

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

GABRIEL VIEIRA SILVEIRA
JOSÉ VÍTOR DE SILVA LIMA

**A POSSIBILIDADE DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
PARTICIPAREM DE LICITAÇÃO**

BELÉM
2020

GABRIEL VIEIRA SILVEIRA
JOSÉ VÍTOR DE SILVA LIMA

**A POSSIBILIDADE DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
PARTICIPAREM DE LICITAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de grau em
Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário
do Estado do Pará.

Orientadora: Profa. Me. Ana Amélia Barros
Miranda

BELÉM
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

S58p Silveira, Gabriel Vieira.

A possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitação / Gabriel Vieira Silveira, José Vitor de Silva Lima. – Belém, 2020.

25 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Bacharelado em Direito, Belém, 2020.
Orientador: Prof. Ma. Ana Amélia Barros Miranda

1. Empresas - Falência. 2. Licitação pública. I. Lima, José Vitor de Silva. II. Miranda, Ana Amélia Barros (orient.). III. Título.

CDD 342.22

GABRIEL VIEIRA SILVEIRA
JOSÉ VÍTOR DE SILVA LIMA

**A POSSIBILIDADE DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
PARTICIPAREM DE LICITAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de grau em
Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário
do Estado do Pará.

Orientadora: Profa. Me. Ana Amélia Barros
Miranda

Data de aprovação: ____/____/____

Conceito:

Banca Examinadora:

Profa. Me. Ana Amélia Barros Miranda – Orientadora
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Nome com titulação
Instituição a que pertence

Nome com titulação
Instituição a que pertence

A POSSIBILIDADE DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARTICIPAREM DE LICITAÇÃO

THE POSSIBILITY OF JUDICIAL RECOVERING COMPANIES PARTICIPATION IN PUBLIC BIDDING

Ana Amélia Barros Miranda¹

Gabriel Vieira Silveira²

José Vítor de Silva Lima³

Resumo: A lei 11.101/2005 regulamenta os temas de recuperação judicial e falências. Quando promulgada, trouxe diversas alterações acerca de ambas as matérias, destacando-se a alteração da figura da concordata pela recuperação judicial. Além disso, definiu os princípios da função social da empresa e da preservação da empresa como basilares para tratar da recuperação judicial, devendo estes serem utilizados e respeitados nas situações que envolvam empresas recuperandas. O presente artigo tem como propósito analisar a possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações. Tal problemática surge quando verifica-se que o art. 31, I da Lei 8.666/93 prevê a exigência da apresentação de certidão negativa de concordata para qualificação econômico-financeira da empresa, o que contraria a Lei de Falências, posto que a mesma extinguiu a figura da concordata. Além disso, a própria Lei 11.101/2005 em seu art. 52, II antevê a apresentação de certidão negativa para a recuperanda contratar com o Poder Público. Dessa maneira, o referido dispositivo contraria os princípios de sua própria lei, quais sejam, o da função social da empresa e preservação da empresa. Em vista disso, serão demonstrados princípios empresariais e administrativos que fundamentam a possibilidade da recuperanda participar de licitações para que deste modo o objetivo trazido pela Lei 11.101/2005 seja devidamente cumprido.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Licitação. Princípios empresariais e administrativos. Certidão negativa. Função social da empresa. Preservação da empresa.

Abstract: The 11.101/2005 law regulates the judicial recovery and bankruptcy subjects. When the law was promulgated, it brought several alterations concerning both subjects, highlighting the replacement of the concordata for the judicial recovery. Beside that the law defined the principles of social purpose and preservation of company as basics in addressing the judicial recovery, in which those need to be utilized and respected in the situations concerning judicial recovering companies. This article proposes to analyze the possibility of companies going through judicial recoveries to participate in public biddings. The mentioned issue appears when its viewed that the article 31, I of the 8.666/93 law foresees as requirement the submission of a negative certificate of concordata to attest the economic-financial qualification of the company, which contradicts de Bankruptcy Law that extinguished the concordata. Therefore, the law 11.101/2005 in its article 52, II foresees the presentation of the negative certificate for the recovering company to contract with the public administration. Given this, this article will present the administrative and corporative principles that regulate the possibility of a recovering company to participate in public biddings so the objective brought by the 11.101/2005 law is addressed accordingly.

Keywords: Judicial Recovery. Public bidding. Corporative and administrative principles. Negative Certificate. Company social purpose. Company preservation.

¹ Mestra em Direito pela Universidade da Amazônia. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará.

² Estudante do curso de Graduação de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA.

³ Estudante do curso de Graduação de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA.

1 INTRODUÇÃO

A problemática do presente estudo visa analisar se é possível uma empresa que se encontra em recuperação judicial participar em procedimento licitatório para contratar com a administração pública.

Apesar de promulgada em 2005, a Lei 11.101/2005, também chamada de lei de falência, traz diversos questionamentos acerca do processo de recuperação judicial. O maior deles reside no fato de que o antigo instituto de concordata foi substituído pela da recuperação judicial, entretanto, a lei 8.666/93 que trata da licitação, em seu artigo 31, aduz como um dos documentos necessários para a habilitação de empresas ao certame a declaração negativa de concordata. Logo, surge a questão, visto que lei de falência substituiu a concordata pela recuperação judicial, seria necessária a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial? Estaria impedida de participar de procedimento licitatório a empresa recuperanda?

Ademais, sabe-se que o processo de recuperação judicial é o meio que uma empresa em iminência de extinção faz uso para evitar sua falência, ou se falida, para se reorganizar economicamente, administrativamente e financeiramente, com auxílio da Justiça. Além disso, tem-se que o próprio procedimento licitatório seria um modo de empresas em iminência de falência ou se recuperando economicamente de se alavancarem financeiramente, principalmente no Brasil que é um país com uma grande máquina pública e onde várias empresas fazem boa parte do seu lucro contratando com a administração pública.

Para corroborar ainda mais com a controvérsia, as normas que disciplinam tanto o processo licitatório quanto o processo de recuperação judicial encontram-se em aparente discordância, o que torna obscura a legislação acerca da matéria. Em verdade, legislação acerca do presente tema é praticamente inexistente, tendo de ser realizada uma análise acerca da doutrina e jurisprudência dos tribunais pátrios para que a questão possa ser dirimida.

Por outro lado, visto que a administração pública é detentora do interesse público, agindo sempre em prol da sociedade, não seria arriscado contratar com empresa que se encontra em recuperação judicial? Afinal, é uma empresa que aparentemente não teria capacidade plena de arcar com suas obrigações. A resposta à essa questão se torna extremamente importante, principalmente ao analisarmos a situação do país no atual momento de pandemia da COVID-19, onde diversas empresas sofreram prejuízos imensuráveis e é natural que o número de empresas recuperandas tenha aumentado.

Desse modo, poderá empresa que se encontra em recuperação judicial participar de processo licitatório afim de contratar com a administração pública?

2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, DE SUA PRESERVAÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS.

A Lei 11.101/2005 trouxe em seu conteúdo diversas alterações no ordenamento jurídico no que tange aos processos de recuperação judicial e falência. Dentre os quais enfatiza-se a alteração do instituto da concordata pelo instituto da recuperação judicial. Inicialmente, cabe explicar do que se trata a recuperação judicial, para posteriormente adentrar em sua função social e seus desdobramentos.

O referido instituto possui como principal objetivo a superação da crise econômico-financeira pela qual passa a empresa. Deste objetivo principal se parte para aqueles dispostos no art. 47 da Lei 11.101/2005, quais sejam, a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e da preservação dos interesses dos credores. Cabe salientar que este objetivo se restringe à manutenção da empresa e não do empresário em si, podendo, inclusive, a recuperação judicial ser feita com um empresário diferente daquele que geria a empresa no momento em que tal recuperação foi solicitada.

Em vista disso, a superação da crise busca fazer com que a empresa continue suas atividades sem que tenha seus interesses prejudicados. Todavia, é válido ressaltar que a recuperação judicial somente deve ser utilizada para empresas viáveis, ou seja, deve ser justificada a viabilidade para efetivamente serem realizadas as medidas necessárias para recuperar a empresa. A busca pela recuperação de uma empresa inviável passaria para os credores o risco da atividade empresarial, invertendo a ordem lógica (TOMAZETTE, 2018).

A partir disso, o art. 47 da Lei 11.101/2005, traz o princípio da função social da empresa, segundo o qual, a empresa possui um dever que vai além de seus próprios interesses. Sua finalidade não está voltada apenas para si própria, mas dirigida, também, para a sociedade, seja pelos empregos gerados, pelo pagamento de impostos, dentre outros.

A Constituição Federal apresenta em seu art. 5º, XXII e XXIII, que a todos é assegurado o direito de propriedade e que a mesma deverá cumprir com sua função social. Surge, portanto, nesse dispositivo um direito e uma limitação para com ele mesmo. Isso ocorre, pois, para que seja assegurado que a propriedade possua uma finalidade perante a sociedade, não podendo estar abandonada ou não cumprindo com um certo dever perante os indivíduos.

Em vista disso – e em conformidade com o que encontra-se previsto na Constituição Federal – que o referido art. 47 da Lei 11.101/2005 elenca o princípio da função social da empresa.

Por conseguinte, há sempre uma função social que deve ser cumprida por parte da empresa, não havendo, portanto, uma liberdade absoluta em seu exercício empresarial. Isso se deve, também, ao fato de que a recuperação judicial não busca a manutenção do interesse individual do empresário e sim da pessoa jurídica em questão, posto que, possui um interesse para com a coletividade.

Em concordância com o objetivo da recuperação judicial – preservar a empresa e superar a crise financeira pela qual passa – e com o princípio da função social da propriedade, é possível exemplificar um meio trazido pela Lei 11.101/2005 para alcançar esse objetivo, quando possibilita que uma empresa em recuperação judicial contrate com o Poder Público.

A referida lei manifesta em seu art. 52, II, que será dispensada a apresentação de certidão negativa para que a empresa exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Deste modo, fica claro que o legislador buscou meios para que seja possível o efetivo cumprimento do principal objetivo da recuperação judicial, neste caso, por meio da flexibilização da apresentação de certidão negativa.

Além disso, neste mesmo dispositivo, o legislador – ao afirmar que seria necessária a apresentação de certidão negativa para contratar com o Poder Público – disponibilizou a possibilidade de empresa em recuperação judicial participar de licitação, tendo em mente que para contratar com o Poder Público é necessário passar pelo processo licitatório.

Deste modo, resta claro que a Lei 11.101/2005 apresentou a possibilidade de uma empresa recuperanda participar de licitação como um meio de a mesma superar a crise econômico-financeira pela qual encontra-se.

É válido ressaltar que o art. 37, XXI da Constituição Federal aponta ser necessário vincular as exigências de qualificação técnica e econômica com a garantia do cumprimento das obrigações. Ao fazer esse vínculo, o constituinte buscou diminuir o risco que a Administração Pública corre ao contratar com particulares. Seria possível, portanto, deduzir que não seria plausível que o Poder Público contratasse uma empresa em recuperação judicial por não haver segurança no efetivo cumprimento do que fora estipulado no contrato.

Todavia, pode-se afirmar que equivocada está tal dedução, pois a empresa em recuperação não encontra-se falida. Apesar de a empresa encontrar-se em um momento de crise, ao buscar a recuperação judicial, todos os meios necessários serão utilizados para que a mesma possa superar tal empecilho.

Deste modo, nada impede que no momento em que a recuperanda busque participar de licitação ela já esteja apta para cumprir com as obrigações impostas pelo edital convocatório,

tendo em vista que o plano de recuperação fora aprovado em juízo, diminuindo, portanto, o risco da administração pública e possibilitando que a recuperanda tenha mais um recurso para contribuir com o cumprimento de suas obrigações perante credores e afins.

Diante do exposto, quando analisados os princípios da função social e preservação da empresa dispostos na Lei 11.101/2005, é possível afirmar que a mesma dispõe de embasamentos para que empresas em recuperação judicial possam participar de licitação. Deste modo, deve-se respeitar os referidos princípios quando se está diante de situações envolvendo empresas em recuperação judicial, posto que não os respeitar é não estar de acordo com o que o legislador estipulou na Lei de Falências.

Ademais, cumpre-se ressaltar que a própria Lei de Falências já assegura a possibilidade de empresas recuperandas participarem de licitação quando, de acordo com o seu art. 52, II, determina a dispensa de apresentação de certidões negativas para a empresa exercer suas atividades, exceto para contratar com o Poder Público.

Deste modo, resta claro não haver impedimentos para que empresa em recuperação judicial possa participar de processos licitatórios.

3 O PAPEL DA FLEXIBILIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO EM FAVOR DA RECUPERANDA

Historicamente, sabe-se que o Direito Administrativo surgiu com o intuito de regular a administração pública. Por isso, possuía um caráter autoritário e enrijecido, com pouco espaço para alterações em um mundo supostamente estável e previsível.

Entretanto, conforme assevera Lucas Rocha Furtado (2013), a administração pública não precisa mais necessariamente agir com um formalismo exagerado, principalmente frente aos tempos atuais de incerteza econômica, devendo agir com certa flexibilidade.

Em decorrência dessa característica de flexibilidade do Direito Administrativo, o autor afirma que havendo algum imprevisto durante o cumprimento do que fora estipulado em um contrato administrativo, a administração pública deve, em conjunto com o ente privado contratado, buscar meios para que se superem tais dificuldades.

Uma empresa que se encontra em processo de recuperação judicial, a priori, pode não se encaixar nos parâmetros de uma melhor oferta pelo fato de estar passando por um momento de dificuldade econômico-financeira para executar certos serviços solicitados pela administração pública. Podendo, inclusive, não cumprir com suas obrigações.

Desta forma, encontra-se, também, nesta flexibilidade, uma maneira de mitigar um possível risco que a administração pública corre ao contratar com empresas em recuperação judicial.

Em outros termos, pode-se afirmar que, ainda que uma empresa não esteja passando por um momento de recuperação judicial, também há riscos no cumprimento do contrato com a administração pública. Isso se deve ao fato de que, ainda que esteja com uma boa saúde financeira, a empresa pode passar por imprevistos, sejam internos, micro ou macroeconômicos, que a impeçam de cumprir com o que fora estipulado no contrato licitatório.

Desta maneira, a característica de flexibilidade do Direito Administrativo faz com que a administração pública, em conjunto com a empresa privada, busque formas de superar imprevistos que possam, porventura, aparecer. Portanto, havendo tal característica, não se deve excluir a aplicação da mesma quando se trata de empresas em recuperação judicial.

Isto é, não permitir que empresas em recuperação judicial participem de licitação, seria uma maneira de tratar seus direitos de maneira desigual perante empresas que não se encontram em recuperação judicial. Deste modo havendo tal característica de flexibilidade do Direito Administrativo, e a possibilidade de aplicação da mesma para empresas que não se encontram em recuperação judicial e tendo em vista que imprevistos podem ocorrer, também, com estas empresas, por qual motivo não se deveria aplicar esta característica para empresas que se encontram em recuperação judicial?

Ora, o intuito principal deste instituto é a superação da crise financeira da empresa, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, assegurando o interesse dos credores e assim, preservando a empresa, bem como estimulando a atividade econômica para qual a empresa em questão é destinada, então a não permissão que uma recuperanda participe de licitação apenas por haver risco de que a mesma não cumpra suas obrigações com a administração pública iria em contramão ao principal objetivo da recuperação judicial.

Ademais, devido à fluência entre os campos do Direito Privado e o Direito Público, cumpre-se indagar acerca da existência, ou não, do instituto do “contrato”.

Tem-se que, no Direito Romano, a convenção das partes já criava a obrigação. Tal qual a opinião de Guido Zanobini, a existência da figura do contrato deriva do Direito Positivo, onde o cruzamento de vontade entre partes recebe eficácia jurídica a partir da lei. Posteriormente, o Direito Natural tomou a frente à matéria, com o princípio de que todo acordo de vontade cria obrigações. O Direito Natural tomara o lugar do Direito Positivo, como assevera Pothier (1906, p.4):

Os princípios do Direito Romano sobre as diferentes espécies de pactos, e a distinção que faziam entre contratos e pactos simples, não sendo fundadas no Direito Natural, mas desviados de sua simplicidade, não são admitidos em nosso Direito.

Neste sentido, fica claro que a existência do contrato se estende ao Direito Administrativo, mais especificamente contratos entre os entes da administração e o particular, como é o caso das licitações.

Nesta seita, sabe-se que o Direito Público/Administrativo respeita alguns princípios basilares em sua atuação, sendo este respeito encontrado também quando da efetivação dos contratos administrativos entre entes públicos e privados, como o princípio da Supremacia do Interesse Público, sendo este um dos pilares de regência deste ramo jurídico. Este princípio, diferente dos outros, não está positivado, fato que não tira seu caráter central para a atuação pública, posto que é intrínseco, sendo inerente a qualquer sociedade (DE MELLO, 2013).

Tal princípio dispõe que a administração pública atua em prol do interesse da coletividade, não podendo dispor do mesmo, visto que não o possui efetivamente, posto que a real detentora é a sociedade. Ou seja, o Direito Público sempre atuará visando a satisfação do interesse popular, possuindo supremacia sobre os interesses individuais (DI PIETRO, 2018), posto que quem o possui é o Estado, como representante da coletividade.

Em vista disso, pode-se fazer uma interpretação de que ao possibilitar que uma empresa em recuperação judicial participe de licitação, a administração pública estaria agindo de forma contrária ao princípio da Supremacia do Interesse Público, visto que estaria favorecendo o particular – a empresa – em detrimento do interesse público. Todavia, tal afirmação não é verdadeira quando se leva em consideração o objetivo da recuperação judicial.

É evidente que caso uma empresa venha a falir, não somente os sócios da empresa serão afetados, mas, todos os indivíduos que ali trabalham e que dependem desse emprego para seu sustento e de suas famílias (quanto maior o porte da empresa, maior a quantidade de pessoas afetadas). Deste modo, sendo a licitação um meio de auxiliar a recuperanda a superar o momento que passa, resta claro que será atendido o interesse popular, pois muitas famílias terão seus empregos preservados, não configurando como uma contrariedade ao princípio da Supremacia do Interesse Público, pelo contrário, o mesmo será efetivamente atendido.

Nesta seita, se a administração pública observa que dita empresa possui capacidade para realizar o objeto licitatório, é de se esperar que o contrato é válido, tendo em vista que a administração rege suas decisões a partir do interesse coletivo.

Não há como asseverar que uma empresa não é apta a satisfazer a obrigação simplesmente por participar de uma Recuperação Judicial. A empresa foi escolhida a partir da avaliação do seu projeto, tendo sido selecionada dentre as ofertas das outras concorrentes como a de melhor custo e benefício para a contratação. Logo, pelo princípio da supremacia do interesse público, a empresa recuperanda, caso seja vencedora do procedimento licitatório é a que mais possui aptidão – dentre aquelas empresas que participaram da licitação – para servir à vontade da coletividade.

Continuando na seita dos princípios norteadores da administração pública, muito se discute se para a habilitação de uma empresa no processo licitatório é obrigatória a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, tendo em vista que o art. 31, II da Lei 8.666/93 assevera que deve ser apresentada a certidão negativa de falência ou concordata.

A figura da concordata, após o advento da lei 11.101/2005, veio a ser substituída pela recuperação judicial. Tal mudança pode trazer – e traz – dúvidas acerca da obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa de concordata, tendo em vista que a lei 8.666/93 não alterou o conteúdo do seu art. 31, II para adequá-lo ao que fora promulgado pela lei de Falências. Para uma corrente doutrinária, os efeitos da concordata para a contratação administrativa também devem ser aplicados para a recuperação judicial (FILHO, 2014).

Entretanto, conforme o princípio da legalidade, não se poderia exigir o documento de recuperação judicial, posto que a lei simplesmente não fez menção alguma para tal, e seguindo o princípio supracitado, a administração pública não pode ter uma atuação para além do exposto em lei. Assevera Meirelles (2000, p. 84):

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘poder fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.

Assim, seguindo a orientação do princípio da legalidade, não há objeção nenhuma na Lei 8.666/93 para uma empresa que se encontra em recuperação judicial participar de licitação, simplesmente porque os seus dispositivos legais nada mencionam sobre, e pelo contrário, conforme exposto anteriormente, o art. 52, II da Lei 11.101/2005 prevê que a possibilidade das recuperandas contratarem com o Poder Público, o que por si só prevê a participação em licitações.

Analisando o dispositivo acima citado, pode-se apontar que é possível fazer uma ponderação entre as leis 11.101/2005 e 8.666/93 para que a empresa que se encontra em processo de recuperação judicial possa participar de processos licitatórios, pois negar a

participação de alguma empresa com base, por exemplo, no artigo 31, II da Lei 8.666/93, vai de encontro com o sentido trazido pelo legislador na Lei 11.101/2005.

Ademais, caso durante o processo de licitação a empresa consiga provar que está apta para cumprir as obrigações do processo licitatório, nada impede que ela seja a empresa escolhida pela administração pública.

Além disso, sabe-se que a licitação é procedimento que visa contratar com o particular afim de alcançar a melhor relação de custo e benefício, onde será escolhido o prestador de serviço que dará a melhor oferta, realizando o serviço da melhor maneira possível e pelo preço mais vantajoso para a administração. Logo, o processo licitatório obedece claramente ao princípio da administração pública da eficiência, o qual está voltada ao ritmo de desempenho e racionalização das despesas no âmbito administrativo. Segundo Henrique Savonitti (2005, p. 97), a eficiência é importante para que:

Ofereça ao cidadão mais serviços, com melhor qualidade, em menos tempo. Objetiva-se, ainda a redução de custos, na medida em que se promove a contínua revisão e aperfeiçoamento das rotinas e processos de trabalho, simplificando procedimentos, desburocratizando e estabelecendo metas e indicadores de desempenho e de satisfação do cidadão”

Neste sentido, resta claro que a empresa vencedora de uma licitação é a que ofertará o melhor serviço e com a melhor vantagem econômica, sendo de maior benefício para o cidadão. Assim, não seria razoável excluir de licitação uma empresa apenas por esta estar na condição de recuperanda, visto que na licitação deve ser avaliada a capacidade da empresa em prestar o serviço. Se a recuperanda for a escolhida, é porque encontra-se apta a realizar o serviço com excelência e suprir às expectativas do poder público, obedecendo ao princípio da eficiência.

Quanto à importância dos princípios supracitados, sabe-se que eles sempre representaram uma importante parte no Direito Administrativo, permitindo com que os atos da Administração fossem regulados junto com o Judiciário, estabelecendo uma boa relação entre os direitos e deveres do administrador público.

Assim, vê-se que em obediência aos princípios basilares da administração pública, seria imprudente excluir de processo licitatório uma empresa simplesmente por esta fazer parte de processo de recuperação judicial. Pelo contrário, caso ocorresse tal exclusão, os princípios seriam infringidos e o ato seria ilegal, posto que a obediência aos princípios é imprescindível para o bom funcionamento da máquina pública, garantindo sua boa estruturação e efetivação do bem-estar social. Assim, temos que não há óbice para a participação de empresa recuperanda em processo licitatório.

No mais, se por ventura a empresa recuperanda que veio a vencer o certame de licitação demonstrar indícios que não conseguirá cumprir com a obrigação, a administração pública tem a oportunidade de rescindir o contrato através de sua prerrogativa de rescisão unilateral devido à falta de cumprimento do que foi acertado. A administração pública claramente possui uma posição de supremacia frente ao contratado (FURTADO, 2013), tendo este poder exorbitante de rescindir o contrato administrativo independentemente da vontade do particular.

Logo, mesmo que a empresa recuperanda ao tempo de efetivar o contrato não estivesse apta, isto não conferiria prejuízo à administração devido a essa prerrogativa supracitada, podendo ser aberta outra licitação em tempo hábil. Novamente não há justificativa para excluir empresas recuperandas de licitações.

4 DO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A questão acerca da possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações é complexa, havendo divergências na lei acerca da temática, todavia, a jurisprudência tem caminhado para um dos lados de forma acertada.

Primeiramente, tem-se o entendimento do TJ/SP de 2017, no qual no Agravo de Instrumento nº 2219536-86.2017.8.26.0000 permitiu que empresa que se encontrava em procedimento de recuperação judicial participasse de licitação na modalidade convite. No caso em comento, trata-se de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória em sede de mandado de segurança, onde a impetrante requeria participação em processo licitatório para contratação com a agravada.

No processo acima referenciado, ocorria procedimento licitatório para contratação pública sem que a empresa agravante fosse convidada a participar. Com isso, a empresa afirmou que possuía outros contratos com a administração e que desde a entrada de seu plano de recuperação judicial, não era mais chamada para entrar no rol dos concorrentes à licitação, afirmando também que este era o último motivo para sua exclusão.

Ao analisar o caso, o relator observou que a empresa apresentou um plano coerente, demonstrando que possuía recursos para a sua participação do procedimento licitatório, bem como que a homologação de seu projeto de recuperação judicial demonstrava que a recuperanda adotara atos tendentes a sua recuperação financeira.

Ademais, a administração pública defendeu-se de forma genérica, posto que não expôs os motivos para a exclusão da agravante do certame, fato que ensejou em decisão por parte do judiciário de que a empresa só estava sendo impedida de participar na licitação pois participava de recuperação judicial.

Estes fatos são vistos quando da decisão:

Agravo de instrumento. Mandado de Segurança. Licitação. Petrobrás. **Empresa que não pode ser previamente impedida de participar de procedimento licitatório em curso na modalidade de convite sob o único fundamento de estar em recuperação judicial. O deferimento do plano de recuperação judicial indica que há plausibilidade de existência de viabilidade econômico-financeira da instituição.** Precedentes. Inviabilidade de que lhe seja assegurada liminarmente também a participação nos demais certames que forem abertos. Inexistência de perigo concreto. Ausência de justo receio de haver violação ao direito subjetivo da agravante. Possibilidade de que a participação seja negada por outros fundamentos previstos no Decreto nº 2.745/98. Decisão mantida. Recurso desprovido.
(TJ-SP 22195368620178260000 SP 2219536-86.2017.8.26.0000, Relator: Fernão Borba Franco, Data de Julgamento: 19/02/2018, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 22/02/2018)
(BRASIL. TJ-SP, 2018, online)

A impetrante estava sendo impossibilitada de participar do certame puramente por estar em processo de recuperação judicial, mesmo que possuísse outros contratos com a administração pública. Não há sentido na proibição de empresas recuperandas de licitação, posto que o instituto da recuperação de crédito é justamente para a restauração do poder econômico e manutenção da função social da empresa, portanto, seria contraditório que o Poder Público criasse impeditivos para a participação das recuperandas.

Neste sentido, há também atual decisão do Tribunal de Contas da União datada de maio de 2020 na Representação dentro do processo nº 037.266/2019-5, tendo como relator o ministro Vital do Rêgo.

Nesta representação, a empresa impugnava contra irregularidades no edital de processo licitatório, sendo uma delas a absurda regra de que não poderia participar do certame empresa que se encontrasse em processo de Recuperação Judicial, bem como que as empresas que participassem apresentassem Certidão Negativa de Recuperação Judicial. Entretanto, como decidido na representação apresentada ao TCU, editais que proibirem empresas de participar em processo licitatório puramente por serem recuperandas são ilegais, bem como não há como se fazer exigência de certidão negativa de recuperação judicial.

Por outro lado, mesmo que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial seja proibida, pode ser necessário a apresentação de documentação hábil para provar a viabilidade econômica da empresa recuperanda, afim de demonstrar aptidão para participar do procedimento licitatório. Lê-se a decisão:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE DRAGAGEM DE MANUTENÇÃO NO PORTO DE SANTOS/SP. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NO EDITAL. SOLICITAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. INDEFERIMENTO. CINCO INDÍCIOS IMPROCEDENTES. DESATUALIZAÇÃO DOS LEVANTAMENTOS BATIMÉTRICOS. PARCIALMENTE. PROCEDENTE. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO. - **É possível a participação em licitações de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.** (TCU. 037.266/2019-5, Relator Vital do Rêgo, Data de Julgamento: 13/05/2020, Sala de Sessões, Data de Publicação 25/05/2020) (BRASIL. TCU, 2020, online)

No que diz respeito ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto a essa matéria, é válido tratar do AResp nº 309.867. O ministro Gurgel de Faria, relator em questão que teve seu voto como vencedor entendeu ser possível que empresas em recuperação judicial possam participar de processos licitatórios.

O referido ministro enfatizou que a lei 11.101/2005 substituiu o instituto da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial e que, todavia, o texto do artigo 31 da lei 8.666/93 não veio a ser alterado para se adequar ao novo instituto trazido pela Lei de Falências, e, de acordo com o princípio da legalidade, é vedado que a Administração interprete de forma extensiva ou restritiva, quando tal interpretação não estiver expressamente prevista em lei.

Logo, inexistindo a autorização expressa em lei, não é possível inabilitar automaticamente as empresas que se encontram nas condições previstas na Lei de Licitações pelo simples fato de não apresentarem a certidão negativa. Caso fossem impedidas de participar de licitações por este motivo, a Administração estaria realizando uma interpretação extensiva do dispositivo legal, contrariando o princípio da legalidade.

Ademais, ressalta o ministro que o art. 47 da lei 11.101/2005 busca preservar a função social das empresas fazendo com que as mesmas possam superar a situação de crise financeira pela qual passam e manter sua atividade produtora, bem como os empregos gerados e o estímulo geral à atividade econômica.

Por fim, aduz que ao se fazer uma análise dos dispositivos presentes nas leis 11.101/2005 e 8666/93, é possível fazer uma ponderação dos princípios presentes em ambas para que as empresas recuperandas possam participar dos processos licitatórios, tendo em vista que a preservação da empresa, do estímulo a atividade econômica e de sua função social também atendem ao interesse da coletividade. O exposto acima encontra-se no referido acordo:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

[...]

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, **o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.**

3. À luz do princípio da legalidade, **“é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa”** (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. **Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial**, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

[...]6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que **é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.**

7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.

(STJ - AREsp: 309867 ES 2013/0064947-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 26/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2018).

(BRASIL. STJ, 2018, online)

Inicialmente, tem-se o conflito entre os dispositivos da Lei 8.666/1993 e Lei 11.101/2005, onde a primeira apresenta em seu art. 31, I, ser necessária a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata para que se possa avaliar a situação econômico-financeira da empresa. Todavia, o conflito reside quando a Lei de Falências altera a figura da concordata pela recuperação judicial e a Lei 8.666/1993 deixa de fazer a devida adequação em seu art. 31, I. Além do mais, o mencionado art. 31, I da Lei de Licitações vai de encontro aos princípios basilares da recuperação judicial, trazidos pelo art. 47 da Lei de Falências: função social e preservação da empresa. Com isso, temos que a regra estipulada pelo Direito Administrativo conflita com o que fora estipulado pelo Direito Empresarial.

Deste modo, válido ressaltar que quando duas regras conflitarem, uma delas não pode ser considerada válida. Para saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada, é necessário que se recorram a considerações que estão além das próprias regras (DWORKIN, 2010).

Quando analisado o art. 31, I da Lei 8.666/93 e sua devida exigência de apresentação de certidão negativa de concordata, pode-se perceber que essa exigência segue em sentido contrário ao que buscou o legislador quando da promulgação da Lei de Falências,

principalmente quando analisado o art. 47 da referida lei e o objetivo primordial da recuperação judicial trazido por este dispositivo, qual seja, a preservação da empresa.

Todavia, como ponderar os princípios administrativos com os empresariais para que seja possível que uma empresa em recuperação judicial participe de processos licitatórios? É possível responder tal pergunta analisando os princípios que estariam sendo violados caso seguissemos tão somente o que está previsto no art. 31, I da Lei 8.666/93.

Em primeiro lugar tem-se o princípio da legalidade, exposto no art. 3º da Lei 8.666/93. O referenciado dispositivo nos traz a ideia de que a vontade da Administração Pública é aquela em que decorre da lei (DI PIETRO, 2018). Deste modo, ao se exigir a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial com base no art. 31, I da Lei 8.666/93, a Administração Pública estaria indo de encontro ao princípio da legalidade e fazendo uma interpretação extensiva do disposto em lei, posto que o referido dispositivo exige a apresentação de certidão negativa de concordata e não fora alterado para se adequar a mudança trazida pela Lei de Falências – qual seja, a alteração da figura da concordata pela recuperação judicial.

Além do mais, apesar da relevância atribuída ao princípio da legalidade, isso não significa que a autoridade administrativa deva fazer uma interpretação literal da lei, devendo envolver diversos métodos de interpretação na aplicação das normas (FILHO, 2014). Em outros termos, é possível utilizar tal entendimento para que seja possível uma vedação à interpretação extensiva do art. 31, I da Lei 8.666/93, posto que o mesmo contraria a preservação da empresa em recuperação.

Portanto, editais que prevejam, fundamentados no art. 31, I da Lei 8.666/93, a apresentação de certidão negativa para que empresas recuperandas possam participar de licitação, não apenas deixam de obedecer ao princípio de legalidade, mas, também, colocam barreiras na busca pela preservação da recuperanda e sua devida superação da crise econômico-financeiro pela qual passa.

Outrossim, é possível com base, também, no entendimento acima exposto, fazer uma ponderação para que seja possível a inexigibilidade de certidão negativa para que empresas em recuperação judicial possam participar de licitações, conforme demonstrado a seguir.

Tal alegação surge quando se analisa o que se encontra previsto no art. 52, II da Lei 11.101/2005. O referido dispositivo traz a dispensa de apresentação de certidão negativa para que a recuperanda possa exercer suas atividades, exceto para contratar com o Poder Público. Portanto, é possível verificar que a Lei de Falências prevê a necessidade de apresentação de certidão negativa.

Todavia, tal dispositivo não segue o mesmo sentido do que a própria Lei 11.101/2005 traz como objetivo da recuperação judicial: a preservação da empresa. Portanto, seguir o que está previsto neste dispositivo seria ir de encontro ao objetivo que a própria lei pretende resguardar.

Além disso, tendo em vista o exposto no referido art. 52, II da Lei de Falências, é possível verificar que o legislador já dispensa a apresentação de certidão negativa para que a empresa exerça suas atividades. No entanto, nas hipóteses em que a empresa necessita contratar com o Poder Público para que possa continuar exercendo suas atividades, a exigência de certidão negativa para que a mesma possa participar de licitação impediria que a recuperanda efetivamente se recuperasse, contrariando de forma direta o princípio da preservação da empresa.

Além do mais, o dispositivo em questão contraria também o princípio constitucional da isonomia, senão vejamos.

No que diz respeito ao princípio em questão, pode-se afirmar que o dever de isonomia é um dos aspectos que derivam de outro princípio: o da impessoalidade. Tal princípio determina que a lei e a administração pública confirmam aos particulares um tratamento isonômico, tendo em vista que todos são iguais perante a lei (FURTADO, 2013).

Outrossim, o art. 3º da Lei 8.666/93 aduz que a licitação se destina a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta que seja mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável devendo estar de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e do que lhe for correlato.

Deste modo, como pode-se afirmar que uma empresa em recuperação judicial está em igualdade de condições com as demais empresas em um processo licitatório quando lhe são exigidas certidões negativas para contratar com o Poder Público? Além do que, seguir esse pensamento consistiria em tratar a empresa recuperanda de maneira desigual perante às demais concorrentes no processo licitatório.

Resta claro, nesse quesito, que o princípio da isonomia não estaria sendo respeitado, tendo em vista que a recuperanda estaria diante de ainda maiores dificuldades, encontrando barreiras para a efetiva melhora de sua saúde financeira e, por conseguinte, a superação da crise na qual se encontra.

Ademais, para que seja possível o efetivo cumprimento do objetivo da Lei 11.101/2005, deve-se respeitar os seus princípios primordiais: função social e preservação da empresa.

O art. 47 da Lei 11.101/2005 nos aponta este objetivo como sendo a superação da situação de crise econômico-financeira da empresa para que se alcance a preservação da mesma e de sua função social, além do estímulo a atividade econômica.

Em primeiro lugar, temos o princípio da função social da empresa, previsto no art. 47 da Lei 11.101/2005. O referido princípio aduz que a empresa não possui um fim em si própria, voltado apenas para seus interesses, mas possui uma obrigação para com a sociedade, gerando empregos, pagando impostos, dentre outros.

Por conta da grande importância desse princípio, este deve ser utilizado como base para as decisões tomadas em prol da empresa. Além disso, quanto melhor a empresa cumprir sua função social, apresentam-se ainda mais justificativas para que maiores esforços sejam tomados em proveito da recuperação da mesma (TOMAZETTE, 2018). Ou seja, quanto mais empregos a empresa gera, quanto mais impostos ela paga e quanto mais fomenta a atividade econômica, maiores devem ser os esforços para recuperá-la.

O segundo princípio violado seria o da preservação da empresa, também apontado no mesmo art. 47 da Lei 11.101/2005. Tal princípio, além de ser o de maior importância dentro da referida lei, deixa ainda mais claro de que modo as empresas em recuperação judicial seriam prejudicadas quando da necessidade de apresentação de certidão negativa para contratar com o Poder Público. Nesse ponto, a preservação da empresa estaria em risco, pois tal necessidade afetaria de forma direta a recuperanda. A não preservação da empresa põe em risco os empregos de seus funcionários gerados por ela – além das famílias que desta renda dependem – e toda a atividade econômica impulsionada pela empresa.

Por conseguinte, entende-se que o referido art. 47 da Lei 11.101/2005 deve ser considerado como um norte no que diz respeito aos temas envolvendo empresas em recuperação judicial. Ora, se o objetivo da lei trazido por este artigo consiste na preservação da empresa, qualquer tema ou situação envolvendo empresas em recuperação judicial devem estar em conformidade com esse objetivo.

Dessa maneira, é evidente que uma dispensa na obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa é um meio eficaz de se buscar a preservação da empresa, posto que permitirá que a mesma tenha mais um recurso para que consiga superar o momento que passa.

Em vista disso, deve-se fazer uma ponderação dos princípios outrora expostos para que seja possível a inexigibilidade de apresentação de certidão negativa para uma empresa em recuperação judicial participar de processo licitatório.

Deste modo, é possível afirmar que o art. 52, II da Lei 11.101/2005 está em desacordo com o objetivo trazido pela própria lei, visto que quando se exige a apresentação de certidão

negativa para que uma empresa em recuperação judicial possa contratar com o Poder Público, contraria-se o princípio da preservação da empresa. Em outras palavras, exigir tal documentação impõe ainda mais dificuldades para a recuperanda.

A liquidação da empresa, como interesse individual, não é justificada, devendo, portanto, conceder lugar ao interesse coletivo de manutenção da atividade (TOMAZETTE, 2018). Tal interesse coletivo se justifica quando se verifica que uma empresa gera empregos, pagamento de impostos, fomento à atividade econômica, dentre outros meios, que obedecem a interesses privados quanto públicos. Deste modo, a necessidade de apresentação de certidão negativa para contratar com o Poder Público não respeita o referido interesse coletivo.

Além disso, a aplicação, de forma literal, do art. 52, II da Lei 11.101/2005 afeta diretamente princípios de norma empresarial que se encontram previstos na própria lei caracterizando um meio de inviabilizar a situação de crise da recuperanda, ainda mais quando se leva em consideração empresas que dependam da contratação com o Poder Público para que possam manter sua atividade econômica.

Neste sentido, é o exposto no seguinte julgado – ainda mais recente – proferido pelo STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS. APRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. De acordo com o art. 52, II, da Lei n. 11.101/2005, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato, 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 da mesma Lei.

3. O Tribunal de origem, mediante o prestígio ao princípio da preservação da empresa em recuperação judicial (art. 47 da Lei n.

11.101/2005), autorizou a agravada a participar de procedimento licitatório, independentemente da apresentação de certidão negativa de regularidade fiscal, em razão do fato de estar submetida ao regime da recuperação judicial, observados os demais requisitos estabelecidos no edital, entendendo que "parece ser inexigível qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade, seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público".

4. A Corte Especial do STJ firmou a compreensão de que o art. 47 da referida lei 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" (REsp 1.187.404/MT, Rel.

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

5. A Segunda Seção desta Corte Superior, em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, tem reconhecido a desnecessidade de "apresentação de certidão negativa de débito tributário como pressuposto para o deferimento da recuperação judicial" (AgInt no AREsp 1185380/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018, e AgInt no AREsp 958.025/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 09/12/2016).

6. Este Tribunal "vem entendendo 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" (AgRg no AREsp 709.719/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 12/02/2016).

7. A inexigibilidade de apresentação de certidões negativas de débitos tributários pelas sociedades empresárias em recuperação judicial, para fins de contratar ou continuar executando contrato com a administração pública, abrange, por óbvio, participar de procedimentos licitatórios, caso dos autos.

8. Ao examinar o tema sob outro prisma, a Primeira Turma do STJ, mediante a ponderação equilibrada dos princípios encartados nas Leis n. 8.666/1993 e 11.101/2005, entendeu possível relativizar a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar de certame licitatório, desde que demonstrada, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018).

9. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (AREsp 978.453/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 23/10/2020) (BRASIL. STJ, 2020, online)

Por conseguinte, pode-se constatar que a inexigibilidade da apresentação de certidão negativa está diretamente ligada com os princípios trazidos pela Lei de Falências e consiste em um meio de, não somente facilitar a recuperação da empresa, mas, acima disso, de efetivamente cumprir com o princípio da preservação da empresa.

Todavia, a empresa deve comprovar sua capacidade financeira para que consiga demonstrar que é capaz de cumprir com as obrigações do contrato licitatório. Por conta disso, cumpre-se destacar o fato de que a recuperação judicial deve ser atribuída para empresas que se mostrem em condições de se recuperarem (RAMOS, 2016). Deste modo, se uma empresa encontra-se em recuperação judicial isso se deve ao fato de que seu plano de recuperação fora aprovado e que a mesma se demonstra em condições de superar o momento em que passa, motivo pelo qual não há que se proibir sua participação em procedimentos licitatórios alegando risco no devido cumprimento de suas obrigações.

Diante do exposto, é possível afirmar que, respeitando-se os princípios administrativos e empresariais, não há impeditivos para que uma empresa em recuperação judicial participe de processos licitatórios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se na pesquisa que a discussão versa sobre a análise da jurisprudência e, principalmente, a posição do Superior Tribunal de Justiça perante a possibilidade de empresas recuperandas participarem de processos licitatórios, levando-se em consideração a importância da problemática tanto no âmbito do Direito Administrativo quanto no âmbito do Direito Empresarial.

Nesta perspectiva, debate-se o eficaz cumprimento dos princípios de ambas as áreas do Direito, para que seja feita uma ponderação nos dispositivos e princípios de ambas e a recuperanda possa acertadamente participar, posto que a não-permissão para que participem não cumpre com os objetivos da Lei 11.101/2005.

Deste modo, negar uma ponderação, fundamentada, tão somente, em específicos dispositivos presentes nas leis, quais sejam art. 31, I da Lei 8.666/93 e art. 52, II da Lei 11.101/2005, não seria contraditório quando em face com os princípios trazidos por estas legislações?

Neste diapasão, verifica-se que quando feita uma análise tão somente literal das legislações em questão, seria possível fazer uma interpretação – equivocada – negando a participação das recuperandas nos procedimentos supracitados, considerando-se que a Lei de Licitações menciona a necessidade de apresentação de certidão negativa de concordata para demonstrar aptidão financeira e a Lei de Recuperação Judicial prevê a dispensa de certidão negativa, exceto para contratar com o Poder Público. Vedação esta que intensifica a possibilidade da empresa em recuperação judicial não se recuperar verdadeiramente.

Todavia, os princípios da função social da empresa e da preservação da empresa, basilares no que diz respeito à recuperação judicial, sob o viés trazido pela Lei 11.101/2005, não permitem que recuperandas sejam proibidas de participar de licitações. Porquanto, o objetivo trazido pela lei mencionada é precisamente manter a empresa operante, sendo, neste caso, a licitação um meio para que esse objetivo seja alcançado e a empresa preservada.

Em vista disso, editais de licitações, e juízos, que proíbam empresas recuperandas de participarem destes procedimentos, não respeitam os princípios supracitados e, visivelmente, destoam da finalidade imposta pela Lei de Falências.

Diante do exposto, é necessário que seja feita uma ponderação dos princípios da recuperação judicial frente os dispositivos supraditos, para que o objetivo fundamental interposto pela Lei 11.101/2005 possa ser devidamente, e corretamente, cumprido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 309867**. Administrativo. Licitação. Empresa em Recuperação Judicial. Participação. Possibilidade. Certidão de Falência ou Concordata. Interpretação Extensiva. Descabimento. Aptidão Econômico-financeira. Comprovação. Outros Meios. Necessidade. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 26 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611071270/agravo-em-recurso-especial-aresp-309867-es-2013-0064947-3/inteiro-teor-611071290>. Acesso em: 14 nov, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 978453/RJ**. Processual Civil e Administrativo. Empresa em Recuperação Judicial. Licitação. Participação. Possibilidade. Certidão Negativa de Débitos Fiscais. Apresentação. Desnecessidade. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 06 de outubro de 2020. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117033098&num_registro=201602346535&data=20201023&tipo=5&formato=PDF Acesso em: 03 dez, 2020.

BRASIL. TJ/SP. **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA**. AI nº 2219536-86.2017.8.26.0000. Relator: Fernando Borba Franco. Julgado em 19/02/2018. DJ 22/02/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548145288/22195368620178260000-sp-2219536-8620178260000>. Acesso em 11 out, 2020.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 1201/2020**. Plenário. Relator: Vital do Rêgo. DOU 25/02/2020. Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/846182956/representacao-repr-rp-3726620195/inteiro-teor-846182976?ref=feed>. Acesso em 11 out, 2020.

BRASIL. **Lei Nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

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

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed., rev., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito administrativo**. 3ª ed., rev., Brasília: Senado Federal, 2005.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas**. 2 ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 6ª Ed. São Paulo: Método, 2016.

TOMAZZETE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus e Nossa Senhora por terem, respectivamente, me capacitado e intercedido por mim para que eu pudesse concluir este curso.

Em segundo lugar, agradeço ao meu pai João Guilherme de Andrade Lima, minha mãe Rosa Malena de Silva Lima e minha irmã Juliana de Silva Lima, por serem alicerces em momentos tão difíceis e, principalmente, por serem verdadeiros exemplos em minha vida.

Agradeço ao meu avô Wilson Santos da Silva e minha avó Ilka Nazareth de Souza Silva por terem me apoiado desde o início da graduação, pois, sem eles nada disso seria possível.

Ao CESUPA, agradeço por todos os ensinamentos e esforços para a minha formação, tanto como aluno quanto como ser humano.

Aos professores e professoras que tive durante esses cinco anos e que tanto me ensinaram.

Agradeço em especial à professora Ana Amélia, por todo apoio e paciência nesse trabalho. Além de ser uma exímia professora e por ensinar e passar seus conhecimentos com tamanha maestria.

Além disso, agradeço por todos os amigos e amigas do curso de direito, em especial Leonardo Martins da Silva e Mariana Gouvea Martins por serem verdadeiros amigos durante todos esses anos, principalmente nos últimos semestres, ao me impulsionarem a persistir apesar das adversidades.

Agradeço aos meus grandes e verdadeiros amigos André Queiroz Fernandes, Gabriel Queiroz Silva, Juliano Sousa Barros e João Antonio Lobato Pinto por estarem sempre ao meu lado e serem autênticos companheiros, me apoiando e se fazendo presentes em todos os momentos da minha vida.

Por fim, agradeço ao Gabriel Vieira Silveira, por ter sido minha dupla nesse trabalho. Sem ele esse trabalho não seria possível.

José Vítor de Silva Lima

Agradeço primeiramente à minha mãe Aparecida e meu pai Carlos, pelo apoio incondicional do começo ao fim do curso, pelos ensinamentos e por fazerem de tudo para que eu possa ter oportunidades e trilhar meu caminho da minha maneira.

Ao meu padrasto Douglas que agiu sempre como um segundo pai.

Às minhas irmãs Liana e Cássia que também sempre me apoiaram e quiseram meu sucesso.

À minha sogra Liege que me trata como filho próprio.

À minha namorada Vitória que assim como meus pais, me acompanhou do começo ao fim do curso com apoio, companheirismo e conforto durante essa trajetória.

À orientadora Professora Ana Amélia Barros Miranda que é uma excelente professora e fez correções que contribuíram para a finalização deste trabalho.

À instituição de ensino do CESUPA pela excelência ao oferecer seus cursos, especialmente o curso de Direito, que sem dúvidas é o melhor do estado.

À minha dupla para esse Trabalho de Conclusão José Vítor de Silva Lima, que foi um grande amigo durante o curso e fundamental para a entrega deste trabalho.

Por fim, à todos os amigos e outros que participaram desta trajetória da graduação de Bacharelado em Direito, que direta ou indiretamente contribuíram para que chegasse ao fim com excelência.

Gabriel Vieira Silveira.