



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO  
CURSO DE DIREITO  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
ARTIGO CIENTÍFICO

**EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**  
RELAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM AS LICITAÇÕES PÚBLICAS

ORIENTANDA – DI DIANE FERNANDES SILVA  
ORIENTADORA – PROF<sup>a</sup>. MS. CARMEM DA SILVA MARTINS

GOIÂNIA  
2022

DI DIANE FERNANDES SILVA

**EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**  
RELAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM AS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof<sup>a</sup>. Ms. Orientadora – Carmem da Silva Martins.

GOIÂNIA

2022

DI DIANE FERNANDES SILVA

**EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**  
RELAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM AS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Data da Defesa: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Ms. Carmem da Silva Martins

Nota

---

Examinadora Convidada: Prof<sup>a</sup>. Dra. Cleudes Maria Tavares Rosa

Nota

À minha família, em especial minha mãe, por me apoiar e me acompanhar em todas as minhas decisões. À Erika Ferreira e Murillo Lobo, por me ajudarem e cooperarem para o meu crescimento pessoal e profissional. Aos meus amigos, por passarem por essa etapa ao meu lado. A minha professora e orientadora, pela paciência e dedicação ao trabalho desenvolvido.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>8</b>
1.1 A PREVISÃO LEGAL – Nº 11.101/05.....	8
1.2 PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	9
<b>2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....</b>	<b>11</b>
2.1 A PREVISÃO LEGAL - Nº 8.666/93.....	11
2.2 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO.....	12
<b>3 A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LICITAÇÕES PÚBLICAS.....</b>	<b>14</b>
3.1 A EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES NA LEI DE LICITAÇÕES E A VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	14
3.2 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES E A SOLUÇÃO...	15
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>19</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>21</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>22</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>24</b>

## RESUMO

Persiste na sociedade empresarial uma grande discussão sobre a participação de Empresas em Recuperação Judicial em processos licitatório, visando contratar diretamente com o Poder Público. Ocorre que, não há previsão legal expressa, na Lei de Licitações - 8.666/93, que vede tal participação, mas diversos editais de certames vêm sendo combatidos por restringirem o ingresso de Empresas Recuperandas. Nesse sentido, há que se observar que a participação destas caminhas juntamente com o intuito do legislador na Lei de Recuperação e Falências - 11.101/05, em seu aspecto fundamental, qual seja o princípio da preservação da empresa, priorizando a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores. Diante disso, pretende-se com a exposição desse artigo, demonstrar a possibilidade de contratação com o poder público por parte de empresas em recuperação judicial, objeto do tema.

Palavras-chave: Empresas em Recuperação Judicial, Licitação, Princípios, Contratação com o Poder Público, Participação.

## INTRODUÇÃO

O instituto que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência das empresas, surgiu com a redação da Lei de Recuperações Judiciais, em 2005, que trouxe um novo cenário jurídico, com soluções para o empresário se restabelecer economicamente, embora se encontre em crise econômico-financeira.

O intuito da lei de recuperação judicial, é de não acarretar a paralisação das atividades empresariais quando deferida a recuperação judicial pelo judiciário. Isto é, a empresa continua mantendo o desenvolvimento contínuo da atividade empresária, em busca de atender a interesses coletivos, com a manutenção e capacidade de gerar renda e empregos, a satisfação de seus créditos, buscando recuperar-se da crise pela qual passa.

Sabe-se, ainda, que grande parte do ramo empresarial exerce atividade para o poder público, mediante licitações, previamente para execução de seus serviços. A licitação é um procedimento administrativo, regulado pela lei nº 8.666/93, necessário para contratação de serviços ou aquisição de produtos pela Administração pública.

No tocante ao procedimento licitatório, a Lei nº 8.666/1993, fixa procedimentos para licitações e contratos da administração pública, bem como regulamenta o previsto na Constituição Federal de 1998.

Ademais, há um embaraço existente nos editais licitatórios, qual seja a exigência de certidões para preenchimento de requisitos para possível participação, ou somente a própria vedação, de empresas. Entre estas, há especificamente aquela que inviabiliza a Empresa Recuperanda: a negativa de recuperação judicial.

A impossibilidade de participação de uma empresa em certame licitatório, baseando-se na hipótese de insolvência, é ilegal, já que tanto a Lei 11.101/05 e a 8.666/93 não mencionam nada a respeito, muito menos proíbem ou determinam tal ato.

Existem duas linhas de posicionamento sobre o tema, e em especial, uma visa prejudicar o empresário beneficiado pela Recuperação Judicial. A primeira, por comparar a Recuperação como um sucessor do instituto da concordata, prejudicando o empresário. A segunda condizente com a realidade, encarando as circunstâncias agravantes do cenário econômico, sendo um instituto distinto da concordata.

Os avanços no Judiciário já são evidentes nesse sentido, sobretudo nas decisões judiciais pleiteadas em sede de liminar. No entanto, necessita-se de um entendimento consolidado pela jurisprudência a fim de permitir tal participação da Empresa em Recuperação Judicial, proporcionando também uma postura mais sólida do Judiciário, garantindo maior estabilidade e segurança jurídica às empresas, bem como ao Poder Público.

Dessa forma, o presente artigo visa assimilar num contexto, a empresa em Recuperação Judicial, de acordo com as normas de direito empresarial, ao instituto da Licitação, do Contrato Administrativo e, especificadamente, da vedação e exigência de certidão negativa de Recuperação Judicial, em conformidade com o Direito Administrativo.

## I - EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

### 1.1 - A PREVISÃO LEGAL - Nº 11.101/05.

A finalidade da Lei de Falências e Recuperação de Empresas é norteada pela função social da empresa e o papel que esta desempenha na sociedade. Baseando-se nesta, a empresa deve atender às expectativas e os interesses exteriores, buscando sempre impulsionar e movimentar a economia na busca do crescimento, da geração de renda e de riquezas.

A Recuperação Judicial não se associa ao instituto da Concordata, que traz o encerramento e a quebra da Empresa que se encontra em dificuldades. Na verdade, a legislação se baseia em preservar aquela. A lei tem este interesse, buscando sempre resguardar a empresa, para que continue sendo fonte de arrecadação e locomotiva da moderna economia, quando em contrapartida, o antigo Decreto Lei nº 7661/45 não acolhia às necessidades do ramo empresarial e dos credores.

A Lei nº 11.101/05 empenha-se na busca pela manutenção e pelo desenvolvimento contínuo da atividade empresarial com capacidade de gerar renda e empregos, observando o princípio da função social, sem prejudicar os credores que figuram no polo passivo do devedor, não afetando o crédito e garantindo os direitos, vide artigo 47 da Lei.

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.

Assim, entende-se por Recuperação Judicial, o processo pelo qual o juiz atua deferindo, ou não, o pedido de Recuperação Judicial, homologando o Plano de Recuperação Judicial, após aceito pela maioria dos credores, e praticando medidas redutoras de obrigações, aumento dos prazos, reorganização estrutural da própria empresa, entre outros meios previstos no plano.

Destarte, tem-se que a redação do novo instituto proporcionou uma maior participação dos credores (vide anexo) nos questionamentos pertinentes à busca de soluções de recuperação das empresas, via apresentação de objeção ao Plano de Recuperação Judicial, deliberação em Assembleia Geral de Credores para rejeição

ou aprovação do Plano apresentado e, também, mostrando, quando necessário e possível, outras formas de recuperação a serem adotadas conforme este.

Então, a Lei em questão transfere aos credores a oportunidade de dar ou não à Empresa, a possibilidade de reerguer-se, perante o previsto em Plano de Recuperação Judicial, não sendo mais encargo do magistrado, como no antigo regime da Concordata.

Ainda sobre os credores, há a sujeição de todos os créditos existentes até a data do pedido da Recuperação Judicial, com exceção dos créditos fiscais. Assim, a ampliação nesta sujeição de créditos ao plano de soerguimento trouxe ao devedor otimismo e maiores chances de conseguir se restabelecer economicamente.

## 1.2 - PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O pilar fundamental para a interpretação do instituto da Recuperação Judicial consta do artigo 47 da Lei 11.101/05, supramencionado. Nesse dispositivo é evidente o destaque aos princípios da preservação da Empresa devedora, a proteção dos trabalhadores desta e os interesses dos credores.

A própria lei, entretanto, estabelece uma ordem entre o critério de prioridade da finalidade do instituto, podendo-se dizer que a manutenção da fonte produtora, ou a própria preservação da empresa, está no primeiro alcance do benefício da lei.

Não resta dúvida ao considerarmos o pensamento do doutrinador e magistrado abaixo:

A Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades na finalidade que diz perseguir, ou seja, colocando como primeiro objetivo a 'manutenção da fonte produtora', ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o 'emprego dos trabalhadores'. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os 'interesses dos credores'. (BEZERRA, 2010, acessado dia 13/04).

O princípio da função social amolda-se ao princípio da preservação da empresa, compreendendo a continuação das atividades de produção da Empresa como um bem a ser protegido. A extinção dessas atividades, não prejudica só a Empresa economicamente, como também gera prejuízos aos demais envolvidos, quais sejam, trabalhadores, fornecedores, consumidores e até o próprio Estado.

Dessa forma, a função social se trata de um dever da Empresa em associar suas atividades aos interesses sociais, incrementando o desenvolvimento econômico num todo, em conformidade com as considerações constitucionais, sempre em benefício da sociedade.

O objetivo está explícito no artigo 47 da referida lei, viabilizando que a situação de crise econômico-financeira da Empresa devedora não seja o desfecho desta, permitindo, assim, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação de todos.

Vejamos o comentário doutrinário sobre o princípio regente do instituto da Recuperação Judicial arraigado em sua finalidade:

No Brasil, a lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial; de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.

No entanto, ao tratar de empresas sob os efeitos da Recuperação Judicial, nos deparamos com o fato de que grande parte destas se sustenta com os contratos com o Poder Público.

Dessa forma, entra-se num dilema, posto que recorrente é a discussão sobre os requisitos e documentos necessários para o requerimento e posterior deferimento da Recuperação Judicial, levando assim à possibilidade ou não de participação de empresas em Recuperação Judicial em Licitações, assunto este que será tratado no Capítulo III.

## II - O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

### 2.1 – A PREVISÃO LEGAL - Nº 8.666/93

A lei de Licitações regulamenta o previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de licitações para a contratação com o Poder Público.

Referida lei, tem por finalidade alcançar a melhor proposta, garantindo que seja o negócio mais vantajoso à Administração, com a efetiva e justa competitividade entre os possíveis contratados.

Ainda, todos aqueles que possuem interesse e preenchem os requisitos fixados em instrumento convocatório, devem ter iguais condições para a participação no certame licitatório, em nome da isonomia.

Os objetivos da Lei de licitação estão elencados em seu artigo 3º, in *verbis*:

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

Verifica-se que licitação pública é um procedimento adotado pela administração pública, com intuito de escolher empresas aptas para prestação de serviço e fornecimento de produtos de melhor qualidade e menor preço aos entes públicos. Os procedimentos licitatórios são utilizados para que não haja tratamento diferenciados entre as empresas concorrentes. Nesse mesmo sentido, Hely Lopes Meireles apresenta o conceito de Licitação:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como um fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos (MEIRELLES, 2014, p. 247).

Dessa forma, as normas gerais que regulamentam as licitações e contratos administrativos se encontram na Lei nº 8.666/93, mais precisamente quando pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e

locações no âmbito dos poderes dos Entes Federados, conforme previsto em seu artigo 1º.

Vale salientar que, a lei 8.666, a lei 10.520 e os artigos 1º a 47-A da lei nº 12.462, permanecem em vigor até 01.04.2023. E logo após entrará a lei nº 14.133/4 de licitações.

## 2.2 - PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

A base primordial para aplicação e interpretação das licitações surge no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que elenca os princípios norteadores desta. Nesse dispositivo, nota-se a importância da isonomia e da competitividade para a efetiva execução:

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.

Segundo Sundfeld, não há suspeitas quanto à importância dos princípios na efetiva aplicação do direito:

O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de porem risco à globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido de que vai daqueles para estas (SUNFELD, 1994, p. 19).

Dessa forma, há que se ressaltar que os princípios possibilitam a solução de diversas situações que poderiam tomar inúmeras diretrizes, dado que a melhor opção sempre será aquela que atenda os preceitos dos princípios.

Ainda, os órgãos e entidades que promovem as licitações, ao exercerem suas funções administrativas, estão sujeitos ao regime jurídico-administrativo, bem como aos princípios que o rege, quais sejam:

- a. Legalidade: Vincula o administrador a fazer apenas o que a lei o autoriza, ademais na Licitação deve-se seguir, também, o regulamento desta, caderno de obrigações e seu edital.
- b. Impessoalidade: Obriga a Administração Licitante a conduzir o procedimento com objetividade e imparcialidade, a partir das normas editalícias. Ainda, segundo Diógenes Gasparini: "*A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza*".

- c. Moralidade: Impõe a todos os envolvidos (comissão licitatória e licitantes) que sejam obedecidos os padrões éticos, de probidade, lealdade, decoro e boa-fé, para que seja sempre garantido um comportamento honesto.
- d. Igualdade: Também denominado de "isonomia", defende que não deve haver prioridade ou privilégio injustificados, evitando-se a discriminação. Ademais, não proíbe que seja realizada a diferenciação entre os contratantes e propostas.
- e. Publicidade: Estabelece que todos os atos praticados e todas as sessões realizadas devem ser públicos, evitando-se sempre o sigilo e a surpresa. Dessa forma, conforme o artigo 3, § 3º, da Lei nº 8.666/93, será sempre acessível ao público: “§3º: A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.
- f. Probidade Administrativa: Garante que os atos de improbidade ensejarão à aplicação de sérias sanções a seus autores, bem como levarão à invalidade, dado que estes ensejam em desonestidade, contradizendo ao previsto no princípio da moralidade. Os artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 tipificam referidos atos.
- g. Vinculação ao Instrumento Convocatório: É a vinculação da Administração, bem como dos licitantes, ao previsto em Edital ou Carta-Convite. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que “o edital é a lei interna da licitação”.
- h. Julgamento Objetivo: Esse princípio segue as diretrizes dos princípios da Igualdade e Impessoalidade, já que seu objetivo é um julgamento justo e honesto por parte da Administração, para que siga o já estabelecido em instrumento convocatório.
- i. Correlatos: Esse princípio engloba aqueles outros não citados no *caput* do artigo 3º, da Lei de Licitações, mas encontram-se implícitos, quais sejam, a competitividade, o contraditório, a ampla defesa, o formalismo moderado e a verdade material (VIANNA, 2017, p. 21/25).

Nota-se, portanto, que os órgãos públicos têm como dever a correta aplicação quando da contratação de serviços, zelando pela livre concorrência, preço justo e efetiva realização daquele previsto.

Dessa forma, se tem que a Licitação, visa garantir a clareza e honestidade em sua aplicação, para que o resultado seja aquele mais vantajoso à Administração Pública e não gere quaisquer dúvidas aos interessados.

### III - A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

#### 3.1 - A EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES NA LEI DE LICITAÇÕES E A VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Conforme discutido no Capítulo I deste artigo, inúmeras empresas em Recuperação Judicial têm como principal cliente a contratação com o Poder Público. Ademais, o seu soerguimento pode ser impedido justamente pelo fato de estarem sob a observância do Poder Judiciário.

Ocorre que, na grande maioria, os editais licitatórios exigem diversas certidões negativas como requisitos de participação no mesmo, ou para haja vedação. Dessa forma, ainda há editais que preveem a apresentação negativa de Recuperação Judicial ou Falência da empresa.

Entretanto, não há norma legal que presuma tal condição para devido ingresso no certame, mas sim uma aplicação de analogia quanto à previsão do artigo 31, inciso II, da Lei de Licitações, que exige a apresentação de certidão negativa de FALÊNCIA ou CONCORDATA.

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

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

A existência de tal condição é justificada pela situação que se encontra a empresa em recuperação, levando-se para discussão a capacidade de execução ou não do serviço e sua entrega nos prazos estabelecidos.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), já editou súmula rechaçando a vedação à participação das empresas em recuperação judicial nos certames, bem como orientando acerca dos documentos delas exigíveis.

SÚMULA Nº 50 - Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.

Assim, com a ausência de previsão legal para a aplicação de tal vedação, bem como o entendimento do E. Tribunal, já utilizado em outros diversos, fica

evidenciada a falta de aplicação do princípio da legalidade, de modo que há restrição de atos onde a lei não o fez.

Não obstante, também afronta aos postulados da isonomia e da ampla competitividade, que devem guiar toda atuação da administração pública, especialmente, tratando-se de assuntos relativos a licitações.

Dessa forma, não cabe à administração pública, de forma análoga, aplicar a previsão do antigo regime da Concordata à Recuperação Judicial, ainda porque se trata de uma empresa em devido exercício de sua atividade, com condições para tal.

### 3.2 - A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES E A SOLUÇÃO.

É necessário ressaltar que, a Recuperanda estando em cumprimento de suas obrigações e em pleno funcionamento de sua atividade empresarial, buscando sua reestruturação econômico-financeira, não há que se falar em impedimento à participação da licitação, desde que atendidos aos requisitos objetivos da mesma.

Ainda, há que se retomar ao princípio da preservação da empresa, dado que a violação deste princípio, ao impedir a participação da empresa em Recuperação Judicial a licitar, ignora o intuito da Lei nº 11.101.05, que objetiva a manutenção dos postos de trabalho, da geração de renda com impostos e circulação de mercadorias.

Nota-se, também, que o artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101/05, contém a dispensa de apresentação de certidões negativas, exceto para contratar com o Poder Público, mas o dispositivo não especifica quais são estas, não fazendo, assim, menção à certidão de negativa de Recuperação Judicial, sendo tratada como certidão negativa de falência/concordata pela administração pública:

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

I - 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.

Dessa forma, as empresas prejudicadas pela aplicação desta analogia necessitam de uma forma de exigir seus direitos. Assim, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIX, aduz que:

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

**LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.**

Incontestável é a afronta ao direito da empresa na problemática em tela. Não obstante, necessário se faz ressaltar o significado de "direito líquido e certo", que neste caso são aqueles fatos que decorrem a pretensa ordem, em que deverão ser claramente evidenciados por prova documental. Nesse sentido se posiciona André Ramos Tavares:

Assim, resulta claro que a expressão "direito líquido e certo" não se refere nem ao Direito em si mesmo e abstratamente considerado, nem à regência das leis, nem à relação entre o caso concreto e Direito positivo. São os fatos e o caso concreto que devem ser apresentados de maneira líquida e certa, por parte do impetrante, porque dessa demonstração depende o magistrado. (TAVARES, 2009, p.31).

Assim, a impetração de Mandado de Segurança nesses casos visa a vedação da impossibilidade atribuída pela Autoridade Pública quanto à participação de empresas em Recuperação Judicial em processos licitatórios, o que não há previsão legal e fere os princípios da legalidade, isonomia e competitividade.

Ainda, se faz cabível o pedido liminar em sede de Mandado de Segurança, comprovando o prejuízo à empresa em impedir sua participação, já que os quesitos básicos para a sua concessão em Mandados de Segurança são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, conforme previsão legal do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 1533/51.

A *fumus boni iuris* pode ser aplicada devido à inexistência legal vedação de participação da empresa em certames licitatórios, já o *periculum in mora*, devido ao risco de que o dano causado à empresa seja irreparável, vejamos que uníssono é o entendimento jurisprudencial:

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO JUDICIAL. PERMISSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL SEM APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES EXIGIDAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Em regra, não cabe a interposição de mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso (art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009 e enunciado da Súmula nº 267 do STF). No entanto, referida proibição pode ser relativizada no caso que o impetrante é terceiro atingido pela decisão judicial (enunciado da Súmula nº 202 do STJ e art. 5º, XXXV, da CF) e esta for manifestamente ilegal ou teratológica, como é o caso dos autos. No caso presente, trata-se de terceiro que não tem qualquer interesse em ingressar no juízo da recuperação judicial, órgão prolator da decisão inusitada. Precedentes jurisprudenciais do STJ e desta Corte. 2. O art. 52, II, da Lei nº 11.101/2005 (que regula a recuperação judicial) proíbe expressamente a dispensa de certidões para contratação com o Poder Público de empresa em recuperação judicial. Ainda, é exigência do art. 31, II,

da Lei nº 8.666/1993 a exibição de certidão negativa de falência ou concordata. No caso, o Edital exige a apresentação de diversas certidões negativas e proíbe a participação de empresa em processo de falência, recuperação judicial ou concordata. Referida exigência não se demonstra ilegal, nem contraria os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade. A determinação judicial de que seja permitida a participação de empresa em recuperação... judicial, sem a obrigação de apresentar as certidões exigidas pelo Edital, contraria aos princípios da legalidade, isonomia, igualdade, vinculação ao ato convocatório e adentra na discricionariedade administrativa, o que é vedado ao Poder Judiciário, muito mais ainda quando esta decisão é proferida pelo juízo da recuperação judicial e não pelo juízo onde eventualmente se discute a legalidade da licitação. Assim, a parte impetrante comprovou a inobservância ao direito líquido e certo, de forma que merece ser concedida a segurança pleiteada. À UNANIMIDADE, CONCEDERAM A SEGURANÇA. (Mandado de Segurança Nº 70070846407, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 26/10/2016).

(TJ-RS - MS: 70070846407 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Data de Julgamento: 26/10/2016, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/10/2016)

MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE ESTADO COMO AUTORIDADE COATORA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA CORTE AD QUEM. INCIDÊNCIA DA LEI DE Nº 7.356-98. PREFACIAL REJEITADA. UNÂNIME. Deve ser rejeitada a preliminar de incompetência absoluta da Corte Ad Quem, para conhecimento e processamento de mandado de segurança impetrado contra ato de Secretário de Estado, s pena de negativa de vigência a Lei de nº 7.356-98. MÉRITO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO VIOLADOS. LESÃO A LEI DE Nº 8.666-93. SEGURANÇA, PARCIALMENTE CONCEDIDA. UNÂNIME. A restrição ao caráter competitivo da licitação ensejada pela ausência de adstrição da concorrência aos Princípios da Isonomia e da Vinculação ao Instrumento Convocatório, é expressamente coibida pela Lei de nº 8.666-9 que gera direito líquido e certo ao participante do processo licitatório.

(TJ-MA - MS: 183142005 MA, Relator: CLEONICE SILVA FREIRE, Data de Julgamento: 25/07/2008, SAO LUIS, acessado dia 13/04)

Destarte, em casos de extrema urgência e curto prazo de tempo, a empresa pode impetrar o pedido liminar em sede de Mandado de Segurança, para que seja garantida sua livre concorrência, e ao ser concedida, sua participação em Licitações.

Assim, nota-se que à empresa, ainda que, em recuperação judicial, é viável a contratação e licitação junto ao Estado, dado que, almeja o crescimento, a lucratividade e o desenvolvimento da sua atividade empresarial, o que deve ser interesse do Estado, para, assim, solucionar o conflito existente.

Dessa forma, para obter a dispensa de certidão negativa de Recuperação Judicial, possibilitando sua participação, cabível é a impetração de Mandado de Segurança para solucionar e resguardar este problema, que traduz a falta do direito líquido e certo da empresa.

## CONCLUSÃO

A redação do novo instituto, que englobou a Recuperação Judicial, proporcionou uma maior participação dos credores nos questionamentos pertinentes à busca de soluções de recuperação de empresas, via deliberação por assembleia geral de credores, propiciando, ainda, várias formas de recuperação a serem possivelmente adotadas.

Assim, ficou claro o intuito da lei, qual seja, a possibilidade de soerguimento da empresa em recuperação, mantendo seu desenvolvimento e funcionamento sem paralização.

Ademais, com o conflito apresentado neste artigo, demonstra-se uma incoerência, já que, o Estado editou uma norma com a finalidade de proporcionar a recuperação dos empresários e sociedades empresárias em crise, e, em contrapartida, a administração pública vem apresentando obstáculos, sem amparo legal, impedindo tal aplicação.

Não se justifica o Estado criar uma lei que privilegia a sobrevivência da empresa, mas por outro lado, impedir a participação da empresa nas licitações, ainda que esta empresa possua capacidade técnica.

A oportunidade foi dada ao legislador de alterar o conteúdo da matéria normativa da lei falimentar e de recuperação, para assim proibir empresas em recuperação judicial de participarem em licitações públicas. Ou mesmo de impossibilitar claramente a contratação com o Poder Público, não ocorrendo essa legalidade, o que resta certo que é permitida tal oportunidade à empresa em recuperação.

Como visto alhures, a Recuperação Judicial não é uma sucessão da Concordata. O objetivo desta é norteado pela preservação da empresa, e não sua falência. Dificultar a contratação com a administração pública pode acarretar no fechamento total da produção, principalmente quando a atividade desenvolvida pela empresa em recuperação tem como cliente primordial o Poder Público.

Pois, além dos impostos empresariais arrecadados pelo estado, também existe a geração de empregos e produtos para consumidores, onde se torna uma locomotiva de mão dupla para o estado.

Na situação econômica atual, é primordial que seja concedida a oportunidade às Empresas de se reerguerem sem grandes prejuízos, não sendo raro lidar com empresas que tem como principal cliente o Poder Público.

Destarte, é incontestável a incoerência presente na exigência de certidões negativas de Recuperação Judicial em certames licitatórios, posto que não há qualquer previsão legal para tal.

O tema por ainda ser novo, não apresenta tantos julgados a fim de consolidar o entendimento benéfico à empresa Recuperanda, concedendo-lhe a participação em certames licitatórios. No entanto, já temos notáveis liminares pautadas pela concessão da participação do empresário, uma vitória diante do quadro caótico que a administração pública por vezes colabora para agravar a crise empresarial.

Vem sendo trilhado um caminho para a evolução em tal questão, mas é imprescindível um entendimento jurisprudencial que permita a participação de empresas Recuperandas em Licitações, para que assim seja efetivado o intuito de soerguimento da empresa previsto na lei de Recuperações Judiciais.

## **ABSTRACT**

There is still a great discussion in business society about the participation of Companies undergoing Judicial Reorganization in bidding processes, aiming to contract directly with the Government. It so happens that there is no express legal provision, in the Bidding Law - 8.666/93, which prohibits such participation, but several public notices of competitions have been fought for restricting the entry of Companies under Reorganization. In this sense, it should be noted that the participation of these paths together with the intention of the legislator in the Recovery and Bankruptcy Law - 11.101/05, in its fundamental aspect, which is the principle of preservation of the company, prioritizing the maintenance of the producing source and of workers' employment. In view of this, it is intended with the exposition of this article, to demonstrate the possibility of contracting with the public power by companies in judicial reorganization, object of the theme.

**Keywords:** Companies in Judicial Reorganization, Bidding, Principles, Contracting with the Public Power, Participation.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros: 2009.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentado artigo por artigo. 9 eds. rev., atual. e ampl. RT: São Paulo, 2013.**

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

ECONÔMICO, Brasil. **Pedidos de Recuperação Judicial aumentam 61,2% no acumulado de 2016**. <http://economia.ig.com.br/2016-09-05/empresas-recuperacao-falencia.html>. Acesso em mar. 2018.

**EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA** – MS 183142005 MA. Disponível em <<https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4736650/mandado-de-seguranca-ms-183142005-ma>>. Acesso em Ago. 2018.

**EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA** – MS 70070846407 RS. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400208876/mandado-de-seguranca-ms-70070846407-rs>>. Acesso em Ago. 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAZEN, Marcelo. **Análise preliminar da nova Lei de Licitações**. <http://licitacaoweb.com.br/blog/analise-preliminar-licitacoes/> Acesso em mar. 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**.1. ed. Saraiva. São Paulo: 2011.

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

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 8ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2001.

SÚMULA Nº 50 – TCE SP. Disponível em <<https://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>. Acesso em Ago. 2018>.

SUNFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. Ed. São Paulo. Malheiros.

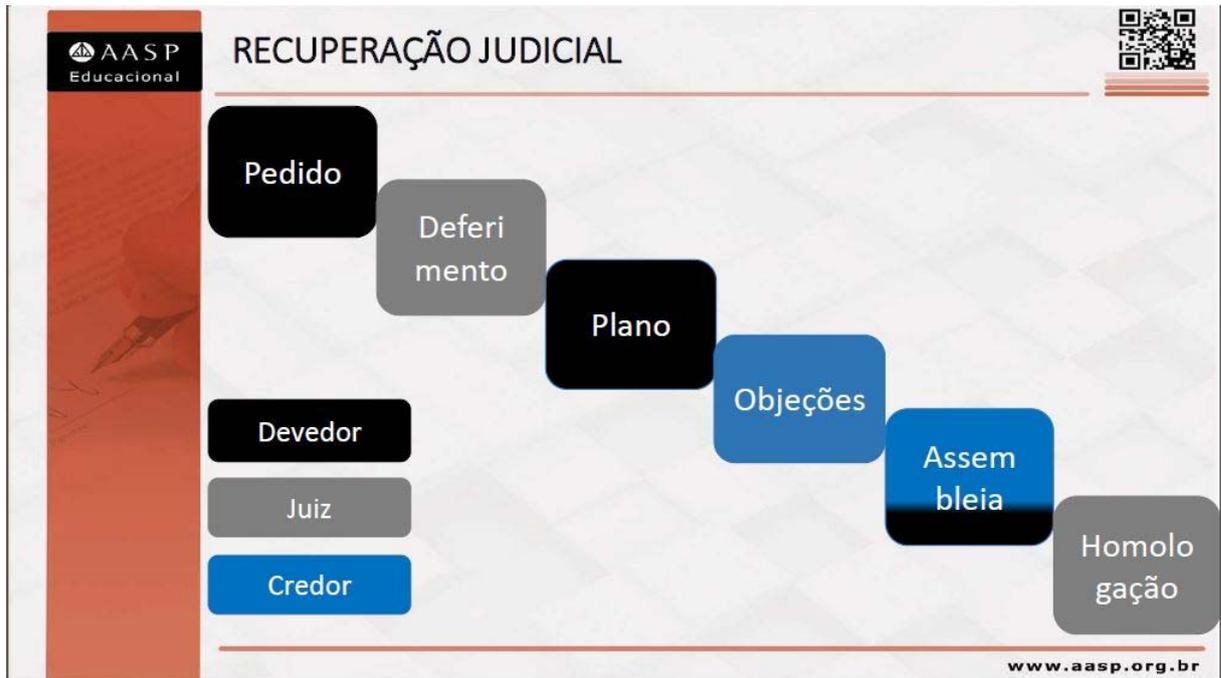
TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.016/2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 6ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70054779087. Recurso Provido. Relator: Ney Wiedemann Neto. Julgado em 31/07/2013. *Recuperação judicial. Possibilidade de a empresa em recuperação judicial continuar participando de licitações públicas. Ausência de vedação legal expressa.*

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito Empresarial**. Vol. 8, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANNA, Flávia Daniel. **Licitações e Contratos Administrativos: do Básico ao Avançado**. 1. ed. do autor. São Paulo: 2017.

## ANEXO



Palestra Professor Geraldo Fonseca de Barros Neto para AASP dia 16/04/2018