



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS
PROCESSOS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS**

ORIENTANDO (A): MATHEUS PAULO DA CRUZ FREITAS
ORIENTADOR (A): PROF.FREDERICO GUSTAVO FLEISCHER

GOIÂNIA-GO
2022

MATHEUS PAULO DA CRUZ FREITAS

**A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS
PROCESSOS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Projeto de Artigo Científico apresenta à disciplina Trabalho de Curso I, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof. Frederico Gustavo Fleischer.

GOIÂNIA-GO

2022

MATHEUS PAULO DA CRUZ FREITAS

**A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS
PROCESSOS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Data da Defesa: 30 de Maio de 2022

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. Me. Frederico Gustavo Fleischer Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Larissa de Oliveira Costa Nota

DEDICATÓRIA

Agradeço inicialmente à Deus por ter me dado forças para concluir essa trajetória universitária de alegrias e tristezas. Em segundo lugar, gostaria de agradecer meus pais, Wemerson e Paula, e avós que sempre me apoiam nos meus sonhos e objetivos na vida profissional, educacional e espiritual.

A minha namorada, Aline Prado, que compartilhou comigo desses momentos desde o ensino médio, e não só viu, como contribuiu com seus ensinamentos e muita paciência para minha formação.

Agradeço também aos meus amigos, Danillo, Lucas e Paulo, que me acolheram de outro estado e tornaram esse ambiente acadêmico mais agradável e divertido. A vocês, meus votos de sucesso na carreira que se inicia.

Aos professores Jacobson e Frederico que me auxiliaram nas correções deste trabalho. Ao meu tio, professor e advogado, Tyago Cruz, que também me orientou nessa pesquisa.

Ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás, o local do meu estágio mais duradouro, aos colegas de profissão que diariamente lá estão.

A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS PROCESSOS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS

Matheus Paulo da Cruz Freitas ¹

O objetivo central do presente trabalho é avaliar o contexto em que se encontram empresas em recuperação judicial, para então, saber se podem participar regularmente de procedimentos licitatórios fornecidos pela Administração Pública. Analisou-se a as características de uma empresa e, principalmente, seus deveres sociais, além disso, a estruturação legislativa e principiológica das licitações públicas em concordância com o instituto da recuperação judicial. Com o auxílio de fundamentos teóricos da doutrina jurídica e de pesquisa das legislações sobre o assunto, o trabalho pretende discorrer sobre requisitos necessários para entrar com o pedido de recuperação judicial e seus pressupostos para a participação nas licitações públicas, usando como base julgados do STJ e TCU.

Palavras-chave: Empresa. Licitação. Recuperação.

¹ Qualificação do autor

INTRODUÇÃO	6
1 ORIGEM DA EMPRESA	7
1.1 Função social como princípio constitucional	8
2 FINALIDADES E FUNDAMENTOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	11
2.1 Princípios constitucionais norteadores das licitações	12
3 CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS SOBRE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	15
3.1 Requisitos legais da recuperação judicial	15
3.2 Projeto de Lei 980/19 e 3969/12	16
3.3 A participação de empresas em recuperação judicial nos processos de licitações públicas	17
CONCLUSÃO	21

INTRODUÇÃO

Este projeto de pesquisa visa demonstrar de que modo podem ou não ocorrer a participação de empresas em recuperação judicial nos processos de licitações públicas, principalmente no tocante aos princípios constitucionais, bem como os impactos desta participação perante a sociedade. Nesse primeiro ramo, trata-se da conceituação da origem da empresa e os requisitos necessários para pleitear a recuperação judicial. O segundo, refere-se as leis que regem o ato administrativo com relação as licitações públicas e os princípios que a norteiam.

Embora existam alguns parâmetros para a análise de cada pedido de recuperação judicial, o principal deles é a lei em sentido estrito. A atualização da Lei de Licitações e os julgados provenientes dessas mudanças são essenciais para definir esses requisitos sem que haja pendências normativas.

Entende-se que a recuperação judicial é um instituto especializado, que visa manter a atividade econômica por ser uma fonte geradora de empregos, de impostos e conseqüentemente de bens regionais. Portanto, é fundamental manter a continuidade desse exercício e conseqüentemente permitir a participação da empresa nos procedimentos licitatórios do Estado.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, é estudada a origem e a função social da empresa no âmbito constitucional. Em seguida, os procedimentos licitatórios, requisitos para tal ato, e princípios da licitação. E, por fim, no último capítulo, o conceito de recuperação judicial com suas exigências específicas, além do estudo de dois projetos de lei, e a possibilidade da participação no certame.

Assim sendo, diante destas considerações, pretende-se elucidar pontos pertinentes sobre as possíveis formas de solução para essa participação usando resultados e comparações obtidas anteriormente.

1 ORIGEM DA EMPRESA

O desenvolvimento da atividade empresarial surgiu com o ato da troca, essa prática ocorria por vários motivos, como a acumulação excessiva de determinado produto, a facilidade daquela civilização de cultivar e desenvolver uma mercadoria específica, ou pela abundância em decorrência da região de moradia. Independente de qual a finalidade, o objetivo da sociedade em efetuar essas trocas era obter lucro. (TELES, 2007)

Alguns fatores que colaboram para o crescimento do empreendedorismo é o desenvolvimento do Estado e a criação da moeda. Um dos exemplos, é o conjunto de leis conhecido como Código Hamurabi, criado pelo sexto rei da Suméria, Hamurábi, na Mesopotâmia, no século XVIII a.C. Nesse sentido, o código possuía taxa de juros sobre o devedor, e “a punição à extrapolação do limite máximo de jurus era a perda do capital emprestado” (ZUNINO, 1999).

Após o desfecho do Império Romano, origina-se o corporativismo na Idade Média, com a organização de comerciantes e artesãos em associações de ofício. A partir disso, criaram-se diferentes tipos societários no meio comercial, sendo a separação patrimonial nesse período um divisor de águas para o Direito Empresarial (GAGGINI, 2019).

Ainda nesse contexto histórico, devido ao crescimento em grande escala do comércio, surgiram formas societárias diferentes, como por exemplo, o sócio oculto. Esse sócio era apenas investidor da atividade sem necessariamente se envolver diretamente com a mesma, já era uma ideia de responsabilidade limitada de cada sócio, e o contrato de comandita. (RAMIRES, 2014 apud GIRARDELLI, 2021).

A fase do Direito Comercial na Idade Moderna é caracterizada pelo liberalismo econômico. A mudança conceitual objetiva de quem é um comerciante é descrita no Código Napoleônico de 1806, ratificando na forma da lei a prática profissional dos que lidam diretamente com o comércio. Outra característica é o afastamento da pessoa

subjetiva nos atos de comércio para um caráter objetivo, em conjunto com a atividade em si, sendo um embrião da Teoria dos Atos de Comércio. (MEDEIROS, 2011)

No Brasil, após a chegada da família real portuguesa e conseqüentemente de outros estrangeiros, de forma necessária, criou-se um código para regulamentar o crescimento do país.

Baseado no Código Napoleônico ergueu-se o Código Comercial em 1850, e o Regulamento nº 737, que incentivava a livre concorrência. (COSTA *et al.*, [20--])

Outro marco significativo foi a Lei das Sociedades Anônimas em 1976, trouxe consigo liberdade para os empresários escolherem livremente títulos de capital de risco de acordo com seu empreendimento, grupamento de sociedades, oferta pública de aquisição de controle, cisão de companhias, diferenciação entre companhias abertas e fechadas, e outros pontos importantes para a evolução do Direito Empresarial. (BRASIL. Lei 6.404/1976)

Em um passado mais recente, em 1988, foi promulgada a Constituição Federal do Brasil, que incorpora uma perspectiva mais humanitária e futurística. No âmbito da ética da atividade empresária, a função social se torna fundamental no surgimento da empresa. (BRASIL, 1988)

1.1 Função social como princípio constitucional

Um dos pilares para a concretização do Estado Democrático de Direito, e a segurança de condições justas em relação à atividade econômica organizada é a função social da empresa. Para Rodrigo Almeida Magalhães a função social é “um objetivo a ser alcançado em benefício da sociedade”. (MAGALHÃES, 2007)

O art. 170 da Constituição Federal de 1988 traz consigo alguns fundamentos a serem destacados, como o respeito à propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, os valores sociais do trabalho, dentre outros. Sendo

assim, a Carta Magna modernizou o dever da empresa, e propôs diretrizes para as relações de trabalho no comércio. (BRASIL, 1988)

Essa realidade incorporada no novo ordenamento jurídico adiciona novos interesses por parte da atividade empresária, vão além de suprir necessidades básicas de um indivíduo ou de uma classe de indivíduos. Nesse sentido, permanece a intenção de gerar lucro e acumular riquezas, mas esse lucro somente será válido se possuir origem justa e legítima para o cumprimento do bem-estar social. (TELES, 2007)

Assim, a empresa é considerada um instrumento para a realização de anseios da sociedade, e o Código Civil de 2002 foi responsável por atualizar ainda mais esse conceito. Responsável por regular a maioria dos assuntos de direito privado, o novo Código modernizou as antigas escrituras do Código Comercial de 1850, com termos empresariais mais apropriados e principalmente, concretizando a substituição da figura empresa para a atividade empresarial econômica organizada para a produção de bens ou serviços (Brasil, Código Civil de 2002, art. 966, *caput*).

Como um núcleo convergente de vários interesses, a empresa deve ser protegida por gerar emprego, estimular a produtividade financeira do local, conforme nos traz o art. 47, *caput*, da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência):

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.

Consoante a isso, o princípio da função social influencia diretamente o princípio da preservação da empresa, que dita sobre a importância da continuidade da atividade econômica, sendo assim, no caso de falência desse meio de produção, os danos são gerados não apenas para os empresários, mas atingem também a sociedade como um todo. Nesse sentido:

Os direitos individuais, atribuídos a cada cidadão, devem coexistir com os interesses/deveres superiores do Estado inscritos no texto constitucional e que, em tese, deve coincidir com os interesses coletivos. Podem e devem os direitos particulares ter vida e serem exercitados ao lado dos interesses gerais, procurando com estes não entrar em conflito. (LEAL, 1998).

Um dos fatores determinantes para o desenvolvimento de uma comunidade é o controle financeiro que existe sobre ela. Com a atualização de diversas leis que regulamentam e examinam a atividade empresária, o Estado intervém nas empresas à beira de encerrar suas atividades, como também nas empresas que exploram recursos e mão de obra através de suas atividades. Entretanto esse poder estatal não limita o livre arbítrio do empresário.

2 FINALIDADES E FUNDAMENTOS DO PROCEDIMENTO LICITATORIO

De início, cabe ressaltar que as licitações são procedimentos administrativos que antecedem as contratações do Estado, e em regra, são imprescindíveis para as pessoas de Direito Público, e para entes da Administração indireta, seguindo as determinações gerais da União e os princípios inerentes à atividade licitatória. (AMORIM, 2017)

Nesse sentido, o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, delimita as condições dos serviços de compras e alienações mediante processo licitatório público com o principal objetivo de igualar as partes concorrentes. De acordo com o Mello:

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (MELLO, 2010).

Além disso, no *caput* do art. 3º da antiga Lei de Licitações nº8.666/93 e no *caput* do art. 5º da nova lei de Licitações nº 14.133/2021, especifica-se a determinação constitucional com o implemento de diretrizes procedimentais e principiológicas para as licitações e contratos da Administração Pública.

Em complemento a isso, expõe-se sobre duas fases na licitação: fase interna e fase externa. O que as diferencia são os períodos de aplicação, na fase interna os agentes iniciam a preparação para o certame, buscando informações relevantes para a elaboração de edital como, orçamento, autorização, e definição do tipo/modalidade de licitação cabível. (FASES... 2021).

Em resumo, de Faria (2007) define:

A fase interna da licitação é fundamental no procedimento. Entretanto, nem sempre se lhe dá o destaque e a importância que merece. A inobservância

ou negligência de formalidades prescritas na lei e regulamento pode conduzir ao fracasso do certame, abortando-o no curso de sua formação.

Em sequência, na fase externa, há de fato a publicação do edital para o público em geral, como também “apresentação das propostas e documentos, habilitação, julgamento e classificação, homologação e adjudicação.” de Faria (2007, p. 351). A partir dessa análise, realizada por Faria, 2007, fica evidente que a Administração Pública segue tais critérios para escolher a proposta mais vantajosa em face do interesse público, que facilita, de forma prática, quais os ritos para que determinada empresa em Recuperação Judicial participe de tal certame.

2.1 Princípios constitucionais norteadores das licitações

Com o intuito de uma contratação justa, a Lei de Licitações esclarece que os princípios constitucionais (art. 37 da CF) - princípio da legalidade estrita; princípio da impessoalidade; princípio da moralidade; princípio da publicidade; princípio da eficiência - regem todo o certame, sendo assim, fica evidente a concretização de todos esses princípios em um só procedimento.

O primeiro princípio, o da legalidade, é de suma importância não só para as licitações, mas para a Administração Pública como um todo. Tal princípio determina que em todos os certames do Estado, deve-se observar obrigatoriamente os requisitos exigidos para todos os procedimentos de forma uniforme. Luciana Freitas esclarece que:

O princípio da legalidade é corolário da própria noção de Estado Democrático de Direito, afinal, se somos um Estado regido por leis, que assegura a participação democrática, obviamente deveria mesmo ser assegurado aos indivíduos o direito de expressar a sua vontade com liberdade, longe de empecilhos (PEREIRA, 2012).

Em sequência, o princípio da impessoalidade estabelece a neutralidade em favor do interesse público, sem segregação ou privilégios injustos por parte da Administração Pública. Princípio este que engloba o instituto da Recuperação Judicial,

em face das empresas que desejam participar do certame e devem ser tratadas de forma impessoal. Para Mello:

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de qualquer favoritismo ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta (MELLO, 2012).

A impessoalidade representa a vedação de opinião particular por parte da autoridade responsável. Sendo assim, interliga-se intrinsecamente com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que nos casos de impedimento expresso no edital dessa possível participação, as empresas concorrentes se desiguam, ferindo assim o princípio da impessoalidade. Decidiu o TCU anteriormente que:

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe a fiel observância às disposições editalícias, não permitindo à comissão de licitação ou ao pregoeiro deliberar de forma desatrelada das normas que regem o certame (Acórdão 4.550/2020, Plenário rel. Min. Marcos Bemquerer).

Outrossim, o encabeçamento do princípio da moralidade corresponde aos bons costumes e interliga-se com a ética no serviço público.

Evidencia-se que tanto os agentes quanto a Administração devem agir conforme os preceitos éticos, já que tal violação implicará em uma transgressão do próprio Direito, o que caracterizará um ato ilícito de modo a gerar a conduta viciada em uma conduta invalidada. (SANTOS, 2015).

Somado a isso, a Carta Magna determina como princípio norteador da Administração Pública a publicidade. Indo mais a fundo, esse princípio diz respeito a atos da Administração que deverão ser públicos, para além da divulgação de um procedimento licitatório, por exemplo. Eneida esclarece que:

O princípio da publicidade é um dos pilares do Direito Público brasileiro, essencial para o controle dos poderes públicos, para o exercício da cidadania e para uma gestão republicana. Só com a plena concretização do princípio é possível verificar a existência de uma finalidade pública na ação estatal (SALGADO, 2017).

Por fim, a Carta Magna expõe outro princípio que rege as licitações públicas, a eficiência. Inserido no ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, consiste no controle de apuração estatal, com o monitoramento de qualidade, competência e eficácia em prol da sociedade. (OLIVERA, 2017). Redige sobre Alexandrino:

[...] manifestando preocupação não só com a produtividade do servidor, mas também com o aperfeiçoamento de toda a máquina administrativa, por meio da criação de institutos e controles que permitam o aprimoramento e uma adequada avaliação do desempenho de seus órgãos, entidades e agentes. (ALEXANDRINO; PAULO, 2021,)

Sendo assim, restam evidenciados os parâmetros expressos para a aplicabilidade dos princípios constitucionais norteadores da licitação, que estão interligados aos requisitos legais da recuperação judicial para então haver a participação de empresas nessa situação em contratos públicos.

3 CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS SOBRE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O instituto jurídico da Recuperação Judicial interposto no Brasil através da Lei 11.101/2005, como o meio viável de reestruturação empresarial pós crise econômico-financeira. O Luiz Eduardo de Carvalho conceitua da seguinte forma:

Trata-se de instrumento jurídico-processual que, apesar de inserido na inicialmente chamada “lei de falência”, visa justamente evitá-la, razão pela qual, com o desenvolver e evolução das tendências doutrinárias e jurisprudenciais, passou a ser conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falências. (CARVALHO, 2013)

Houveram outros mecanismos de resolução da insolvência com relação a recuperação de empresa e o encerramento da atividade econômica. A ascensão dessa modernização se deu com a Lei de Falências em 2005 e importa transcrever a explicação feita por Yuri da Silva Guimarães:

A Recuperação Judicial é um mecanismo que visa auxiliar as empresas e empreendimentos que se encontra em dificuldades financeiras a superarem a crise, com especial preocupação para a manutenção da fonte produtora, a preservação da empresa e de sua função social, bem como a garantia dos interesses dos credores. (GUIMARÃES, 2015)

Dessa maneira, é possível notar que esse dispositivo criado estimula a solução de conflitos de forma contratual, homologado ou não pelo Poder Judiciário. Com base na Lei, há duas espécies de recuperação, a extrajudicial e judicial. A primeira espécie tipifica-se nos artigos 161 a 167 da Lei 11.105/05, já a segunda espécie encontra-se do capítulo III desse mesmo código.

3.1 Requisitos legais da recuperação judicial

A Lei de Recuperação e Falência (11.101/05) estabelece alguns requisitos de admissibilidade para então de fato entrar com o pedido de recuperação judicial. Vale lembrar que são determinações cumulativas para as empresas, expresso no art. 48, incisos I a IV da referida Lei:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação

judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Em primeiro lugar, atribuído no inciso I, importa-se que aquele empresário que solicitar o pedido de recuperação judicial não tenha falido, e se caso ocorreu a falência alguma vez, deve-se ter extinto qualquer obrigação da empresa com seus credores e a sentença do seu pedido tenha transitado em julgado.

No segundo inciso, a Lei exige que a empresa não tenha adquirido o benefício da recuperação judicial, em pelo menos 5 anos antes do atual pedido, com o intuito de tornar esse instituto a exceção das empresas. Esse pressuposto se complementa com o terceiro inciso, que são os pedidos de recuperação judicial especial para microempresas e empresas de pequeno porte – art. 70 da Lei 11.101/05, e devem também, ter no mínimo 5 anos desde a última solicitação.

Por último, ainda no art. 48 inciso IV, o ato normativo expressa uma particularidade em face dos sócios ou administradores da empresa, onde os mesmos não podem ser condenados por algum crime tipificado na referida lei. Todos esses requisitos devem ser atendidos de forma acumulada perante a solicitação do pedido de recuperação judicial.

3.2 Projeto de Lei 980/19 e 3969/12

O deputado Darci de Matos propõe o projeto (nº980/19) que modifica a Lei de Recuperação Judicial (11.101/05) e a Lei de Licitações (8.666/93 – 14.133/21). Trata-se da participação de empresas em processo de recuperação judicial nas licitações públicas, sem a exigência de certidão negativa específica de recuperação judicial e concordata na fase externa do certame, nos documentos qualificatórios.

Antes da Lei 11.101/05, requeria-se dos licitantes a certidão negativa de concordata, sendo assim, mostra a evolução do ordenamento que regula as fases do procedimento licitatório. De acordo com o deputado, “verifica-se a necessidade de aperfeiçoamento da legislação com vistas a dar maior segurança jurídica ao tema, em

benefício do empreendedorismo e do desenvolvimento nacional.” (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2019).

Além disso, houve outro Projeto de Lei 3.969/12, do deputado Carlos Bezerra. Basicamente com os mesmos fundamentos de abolir a imediação da concordata da lei de licitações, em face da “manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (LICITAÇÃO, 2012).

3.3 A participação de empresas em recuperação judicial nos processos de licitações públicas

Conforme exposto ao longo da pesquisa, os benefícios em face da sociedade em geral decorrentes da participação de empresas em recuperação judicial nos certames públicos são significativos, e é inegável os prejuízos econômicos para todo país devido a pandemia do vírus COVID-19. Em um dos picos da contaminação (Julho de 2020), de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, “cerca de quatro em cada dez empresas que estavam em funcionamento na primeira quinzena de julho sofreram algum tipo de prejuízo decorrente da pandemia do coronavírus” (SILVEIRA, 2020).

E não apenas recentemente, mas anteriormente a este colapso sanitário, as licitações públicas são um dos meios de fomentar a economia regional. Gerando movimentação no comércio, como “permitir a expansão de fronteiras para a venda, porém, garantem o retorno do valor gerado em impostos para o estado de origem. Ou seja, uma empresa do interior do estado pode vender para diversas entidades do território brasileiro, por meio das licitações que permitem maior participação e alcance para as PMEs. E, no caso de venda de serviços, o imposto acaba sendo recolhido na cidade onde é prestado e pode ser aplicado ao salário dos trabalhadores locais” (SALLA, 2021).

Nesse enlace, existem empresas que participam de licitações corriqueiramente e dependem, direta e indiretamente, dessa fonte de oportunidade de produto ou

serviço. E conforme a Lei de Licitações, exige-se um rol de documentos imprescindíveis para a qualificação econômico-financeira aos que se pré-candidatam para o edital publicado.

Portando, essas empresas que passam por esse momento delicado em suas economias, decidem entrar com pedido de recuperação judicial com o intuito de manter suas atividades e responsabilidades com seus credores e podem, de fato, participar das licitações públicas mesmo com a certidão positiva de débito irregular?

De acordo com a antiga, mas ainda vigente Lei de Licitações (8.666/93), onde ainda possui a figura da concordata (artigo 31, II), e trata de um instituto diferente da recuperação judicial, é inviável. Uma das principais diferenças, é que enquanto no primeiro instrumento “o juiz que escolhia um comissário - tinha de ser um dos maiores credores - , na recuperação judicial esse papel é do administrador judicial nomeado pelo juiz, que deve ser uma empresa especializada ou profissional idôneo” (SAKUMA, 2018).

Com a atualização da Lei, para a nº 14.113/2021, agora sem a concordata, mas ainda exigindo certidão negativa de falência. A seguir transcrito:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação: I - Balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais; II - Certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Portanto, não houve a atualização normativa sobre essa exigência específica. E os motivos da participação das empresas em recuperação judicial nas licitações foram citados, desde a função constitucional da empresa em face da sociedade até os princípios que norteiam as licitações públicas, além dos próprios objetivos da recuperação judicial em si.

Nesse sentido, após uma empresa ser desclassificada automaticamente do certame devido a sua situação de reestruturação econômica, o Tribunal de Contas da

União decidiu no acórdão 1201/2020, que “não se trata de vedar a exigência editalícia da certidão negativa de falência ou recuperação judicial, e sim a relativização durante a fase de julgamento, conforme o caso e as circunstâncias da fase do processo de recuperação judicial, cabendo a empresa em tal situação demonstrar sua viabilidade econômica” (NAKAD, 2020).

Além disso, a decisão do Superior Tribunal de Justiça converge com a do TCU:

“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. (...) 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. (...) 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 309.867/ES)

Partindo desse princípio, fica evidente que não pode ocorrer a desclassificação espontânea da empresa que se encontra no estado de reestruturação junto aos seus credores judicialmente. Isso não proíbe um estudo mais aprofundado dessa empresa, e as suas viabilidades financeiras para cumprir os deveres contratuais com a administração pública.

A expectativa era de que a nova Lei trouxesse mais clareza com relação a essa contratação, mais ainda sim ficou uma lacuna normativa, para Guilherme Carvalho:

[...] a promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pôs fim à discussão, nada dispondo sobre recuperação judicial na fase de habilitação. Tudo leva a crer que se trata de um silêncio eloquente e, diante da lacuna normativa, quis o legislador, confessadamente, conferir ao Poder Judiciário o ônus de decidir no caso em concreto. O vácuo normativo existente na Lei nº 14.133/2021 potencializa uma insegurança jurídica, porquanto os critérios que são esquadrihados pela jurisprudência, [...] (CARVALHO, 2022).

Portanto, após essa explanação da recuperação judicial e seus desdobramentos, infere-se que esse molde atual da Lei e dos julgados, desprotege desde a fase postulatória, a manutenção da função da empresa e coloca preceitos

abusivos que ferem diretamente os princípios da isonomia e impessoalidade. E ao permitir a participação de empresas em recuperação judicial nas licitações públicas, com a comprovação de sua capacidade econômica, a União se beneficiará através de possíveis recursos arrecadados que gerarão benefícios à saúde pública, ao meio ambiente, melhorando a qualidade de vida da sociedade.

CONCLUSÃO

O conceito do que é empresa esteve presente de várias maneiras na nossa sociedade, sendo observada inicialmente através do simples ato de trocar benefícios pessoais, independente de um motivo específico, simbolizando o princípio dessa ideia de proveito.

Com o desenvolvimento da sociedade, em decorrência da evolução do homem e da ciência, houve a criação da moeda e a criação de códigos que regulamentavam juros no empréstimo. Após a criação das corporações de ofício, e o começo das divisões societárias, culminou no parecer profissional da vanguarda do liberalismo econômico.

Através de um estudo mais específico, já no nosso ordenamento jurídico pátrio, a Lei das Sociedades Anônimas em foi um marco fundamental na evolução do Direito Empresarial. Não obstante, a Constituição Federal de 1988 soma, de forma mais enfática, a função social da empresa, onde o lucro e as gratificações, como o prejuízo e as punições, são evidenciados no âmbito do bem-estar social, indo além de uma perspectiva individual ou categorizada.

Desse modo, o Estado criou dispositivos que condicionam as formas de contratação dessas empresas para a Administração Pública, em ocasiões que se necessita de uma prestação de produto ou serviço. A Lei de Licitações tem como objetivo principal igualar as partes concorrentes, por meio de requisitos expressos e princípios norteadores que regulam todo o certame.

Em sequência a isso, uma das exigências para essa participação na licitação se contradiz com o instituto da recuperação judicial. Com o advento da Lei de Falência e suas atualizações, permitiu-se a flexibilização de acordos judiciais e extrajudiciais amparados por um ato normativo regulamentado. Entretanto, o impedimento da participação nas licitações públicas das empresas em recuperação judicial continuou incerto.

A partir disso, nos casos de impedimento dessa participação fere o princípio da função social da empresa em conjunto com os princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade. Nesse sentido, essa fonte geradora de serviço e impostos, a empresa, se beneficia com essa participação, além do próprio Estado com arrecadação direta sob taxas e contribuições.

Ademais, foram expostos julgados do STJ (AREsp 309.867/ES) e do TCU acórdão (1201/2020) que reafirmam essa possibilidade de participação, com fundamento na viabilidade econômica e preservação da empresa, sendo esse fato um dos principais pilares para definir-se elegível ou não.

Conclui-se que, a continuidade da atividade é a prioridade, mesmo sem a alteração necessária na Lei de Licitações na parte dos requisitos e impedimentos que interferem diretamente na homologação. A viabilização expressa no ordenamento jurídico para padronizar os editais através do equilíbrio de outras decisões é o verdadeiro fato gerador dessa melhora.

A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS PROCESSOS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS

ABSTRACT

The main objective of the present work is to evaluate the context in which companies are undergoing judicial reorganization, in order to know if they can regularly participate in bidding procedures provided by the Public Administration. The characteristics of a company and, mainly, its social duties were analyzed, in addition, the legislative and principled structuring of public bids in accordance with the institute of judicial recovery. With the help of theoretical foundations of legal doctrine and research of legislation on the subject, the work intends to discuss the necessary requirements to file the request for judicial reorganization and its assumptions for participation in public bids, based on judgments of the STJ and TCU.

Keywords: Company. Bidding. Recovery.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS (org.). **Projeto autoriza empresa em recuperação judicial a participar de licitação** Fonte: Agência Câmara de Notícias. 2019. Reportagem: Janary Júnior. Edição: Natalia Doederlein. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/556387-projeto-autoriza-empresa-em-recuperacao-judicial-a-participar-de-licitacao/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **DIREITO ADMINISTRATIVO: descomplicado**. 29. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. 230 p. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/97886/6828-Direito-Administrativo-Descomplicado-Marcelo-Alexandrino-e-Vicente-Paulo-29a-Ed-2021.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

AMORIM, Victor Aguiar. **O que "sobra" para estados e municípios na competência de licitações e contratos?**. 2017. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos#author>. Acesso em: 15 jan. 2022.

CARVALHO, Guilherme. **Empresas em recuperação e a Lei 14.133: um questionamento não solucionado**. 2022. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-04/licitacoes-contratos-empresas-rj-lei-14133-questionamento-nao-solucionado>. Acesso em: 04 jan. 2022.

COSTA, Lopes das *et al.* **REGULAMENTO 737, DE 1850**. [20--]. Disponível em: <http://www.rafaelcasellipereira.com.br/historia/10/-regulamento-737-de-1850>. Acesso em: 11 fev. 2021.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 351 p.

FASES da Licitação: descubra quais são elas e como se preparar. 2021. Disponível em: https://www.portaldecompraspublicas.com.br/novidades/fasesdalicitacaodescubraquaisaosecomosepreparar_1151/. Acesso em: 11 dez. 2021.

GAGGINI, Fernando Schwarz. Origem e desenvolvimento das sociedades empresárias. In: GAGGINI, Fernando Schwarz. **A Responsabilidade dos Sócios nas Sociedades Empresárias**. São Paulo: Leud - Livraria e Editora Universitária de Direito, 2019. p. 15-32. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/593827914>. Acesso em: 04 jan. 2022.

GIRARDELLI, Luíza. **Sociedade em conta de participação e a responsabilidade trabalhista do sócio oculto**. 2021. Disponível em: <https://blog.editoramizuno.com.br/responsabilidade-trabalhista/>. Acesso em: 04 jan. 2022.

GUIMARÃES, Yuri. **Recuperação Judicial das Empresas (Lei nº 11.101/05)**. 2015. Disponível em: <https://menezeseguimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/196856997/recuperacao-judicial-das-empresas-lei-n-11101-05>. Acesso em: 25 fev. 2022.

LICITAÇÃO: Projeto de lei permite empresa em recuperação judicial participar de licitação. Projeto de lei permite empresa em recuperação judicial participar de licitação. 2012. Disponível em: <https://www.coad.com.br/home/noticias-detalle/44773/projeto-de-lei-permite-empresa-em-recuperacao-judicial-participar-de-licitacao>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A autonomia privada e a função social da empresa**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

MEDEIROS, Luciana Maria de. **Evolução histórica do Direito Comercial. Da comercialidade à empresarialidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18219>. Acesso em: 7 abr. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 540 p. Disponível em: https://www.academia.edu/38682664/Curso_de_Direito_Administrativo_Celso_Antonio_Bandeira_de_Mello. Acesso em: 04 dez. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. 84 p. Disponível em: https://www.academia.edu/38682664/Curso_de_Direito_Administrativo_Celso_Antonio_Bandeira_de_Mello. Acesso em: 04 dez. 2021.

NAKAD, Fabricio Abdo. **TCU reafirma a possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações**. 2020. Disponível em: <https://www.garofano.com.br/post/tcu-reafirma-a-possibilidade-de-empresas-em-recupera%C3%A7%C3%A3o-judicial-participarem-de-licita%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 17 dez. 2021.

OLIVEIRA, Jose Pedro Fernandes Guerra de. **O Princípio da Eficiência na Administração Pública**. 2017. Disponível em: <https://drpedroo.jusbrasil.com.br/artigos/487523360/o-principio-da-eficiencia-na-administracao-publica#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20efici%C3%AAncia%20implementou,poss%C3%ADvel%20em%20prol%20da%20sociedade>. Acesso em: 15 dez. 2021.

PEREIRA, Luciana Freitas. **O princípio da legalidade na Constituição Federal: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade estrita**. 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7125/O-principio-da-legalidade-na->

Constituicao-Federal-analise-comparada-dos-principios-da-reserva-legal-legalidade-ampla-e-legalidade-estrita. Acesso em: 04 jan. 2022.

SAKUMA, Naomi. **Concordata e Recuperação Judicial: entenda as diferenças!** 2018. Disponível em: <https://gestaodavirada.com/concordata-e-recuperacao-judicial-entenda-as-diferencas/#:~:text=A%20diferen%C3%A7a%20%C3%A9%20que%2C%20enquanto,empresa%20especializada%20ou%20profissional%20id%C3%B4neo>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SANTOS, Lúcio Rafael de Araújo. **Princípio da moralidade administrativa.** 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9094/Principio-da-moralidade-administrativa#>. Acesso em: 22 fev.2022

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípio da publicidade.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>.

SALLA, Fernando. **Como compras públicas estão fomentando cada vez mais a economia local - via <https://economiasc.com>.** Redação Economia SC. Disponível em: <https://economiasc.com/2021/03/24/como-compras-publicas-estao-fomentam-cada-vez-mais-a-economia-local/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SILVEIRA, Daniel. **Pandemia provocou prejuízos para 4 em cada 10 empresas em julho, diz IBGE:** setor de serviços foi o mais afetado negativamente. para 27% das empresas brasileiras, impactos da pandemia foram positivos. Setor de serviços foi o mais afetado negativamente. Para 27% das empresas brasileiras, impactos da pandemia foram positivos. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/18/pandemia-provocou-prejuizos-para-4-em-cada-10-empresas-em-julho-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 11 nov. 2021.

TELES, Giovanna Filomena Silveira. **A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.** 2007. 7 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Civil, Faculdade de Direito Milton Campos, [S. L.], 2007. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D13-03.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2022.

ZUNINO, Nelson. **O limite legal à taxa de juros.** Revista Consultor Jurídico. 1999. Disponível em: https://www.conjur.com.br/1999-nov-26/limite_legal. Acesso em: 4 jan. 2022.