

## A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM PROCESSOS LICITATÓRIOS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA LEGISLAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA

THE PARTICIPATION OF COMPANIES UNDER JUDICIAL REORGANIZATION IN BIDDING PROCEEDINGS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF LEGISLATION AND JURISPRUDENCE

LA PARTICIPACIÓN DE LAS SOCIEDADES EM REORGANIZACIÓN JUDICIAL EM LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN: UM ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

Liliane Midori Yshiba Michels\*

Eduardo Oliveira Agostinho\*\*

Luiz Alberto Blanchet\*\*\*

\* Graduada em Direito na Universidade Estadual de Maringá – UEM Paraná, Brasil. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (2009). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2015). Especialista em Falência e Recuperação de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2022). Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. É Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina desde 2013.

\*\* Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC Paraná, Brasil. Professor Titular de Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito, Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCPR, na área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, e Coordenador do curso de especialização (lato sensu) em Falência e Recuperação de Empresas na PUCPR. Advogado em Curitiba com atuação nos campos de Direito Empresarial e Econômico.

\*\*\* Doutorado em Direito na Universidade Federal do Paraná - UFPR Paraná, Brasil. Professor de Direito Administrativo na graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e advogado na área de Direito Administrativo e Empresarial.

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2. O tratamento das empresas em recuperação judicial e a contratação com o Poder Público na Lei n. 11.101/2005 e a reforma trazida pela Lei n. 14.112/2020 em consonância com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça; 3. Panorama geral sobre a licitação e princípios correlatos e a questão envolvendo a empresa em recuperação judicial nas Leis n. 8.666/1993 e n. 14.133/2021; 4. Da harmonização entre a sistemática da licitação e o sistema de insolvência empresarial; 5. Considerações finais; 6. Referências.*

**RESUMO:** O presente trabalho pretende demonstrar a possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de processos licitatórios. Esta análise é realizada levando-se em consideração a necessidade de se priorizar os meios para a continuidade da atividade empresarial e seus relevantes benefícios sociais e econômicos que dela decorrem, mesmo que isso possa aparentemente conflitar com o escopo pretendido pela Administração Pública nos processos licitatórios, o qual se baseia na proteção do interesse público em uma perspectiva que pode suscitar conflito aparente com os interesses tutelados pelo sistema jurídico de insolvência empresarial. Busca-se, assim, compreender os elementos chave para a ponderação e harmonização da exegese da Lei n. 11.101/2005, modificada pela Lei n. 14.112/2020, com as Leis n. 8.666/1993 e n. 14.133/2021, bem como analisar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Conclui-se que é possível equacionar o interesse público na perspectiva publicista com a preservação da empresa, diante do interesse público decorrente da sua função social e de sua contribuição ao desenvolvimento econômico e socioambiental.

**PALAVRAS-CHAVE:** recuperação judicial; preservação da empresa; licitação; interesse público; desenvolvimento.

**ABSTRACT:** The present work intends to demonstrate the possibility of enterprises in judicial recovery to participate in public bidding processes.

This analysis will be carried out taking into account the need to allow the continuity of the business activity and its relevant social and economic benefits that derive from it, even if this may apparently conflict with the scope intended by the Public Administration in the bidding processes, which is based on protecting the public interest in a perspective that may give rise to an apparent conflict with the interests protected by the legal system of corporate insolvency. Thus, an attempt will be made to understand the key elements for weighing and harmonizing the exegesis of the Law n. 11.101/2005, modified by Law n. 14.112/2020, with Laws n. 8.666/1993 and n. 14.133/2021, as well as analyzing the precedents of the Superior Court of Justice on the subject. The conclusion is that it is possible to reconcile the public interest from a public administration perspective with the enterprise's preservation, given the public interest arising from its social function and its contribution to economic and socio-environmental development.

**KEY WORDS:** judicial recovery; enterprise's preservation; bidding public processes; public interest; development.

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende demostrar la posibilidad de que empresas en recuperación judicial participen en procesos de licitación. Este análisis se realiza teniendo en cuenta la necesidad de priorizar los medios para la continuidad de la actividad empresarial y los relevantes beneficios sociales y económicos que de ella se derivan, aunque ello pueda aparentemente entrar en conflicto con el alcance pretendido por la Administración Pública en los procesos de licitación, que se basa en la protección del interés público en una perspectiva que puede causar un aparente conflicto con los intereses protegidos por el régimen legal de la insolvencia empresarial. Así, el objetivo es comprender los elementos clave para sopesar y armonizar las exégesis de la Ley n. 11.101/2005, modificada por la Ley n. 14.112/2020, con Leyes n. 8.666/1993 y n. 14.133/2021, así como analizar la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia sobre la materia. Se concluye que es posible equiparar el interés público en la perspectiva publicista con la preservación de la empresa, en vista del interés público derivado de su función social y su contribución al desarrollo económico y socioambiental.

**PALABRAS-CLAVE:** recuperación judicial; preservación de la empresa; licitación; interés público; desarrollo.

## INTRODUÇÃO

A recuperação judicial tem como objetivo principal a preservação da atividade empresarial viável no mercado, levando em consideração os benefícios econômicos e sociais que dela decorrem. Por outro lado, a licitação tem como objetivo primordial a proteção do interesse público.

Apesar de aparentemente visar apenas ao interesse privado, da empresa devedora e de seus credores, a recuperação judicial acaba por impactar toda coletividade, já que indiscutivelmente a permanência da atividade empresarial acaba por refletir na economia por meio da manutenção dos empregos, da arrecadação de tributos e da geração de riquezas<sup>1</sup>.

Nesse contexto, o presente estudo pretende demonstrar que é possível ponderar o interesse público colimado com a licitação e a continuidade da atividade empresarial pretendida com o instituto jurídico da recuperação judicial.

A relevância prática do tema é inegável, na medida em que os problemas econômicos e financeiros das empresas refletem diretamente na análise das exigências legais relativas à licitação quanto à insolvência empresarial.

Além disso, os números apontam que houve um expressivo aumento de pedidos de recuperação judicial ajuizados em 2023, sugerindo a existência de um cenário atual negativo para as atividades empresariais (inclusive para aquelas que assumiram obrigações com o Poder Público), com indicação, ainda, de potenciais novos pedidos de recuperação judicial motivados pela crise de crédito e juro elevado<sup>2</sup>.

A metodologia empregada para a obtenção dos resultados demonstrados no presente artigo consistiu na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial nacional, utilizando-se o método hipotético-dedutivo de análise, com o propósito de gerar prévio conhecimento e engajamento de prosseguimento desta linha de pesquisa, como forma de atingir novos campos de estudo do sistema jurídico de insolvência empresarial.

O trabalho foi dividido em três capítulos, além da presente introdução e da conclusão. Primeiramente, realiza-se a análise descritiva do tratamento dado aos contratos públicos na Lei n. 11.101/2005 e os impactos da evolução jurisprudencial sobre o tema na reforma advinda na Lei n. 14.112/2020. Posteriormente, aborda-se a forma como as Leis n. 8.666/1993 e 14.133/2020 preconizam a possibilidade de contratação de empresas em recuperação judicial pela Administração Pública, e, por fim, analisam-se criticamente os efeitos advindos da harmonização dos interesses públicos concursal e publicista envolvendo a atuação da Administração Pública em licitações.

Assim, aponta-se que esse equacionamento proporciona o benefício para toda a coletividade, seguindo os princípios e normas relativos à ordem econômica assegurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## 1 O TRATAMENTO DAS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO NA LEI N. 11.101/2005 E A REFORMA TRAZIDA PELA LEI N. 14.112/2020 EM CONSONÂNCIA COM OS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Lei n. 11.101/2005 ampliou as hipóteses de superação de crise empresarial ao prever como mecanismos de reorganização da empresa, a recuperação judicial e extrajudicial, adotando, como premissa, o soerguimento da empresa viável economicamente. De outro lado, a empresa inapta ou economicamente inviável tem seu sucesso,

<sup>1</sup> TRINDADE, Bruna Maria; RODRIGUES FILHO, João de Oliveira. Novo marco legal: a possibilidade de empresas em recuperação contratarem com o poder público frente à necessidade de demonstração de aptidão financeira. In: Falências e recuperação de empresas: análises do sistema brasileiro de insolvência empresarial. Organização de Alexandre Nasser de Melo, Eduardo Oliveira Agostinho, João de Oliveira Rodrigues Filho. Curitiba: Juruá, 2022, p. 210.

<sup>2</sup> TAHUATA, Sérgio. Pedidos de recuperação judicial e falências disparam neste ano. Notícia publicada em 13/04/2023. Disponível em: < <https://valor.globo.com/financas/noticia/2023/04/13/alta-da-inadimplencia-pressiona-pedidos-de-recuperacao-judicial.ghtml> >. Acesso em 15 mai. 2023.

segundo o preconizado pelo ordenamento, dissociado daquele ao qual imposto ao empresário que a exerce. Nesse quadro, a decretação da falência do empresário devedor tem como um dos seus desdobramentos a persecução prioritária da alienação da empresa com a venda dos seus estabelecimentos em bloco, permitindo-se, assim, a manutenção da atividade empresarial.

A legislação em questão foi fortemente influenciada pelo direito norte-americano, cujo Código de Falências passou a ter como tônica a divisão de ônus equilibrada entre credores e devedor – sem privilegiar a tutela de interesse de uns em detrimento do outro – como elemento essencial para possibilitar a reestruturação da empresa, diante dos benefícios econômicos e sociais oriundos do exercício da atividade empresarial<sup>3</sup>.

Note-se, portanto, que o eixo central da nova lei desloca-se de uma perspectiva estreita – satisfação dos credores – para um alcance mais amplo – a proteção jurídica do mercado, o qual, ao desenvolver-se de forma mais saudável, pode atuar em benefício da sociedade como um todo e contribuir para o crescimento econômico do País<sup>4</sup>.

Anteriormente a essa lei, o sistema de insolvência brasileiro era regido pelo Decreto-Lei n. 7.661/1945, que apresentava como mecanismos de tratamento da crise empresarial a concordata e a falência. Ao contrário dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, a concordata não era maleável a ponto de permitir negociações entre credores e devedor<sup>5</sup>. Dentro do seu histórico no contexto brasileiro, apontou-se que esse instrumento restou excessivamente limitado. No regime da concordata, ao mesmo passo que o legislador atribuiu ao juiz a competência para o seu deferimento, de forma impositiva aos credores, caracterizando-se em um verdadeiro benefício legal, optou-se por delimitar de forma taxativa os recursos disponíveis para o soerguimento do devedor, o que restringiu em muito as condições para a superação do estado de crise. Apesar das balizas dispostas pelo sistema, extremamente restritivas, prevaleceu na doutrina e na visão dos credores, a compreensão de que o regime seria muito favorável ao devedor, propiciando, inclusive, comportamentos oportunistas<sup>6</sup>. Esse preconceito perdura ainda nos dias de hoje em relação ao instituto da recuperação judicial. Todavia, compreende-se que esse estigma deve ser superado, principalmente porque a Lei n. 11.101/2005 acabou por alargar as hipóteses de superação do estado de crise.

Um dos mecanismos de superação do estado de crise da empresa é a recuperação judicial, que tem como finalidade permitir o soerguimento da atividade empresarial, especialmente em razão dos benefícios econômicos e sociais dela decorrentes, como a manutenção – e mesmo a criação – de empregos, a arrecadação de tributos e a geração de riquezas.

O foco da recuperação judicial é a permanência da atividade empresarial, independentemente de quem seja o empresário ou a sociedade empresária<sup>7</sup>, já que é da atividade empresarial que decorrem os benefícios econômicos e sociais para a coletividade, e não do empresário ou da sociedade empresária em si mesmos considerados.

Por sua vez, o princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, é o norteador de todo o sistema de insolvência empresarial, por meio do qual se extrai a interpretação de que a atividade econômica

<sup>3</sup> Nesse sentido: COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação judicial – procedimento**. Tomo Direito Comercial, Edição 1, Julho de 2018. In Enciclopédia Jurídica da PUC/SP. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>>. Acesso em 14 mai. 2023. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GODRI, João Paulo Atílio. **Superação do dualismo pendular e insolvência empresarial**. in: Falências e recuperação de empresas: análises do sistema brasileiro de insolvência empresarial. Organização de Alexandre Nasser de Melo, Eduardo Oliveira Agostinho, João de Oliveira Rodrigues Filho. Curitiba: Juruá, 2022, pp. 295-313.

<sup>4</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 493.

<sup>5</sup> Apesar de ser correto afirmar que tais negociações ocorriam, ainda que proibidas por lei, fato que acabou sendo denominado como “concordata branca”, porém, sempre com risco de ser postulada a decretação da falência por um dos credores caso não houvesse acordo, sob o argumento de que o devedor estaria praticando ato de falência, amoldando-se a hipótese ao previsto no art. 2º, III, do Decreto-lei 7.661/1945. Nesse sentido: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 526.

<sup>6</sup> Nesse sentido: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023, p. 136-138. CERZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência**. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 76-79.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Oksandro Osdival; SIQUEIRA, Felipe de Poli de. **Questões Tributárias No âmbito Da Recuperação Judicial: Enfoque No Princípio Da Preservação Da Empresa/Tax Issues under the Bankruptcy: Focus on the Principle of Conservation of the Company**. *Economic Analysis of Law Review* 7.2 (2016): 664. Disponível em: < <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4961>>. Acesso em 14 mai. 2023.

organizada deve ser considerada em si mesma, de modo a privilegiar a manutenção da empresa e dos relevantes benefícios sociais e econômicos dela decorrentes.

Porém, conforme aludido acima, a manutenção da atividade empresarial não deve ser buscada em todo e qualquer caso e a todo e a qualquer custo. Há um limite para a busca dessa preservação, e esse limite é a viabilidade econômica. Em sendo a empresa inviável ou inapta, o encaminhamento para o caso não é a reestruturação por meio do instituto da recuperação judicial, mas sim a decretação de sua falência, que igualmente consiste em mecanismo de preservação da atividade econômica organizada<sup>8</sup>, o que foi reforçado pela Lei n. 14.112/2020, por meio da previsão expressa de que “[a] falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia”, conforme disposto pelo art. 75, § 2º, da Lei n. 11.101/2005.

O princípio da função social da empresa – que também informa o sistema da insolvência empresarial, auxiliando o intérprete na compreensão apropriada e aplicação das normas que o compõem – irradia-se sobre do princípio da preservação da empresa, e relaciona-se ao fato de que a empresa é essencial à economia de mercado<sup>9</sup>. O exercício da atividade empresarial, por sua vez, produz efeitos reflexos benéficos ao possibilitar as interações econômicas (como a produção de bens e/ou serviços, a circulação de mercadorias, a geração de postos de trabalho, a arrecadação de tributos, a geração e a distribuição de riquezas), efeitos estes denominados pelos economistas de externalidades positivas<sup>10</sup>.

Outro princípio importante para o presente estudo e que informa o sistema da insolvência empresarial é o do fomento ao empreendedorismo, que se encontra subentendido no regramento previsto na Lei n. 11.101/2005. A busca do estímulo à atividade econômica é a tônica desse princípio, que visa primordialmente possibilitar, com eficiência processual, a reestruturação das empresas economicamente viáveis ou a liquidação eficiente daquelas inviáveis, para proporcionar maior segurança jurídica e o adequado desempenho do mercado, bem como a diminuição relativa dos riscos aos que pretendem empreender no país<sup>11</sup>.

Nesse contexto é que se situa o cerne objeto do presente artigo, no qual se encontram dois interesses públicos. De um lado aquele que preenche o princípio da preservação da empresa como corolário de sua função social, conforme acima ilustrado. De outro, aquele que norteia a atuação da Administração Pública, sob a perspectiva na qual “(...) os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais”<sup>12</sup>.

Entre esses interesses, encontram-se os contratos públicos celebrados, ou ofertados, em mercados em que atuem empresas em recuperação judicial. Empresários ou sociedades empresárias em recuperação judicial têm legitimidade para participar de licitações ou manter contratos públicos em execução? Qual o interesse público detentor de supremacia? O norteador do direito público ou o do direito concursal? Ou ainda, trata-se o encontro desses princípios, efetivamente, de um quadro de antinomia?

Trata-se, efetivamente, de uma questão candente. Nas palavras de Sheila Neder Cerezetti, no âmbito do direito concursal, tem-se que, “[e]m termos amplos, reconhece-se atualmente que o interesse público deve ser

<sup>8</sup> PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 275-281.

<sup>9</sup> Nesse sentido: “A função social ainda tem a importante consequência de assegurar a preservação e a manutenção da atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas para a comunidade. Aliás, para muitos autores, o efeito principal da função social da empresa seria precisamente o atendimento desse objetivo.” FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 214.

<sup>10</sup> SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 4 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023, pp. 153-154.

<sup>11</sup> COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. 4ª ed. atual. Curitiba: Juruá, 2023, p. 80.

<sup>12</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 36 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 18 jul. 2023, p. 110.

caracterizado como o interesse do todo, ou seja, o interesse da coletividade, do conjunto social”<sup>13</sup>. Já no campo do direito administrativo, Daniel Wunder Hachem enfatiza que, “por mais paradoxal que possa parecer, o interesse público serve para legitimar e, simultaneamente, para limitar o exercício do poder” por parte da Administração Pública<sup>14</sup>.

Analisados os princípios informadores do sistema de insolvência empresarial que guardam pertinência com o presente estudo, é oportuno registrar que a redação original do inciso II, do art. 52 da Lei n. 11.101/2005, previa que o juiz, na decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, deveria determinar a dispensa de apresentação das certidões negativas pela empresa devedora, para o exercício de suas atividades, com exceção das situações envolvendo a contratação com o Poder Público ou o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observado o contido no art. 69 da referida Lei<sup>15</sup>.

A justificativa para tal exigência, segundo a doutrina, encontrava lastro no interesse público existente nos contratos celebrados com a Administração Pública, bem como diante do risco de que as empresas em situação de crise econômico-financeira deixassem de adimplir as obrigações contraídas nesses contratos<sup>16</sup>.

A necessidade de apresentação pela empresa em recuperação judicial das certidões negativas de regularidade fiscal para contratar com o Poder Público foi, no entanto, objeto de diversos embates judiciais, que acabaram chegando ao Superior Tribunal de Justiça, o qual findou por consolidar o entendimento pela relativização da aplicação do art. 52, II, da Lei n. 11.101/2005, com a consequente desnecessidade de apresentação de certidões negativas pelas empresas em recuperação judicial para contratar com o Poder Público.

O fundamento desse entendimento repousou no fato de que essa exigência poderia inviabilizar o soerguimento da empresa que tivesse demonstrado, já na fase da habilitação, a sua viabilidade econômica, especialmente nos casos das empresas que exercem atividades que dependem de contratações com o Poder Público.

132

Para além de ir contra o próprio sentido do instituto jurídico da recuperação judicial conferido pelo legislador, tal exigência não permitiria sequer uma interpretação sistemática dos regramentos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005, interpretação por meio da qual se chega à conclusão pela possibilidade da preservação da empresa, da sua função social e do estímulo à atividade econômica e, ao mesmo tempo, de atendimento ao interesse coletivo, em decorrência dos relevantes benefícios econômicos e sociais decorrentes do exercício da atividade empresarial, com a manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores.

Essas conclusões podem ser extraídas do julgamento destacado no Informativo n. 631 do Superior Tribunal de Justiça, de 14/09/2018<sup>17</sup>, consubstanciado no AREsp n. 309.867/ES, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 26/6/2018, DJe de 8/8/2018.

A jurisprudência enfrentou ainda essa mesma questão no caso emblemático do Grupo Oi. À época da primeira recuperação judicial ajuizada, a companhia, que é uma das principais prestadoras de serviços de telecomunicações do país, obteve decisão liminar favorável por meio da qual foi dispensada da apresentação de certidões negativas de regularidade fiscal para participar de processo licitatório<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Destaca ainda a autora: “As discussões acerca do interesse público envolvido nos casos tutelados pelo direito concursal não são simples, e em geral a própria expressão gera dúvidas.” CERZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 230.

<sup>14</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115.

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em 18 jul. 2023.

<sup>16</sup> CUNHA, Fernando Antonio Maia da; DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, pp. 368-369.

<sup>17</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Informativo n. 631. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22AREsp%22+com+%22309867%22>>. Acesso em 14 mai. 2023.

<sup>18</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. 7ª Vara de Direito Empresarial. Autos de Recuperação Judicial n. 0203711-65.2016.8.19.0001. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-aceita-pedido-recuperacao-judicial.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2023.

A decisão ponderou que, no caso, a parte autora é empresa prestadora de serviços, e o sucesso da recuperação judicial dependia necessariamente da manutenção dos contratos em vigor, além de indicar que a rescisão repentina dos contratos acabaria por inviabilizar a atividade empresarial desempenhada.

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que, com base na existência de grave lesão à ordem e à economia públicas, concedeu a suspensão da segurança pleiteada pelo Grupo Oi, em razão da comprovação clara e inequívoca dos impactos para o prosseguimento do serviço público de telecomunicações prestado<sup>19</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Segunda Turma, voltou a reafirmar o posicionamento anteriormente adotado no julgamento do REsp n. 1.826.299/CE, para dispensar a apresentação das certidões de regularidade fiscal para que empresas em recuperação judicial participem de processos licitatórios. Conforme registrou o Relator, o Ministro Francisco Falcão, “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 licitatório, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica”<sup>20</sup>.

Na oportunidade, o Ministro Mauro Campbell Marques, em voto-vista, reafirmou que “o estado de recuperação judicial da empresa participante do certame licitatório por si só não representa óbice para o seu prosseguimento no certame e celebração do contrato administrativo”<sup>21</sup>, porém, sua capacidade econômica para a execução do contrato deve ser demonstrada. Segundo o julgador, à Administração Pública não é permitido, em observância ao princípio da legalidade, interpretar a Lei de Licitações de forma extensiva para restringir direitos.

Com o advento da Lei n. 14.112/2020, que alterou a Lei n. 11.101/2005, a dispensa da apresentação de certidões negativas pelas empresas em recuperação judicial para contratação com o Poder Público restou positivada, seguindo-se, assim, a linha do entendimento jurisprudencial firmado no Superior Tribunal de Justiça, que mitigou a regra anteriormente vigente, de modo que, em tese, ao menos pela visão do Direito Empresarial, a questão, que antes se mostrava tormentosa, restou, ao menos em parte, harmonizada.

Ao que tudo indica, contudo, a questão foi apenas parcialmente solucionada, porque a nova redação do inciso II do art. 52 da Lei n. 11.101/2005 prevê ainda uma exceção à regra, eis que, ao mencionar o art. 195, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, finda por estabelecer, de forma expressa, que a pessoa jurídica que possuir débitos com a Seguridade Social não poderá contratar com o Poder Público nem tampouco dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditórios<sup>22</sup>.

### 3 PANORAMA GERAL SOBRE A LICITAÇÃO E PRINCÍPIOS CORRELATOS E A QUESTÃO ENVOLVENDO A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS LEIS N. 8.666/1993 E N. 14.133/2021

A licitação consiste em processo administrativo formal e vinculado, anterior à contratação, que possibilita a competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública, e no qual é imperativa a observância do princípio da isonomia. Tal processo encontra-se regulamentado por lei e também por ato administrativo prévio,

<sup>19</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Suspensão de Segurança n. 3.048 - RJ (2018/0346691-9), Relator Min. João Otávio de Noronha, data da decisão: 26/12/2018, publicada em 01/02/2019. Disponível em: < [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=91224763&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201803466919&data=20190201&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=91224763&tipo_documento=documento&num_registro=201803466919&data=20190201&formato=PDF) >. Acesso em 15 mai. 2023.

<sup>20</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.826.299/CE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 5/12/2022. Disponível em: < [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105395528&num\\_registro=201902019666&data=20221205&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105395528&num_registro=201902019666&data=20221205&tipo=51&formato=PDF) >. Acesso em 16 mai. 2023.

<sup>21</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.826.299/CE, voto-vista do Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Disponível em: < [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=136539703&num\\_registro=201902019666&data=20221205&tipo=3&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=136539703&num_registro=201902019666&data=20221205&tipo=3&formato=PDF) >. Acesso em 16 mai. 2023.

<sup>22</sup> Oportuna a observação feita por Renato Luiz de Macedo Mange, ao tecer comentários em relação ao art. 52, II, da Lei n. 11.101/2005, no sentido de que se a intenção do legislador era permitir às empresas em recuperação judicial contratar com o Poder Público, a reforma promovida pela Lei n. 14.112/2020 não atingiu esse objetivo de forma integral. (Comentários aos artigos 51 a 52. In: Comentários à Lei de Recuperação de Empresas. Coordenador: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 333.)

consubstanciado no edital, em que são estipulados critérios objetivos para viabilizar a seleção da proposta mais vantajosa e promover o desenvolvimento sustentável do país<sup>23</sup>.

A partir do conceito de licitação, verifica-se que a margem da liberdade de contratar da Administração Pública é muito mais reduzida se comparada à margem que um particular possui, não podendo aquela contratar com quem deseja ou mesmo gastar o quanto pretende.

A obrigatoriedade da realização de licitação para a contratação com o Poder Público decorre da exigência constitucional prevista no art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, admitindo-se, contudo, exceções, desde que previstas em lei, precipuamente porque é notório o envolvimento de recursos públicos nessa espécie de contratação.

Do referido dispositivo constitucional, é possível extrair dois princípios basilares que regem os procedimentos licitatórios: o princípio da isonomia e o princípio da competitividade. O princípio da isonomia enfatiza a necessidade de se manter a igualdade entre todos os concorrentes e o princípio da competitividade, por sua vez, indica que a legislação apenas pode exigir qualificação técnica e econômica que sejam essenciais para garantir o adimplemento das obrigações contratuais.

O sistema que trata dos processos licitatórios é informado ainda pelos princípios que regem a Administração Pública e encontram-se estabelecidos no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Já os princípios específicos da licitação encontram-se previstos no art. 3º da Lei n. 8.666/1993 e no art. 5º da Lei n. 14.133/2021<sup>24</sup>.

134

Registre-se, por oportuno, que os princípios e as regras da Lei n. 8.666/1993 ainda se mostram relevantes, na medida em que, muito embora a Lei n. 8.666/1993 tenha sido revogada pela Lei n. 14.133/2021, essa revogação, nos termos da redação original do disposto no art. 193, II, somente ocorreria após o decurso do prazo de 2 (dois) anos da publicação da Lei n. 14.133/2021, que ocorreu em 01/04/2021, ficando facultado à Administração Pública a opção por licitar conforme as regras da Lei n. 14.133/2021 ou da Lei n. 8.666/1993, com a indicação expressa da opção no edital de licitação, vedada, todavia, a aplicação combinada de ambas as leis, nos termos do art. 191 da Lei n. 14.133/2021.

A Medida Provisória n. 1.167, publicada e vigente desde 31/03/2021, por sua vez, deu nova redação aos arts. 191 e 193 da Lei n. 14.133/2021, de modo que a Lei n. 8.666/1993 será considerada revogada apenas em 30/12/2023, podendo a Administração Pública optar pela realização de licitação de acordo com as regras previstas na Lei n. 8.666/1993, desde que a publicação do edital ocorra até o dia 29/12/2023.

Os princípios que regem a Administração Pública em geral, previstos no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como os princípios específicos que regem os procedimentos licitatórios, que se encontram situados no art. 3º da Lei n. 8.666/1993 e no art. 5º da Lei n. 14.133/2021, são de extrema importância porque servem como norte para a adequada interpretação e aplicação das normas relativas à licitação.

Considerando o recorte do tema feito para fins deste estudo e para melhor compreensão das regras do ordenamento jurídico que envolvem institutos do Direito Empresarial, notadamente aqueles relativos à insolvência empresarial, far-se-á uma abordagem geral tão somente dos princípios que regem a Administração Pública e estão previstos no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O princípio da legalidade impõe que a atuação do Estado deve estar vinculada às balizas previstas na lei, de modo que o Estado não tem liberdade de agir plena, mas restrita aos ditames legais. A sua atuação, portanto, é diversa da que ocorre na esfera privada, em que prevalece a autonomia da vontade. Especificamente em relação à licitação, deverá a Administração Pública, portanto, observar as normas da legislação de regência.

<sup>23</sup> Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>>. Acesso em 15 mai. 2023, p. 253.

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2 ed. – rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 98.

De acordo com o princípio da impessoalidade, o Estado deve tratar a todos em igualdade de condições, sem privilegiar ou prejudicar a quem quer que seja, concretizando, assim, o princípio da igualdade no Direito Administrativo. A contratação com o Poder Público por meio de licitação é um exemplo prático da aplicação desse princípio (art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), na qual impera a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, não se levando em consideração qual empresa em si considerada será contratada.

O princípio da moralidade estabelece que a Administração Pública deve, além de observar a legalidade estrita na prática dos atos, seguir os valores morais contidos nas normas jurídicas, não sendo permitido que pratique nenhum ato com fins diferentes daqueles expressos, objetivando ocultar sua verdadeira intenção. Além disso, a moralidade na licitação impede que a Administração Pública edite procedimentos com base em critérios que não guardem relação com o interesse público. Registre-se, por oportuno, que o princípio da moralidade não se aplica apenas à Administração Pública, mas também aos licitantes, os quais devem se comportar de forma a preservar a competitividade necessária<sup>25</sup>.

Por sua vez, o princípio da publicidade é aquele por meio do qual busca-se outorgar transparência e publicidade aos atos da Administração Pública, especialmente aqueles que envolvem recursos públicos, viabilizando, por consequência, a fiscalização dos atos administrativos pela população. Exemplo da concretização desse princípio são a divulgação do edital e de outras informações relativas à licitação<sup>26</sup>, com o fim de possibilitar a ampla participação e, ao mesmo tempo, impedir a prática de desvios que acarretem prejuízos aos cofres públicos e a violação à legislação que rege a Administração Pública.

O princípio da eficiência impõe à Administração Pública um agir eficiente, o que pode ser traduzido na prestação de um serviço público da melhor forma possível, no menor tempo possível e com o menor custo. Em razão desse princípio, a licitação deve ser planejada de forma adequada, especialmente em sua fase interna<sup>27</sup>, o que contribuirá para dar celeridade ao procedimento<sup>28</sup>. O princípio da eficiência é indissociável ao princípio da legalidade, motivo pelo qual não pode a Administração Pública utilizar-se da justificativa de necessidade de alcance da eficiência para privilegiar o princípio da eficiência em detrimento do princípio da legalidade<sup>29</sup>.

No que se refere à Lei n. 8.666/1993, o art. 3º prevê os seguintes princípios específicos da licitação: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Já o art. 5º da Lei n. 14.133/2021 ampliou o rol de princípios atinentes à licitação, constantes no art. 3º da Lei n. 8.666/1993, relacionando, ainda, os seguintes princípios: da eficiência, do interesse público, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Analizados, ainda que sucintamente, os princípios que regem a Administração Pública, albergados no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, avança-se para o exame do disposto no art. 31, II, da Lei n. 8.666/1993. Com efeito, a legislação exigiu, para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, a apresentação da certidão negativa de falência ou concordata.

Solução diversa, no entanto, foi prevista pelo art. 80, § 2º, da Lei n. 8.666/1993 quanto à manutenção do contrato em caso de decretação de concordata, autorizando-se a Administração Pública a permanecer com a contratação, facultando-se a ela, neste caso, a assunção do controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

<sup>25</sup> PIRES, Antonio Cecílio, M.; PARZIALE, Aniello Reis. *Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021*. Grupo Almedina (Portugal), 2022, p. 44. *E-book*. ISBN 9786556274416. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556274416/>>. Acesso em 15 mai.2023.

<sup>26</sup> ZAFFARI, Eduardo; FERREIRA, Gabriel B.; LIMA, Náthani S.; *et al.* *Licitações e Contratos*. Porto Alegre: Grupo A, 2022, p. 44. *E-book*. ISBN 9786556902180. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556902180/>>. Acesso em 15 mai. 2023.

<sup>27</sup> PIRES; PARZIALE, op. cit., p. 46.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 47.

Prosseguindo, a Lei n. 14.133/2021, conhecida também como nova Lei de Licitações, promoveu significativas alterações na sistemática das licitações. Para fins de habilitação fiscal, social e trabalhista, somente se exige, conforme o art. 68 da referida lei, a apresentação de certidão negativa de falência. Portanto, a exigência legal anterior de apresentação de certidão negativa de concordata restou extirpada da legislação de regência. Adicionalmente, o art. 137 da Lei n. 14.133/2021 estabeleceu como hipótese de extinção do contrato com o Poder Público apenas a decretação de falência, não havendo qualquer menção à recuperação judicial.

Observa-se, portanto, que tanto na dimensão concursal, estabelecida pela Lei n. 11.101/2005 e alterações trazidas pela Lei n. 14.112/2020, como na dimensão publicista da contratação com a Administração Pública, preconizadas pela Lei n. 8.666/1993 e Lei n. 14.133/2021, apontam para a possível convergência dos sistemas jurídicos para a harmonização do interesse público de forma a tutelar a coletividade sob ambas as perspectivas.

#### 4 DA HARMONIZAÇÃO ENTRE A SISTEMÁTICA DA LICITAÇÃO E O SISTEMA DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

O regime jurídico-administrativo, responsável por caracterizar o Estado e a sua atuação, concede a este prerrogativas inexistentes para as demais pessoas (que são limitadas pelas sujeições impostas pela lei, configurando restrições ao agir estatal), o que seria justificável em razão da finalidade do Estado, que é assegurar o interesse público e concretizar o bem comum.

Esse regime jurídico-administrativo possui delineamento próprio, motivo pelo qual é guiado por princípios específicos, sendo composto, para além dos princípios previstos no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, acima abordados, por outros princípios, tais como da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da razoabilidade e proporcionalidade, que ora são destacados em virtude do enfoque deste trabalho.

Segundo o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o interesse público prepondera sobre o interesse privado e decorre da indisponibilidade do interesse público, não podendo a Administração Pública, por conseguinte, dele dispor em detrimento do interesse privado<sup>30</sup>.

Em uma rápida análise sob a perspectiva apenas da sistemática das licitações, em que se leva em conta o regime jurídico-administrativo e, em especial o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, seria facilmente possível concluir pela impossibilidade de participação das empresas em recuperação judicial dos processos licitatórios.

Ao tempo em que editada a Lei n. 8.666/1993, o instituto da recuperação judicial não integrava o sistema de insolvência empresarial, sendo inserido apenas com a promulgação da Lei n. 11.101/2005. Os instrumentos de insolvência empresarial disponíveis, à época da edição da Lei n. 8.666/1993, resumiam-se à falência e à concordata, nos termos do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Nota-se, com isso, que, muito embora tenha ocorrido a reforma no âmbito legislativo do Direito da Insolvência, com a consequente exclusão do instituto da concordata, e inserção da recuperação judicial e extrajudicial como mecanismos de reestruturação empresarial, não houve atualização da Lei n. 8.666/1993, que permaneceu mencionando a concordata em seus dispositivos legais, havendo, portanto, um descompasso entre as legislações pertinentes e correlatas do sistema de insolvência empresarial e da sistemática das licitações.

<sup>30</sup> Emerson Gabardo afirma que o interesse público não decorre da vontade geral do povo, nem do conceito de serviço público, mas sim do sistema constitucional positivo e soberano, razão pela qual o caráter sócio-interventivo dessa estrutura deve ser equilibrado com cuidado, considerando que envolve direitos subjetivos que precisam ser respeitados. **(O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social.** Revista de Investigações Constitucionais - J v. 4, p. 97, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rin>>. Acesso em 14 mai. 2023.) Ainda, sobre uma perspectiva aprofundada e abrangente sobre o conceito jurídico de interesse público no direito administrativo: GABARDO, Emerson; REZENDE, Mauricio Corrêa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro.** in Revista Brasileira de Estudos Políticos, 115, jul/dez 2017, pp 267-318.

Ocorre que, conforme anteriormente exposto, o instituto da recuperação judicial não possui os mesmos contornos do instituto da concordata, excluído do ordenamento jurídico pela Lei n. 11.101/2005, ou seja, não houve apenas uma alteração de nomenclatura do instituto jurídico destinado à reestruturação da empresa em situação de crise econômico-financeira. Apesar de ambos os institutos em questão se destinarem a possibilitar a reestruturação da empresa, as diferenças entre eles são significativas.

A recuperação judicial consiste em procedimento dotado de maior transparência e celeridade, e que se caracteriza por ser um ambiente propício à negociação entre os agentes envolvidos, englobando praticamente a totalidade dos créditos existentes na data do pedido, com exceção dos créditos tributários e daqueles previstos nos arts. 49, § 3º e 86, II, da Lei n. 11.101/2005. É inegável, portanto, que a Lei n. 11.101/2005 consagrou a liberdade contratual do devedor e dos credores.

Por outro lado, a concordata assegurava simultaneamente a remissão parcial dos débitos e a prorrogação do vencimento de dívidas apenas em relação aos credores quirografários, mas não possibilitava uma negociação diferenciada entre os envolvidos para superar a crise, motivo pelo qual era conhecida por ser um privilégio ou verdadeiro favor legal às empresas, que, não raras vezes, tinham sua liquidação simplesmente adiada, permanecendo no mercado em evidente prejuízo aos credores e ao mercado local<sup>31</sup>. A restritiva taxatividade dos meios de recomposição do endividamento acarretavam efeito que pode ser considerado ainda pior: o de não permitir que empresas economicamente viáveis pudessem solucionar a situação de crise por meio de um ambiente de negociação com seus credores.

Além disso, observando-se o princípio da legalidade, que rege o processo licitatório, não deve ser admitida a proibição existente em lei anterior relativa à concordata (Lei n. 8.666/1993) à recuperação judicial, instituto inserido com a Lei n. 11.101/2005 no ordenamento jurídico, visto que, além de serem institutos absolutamente distintos, à Administração Pública é vedada a interpretação extensiva ou restritiva de direito, em caso de ausência de autorização expressa em lei nesse sentido<sup>32</sup>.

Do exposto – enfatiza-se –, verifica-se que inexistente na Lei n. 8.666/1993 qualquer vedação legal para que empresas em recuperação judicial participem de processos licitatórios. A Lei n. 8.666/1993 não foi atualizada para inserir expressamente em seu texto a recuperação judicial como impedimento à contratação – assim como fez com a concordata – bem como, por impossibilidade de interpretação extensiva da expressão concordata, consignada na legislação mencionada, para abranger a recuperação judicial.

A celeuma quanto à participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios acentuava-se, antes da reforma promovida pela Lei n. 14.112/2020 no sistema de insolvência empresarial, justamente porque a redação original do art. 52, II, da Lei n. 11.101/2005 consagrava a necessidade de apresentação de certidões negativas pela empresa devedora para contratar com o Poder Público, mas não para exercer suas atividades.

Conforme mencionado acima, a justificativa dessa exigência tinha como bases o interesse público abrangido nos contratos celebrados com a Administração Pública, e a existência de risco de inadimplência das obrigações contraídas nesses contratos pelas empresas em situação de crise econômico-financeira<sup>33</sup>.

Contudo, mesmo antes da reforma promovida pela Lei n. 14.112/2020, a jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, consolidou o entendimento no sentido de que a exigência de apresentação de certidões negativas de regularidade fiscal poderia impedir o próprio soerguimento das empresas com viabilidade econômica demonstrada nos autos, principalmente das empresas que dependem essencialmente de contratações com o Poder

<sup>31</sup> SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo, 2023, pp. 146-147.

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Benedito Gonçalves, AgRg no MS 44099/ES, julgado em 03/03/2016, publicado no DJe em 10/03/2016. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58384018&num\\_registro=201303544411&data=20160310&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58384018&num_registro=201303544411&data=20160310&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 14 mai. 2023.

<sup>33</sup> CUNHA, Fernando Antonio Maia da; DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, pp. 368-369.

Público, inviabilizando, desse modo, o alcance do próprio objetivo do instituto da recuperação judicial, o que, em outras palavras, seria negar o sentido dado pela legislação ao instituto jurídico.

Com o advento da Lei n. 14.112/2020, a exigência de apresentação de certidões negativas de regularidade fiscal para que as empresas em recuperação judicial pudessem contratar com o Poder Público foi devidamente excluída, havendo acréscimo apenas em relação à necessidade de respeito ao disposto no art. 195, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, obstando-se, assim, às empresas que estejam em débito com a Seguridade Social a contratação com o Poder Público.

A alteração legislativa seguiu, então, o entendimento consolidado pela jurisprudência, estando em consonância com a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Destaca-se que a legislação, ao contrário do que possa indicar, não viola a supremacia do interesse público e também não significa que a Administração Pública irá dele dispor.

A harmonização do sistema de insolvência empresarial e da sistemática das licitações é essencial para permitir a compreensão que possibilita a coexistência de interesses aparentemente conflitantes, estando de um lado o interesse público e, de outro, o interesse privado.

Nesse sentido, registre-se que a atividade empresarial é fundamental não somente para o desenvolvimento econômico de uma nação. Os relevantes benefícios que dela decorrem não se circunscrevem aos aspectos econômicos (arrecadação de tributos, geração de riquezas, circulação de produtos e rendas), como também abrangem os aspectos sociais, com a proteção aos trabalhadores, que tem os seus postos de trabalho mantidos no caso da recuperação judicial. Esses benefícios que decorrem da atividade empresarial representam externalidades positivas, que acarretam, de forma direta ou indireta, benefícios a terceiros<sup>34</sup>.

138

De mais a mais, negar a participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios seria o mesmo que negar o próprio sentido do instituto da recuperação judicial dado pela legislação, o que acabaria por impedir a aplicação, na prática, do princípio da preservação da empresa, por meio do qual se busca o exercício pleno e regular da atividade empresarial, que somente pode ocorrer para as empresas cujas atividades se concentram na contratação com o Poder Público<sup>35</sup>, por meio da participação, em igualdade de condições, de processos licitatórios.

Ou seja, impedir a participação de empresas em recuperação judicial em licitações apenas em razão da ausência de apresentação de certidões de regularidade fiscal violaria, a um só tempo, os princípios da preservação da empresa, da igualdade entre os licitantes e da competitividade.

O inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante o tratamento em igualdade de condições a todos os participantes da licitação e a exigência de apresentação das certidões negativas de regularidade fiscal violaria o tratamento idêntico que deve ser proporcionado a todos<sup>36</sup>.

Observa-se, outrossim, que o Poder Público não pode receber tratamento privilegiado, considerando que é contratante como os demais credores, motivo pelo qual a ele deve ser dispensada as mesmas condições estabelecidas para os demais, principalmente porque a todos os participantes da licitação será igualmente dispensada a necessidade de apresentação das certidões negativas de regularidade fiscal, ou seja, todos teriam o mesmo tratamento no que concerne à diminuição de eventual risco de inadimplemento da contratação<sup>37</sup>, diante da inexistência de legislação proibindo a contratação entre empresas em recuperação judicial e o Poder Público.

Sob outro aspecto, é de se ponderar que a flexibilização da regra que exige a apresentação de certidões negativas de regularidade fiscal para contratação com o Poder Público, em que pese em consonância com o princípio da preservação da empresa, igualmente gera externalidades negativas, pois há um potencial prejuízo ao interesse

<sup>34</sup> GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de análise econômica do direito*. 2 ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022, p. 77.

<sup>35</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 283.

<sup>36</sup> SACRAMONE, op. cit., pp. 283-284.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 284.

público assumido pela Administração Pública quando contrata com uma empresa em recuperação judicial, que está em situação de crise econômico-financeira confessa e pode não ter condições de adimplir na integralidade o contrato<sup>38</sup>.

Adicionalmente, a flexibilização da regra mencionada pode ainda fomentar a concorrência desleal, com transgressão do princípio da igualdade das condições entre os licitantes, considerando que as demais empresas participantes, e que não estão em recuperação judicial, tem o dever de apresentar as certidões negativas de regularidade fiscal<sup>39</sup>. Logo, sob esta perspectiva, também seriam violados os princípios da igualdade e da competitividade.

Registre-se, por oportuno, que a Lei n. 14.133/2021, conhecida também como nova Lei de Licitações, promoveu significativas alterações na sistemática das licitações. Para fins de habilitação fiscal, social e trabalhista, somente se exige, conforme o art. 69, II, da referida lei, a apresentação de certidão negativa de falência, não sendo possível aplicar a interpretação extensiva – eis que não autorizada de forma expressa na própria lei – para ampliar a exigência e englobar também a necessidade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.

Feitas essas ponderações, destaca-se inicialmente que, a partir da reforma promovida pela Lei n. 14.112/2020, houve opção legislativa muito clara por permitir a participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios.

E, para além dessa autorização legislativa, é necessário esclarecer que a recuperação judicial, respeitado entendimento contrário<sup>40</sup>, não deve ser compreendida como presunção de insolvência, e, por conseguinte, de inexistência de recursos para executar o contrato.

Apesar de culturalmente ser reconhecida como etapa prévia da falência, a recuperação judicial é mecanismo que a legislação oferece às empresas em situação de crise econômico-financeira pontual para viabilizar sua reestruturação<sup>41</sup>. A lógica do atual sistema de insolvência empresarial está fundada no fato de que a recuperação judicial se destina às empresas economicamente viáveis. Em sendo constatada a sua inviabilidade ou inaptidão para o mercado, ou não sendo meramente específica a situação de crise econômico-financeira, a solução cabível é a decretação da falência.

Como se vê, a recuperação judicial não pode ser em si mesma considerada como fator de óbice à participação de empresas em processos licitatórios, já que essa situação não necessariamente presume sua incapacidade econômico-financeira.

Todavia, considerando o interesse público envolvido nas licitações, para garantir o cumprimento do contrato, a empresa em recuperação judicial deverá necessariamente comprovar sua aptidão econômico-financeira<sup>42</sup>, em observância às normas que regem o sistema de licitações e o regime jurídico da Administração Pública.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo de ambos os sistemas permitiu verificar a inexistência de incompatibilidade entre as leis que regem o processo licitatório (Leis n. 8.666/1993 e n. 14.133/2021) e a lei que rege a insolvência empresarial (Lei n. 11.101/2005).

<sup>38</sup> GAROUPA; PORTO, op. cit., p. 75.

<sup>39</sup> SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, op. cit., pp. 723-724.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., 2023, p. 933.

<sup>41</sup> Segundo Joel de Menzes Niebuhr, a participação das empresas em recuperação judicial vem sendo admitida pelo Poder Judiciário, destacando que o principal argumento utilizado é no sentido de que seria contraditório vedar as empresas em recuperação judicial a participação em licitações, porque a proibição seria o equivalente ao decreto de falência da empresa, motivo pelo qual dispensa tais empresas de apresentar as certidões de regularidade fiscal nos processos licitatórios. (**Licitação pública e contrato administrativo**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 804.)

<sup>42</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MORAES, Arthur Bobsin de. **A Participação de Empresas em Recuperação Judicial nas Licitações e Contratos do Poder Público: Uma Análise a partir da Questão da Isonomia, da Função Social da Empresa e dos Impactos da Pandemia de Coronavírus (Covid-19)**. In: DIAS, Maria Tereza F. O Direito Administrativo Social e Econômico. Grupo Almedina: Portugal, 2021, p. 284. *E-book*. ISBN 9786556271699. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271699/>. Acesso em: 15 mai. 2023.

Portanto, não há qualquer vedação expressa à participação das empresas em recuperação judicial em certames licitatórios, não sendo admissível, por outro lado, a interpretação extensiva da lei para abranger a expressão recuperação judicial quando a Lei n. 8.666/1993 menciona a concordata.

Dada a expressa previsão constitucional, o interesse público prevalece sobre o interesse privado, o que decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Contudo, ainda com a prevalência do interesse público sobre o privado, é de se destacar que o princípio da preservação da empresa, ao permitir a manutenção da atividade empresarial em decorrência dos relevantes benefícios econômicos e sociais que gera, como a manutenção de empregos, a arrecadação de tributos e a geração e circulação de riquezas, acaba por impactar os interesses de toda uma coletividade. Por meio desse princípio, portanto, não ficam resguardados apenas os interesses privados da própria empresa, como também os interesses de toda uma coletividade. Trata-se, portanto, de dimensões jurídicas distintas e complementares do interesse público.

A ponderação entre o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da preservação da empresa é necessária para equilibrar os interesses envolvidos, refletindo a um só tempo na proteção do interesse público na perspectiva publicista, como também no estímulo à atividade econômica, que impacta diretamente no interesse coletivo, ou interesse público na perspectiva concursal.

Assim, a recuperação judicial da empresa, por possibilitar exatamente o seu soerguimento, não pode constituir em óbice à participação em processos licitatórios.

Nesse sentido, aliás, há projeto de lei em tramitação (n. 980/19), recentemente aprovado pela Comissão de Indústria, Comércio e Serviços da Câmara dos Deputados e que prossegue em caráter conclusivo, mas que ainda pende de análise pelas Comissões de Finança e Tributação, e Constituição e Justiça e Cidadania<sup>43</sup>, para alterar a Lei n. 11.101/2005, e obstar que a recuperação judicial não configure fator de inabilitação de licitante em recuperação judicial, sendo incumbência do poder público avaliar a viabilidade econômica da empresa na fase da habilitação.

140

Porém, dado o interesse público protegido, é preciso que a recuperanda demonstre minimamente a capacidade técnica e a aptidão econômico-financeira para garantir o cumprimento do contrato e evitar danos à Administração Pública, o que deve ser examinado em cada caso concreto, de acordo com as regras objetivas previstas no edital do processo licitatório<sup>44</sup>.

## REFERÊNCIAS

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GODRI, João Paulo Atílio. **Superação do dualismo pendular e insolvência empresarial**. In: Falências e recuperação de empresas: análises do sistema brasileiro de insolvência empresarial. Organização de Alexandre Nasser de Melo, Eduardo Oliveira Agostinho, João de Oliveira Rodrigues Filho. Curitiba: Juruá, 2022.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**: comentada artigo por artigo. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto aprovado permite participação de empresa em recuperação judicial em licitação pública**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/967993-projeto-aprovado-permite-participacao-de-empresa-em-recuperacao-judicial-em-licitacao-publica/>. Acesso em 31 jul. 2023.

<sup>43</sup> Confira-se: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto aprovado permite participação de empresa em recuperação judicial em licitação pública**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/967993-projeto-aprovado-permite-participacao-de-empresa-em-recuperacao-judicial-em-licitacao-publica/>. Acesso em 31 jul. 2023.

<sup>44</sup> TRINDADE; RODRIGUES FILHO, op. cit., p. 227.

BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em 18 jul. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Informativo n. 631, de 14/09/2018**, disponível em <<https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22AREsp%22+com+%22309867%22>>. Acesso em 14 mai. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no MS 44099/ES, relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 03/03/2016, publicado no DJe em 10/03/2016. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58384018&num\\_registro=201303544411&data=20160310&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58384018&num_registro=201303544411&data=20160310&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 14 mai. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.826.299/CE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 5/12/2022. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105395528&num\\_registro=201902019666&data=20221205&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105395528&num_registro=201902019666&data=20221205&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em 16 mai. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1.826.299/CE, voto-vista do Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=136539703&num\\_registro=201902019666&data=20221205&tipo=3&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=136539703&num_registro=201902019666&data=20221205&tipo=3&formato=PDF)>. Acesso em 16 mai. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Suspensão de Segurança n. 3.048/RJ (2018/0346691-9), relator Ministro João Otávio de Noronha, data da decisão: 26/12/2018, publicada em 01/02/2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=91224763&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201803466919&data=20190201&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=91224763&tipo_documento=documento&num_registro=201803466919&data=20190201&formato=PDF)>. Acesso em 15 mai. 2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. 7ª Vara de Direito Empresarial. Autos de Recuperação Judicial n. 0203711-65.2016.8.19.0001. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-aceita-pedido-recuperacao-judicial.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2023.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência**. São Paulo: Malheiros, 2012,

COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação judicial – procedimento**. Tomo Direito Comercial, Edição 1, Julho de 2018. In Enciclopédia Jurídica da PUC/SP. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial--procedimento>>. Acesso em 14 mai. 2023.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. 4 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MORAES, Arthur Bobsin de. **A Participação de Empresas em Recuperação Judicial nas Licitações e Contratos do Poder Público: Uma Análise a partir da Questão da Isonomia, da Função Social da Empresa e dos Impactos da Pandemia de Coronavírus (Covid-19)**. In: DIAS, Maria Tereza F. O Direito Administrativo Social e Econômico. Grupo Almedina: Portugal, 2021, p. 284. E-book. ISBN 9786556271699. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271699/>>. Acesso em 15 mai. 2023.

CUNHA, Fernando Antonio Maia da; DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GABARDO, Emerson. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social**. Revista de Investigações Constitucionais - v. 4, pp. 95-130, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rin>>. Acesso em 14 mai. 2023.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Mauricio Corrêa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro**. *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, 115, jul/dez 2017.

GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. 2 ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; SIQUEIRA, Felipe de Poli de. **Questões Tributárias No âmbito Da Recuperação Judicial: Enfoque No Princípio Da Preservação Da Empresa/Tax Issues under the Bankruptcy: Focus on the Principle of Conservation of the Company**. *Economic Analysis of Law Review* 7.2 (2016): 664. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4961>>. Acesso em 14 mai. 2023.

HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2 ed. – rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>>. Acesso em 15 mai. 2023.

142 MANGE, Renato Luiz de Macedo. **Comentários aos artigos 51 a 52**. *In*: Comentários à Lei de Recuperação de Empresas. Coordenador: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em 18 jul. 2023.

PIRES, Antonio Cecílio, M.; PARZIALE, Aniello Reis. **Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021**. Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556274416. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556274416/>>. Acesso em 15 mai. 2023.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 4 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023.

TAHUATA, Sérgio. **Pedidos de recuperação judicial e falências disparam neste ano**. Notícia publicada em 13/04/2023. Disponível em: <<https://valor.globo.com/financas/noticia/2023/04/13/alta-da-inadimplencia-pressiona-pedidos-de-recuperacao-judicial.ghtml>>. Acesso em 15 mai. 2023.

TRINDADE, Bruna Maria; RODRIGUES FILHO, João de Oliveira. **Novo marco legal: a possibilidade de empresas em recuperação contratarem com o poder público frente à necessidade de demonstração de aptidão financeira**. *In*: Falências e recuperação de empresas: análises do sistema brasileiro de insolvência empresarial. Organização de Alexandre Nasser de Melo, Eduardo Oliveira Agostinho, João de Oliveira Rodrigues Filho. Curitiba: Juruá, 2022.

ZAFFARI, Eduardo; FERREIRA, Gabriel B.; LIMA, Náthani S.; et al. *Licitações e Contratos*. Porto Alegre: Grupo A, 2022. E-book. ISBN 9786556902180. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556902180/>>. Acesso em 15 mai. 2023.