Princípio da Isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, este inserido pela Lei 12.349/2010. Todos estão previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, Lei geral de licitação:

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. (BRASIL, 1993)

Seguindo o raciocínio de Mazza (2016), o procedimento licitatório deve ser pautado no princípio da isonomia, previsto constitucionalmente, afirmando a igualdade de todos perante a lei, na seleção da melhor proposta para a administração e na busca pelo desenvolvimento nacional sustentável.

### 1.2.2 Licitação para Contratos Administrativos de Concessão de Serviço Público

A lei Geral de Licitações, Lei nº 8.666/1993, no tocante ao procedimento licitatório, fixa normas para licitação e contratos administrativos de acordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988. Tal artigo prevê que todo contrato administrativo deve ser, como regra, precedido de uma licitação.

**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:

**XXI** - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

O Contrato administrativo, para Marçal Justen Filho (2012), é um acordo de vontades com efeitos vinculantes, a qual participa a administração pública e cujo objeto consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer algo economicamente avaliável.

Justen Filho (2012, p. 806), explica que, dentre os vários tipos de contratos administrativos, quando tratar-se de concessão de serviço público, teremos contratos administrativos “que versão sobre a delegação a particulares do exercício de competências administrativas.” Os prazos de execução das prestações que incumbem às partes serão definidos de acordo com o contrato, segundo os termos do ato convocatório e da proposta.

O inciso IX, do art. 78, da Lei nº 8.666/1993, dispõe que “a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil, são causas para a rescisão do contrato” (BRASIL, 1993). Tal artigo dispõe as cláusulas de rescisão do contrato

administrativo, porém, para Justen Filho (2012), as cláusulas de extinção estão especialmente, mas não exclusivamente no referido artigo.

O art. 195 da Lei nº 11.101/2005, também é objetivo ao dispor que “a decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica a extinção da concessão, na forma da lei” (BRASIL, 2005). Verifica-se a clareza do artigo, ao prever a extinção do contrato de concessão do serviço público, em caso de falência da empresa contratada.

Por outro lado, as referidas leis não fazem nenhuma remissão ao instituto da recuperação judicial, sendo assim, compreendemos que, somente em caso de decretação de falência é que o poder público poderá extinguir o contrato com a empresa falida.

O vazio deixado pela Lei Geral de Licitação e pela nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas faz surgir diferentes opiniões, tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais, abalizadas em princípios e regras jurídicas no sentido da extinção do contrato firmado pela administração pública ou na continuidade do mesmo em caso de recuperação judicial.

## **CAPITULO II**

### **2.1 A Impossibilidade da Empresa em Recuperação Judicial Participar de Procedimento Licitatório**

A impossibilidade do empresário em recuperação judicial poder licitar e contratar com a Administração Pública é uma das posições apoiadas por parte da doutrina brasileira, que se baseia em diversos regramentos jurídicos, assim como em princípios, distribuídos por leis e demais espécies de regramentos com poderes normativos, que preveem, expressamente ou implicitamente, tal inviabilidade.

Desta forma, será estudada a fase de habilitação na licitação, a qual requer a comprovação de viabilidade econômica financeira por parte do licitante. Dentre os documentos exigidos para tal comprovação, está a certidão negativa de falência e concordata, aqui entendida como recuperação judicial. Partindo desta premissa, parte da doutrina inviabiliza a participação de empresários, em recuperação judicial, a participarem de procedimentos licitatórios, visto que a empresa recuperanda, segundo os autores, não está apta economicamente a sustentar o objeto do contrato.

Contudo, não examinaremos apenas a legislação e a posição de parte da doutrina, mas também, os princípios espalhados pelo ordenamento jurídico, os quais inviabilizam a recuperanda de licitar e contratar com o Estado. Por fim, veremos o entendimento dos Tribunais brasileiros, inclusive o do Estado de Goiás, os quais exaram decisões desfavoráveis ao empresário recuperando.

#### **2.1.1 – A habilitação na licitação e a presunção de insolvência do empresário em recuperação judicial**

Para qualificarmos melhor este entendimento, começaremos a explanar sobre a fase de habilitação na licitação. A habilitação é uma das fases exigidas para uma empresa se qualificar no processo licitatório. Trata-se da fase de recebimento e abertura dos envelopes contendo a documentação para participação no procedimento.

A Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) prevê em seu art. 27, os quatro tipos de documentos exigidos para a habilitação na licitação.

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. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999). (BRASIL, 1993) [grifo nosso]

Após análise dos documentos acostados pelas empresas interessadas, tal fase definirá quais os licitantes aptos a contratar com a Administração Pública, dando continuidade à licitação, passando-se a fase de apresentação e julgamento das propostas.

O inciso III, do art. 27 da Lei nº 8.666/1993, dispõe que a empresa, para participar de procedimento licitatório, deverá comprovar sua capacidade financeira. Para tanto, o art. 31 da referida lei prevê a documentação que o licitante deverá apresentar para comprovar sua capacidade em suportar o ônus do contrato. Desta forma, ganha importância o inciso II, do art. 31 (Lei nº 8.666/1993), que impõe ao licitante Certidão Negativa de Falência ou Concordata, expedida pelo cartório distribuidor da sede da pessoa jurídica, dentre outros documentos.

O art. 52 da Lei de Falência e Recuperação Judicial de empresas ganha destaque a parti deste entendimento.

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, 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; (BRASIL, 2005)

O artigo citado é claro ao prevê que o juiz, além de deferir o processamento da recuperação judicial, determinará, dentre outras provisões, a dispensa, ao empresário, de exibir certidões negativas, para que o empresário continue suas atividades normalmente, sem precisar encerrá-las. Por outro lado,

também expõe exceções de muita importância, como a apresentação de certidões negativas para a contratação com o Poder Público.

O doutrinador Marçal Justen Filho (2012), explicita que a qualificação financeira seria a disponibilidade de recursos econômicos e financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação. Desta forma, exceto nos casos de pagamento antecipado, o contratado deverá executar com recursos próprios o objeto de sua prestação, para somente depois de aprovada a prestação pela administração Pública, receber o pagamento.

O interessado deverá dispor de recursos financeiros para custeio das despesas (mão de obra, matérias-primas, maquinário, tecnologia) necessárias ao cumprimento das obrigações advindas do contrato. Aquele que não dispuser de recursos para tanto não será titular de direito de licitar, pois a carência de recursos faz presumir a inviabilidade da execução satisfatória do contrato e a impossibilidade de arcar com as consequências de eventual inadimplemento. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 537)

Além do mais, para o jurista, as disposições contidas na Lei nº 8.666/1993, devem ser adaptadas ao regime da atual Lei de Falências. Dessa forma, as referências à “concordata” devem ser interpretadas como referidas a recuperação judicial, concluindo, assim, que as empresas em processo de recuperação judicial não poderão participar de procedimentos licitatórios. Contudo, para Justen Filho (2012), a falência, a recuperação judicial e a execução patrimonial induzem ausência de requisitos para habilitação tanto da pessoa jurídica como da pessoa física.

Segundo Justen Filho (2012, pp. 546 e 547), “mantém-se a presunção de insolvência relativamente ao sujeito que pleiteia a recuperação judicial. Esse é o aspecto fundamental que conduz a inviabilidade da contratação administrativa.” Para o autor, o empresário confessa sua insolvência no momento em que pleiteia sua recuperação judicial. O estudioso também utiliza o mesmo fundamento para a recuperação extrajudicial, baseando-se no texto do art. 51, inciso I da Lei nº 11.101/2005, o qual presume que a recuperação judicial faz entender que a empresa encontra-se com dificuldades econômicas e financeiras.

2.1.2 - A lei de concessão de serviços públicos em concordância com a lei de licitações

A Lei nº 8.666/1993 tem aplicação supletiva aos contratos de concessão e permissão do serviço público, conforme dispõe seu art. 124, desde que a mesma não contrarie os dispositivos contidos na Lei nº 8.987/1995, própria dessa espécie de contratos.

O art. 14, da Lei nº 8.987/1995, dispõe que:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. (BRASIL, 1995)

Desta forma, analisando o art. 14, da Lei nº 8.987/1995, contrapondo com o inciso II, do art. 31, da Lei de Licitações, já analisado anteriormente, ADAMEK (2007), deduz que o empresário em recuperação judicial não poderá participar de procedimento licitatório que tenha como objetivo a outorga da concessão de serviço público, da mesma forma que não poderá dar continuidade na execução de tal contrato, caso já tenha iniciado seu cumprimento, visto que teria violado um essencial requisito da habilitação, caso esteja em processo de recuperação judicial.

Em análise a Lei nº 8.987/1995, encontramos os requisitos e documentos necessários para a avaliação da habilitação dos interessados na concessão de serviços públicos e tais requisitos também foram dispostos pela Lei de Licitações. Desta forma, reforça-se o entendimento de que os interessados nas licitações de concessão de serviços públicos também deverão comprovar sua habilitação segunda as regras dos demais tipos de licitações.

Diante do exposto, percebe-se que a Lei de Concessão do Serviço Público deve ser aplicada de acordo com a Lei Geral de Licitações para habilitação de empresas na concorrência. Assim, concluímos que, se o empresário está passando por dificuldades financeiras e pleiteou a recuperação judicial, não poderá participar de licitações que visem à concessão de serviço público. Tal conclusão é advinda de acordo com a determinação do inciso II, do art. 31, da lei 8.666/1993, que exige do empresário participante de licitação, a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, assim como os artigos 14 e inciso V, do art. 18 da Lei 8.987/1995, combinado com o art. 124 da lei de licitações, dando a arremate de

que o empresário não poderá deixar de apresentar nenhum documento exigido por lei na concorrência para concessão de serviços públicos.

### 2.1.3 – Os princípios jurídicos contrários ao empresário

Analisando os princípios jurídicos invocados, podemos perceber que não só a doutrina banaliza o entendimento de que o empresário em recuperação judicial não pode participar de procedimento licitatório, pois, diversos são os princípios que servem de alicerce para fundamentar a posição exposta.

Primeiramente estudaremos o Princípio da Legalidade que, além de estar previsto no caput do art. 37, da Constituição Federal de 1988, também está intrínseco com o inciso II do art. 5º, que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

O argumento embasado por tais normas constitucionais é que de acordo com os artigos 31, II e 40, VI, da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e os artigos 18, V e 27, §1º, I da Lei de Concessões de Serviços Públicos, induzem o entendimento de que o empresário em processo de recuperação judicial não tem viabilidade econômico-financeira para participar de procedimento licitatório, visto a necessidade de apresentação de certidão positiva de recuperação judicial. Desta forma, a Administração Pública deverá agir segundo os ditames da Lei, impedindo o empresário em recuperação judicial de participar de procedimentos licitatórios, impondo, assim, a proibição de contratação com a administração.

Corroborando com o entendimento acima, temos o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, que é um princípio implícito, que embora não se encontre em nenhum enunciado constitucional, surgiu em decorrência das instituições adotadas no Brasil. Tal princípio, segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015), é um dos pilares do regime jurídico-administrativo, preconizando que a atuação do Estado subordine os interesses privados.

Analisando o princípio citado acima, devem-se verificar as consequências danosas de uma eventual contratação com um empresário em processo de recuperação judicial. Citamos como exemplo, a interrupção dos serviços prestados



ou até mesmo, a inadequada prestação, em razão da insuficiência de recursos financeiros por parte do empresário. Desta forma, a finalidade da prestação estaria prejudicada, visto que não seria satisfeita de acordo com o interesse público. Assim, o Poder Público não poderia correr o risco de lesar toda a coletividade para, simplesmente, patrocinar a reabilitação econômico-financeira de um empresário em decorrência de um contrato administrativo.

Contudo, o Princípio da continuidade do Serviço Público dispõe que a prestação do serviço público não pode sofrer interrupções, pois, além de prejudicar o interesse de milhares de usuários, acabaria por prejudicar, também, a própria ordem econômica, que seria abalada pela suspensão do serviço público essencial.

Por fim, verificamos que não somente as normas jurídicas, mas, também, os princípios do direito servem de fundamento ao entendimento da inviabilidade da empresa em recuperação judicial licitar e contratar com a Administração Pública.

#### 2.1.4 – A exigência de certidão negativa de recuperação judicial ou o certificado de registro cadastral de acordo com os Tribunais

De acordo com algumas decisões exaradas por nossos tribunais, há o entendimento de que o empresário em recuperação judicial não poderá contratar com a administração pública através de procedimento licitatório. Para chegar a esta decisão, vários acórdãos citam a necessidade, do licitante, em apresentar certidão negativa de concordata ou, como já vimos, de recuperação judicial.

Desta forma, o referido inciso II, do art. 31, da Lei de Licitações ganha extrema importância, visto que, para demonstrar sua qualificação econômica e financeira, o empresário é obrigado a apresentar certidão negativa de concordata ou recuperação judicial, sendo inviável sua participação no certame, caso apresente certidão positiva.

Para o Superior Tribunal de Justiça – STJ a apresentação da certidão negativa de concordata ou recuperação judicial é indispensável à comprovação da viabilidade econômico-financeira do licitante, conforme decisão exarada, cujo teor está juntado abaixo.

RECURSO ESPECIAL DA TELESP - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - HABILITAÇÃO - AÇÃO POPULAR - NULIDADE DE ATO - POTENCIALIDADE DE DANO AO ERÁRIO - CERTIFICADO

DE REGISTRO CADASTRAL (CRC) - EMPRESA EM CONCORDATA - ARTS. 27, III, E 31, II, DA LEI N. 8.666/93 - CARÊNCIA DA AÇÃO - SÚMULA 284/STF - MÁ-FÉ DO AUTOR POPULAR - SÚMULA 211/STJ - VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI N. 4.717/65 - SÚMULA 07/STJ.

[...]

3. Questão federal da necessidade de certidão negativa de concordata ou falência para a comprovação da qualificação econômico-financeira: Para qualquer habilitação em licitação será exigida documentação sobre a qualificação econômico-financeira (art. 21, III, Lei n. 8.666/93), e essa documentação será limitada à certidão negativa de falência ou concordata, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica (art. 31, II, da Lei n. 8.666/93).

4. É possível e legal exigir o Poder Público obtenção prévia de um certificado, chamado de Certificado de Registro Cadastral – CRC, de modo a buscar o melhor esclarecimento possível do habilitante sobre sua capacidade financeira, com vistas aos compromissos que dali poderão advir, máxime em se tratando da finalidade pública que envolvem tais compromissos.

[...] (BRASIL, 2007a) [grifo nosso]

Conforme enfatizou o STJ, no item 3, para qualquer habilitação em licitação, será necessária a certidão negativa de falência ou concordata. Por outro lado, o STJ anuncia a existência de outro documento capaz de substituir tal certidão e esclarecer sobre a capacidade econômico-financeira do licitante (item 4), trata-se do Certificado de Registro Cadastral (CRC), documento previsto no §2º do art. 32, da Lei nº 8.666/1993.

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos artigos 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei. (BRASIL, 1993) [grifo nosso]

O Certificado de Registro Cadastral tem a mesma finalidade da certidão negativa de concordata ou falência, que é a de avaliar a capacidade econômica e financeira da empresa licitante, desde que previsto no edital e o registro feito de acordo com a Lei 8.666/1993.

“O § 3º do art. 32 da Lei 8.666/93 permite a substituição dos documentos dos artigos 28 a 31 pela apresentação do Certificado de Registro Cadastral - CRC, sem restrição, se o registro estiver de acordo com as exigências formais da lei.” (Resp. nº 402.826/SP, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 18.02.2003, DJ de 24.03.2003) (BRASIL, 2003b) [grifo nosso]

Na mesma seara, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, enfatizou que as exigências contidas no art. 31, II da lei de Licitações, são taxativas, contribuindo para o entendimento de que a apresentação de certidão negativa de falência e concordata é imprescindível para a comprovação de idoneidade econômico-financeira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATOS. CONCORRÊNCIA. INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME. CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIAS E CONCORDATAS.

1. A apresentação da certidão negativa de falência e concordata é requisito legalmente admissível na fase de habilitação no certame, modalidade de concorrência, segundo o art. 31, inciso II, da Lei 8.666/93.

2. Se a parte agravante não apresentou documentação exigida no momento oportuno – ou a apresentou com equivocada menção ao CNPJ de outra sociedade empresária – não há ilegalidade no ato administrativo que a julgou inabilitada. O eventual erro ou equívoco quanto aos dados constantes da Certidão Judicial apresentada é de responsabilidade exclusiva da parte.

AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO MONOCRATICAMENTE, COM FULCRO NO ART. 557, “CAPUT”, DO CPC. (RIO GRANDE DO SUL, 2009) [grifo nosso]

O Tribunal de Contas da União, órgão administrativo de controle externo, que controla e julga os gastos e despesas públicas, entre elas os decorrentes de licitações e contratos administrativos, sobre o artigos 31, da lei de Licitações, posiciona-se nesse sentido:

Aliás, quanto à declaração de boa situação financeira das participantes do certame licitatório, o que a Lei de Licitações prevê, em seu art. 31, inciso II, é que seja acostada „certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física“, a qual foi devidamente relacionada no subitem 9.2.3, relativo à qualificação econômico-financeira. (BRASIL, 2007a)

Assim, findamos que a jurisprudência do TCU é a favor da exigência da certidão negativa de falência e recuperação judicial, para habilitação no certame licitatório, conforme preceitua o inciso II, do art. 31, da lei nº 8.666/1993.

## 2.1.5 – A jurisprudência do tribunal de Justiça do Estado de Goiás

O Tribunal de justiça do Estado de Goiás (TJGO), em diversos acórdãos exarados, corrobora a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, para habilitação da empresa em procedimento licitatório. O respectivo tribunal, em observância ao princípio da legalidade, dispõe que a Administração Pública deve agir de acordo com a lei.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LICITAÇÃO. DISPENSA DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS. Em razão da negativa de vigência à Lei de Licitações bem como da supremacia do princípio da legalidade estrita que rege a Administração Pública, não há como deferir a dispensa de apresentação de certidões negativas para que a recorrente licite e contrate com o Poder Público. AGRAVO DESPROVIDO. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 72428-03.2013.8.09.0000, Rel. DR(A). SERGIO MENDONCA DE ARAUJO, 4A CAMARA CIVEL, julgado em 13/06/2013, DJe 1327 de 21/06/2013) (GOIÁS, 2013a) [grifo nosso]

De acordo o TJGO, a fase de habilitação da licitação tem por finalidade, a aferição da capacidade econômico-financeira do licitante, para ter a certeza de que o mesmo é idoneamente capaz de arcar com o ônus do contrato administrativo. O respectivo tribunal também explica que as normas contidas no edital de licitação são de extrema importância, pois, são elas que dispõem as condições para a realização da licitação. Assim, é lícito a proibição de participação de empresas em recuperação judicial em licitação, caso esteja expressamente previsto no edital.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA. EDITAL DE LICITAÇÃO. TIPO MENOR PREÇO GLOBAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NUTRIÇÃO E ALIMENTAÇÃO MEDIANTE A OPERACIONALIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE TODAS AS ATIVIDADES PARA O FORNECIMENTO, PREPARO, DISTRIBUIÇÃO E TRANSPORTES DAS REFEIÇÕES DESTINADAS À SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. EDITAL. IRREGULARIDADES. NÃO OCORRÊNCIA. REITERAÇÃO DA TESE JÁ EXPENDIDA. NENHUM ELEMENTO NOVO. DESPROVIMENTO.

[...]

II- O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público.

III- No procedimento licitatório, a fase de habilitação econômico-financeira tem por finalidade arrecadar dados que façam presumir que o licitante tem capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato.

IV- Tratando-se prestação de serviços de expressão econômica e responsabilidade técnica, legitima-se a exigência inserida no Edital Convocatório em que vedou a participação de empresas em recuperação judicial, pois a contratação de empresa nessas condições jurídicas, que atravessam dificuldades econômico-financeiras, poderá colocar em risco o cumprimento das obrigações.

[...]

AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. (TJGO,AGRAVO DE INSTRUMENTO 15891-50.2014.8.09.0000, Rel. DR(A). CARLOS ROBERTO FAVARO, 1A CAMARA CIVEL, julgado em 20/05/2014, DJe 1552 de 29/05/2014) (GOIÁS, 2014b) [grifo nosso]

Contudo, verificamos que parte da doutrina e da jurisprudência de nossos Tribunais é contrária a participação de empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios, de acordo com as regras e princípios jurídicos expostos.

## **CAPITULO III**

### **3.1 – A Possibilidade da Empresa em Recuperação Judicial Licitar e Contratar com o Poder Público**

Da mesma forma que vários doutrinadores inviabilizam o empresário recuperando em participar de procedimento licitatório e de contratar com o Estado, existe juristas contrários a este pensamento que entendem tal possibilidade. Adotam esta linha, pois, para eles, a fase de habilitação no procedimento administrativo, não poderia criar disparidades entre os licitantes, o que feriria alguns princípios, dentre eles o da isonomia.

Neste ultimo capitulo verificaremos que a fase de habilitação é necessária apenas a comprovação de qualificação econômico-financeira ao objeto licitado, sendo assim, a Administração não pode exigir mais documentos do que os previstos em lei, por outro lado, poderá ela exigir apenas os indispensáveis ao objeto do contrato. Desta forma, é possível a não exigência de certidão negativa de falência e recuperação judicial em algumas licitações.

Também, em outra abordagem, verifica-se que é viável a manutenção do contrato administrativo, entre o particular e a Administração Pública, caso o contratado entre em recuperação judicial, pois a lei apenas prevê a rescisão em caso de falência.

Desta forma, será analisado o pensamento doutrinário embasado de acordo com a legislação, verificando sempre os princípios jurídicos aplicados, para fundamentação do mote. Por fim, encontram-se diversos entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais e Órgãos Administrativos que também instruem sobre a matéria.

#### **3.1.1 – A possibilidade de dispensa da certidão negativa de recuperação judicial na habilitação licitatória**

Ficou esclarecido que, na fase de habilitação de procedimento licitatório, deve o empresário, para comprovar capacidade e idoneidade econômico-financeira, apresentar certidão negativa de falência e recuperação judicial, conforme prevê o artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Para Marçal Justen Filho (2012), existem requisitos de habilitação cuja existência é facultativa e que poderão ser dispensados em alguns casos.

Assim se passa, por exemplo, com a qualificação econômico-financeira e com a qualificação técnica, que não necessita ser examinada em algumas hipóteses. Em tais hipóteses, a dispensa da exigência da documentação é uma decorrência da ausência de exigência de requisitos de habilitação. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 556)

Para o autor, há requisitos que deverão ser sempre observados, cuja exigência é necessária em todos os casos, sendo um deles a comprovação jurídica da ausência de falência e de regularidade com a seguridade social. Desta forma, verificamos a possibilidade da dispensa de certidão de recuperação judicial por parte do edital de licitação.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2008), a aptidão econômico-financeira é relativa e deve ser observado caso a caso.

Diante de cada licitação a Administração graduará a exigência para essa demonstração de idoneidade financeira dos licitantes [...]. Há que fundar-se em situações concretas [...]. Desde que a firma tenha capacidade financeira real para aquela obra, aquele serviço ou aquele fornecimento pedido no edital, pode concorrer em igualdade de condições com as de maior capital, porque a capacidade financeira não é absoluta, mas relativa a cada licitação. (MEIRELLIS, 2012, p. 197),

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, dispõe que:

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:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

O dispositivo citado acima, em análise ao artigo 31 da Lei nº 8.666/1993, Amaral (1996) prega que deve haver uma adequação entre o Licitante, o Poder Público e o objeto licitado. Diante disto, a Administração Pública não pode exigir do licitante, afim de comprovação de capacidade econômico-financeira, requisitos além

do necessário ao cumprimento do contrato. Segundo o autor, ela estará frustrando o caráter competitivo da licitação, princípio do procedimento licitatório, caso exija mais documentos do que o indispensável.

O poder discricionário, pelo qual a Administração Pública estar sempre obrigada a escolher de acordo com sua conveniência e oportunidade, é explanado por Figueiredo (2002), para coadunar a dissertação.

Nos arts. 30 e 31, concernentes à qualificação técnica e econômico-financeira, o legislador apenas relacionou os tipos de documentos que podem ser exigidos, deixando ao administrador público a competência discricionária para estabelecer, em cada licitação, quais serão requeridos e quais as características de cada documento a ser apresentado pelos licitantes, conforme a particularidade do objeto a ser licitado e as características do futuro contrato.

Pelo princípio da legalidade, o Administrador Público deve escolher, dentre os documentos relacionados nesses dois artigos, quais são indispensáveis para a garantia do cumprimento das obrigações contratadas, conforme dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

A competência discricionária é um dever-poder: o administrador público não pode se furtar a identificar, em cada licitação, conforme as características do objeto licitado e do futuro contrato, quais seriam as exigências indispensáveis para assegurar a boa execução contratual. (FIGUEIREDO, 2002, p. 130)

A Constituição Federal de 1988, dispõe que não poderá haver requisitos que impeçam à garantia do cumprimento do contrato, para não restringir o caráter competitivo da licitação, assim, dando a oportunidade de um maior número de participantes no processo licitatório.

Desta forma, fica clara a possibilidade por parte da Administração, de dispensar a exigência de certidão negativa de recuperação judicial do empresário licitante, visto que ela possui discricionariedade de avaliar quais são as exigências indispensáveis que garantirão uma adequada execução contratual.

### 3.1.2 – A falência como (única) causa de rescisão ou extinção do contrato administrativo

As causas que dão ensejo à rescisão do contrato pactuado entre Administração Pública e particular estão elencadas no artigo 78 da Lei de licitações e dentre elas esta a decretação de falência do particular.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:



[...]

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;  
(BRASIL, 1993)

Com base no disposto no artigo 78 da Lei 8.666/1993, apenas a decretação de falência acarretaria a rescisão contratual. Observando o que preconiza o artigo 73, IV, da Lei 11.101/2005, haverá convolação em falência, caso o plano de recuperação judicial não seja cumprido. Sendo assim, não há motivos para rescisão contratual caso haja o processamento de recuperação judicial.

Outro dispositivo legal que merece ser destacado é o artigo 35, IV, da Lei 8.987/1995. Tal norma, também lista os motivos que causam a extinção do contrato administrativo de concessão, sendo o inciso IV, a “falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual” (BRASIL, 1995). Tal entendimento também está positivado na própria lei de Falência, mais precisamente em seu artigo 195, o qual prevê “A decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei” (BRASIL, 2005).

Assim, notamos que há um mesmo entendimento quanto à manutenção do contrato administrativo, caso a concessionária entre em processo de recuperação judicial. Para Marçal Justen Filho (2012), a Administração não poderá estabelecer outros motivos para a rescisão do contrato administrativo, senão aqueles previstos no artigo 78 da Lei de Licitações, porém, deverá traçar um vínculo entre a conduta e a lesão aos interesses fundamentais.

Segundo o Tribunal de Contas da União (TCU):

“É preciso ter a exata noção de que nem todas as hipóteses elencadas no art. 78 da Lei nº 8.666/1993 impõem, se ocorrerem, necessariamente, a rescisão do contrato firmado com a Administração Pública. Esse entendimento encontra-se respaldado no entendimento desta Casa, reafirmado no Acórdão 1.108/2003 – Plenário, de minha Relatoria, prolatado nos autos do TC 013.546/2002-0.” (Acórdão nº 1.517/2005, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler) (BRASIL, 2005b)

Contudo, o entendimento exarado na jurisprudência do TCU, citada acima, embasa a ideia de que as condutas dispostas no artigo 78, da Lei de Licitações, não são necessariamente, se praticadas, motivos para rescisão do

contrato, assim como, a Administração Pública não poderá criar outros mecanismos para tal finalidade.

### 3.1.3 – A manutenção do contrato administrativo no caso de recuperação judicial do empresário já contratado

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe que a Administração Pública poderá dar continuidade ao contrato administrativo caso o contratado entre em processo de recuperação judicial, mesmo que, para alguns juristas, isto não seja viável. A norma que dá ensejo a tal afirmação é o § 2º, do artigo 80, da Lei nº 8.666/1993.

Art. 80. [...]

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

Sendo assim, o dispositivo acima, coaduna com o disposto no inciso IX, do art. 78, dando como uns dos motivos da rescisão ou extinção do contrato administrativo, a falência e não a recuperação judicial. Desta forma, Figueiredo (2002) explica que, ocorrendo à concordata (entende-se recuperação judicial) da empresa contratada, a Administração Pública apurará a real condição econômico-financeira da empresa para, só após, dar o parecer sobre a continuidade ou não do contrato. E sendo viável a recuperanda, a mesma continuará a execução do contrato, sob a supervisão da Administração Pública.

Dessa forma, a Administração Pública poderá manter o contrato com a empresa em processo de recuperação judicial, caso julgue ser viável e conveniente tal manutenção, justificando sua decisão.

### 3.1.4 – Os princípios de direito invocados

Os Princípios jurídicos, também considerados normas jurídicas, servem como base a todo o ordenamento jurídico. De acordo com alguns princípios, é viável a possibilidade de o empresário em recuperação judicial poder participar de procedimento licitatório e, por fim, poder contratar com a Administração Pública.

Para delinear os sobre o assunto, observaremos primeiramente o Princípio Constitucional da Isonomia que, previsto no artigo 5º da Constituição

Federal de 1988, dispõe que todos são iguais perante a lei, desta forma, segundo Bandeira de Mello (2012), “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições”, deve servir de instrumento que regule de forma equitativa a vida de todos. Assim, não deveria haver nenhum tipo de diferenciação entre os licitantes, uma vez que a lei os deixa no mesmo patamar de igualdade.

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:

[...]

IV - livre concorrência; (BRASIL, 1988)

Segundo a Carta Magna, o trabalho humano e a livre iniciativa são os pilares da ordem econômica, e dão garantia a uma vida digna, levando em conta alguns princípios, dentre eles o da Livre Concorrência. Desta forma, a Constituição assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, determinando ao Estado regular o exercício dessa atividade (MELLO, 2012). Nestes termos, para o autor, é admissível a contratação, por parte da Administração Pública, de empresas em recuperação judicial.

Para Villela Souto (2004), entende que a exigência da certidão negativa de falência e recuperação judicial, prevista no artigo 31, II, da Lei nº 8.666/1993, não é genérica, muito menos absoluta. Desta forma, para o estudioso, a exclusão de sociedade empresaria de procedimento licitatório por conta de processamento de recuperação judicial é uma clara violação ao Princípio da Livre Iniciativa.

Destaque o princípio expresso no artigo 47, da Lei de Falência, o Princípio da Função Social da Empresa, que é básico à sua preservação e ao estímulo à atividade econômica. Observa-se a importância deste princípio, visto a promoção do interesse social representado pela empresa em recuperação judicial, pois, a mesma também impulsiona a economia nacional e, em especial, da continuidade na prestação de serviços e geração de empregos.

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. (BRASIL, 2005)

Assim, em razão do interesse social da empresa, Penteado (2007), considera a atividade empresarial como a que mais evidencia o caráter público, assim, a participação de empresas em recuperação judicial em procedimentos licitatórios e, por consequência sua contratação, serviria, em alguns casos, como veículo para a superação do momento de instabilidade financeira.

Há de se falar também da viabilidade da empresa, princípio o qual preconiza que somente é processada a recuperação judicial de empresas que são economicamente viáveis, uma vez que, quando consideradas inviáveis, há convolação da recuperação judicial em falência. Para Fazzio Junior (2016), somente são consideradas economicamente viáveis, empresas que demonstram clareza no plano de reestruturação empresarial.

Dando continuidade, a Administração Pública “não poderá adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação” (Art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993). Trata-se do Princípio da Competitividade, já explanado anteriormente, o qual estabelece que a Administração Pública não poderá exigir mais requisitos, afim de comprovar a qualificação dos licitantes, do que o permitido por lei. Entretanto, ela poderá discricionariamente, limitar-se a exigir somente os documentos indispensáveis à comprovação de qualificação, de acordo com o objeto licitado.

Por fim, verificamos que a Constituição Federal de 1988, assegura a igualdade entre todos os participantes de processo Licitatório, sob pena de ofensa aos Princípios da Isonomia e da Competitividade. Desta forma, a Administração somente poderá exigir os documentos de comprovação de idoneidade econômico-financeira essenciais ao cumprimento do objeto licitado.

3.1.5 – A não exigência de todos os documentos do artigo 31, da Lei nº 8.666/1993, com base em jurisprudências dos Tribunais.

Da mesma forma que há diversos julgados dos Tribunais que entendem a inviabilidade do empresário em recuperação judicial poder licitar e contratar com a Administração Pública, também há diversos acórdãos que, pelo contrario, atestam a possibilidade desta contratação pública.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão colegiada, de acordo com o princípio da Proporcionalidade, mitigou a aplicação do art. 52, II, da Lei nº 11.101/2005, visando garantir acesso a todos os meios para recuperação da sociedade empresaria em dificuldade.

DIREITO EMPRESARIAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO E MONTAGEM DE INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM A PETROBRAS. PAGAMENTO DO SERVIÇO PRESTADO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DA EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTS. 52 E 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "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".

2. Segundo entendimento exarado pela Corte Especial, 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).

3. Dessarte, o STJ, para o momento de deferimento da recuperação, dispensou a comprovação de regularidade tributária em virtude da ausência de legislação específica a reger o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. Nessa linha de intelecção, por óbvio, parece ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público.

[...]

Precedentes. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL, 2010c) [grifo nosso]

Tal entendimento soma-se à decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 8271/2011, o qual recomendou ao DNIT do Estado do Espírito

Santo a orientação no sentido de possibilitar a participação de empresas em recuperação judicial em seus certames.

1.51. Dar ciência à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que, em suas licitações, é possível a participação de empresas em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta economicamente e financeiramente a participar de procedimento nos termos da Lei 8.666/1993. (BRASIL. 2011c)

Para o TCU, a sociedade empresária que está em recuperação judicial precisaria apresentar certidão judicial, que demonstre sua capacidade econômico-financeira, por finalidade arrecadar dados que façam presumir que o licitante tem capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato.

A Advocacia Geral da União, também dá seu parecer sobre o assunto:

EMENTA: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. PECULIARIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE EXIGE QUE O CONTRATADO TENHA CAPACIDADE DE SUPORTAR OS ÔNUS DA CONTRATAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO PAGAMENTO ANTECIPADO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA PRESERVAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A FASE POSTULATÓRIA E DELIBERATIVA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE O ART. 52 E O ART. 58 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLANO PELO Juízo PARA ATESTAR A VIABILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

I. A regra é que o fornecedor de bens e o prestador de serviços somente receba o pagamento da Administração após procedimento de execução de despesa orçamentária, que demanda tempo, e faz com que o particular tenha que suportar com recursos próprios o peso do contrato até que seja ultimado o pagamento, o que demonstra a importância da fase de habilitação econômico-financeira nas licitações públicas.

11. O instituto da recuperação é voltado para empresas que possuam viabilidade econômico-financeira, em prestígio ao princípio da função social da empresa.

111. Não cabe confundir duas situações processuais distintas na Lei de Recuperação de Empresas, já que quando a empresa devedora solicita a recuperação judicial e o juiz defere o seu processamento (art. 52, NLRJ). A requerente confessa seu estado de insolvência sem comprovar a sua viabilidade econômico-financeira que somente se dará com a aprovação ou ausência de objeção ao plano de recuperação, quando o juiz concederá a recuperação em si (art. 58, NLRJ).

[...]

V. Quando a empresa está com sua recuperação deferida, há plausibilidade de que haja viabilidade econômico-financeira, em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas.

[...]

VII. A exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda válida como forma do pregoeiro ou da comissão de licitação avaliar a capacidade econômico-financeira, mas não em substituição à certidão negativa de concordata, e sim como um indicativo da situação em que se encontra a licitante.

VIII. A empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

[...] (BRASIL, 2015) [grifo nosso]

A AGU é clara ao enfatizar, como a Lei nº 11.101/2005 o faz, que a recuperação judicial é voltada para empresas com viabilidade econômica. Tal viabilidade pé comprovada através da aprovação do plano de recuperação judicial. Sendo assim, caso o plano de recuperação preveja a participação da empresa em procedimentos licitatórios, é plausível sua participação. Por outro lado, o órgão também explica que, a certidão negativa de recuperação judicial serve para avaliar o estado econômico e financeiro da empresa, porem, tal certidão não substitui a negativa de concordata.

Em recente julgado, o juiz da 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro – RJ, deferiu a seguinte decisão na maior recuperação judicial do Brasil, até o momento. Trata-se de pedido de recuperação judicial das gigantes nacionais no setor de telecomunicações do “grupo Oi”.

“Isto posto, defiro o pedido de tutela de urgência, para determinar:

a) A suspensão de todas as ações e execuções contra as Recuperandas, pelo prazo de 180 dias, de modo a evitar que constrições judiciais sejam realizadas no período compreendido entre o ajuizamento da presente recuperação judicial e o deferimento do seu processamento.

b) A dispensa da apresentação de certidões negativas em qualquer circunstancia relacionada às Recuperandas, inclusive para que exerçam suas atividades (incluindo certidão negativa de débitos referentes às receitas administradas pela ANATEL e certidão negativa de distribuição de pedido de falência e recuperação judicial).

Publique-se, com urgência, e voltem imediatamente conclusos para análise dos documentos que instruem a inicial, e do parecer ministerial como um todo, para efeito de proferir o despacho previsto no art. 52 da Lei 11.101/2005. (RIO DE JANEIRO, 2016) [grifo nosso]

Desta forma, valendo-se de uma interpretação jurídica e sociológica, para alcançar aos fins sociais e as exigências do bem comum, no sentido de isentar a empresa em recuperação judicial de apresentar certidão negativa, para o fim de contratação daquela com o Poder Público, o julgador utilizou o Princípio da Proporcionalidade para fazer uma ponderação entre os Princípios da Preservação da Empresa e o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Por fim, concedeu as empresas Recuperandas à dispensa de apresentação de certidão negativa de Recuperação Judicial, para que as mesmas possam licitar e contratar com a Administração Pública.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das indagações e teses apresentadas, a presente pesquisa foi realizada sobre duas vertentes, à possibilidade ou a inviabilidade de o empresário em recuperação judicial poder licitar e contratar com a Administração Pública. Nesse sentido, deve-se levar em conta todo o complexo papel social que envolve a empresa, geradora de riqueza, renda e, sobretudo, empregos. Desempenhando um papel importante para a economia. De outro lado, a Administração Pública que busca fornecer a melhor prestação possível à sua população, exigindo de seus contratados, garantias de que exercerão sua atividade com plenitude.

Assim, a Lei nº 11.101/2005, trás em seu texto uma serie de princípios que favorecem o empresário em recuperação judicial a superar a crise em que se encontra. Contudo, a lei deve ser eficaz na ajuda ao empresário, oportunizando uma melhor relação com a Administração Pública, viabilizando, com base em seus regramentos e princípios, a sua participação em procedimento licitatório, bem como sua contratação pelo Poder Público.

Para fundamentar tal entendimento, deve-se levar em conta o princípio da Função Social da Empresa, visto que a mesma desenvolve papel importante para a economia, e que sua contratação pela Administração Pública, viabilizaria ainda mais sua recuperação, fortalecendo a economia com a geração de empregos e renda. Soma-se a ele, a Livre Iniciativa, princípio previsto constitucionalmente, no qual a ordem econômica deverá ser fundada, o qual garante a valorização do trabalho como fonte de uma existência digna.

Por outro lado, o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado apresenta a Administração, a oportunidade de escolher, com base na Constituição e nas leis, a proposta mais conveniente ao seu interesse. Porém, a Administração não poderá criar disparidade entre os licitantes, visto que a própria lei de Licitação prevê a proibição da concorrência desleal. Portanto, a Constituição Federal de 1988, também prevê que a igualdade é o pilar da democracia e indica um tratamento justo para todos.

Constata-se que somente é deferida a recuperação judicial para empresas que consigam demonstrar ter viabilidade econômica para superar a crise, ou seja, a exigência de viabilidade econômico-financeira para licitar deverá ser analisada de acordo com o objeto licitado, para assim, possibilitar a recuperanda de participar da licitação e posteriormente contratar com o ente Público. Por fim, verifica-se que a nova jurisprudência pátria está caminhando, ao contrário do que dispõe a legislação, para viabilizar, com base nos princípios apresentados, a participação da recuperanda em procedimento licitatório e na contratação com o ente Público.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais (direito de empresa)**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Processo: 00407.000226/2015-22**. Interessado: Procurador Geral Federal. Brasília, DF. 2015. Disponível em: <[www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br)> Acesso em: 12 de Dezembro de 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.661, de 21 DE Junho de 1945**. Revogado pela atual lei de Falência e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005). Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 de dezembro de 2016.

BRASIL, **Lei nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

BRASIL, **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

BRASIL, **Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 351.512/SP**. Recorrentes: Telecomunicações de São Paulo S.A. (TELESP), Coppersteel Bimetálicos LTDA. Recorrido: Maria Rita Ferreira de Campos. Rel. Min. Humberto Martins, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2007a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 402.826/SP**. Recorrentes: FEAMIG - Fábrica de Emulsões Asfálticas de Minas Gerais Ltda. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER/SP. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 2003b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 de Novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1.173.735/RN**. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Recorrido: ENGEQUIP - Engenharia de Equipamentos Ltda. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 2010c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 de Novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 014.915/2007-1**. Interessada: Bernacom Ltda. Entidade: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A - Eletronorte. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 2007a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 29 de Novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 009.985/2004-0**. Relatório de Levantamento. Interessado: Congresso Nacional. Brasília, DF, 2005b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 30 de Novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 020.996/2011-0**. Interessado: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado Ltda. Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – MT. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF, 2011c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 29 de Novembro de 2016.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 17<sup>a</sup> ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **AI nº 72428-03.2013.8.09.0000**. Agravante: Eplan Engenharia Planejamento e Eletricidade Ltda. Relator: Des. Carlos Escher. Goiânia, GO, 2013a. Disponível em: <[http://docs.tjgo.jus.br/servicos/diariodajustica/2013/ago/DJE\\_1360\\_I\\_07082013.pdf](http://docs.tjgo.jus.br/servicos/diariodajustica/2013/ago/DJE_1360_I_07082013.pdf)>. Acesso em: 30 de Novembro de 2016.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **AI nº 15891-50.2014.8.09.0000**. Agravante: André Luiz Sisterolli de Carvalho Andrade. Agravado: Colégio Decisão. Rel. Carlos Roberto Favaro, Goiânia, GO. 2014b. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/65554072/djgo-secao-i-03-02-2014-pg-78>>. Acesso em: 30 de Novembro de 2016.

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

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª Ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. A falência em outras leis especiais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (Org.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Direito empresarial**. ed. rev. Curitiba, PR: IESDE Brasil, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo: 0203711-65.2016.8.19.0001**. Autor: OI S.A.; OI Móvel S.A.; Copart4 Participações S.A.; Compart 5 Participações S.A.; Portugal Telecom Internacional Finance B.B.; OI Brasil Holdings Cooperatief U.A. Recuperação Judicial. 7ª Vara Empresarial. Rio de Janeiro, RJ. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>> Acesso em: 12 de Dezembro de 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AI nº 70028717692**. Agravante: Giodai Confeitaria Ltda. Agravado: Município de Farroupilha. Des. Rel. Miguel Ângelo da Silva, 11 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 29 de Novembro de 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Licitações e contratos administrativos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.