

Ponderação equilibrada de princípios: a possibilidade jurídica de empresa em recuperação judicial participar de licitações públicas

Jonábio Barbosa dos Santos

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Mestre em Ciências Jurídicas. Especialista em Direito Empresarial. Professor Adjunto (UFPB, UFCG). Professor Colaborador da UNIFACISA. João Pessoa – Paraíba – Brasil.

Tássia Amorim Figueiredo

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). João Pessoa – Paraíba – Brasil.

Resumo: O presente artigo visa verificar se existe, no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de licitações públicas sem serem automaticamente inabilitadas em razão da não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, tendo em vista que a Lei nº 8.666/93 apenas exige a apresentação de certidão negativa de concordata. Procura-se identificar os dispositivos legais que regem a participação de empresas recuperandas em certames públicos e como a doutrina e a jurisprudência têm enfrentado esse tema. Para tanto, este artigo analisa os principais fundamentos do AREsp 309.867/ES a fim de identificar neles os argumentos favoráveis à contratação entre o poder público e empresas em recuperação judicial. Constata-se, pois, ser incabível a exigência de certidão negativa de recuperação, principalmente por não haver previsão legal que autorize a administração a agir nesse sentido; ademais, não são a concordata e a recuperação institutos análogos, mas distintos em seus fundamentos e objetivos, de modo que não se justifica substituir o termo “concordata” pela “recuperação judicial”, como se este procedimento não trouxesse implicações nos campos teóricos e práticos dos dois institutos. Por isso, compreende-se que a preservação da atividade empresarial através de manutenção da possibilidade de contratar com o poder público não contraria a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, principalmente porque, ao cumprir a sua função social, a empresa fomenta o emprego, a geração de renda, a arrecadação tributária, impactando o desenvolvimento econômico e social regional ou nacional.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Licitação. Ponderação de princípios. Princípio da preservação da empresa. Função social.

Sumário: **1** Introdução – **2** Previsão legislativa e posições doutrinárias acerca da participação de empresas em recuperação judicial em licitações públicas – **3** AREsp nº 309.867/ES: a participação de empresas recuperandas em licitações públicas sob o viés principiológico – **4** A possibilidade de participação das empresas recuperandas em licitações a partir da ponderação equilibrada entre a preservação da empresa e a realização do interesse público – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

A recuperação empresarial, prevista na Lei nº 11.101/2005, é realizada através de dois institutos: a recuperação judicial e a extrajudicial. Esses instrumentos conferem às empresas em crise econômico-financeira a possibilidade de reorganização da atividade negocial a partir de uma avaliação positiva da viabilidade desses empreendimentos.

Deve-se destacar o caráter diferenciador dos institutos da recuperação de empresas e da falência, posto que, enquanto esta tem como escopo o encerramento definitivo da empresa em estado de insolvência plena, aquela almeja viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, pugnando pela preservação da atividade empresarial, principalmente por considerá-la sob a ótica de sua função social e dos princípios orientadores da Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

Considerando a necessidade de o empreendimento manter-se em atividade enquanto permanecer em estado de recuperação judicial ou extrajudicial, a Lei nº 11.101/05, em seu art. 52, II, consagra a possibilidade de eventuais celebrações de contratos administrativos entre o poder público e as empresas recuperandas, privilegiando, assim, a concepção da empresa sob a ótica do seu perfil funcional.

Apesar dessa postura legislativa *a priori* favorável à participação de empresas recuperandas em licitações públicas, revela-se um conflito de normas diante da exigência contida na Lei nº 8.666/93 que impõe aos interessados em contratar com o poder público a apresentação de certidão negativa de concordata para fins de comprovação da aptidão econômico-financeira, que tem se estendido para alcançar a exigência de certidão negativa de recuperação judicial.

O impasse entre os dois diplomas normativos supracitados enseja não só insegurança jurídica, por acarretar decisões judiciais conflitantes sobre o mesmo direito – o direito de licitar –, mas é também fonte de questionamentos sobre a correta interpretação do art. 52, II, da Lei nº 11.101/05 e do art. 31, II, da Lei nº 8.666/93, considerando as previsões contraditórias contidas nesses dispositivos.

Sob essa ótica, a questão referente à participação de empresas em processo de recuperação nas licitações públicas deve ser analisada no plano da interpretação das normas jurídicas, sem se distanciar dos princípios constitucionais e daqueles que orientam a administração pública e as licitações, além de considerar a base principiológica que informa o novo sistema recuperatório insculpido na Lei de Falência e Recuperação de Empresas e orienta a aplicação de seus institutos.

Diante da assistemática que permeia o tema e considerando o conflito interpretativo entre os dispositivos dos diplomas supramencionados, questiona-se

se existe, no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade jurídica de empresas em recuperação judicial participarem de licitações públicas.

O presente trabalho é propulsionado pelo julgamento do AREsp nº 309.867/ES, cujo relator, o ministro Gurgel de Faria, decidiu em favor da participação de empresa recuperanda em processo licitatório. O referido julgado despontou a tese da “ponderação equilibrada de princípios” como forma de aplicação equilibrada dos princípios da preservação da empresa e da indisponibilidade do interesse público, revelando uma postura de enfrentamento crítico ao impasse existente na ordem jurídica atual relativamente à inadequação entre a vedação prevista na Lei nº 8.666/93 e a autorização contida na Lei nº 11.101/05 no que tange à celebração de contratos administrativos entre empresas em recuperação judicial e o poder público.

A partir desse julgado, o escopo deste trabalho é verificar se, juridicamente, existe a possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial em licitações públicas, considerando-se, para tanto, uma análise principiológica acerca do processo licitatório e da aplicação do instituto da recuperação judicial. Ademais, pretende-se (i) analisar os fundamentos adotados na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AREsp nº 309.867/ES; (ii) identificar de que maneira a doutrina atual tem se posicionado sobre o problema; e (iii) analisar a incidência dos princípios que orientam a aplicação da recuperação empresarial e a participação de empresas recuperandas em licitações públicas.

Para a consecução do presente artigo e atendimento aos objetivos propostos, será utilizado o método didático-analítico; como método de procedimento, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e documental. A partir da metodologia apresentada, o artigo será estruturado em quatro partes, dispostas conforme descrição nos parágrafos abaixo.

A primeira parte do presente estudo concentra-se na verificação das previsões normativas vigentes em sentido favorável e contrário à participação das empresas submetidas à recuperação judicial em procedimentos licitatórios, identificando as posições doutrinárias.

A segunda parte apresenta uma análise da decisão proferida pelo ministro Gurgel de Faria no AREsp nº 309.867/ES, abordando, primeiramente, os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público em face da preservação da empresa, que, *a priori*, estariam em situação de conflito. Na terceira parte, analisa-se, também, de que maneira a interpretação extensiva do art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 afeta os princípios da legalidade e da isonomia das contratações administrativas, caracterizando ou não uma postura arbitrária da administração pública.

Por fim, a quarta parte busca tecer considerações sobre a “tese da ponderação equilibrada de princípios”, que fundamentou a decisão do ministro Gurgel de Faria e que pode ser entendida como marco orientador de um novo paradigma na compreensão da situação-problema exposta no presente trabalho, por apresentar um posicionamento que transcende a mera discussão sobre a (in)existência de autorização legislativa para encará-la sob o enfoque principiológico.

2 Previsão legislativa e posições doutrinárias acerca da participação de empresas em recuperação judicial em licitações públicas

O Estado apresenta-se como indutor do desenvolvimento econômico e social, função esta que se materializa através de políticas públicas de intervenção e incentivo da atividade econômica em cumprimento às regras constitucionais programáticas. Essa previsão legal está contida nas regras relativas ao disciplinamento da ordem econômica, tendo o Estado um papel preponderante na proteção dos empreendimentos econômicos em dificuldade financeira, patrimonial e econômica por força do princípio constitucional da função social da empresa, especialmente em momentos como o atual, em que as empresas se encontram, em muitas localidades, impedidas de exercerem as suas atividades dentro da normalidade dada a situação de emergência de saúde pública, o que fatalmente provoca e provocará graves dificuldades no setor empresarial, contribuindo para a queda da arrecadação tributária, fato que necessariamente trará sérias dificuldades ao Estado de cumprir políticas públicas.

A crise empresarial, que geralmente resulta do somatório desfavorável de fatores econômicos, financeiros e patrimoniais, pode prejudicar empreendedores, investidores, credores e demais agentes econômicos envolvidos nas sucessivas cadeias do mercado, gerando gravames também para os trabalhadores, com a consequente perda de postos de trabalho, e para toda a sociedade, ocasionando o desabastecimento de produtos e serviços e a queda no recolhimento de impostos, impactando negativamente a economia local, regional ou até mesmo nacional (COELHO, 2019).

Reconhecendo os riscos inerentes à atividade empresarial, o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois instrumentos voltados ao saneamento da crise que acomete empreendimentos viáveis. A recuperação empresarial, sob a lógica de seus dois institutos – a recuperação judicial e extrajudicial –, sustenta-se no prognóstico favorável de viabilidade econômica da empresa.

Para Negrão (2019, p. 147), “entre as causas da crise econômica estão os embaraços cotidianos que a empresa sofre em seu aspecto funcional. Sua

dinâmica é atingida por fatores diversos – internos e externos – capazes de alterar o aviamento empresarial, inviabilizando a continuação dos negócios”. Essa situação exige uma atuação rápida do empresário, no sentido de adotar em tempo razoável medidas que possam reestruturar e restaurar a atividade econômica exercida, sob pena de perecimento de seu empreendimento.

Diferentemente da falência, que almeja o encerramento da atividade empresarial em estado de insolvência plena – e, portanto, irrecuperável –, a recuperação judicial é orientada pela capacidade de reorganização da empresa e de manutenção da atividade negocial. A recuperação judicial pode ser definida como um procedimento judicial cujo objetivo é proporcionar a superação da crise econômico-financeira da empresa viável, que demonstre, mediante a apresentação de um plano de recuperação, possuir meios de soerguer-se e manter-se em atividade.

A manutenção da atividade negocial é um fator determinante para a recuperação da empresa, visto que a continuidade do empreendimento permite ao devedor obter os ativos necessários ao cumprimento de suas obrigações perante credores e fornecedores, além de fomentar o emprego e o desenvolvimento nacional. A abrangência e o impacto econômico e social dessas atividades justificam a criação de um regime jurídico especial voltado à recuperação da empresa em crise e ao estabelecimento de formas pelas quais a atividade empresarial poderá ser mantida enquanto permanecer em estado de recuperação.

Nos termos do art. 52, II, da LRE, ao deferir a recuperação judicial, o juiz determina, no mesmo ato, a dispensa de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratações com o poder público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Essa orientação se coaduna com o principal objetivo dos institutos recuperatórios da Lei nº 11.101/05, qual seja, a manutenção da fonte produtora, conforme o *caput* do art. 47 do referido diploma.

Considerando a permissão contida na Lei nº 11.101/05 e obedecendo aos requisitos legais, a administração pública poderá celebrar contratos administrativos com empresas recuperandas a fim de, por meio desses ajustes, realizar os fins públicos à luz do regime jurídico de direito público (DI PIETRO, 2018). A celebração desses contratos deve obedecer a regra contida no art. 37, XXI, da CRFB/88, segundo o qual obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Para que se possa cogitar da celebração de contrato administrativo com uma empresa submetida à Lei nº 11.101/05, é preciso que esta tenha adquirido o chamado “direito de licitar” mediante habilitação prévia. Isso porque a licitação, logicamente, antecede a realização de contratos com o poder público, o que

permite deduzir que a autorização contida no art. 52, II, da Lei nº 11.101/05 comporta, em si mesma, a ideia de que às empresas em recuperação não é vedada a participação em processos licitatórios.

Não obstante tal conclusão, inexistente posicionamento pacífico acerca da participação de empresas recuperandas em licitações em razão da existência de norma contida na Lei de Licitações, que, a princípio, tornaria as aludidas empresas inaptas aos certames públicos. Isso porque o art. 31 do referido diploma exige dos interessados em contratar com o poder público a demonstração de sua qualificação econômico-financeira aferida pela apresentação de diversos documentos, dentre os quais a certidão negativa de concordata, nos termos do inciso II, art. 31, da Lei nº 8.666/93.

A referência ao instituto da concordata no supramencionado dispositivo justifica-se pelo fato de ter sido a Lei de Licitações erigida sob a vigência do antigo Decreto-Lei nº 7.661/45, revogado pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Por conseguinte, sob a égide do atual sistema de recuperação empresarial, requerer “certidão negativa de concordata” como forma de atestar a aptidão econômico-financeira para fins de habilitação em licitação poderia refletir, hoje, um comando vazio de conteúdo, uma vez que não há mais que se falar em “concordata” como instituto do direito empresarial, mas, sim, em recuperação empresarial.

O referido inciso II do art. 31 da Lei nº 8.666/93 tem rendido interpretações divergentes por parte da administração pública, bem como decisões judiciais conflitantes, ora favoráveis, ora desfavoráveis à participação de empresas recuperandas em licitações.

Parcela da doutrina assevera que a previsão de certidão negativa de concordata insculpida no texto da Lei de Licitações alcança, sem maiores dificuldades, a hipótese das empresas em recuperação judicial, apesar da evidente distinção, conceitual e finalística, existente entre os dois institutos (TORRES, 2013; ARAÚJO, 2009). Defende-se, inclusive, que a superveniência de recuperação judicial é um fator elisivo da aptidão econômico-financeira do proponente já habilitado, impedindo a sua participação no certame (MELLO, 2016).

A Lei erigiu alguns fatos externos como indícios de ausência de qualificação econômico-financeira. Envolvem a existência de processos judiciais versando sobre exigências de dívidas não satisfeitas. Anote-se que a normatização da insolvência das pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividade empresarial passou a ser disciplinada pela Lei nº 11.101/2005, que revogou o antigo Dec.-lei nº 7.661. Portanto, as disposições da Lei nº 8.666 devem ser adaptadas ao

regime da atual Lei de Falências. Assim, por exemplo, as referências a “concordata” devem ser interpretadas como referidas à recuperação judicial (FILHO, 2012, p. 545).

Por outro lado, setores da doutrina defendem a possibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o poder público, desde que apresentem as certidões negativas de débitos tributários, conforme expressamente prevê a Lei nº 11.101/05. Nesse caso, defendem que teria ocorrido a revogação tácita do art. 31, II, da Lei nº 8.666/93, não sendo possível exigir certidão negativa de recuperação judicial (AYOUB; CAVALLI, 2017; TOMAZETTE, 2018). Contudo, essa decisão de autorizar a participação de empresas em recuperação judicial e extra-judicial em licitações deve ser bastante criteriosa para evitar prejuízos ao erário e patrimônio público, bem como para evitar que os serviços públicos sofram solução de continuidade.

Percebe-se que a ausência de uma abordagem crítica sobre a questão tem ocasionado o mero tangenciamento do problema, deixando de lado o exame das finalidades ínsitas aos novos institutos recuperatórios e seus princípios. Por isso, limitar possíveis respostas apenas ao campo da existência ou não de autorização legislativa expressa não é suficiente para elucidar acerca da efetiva (im)possibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o poder público, por deixar de lado, por exemplo, os princípios motivadores da Lei nº 11.101/05, que compatibilizam a recuperação de empresas com os ditames constitucionais.

A priori, é pacífica entre os doutrinadores a noção de que a concordata e a recuperação judicial não são institutos análogos. Por isso, tratar tais institutos como se fossem intercambiáveis contraria o novo sistema recuperatório insculpido na Lei n. 11.101/05, por considerar a recuperação de empresas como mero substituto da antiga concordata sem observar as finalidades que diferenciam a aplicação desses instrumentos, bem como a ordem constitucional sobre a qual se consolidou o novo diploma.

Essa crítica não significa que o processo de recuperação é mero substituto do instituto da concordata preventiva. Não é isso. Prevenir o estado de falência, agora, não significa, singelamente, protelar pagamentos de créditos quirografários, ou propor sua quitação com abatimento de valores. A recuperação judicial não é, em princípio, nem diminutiva nem moratória. Há um fértil elenco de meios suscetíveis de proporcionar a recuperação empresarial, restando à concordata, embora não regulada, especificamente, na LRE (apenas prevista no art. 50, inciso I), a condição de um dos meios legais admitidos (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 96).

Enquanto os instrumentos recuperatórios da Lei nº 11.101/05 têm como escopo a reorganização da atividade empresarial – que passa a ser entendida como indispensável para o desenvolvimento nacional –, a valorização social do trabalho e a livre iniciativa, a antiga concordata, por sua vez, era um verdadeiro favor legal em benefício de devedores nem sempre escrupulosos, que não consideravam o interesse dos credores. A concordata não servia à recuperação da empresa, mas ao prolongamento de sua agonia, pois a concessão do benefício ignorava a aferição da viabilidade econômica do empreendimento, esvaziando de propósito saneador a medida recuperatória (FAZZIO JÚNIOR, 2015; GOUVÊA, 2009; VENOSA, 2017).

Portanto, inexistia respaldo legal que autorize a leitura da recuperação judicial como expediente análogo à “concordata”, pois as distinções entre ambas as medidas ultrapassam o domínio da nomenclatura, refletindo em efetivas mudanças no campo conceitual, na aplicação prática e nos efeitos dos institutos.

Isso posto, é forçoso concluir que a questão da apresentação de certidão negativa de recuperação judicial como exigência para a habilitação econômico-financeira em processo licitatório não admite análises simplistas, dada, principalmente, a ausência de interpretação unívoca dos já mencionados dispositivos da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 11.101/05. No entanto, a análise pormenorizada e sistemática da questão, realizada pelo STJ no AREsp nº 309.867/ES, cujo julgado é o marco delimitador do presente trabalho, representa, ao que parece, um enfrentamento mais crítico e conforme aos preceitos constitucionais ao invés de uma avaliação superficial e descomprometida com todo o ordenamento jurídico brasileiro, pois é dever do Estado contribuir com a preservação das empresas viáveis, especialmente por ser o Estado um indutor do desenvolvimento econômico.

3 AREsp nº 309.867/ES: a participação de empresas recuperandas em licitações públicas sob o viés principiológico

A discussão em torno da participação de empresas submetidas à recuperação empresarial em processos licitatórios evidencia as contradições presentes no ordenamento jurídico pátrio, que incorpora dois dispositivos legais divergentes acerca dessa matéria. Enquanto a Lei nº 11.101/05 autoriza as contratações das empresas recuperandas com o poder público, consoante previsto no art. 52, II, em sentido adverso, a Lei de Licitações contempla uma regra cuja interpretação extensiva enseja a vedação a essa participação, por exigir a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial e extrajudicial a fim de que os proponentes do processo licitatório possam lograr êxito na fase de habilitação do certame.

Insta observar, ainda, que restringir essa problemática tão somente à verificação da existência ou não de autorização legislativa deixa de lado aspectos

indispensáveis à constatação e análise crítica acerca da possibilidade jurídica da participação daqueles agentes econômicos submetidos à recuperação empresarial nos certames públicos. Isso porque tal problemática não tange apenas à constatação da vigência, no ordenamento pátrio, de normas que prevejam expressamente uma ou outra hipótese, mas concerne também ao campo principiológico que permeia a Lei de Licitações e a Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

É nesse sentido que o julgamento do AREsp nº 309.867/ES, de relatoria do ministro Gurgel de Faria, se sobressai ao enfrentar criticamente o problema, trazendo luz aos aspectos principiológicos relevantes que tornam a participação de empresas recuperandas em licitações públicas uma questão de interesse público, cujo estudo deve considerar a incidência dos ditames constitucionais, bem como a interpretação sistemática da matéria à luz do conjunto normativo pertinente.

Inicialmente, o relatório remonta à decisão do tribunal *a quo*, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES), que, inadmitindo o recurso especial interposto pela empresa recuperanda, firmou entendimento favorável à exigência de certidão negativa de recuperação judicial para que a empresa recorrente pudesse habilitar-se em licitação pública, tendo como um dos fundamentos o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

No relatório do AREsp nº 309.867/ES, o ministro Gurgel de Faria pontua alguns aspectos importantes na análise do caso em tela. Preceitua o relator, entre outros aspectos, que (i) a Lei de Licitações não teve o seu texto alterado para abarcar a exigência de certidão negativa de recuperação judicial; (ii) as normas restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de violação ao princípio da legalidade, aludindo, para tanto, à jurisprudência consolidada do Superior Tribunal Justiça; (iii) ressalta a existência da autorização contida na Lei nº 11.101/05, que, em seu art. 52, inciso II, prevê contratações entre a administração e empresas sujeitas à recuperação judicial; (iv) além de evidenciar a relação entre a indisponibilidade do interesse público, a preservação da empresa e a função social da atividade empresarial, a partir da interpretação sistemática dos dispositivos contidos nos dois diplomas normativos e da ponderação de princípios, que firmou o ponto de equilíbrio existente entre a preservação da empresa e a indisponibilidade do interesse público.

Com isso, verifica-se que os fundamentos empregados no referido julgado levam à compreensão de que a possibilidade jurídica da celebração de contratos administrativos com agentes econômicos em recuperação judicial tem limitações muito mais relacionadas às regras e princípios pertencentes à Lei de Licitações do que da Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

Sendo assim, é importante uma harmonização da interpretação e conformação dos princípios norteadores da licitação e da recuperação para encontrar

o caminho para que o Estado possa contribuir com a preservação das empresas em crise, mas que também possa adotar medidas para proteger os processos de aquisição de bens, serviços e obras pela administração pública.

Nesse quesito, a recuperação judicial deve ser interpretada em consonância com as suas finalidades e no contexto da ordem jurídico-constitucional que fomentou a construção do referido instituto, ensejando a necessidade de analisar tal “possibilidade jurídica” a partir de uma interpretação sistemática, capaz de harmonizar os princípios fundamentadores das licitações públicas com os princípios norteadores da recuperação empresarial, sobretudo a preservação empresarial, a função social da empresa e a busca da maior e melhor vantagem do processo licitatório para o erário público.

3.1 A funcionalização da atividade empresarial como fator de imbricação entre a supremacia e indisponibilidade do interesse público e a preservação da empresa

É inegável que a atividade empresarial exerce um papel de relevo para o Estado brasileiro, pela geração de emprego, distribuição de rendas, pagamento de obrigações tributárias, contribuição para a dinamização, crescimento e desenvolvimento da economia, sendo um dever do Estado o fomento da atividade. Mesmo na situação do Estado ter que preservar os interesses públicos, estes têm que ser preservados de forma compatibilizada com a dignidade da pessoa humana, supremacia do interesse público sobre o privado e proteção da propriedade privada, que devem ser harmonizados com os demais princípios presentes na CRFB/88.

Além dos princípios básicos da administração pública – listados no art. 37 da CRFB/88 –, a “supremacia do interesse público sobre o interesse privado” consigna um postulado implícito, inerente ao Estado Democrático de Direito, que se encontra diluído em todo o texto constitucional. Em decorrência dessa “supremacia”, o interesse público goza de prerrogativas que elevam a administração pública a um patamar superior em relação aos administrados. Não poderia ser diferente, posto que a manutenção do convívio social depende do atendimento aos interesses da coletividade prioritariamente em detrimento do interesse dos particulares, sob pena de inviabilizar-se a coesão social (MARINELA, 2018).

No mesmo sentido, Carvalho Filho (2019, p. 1250) entende que:

O dilema moderno se situa na relação entre o Estado e o indivíduo. Para que possa atender aos reclamos globais da sociedade e captar as exigências do interesse público, é preciso que o Estado atinja alguns interesses individuais. E a regra que atualmente guia essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular. É, na

verdade, esse postulado que constitui um dos fundamentos políticos da intervenção do Estado na propriedade.

Em razão dessa supremacia, a Administração Pública encontra limitações, uma vez que atua não como titular, mas como curadora do interesse coletivo, devendo zelar pelo seu atendimento, sem liberdade para dele dispor, o que leva à conclusão de que a atuação do poder público em favor do interesse público primário consigna, na verdade, um poder-dever, cujo exercício deve observar o princípio da legalidade. Essa determinação corrobora o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual o administrador público não realiza o interesse público tal como uma liberalidade, devendo sempre atuar conforme os limites legais, sem poder dispor livremente do interesse coletivo.

Considerando que, em regra, a licitação antecede a celebração dos contratos administrativos, também sobre o regime jurídico do procedimento licitatório incide a exigência de atendimento ao interesse público. Nos certames públicos, a administração tem o poder-dever de selecionar os interessados que atendam aos critérios de habilitação previstos na Lei de Licitações, que contemplam as exigências indispensáveis ao atendimento do interesse coletivo e garantem a impessoalidade na seleção do futuro contratado.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 62), o interesse público é aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Tal interesse não se confunde com os anseios nutridos pelo Estado enquanto pessoa jurídica de direito público, pois, nesse caso, estar-se-á diante do chamado interesse público secundário, que não se encontra sob o amparo da supremacia e da indisponibilidade.

Isso posto, fica claro que a atividade administrativa e as ações dos agentes incumbidos de exercê-la devem ser orientadas pelo interesse público primário, pois tanto o Estado, na qualidade de pessoa jurídica, quanto os seus agentes são apenas depositários do interesse público primário, de forma que nem todo interesse dito “estatal” corresponderá, exatamente, aos anseios da coletividade.

O caráter indeterminado do conceito de interesse público favorece a sua utilização desvirtuada, dissimulando condutas autoritárias por parte dos agentes da atividade administrativa, revelando a necessidade de se trabalhar, doutrinariamente, a reconstrução do conceito de supremacia do interesse público (MARINELA, 2018). Indo além, o setor mais vanguardista da doutrina tem preconizado a superação do aludido princípio com o advento da Constituição de 1988, a partir da qual caberia à administração ponderar os vários interesses envolvidos nas

situações, promovendo a harmonização entre eles, e não o seu sacrifício automático (MEDAUAR, 2018).

É controversa a restrição à participação de empresas recuperandas em licitações, principalmente porque a recuperação judicial é orientada pelo princípio da preservação da empresa, uma espécie de metanorma do direito empresarial, cujo fundamento reside no reconhecimento da função social da empresa (MAMEDE, 2019). Tal desígnio encontra-se no *caput* do art. 47 da Lei nº 11.101/05, segundo o qual, *in verbis*, “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”.

Percebe-se que a sistemática da recuperação de empresas se alinha aos preceitos constitucionais da função social da propriedade e do incentivo à atividade econômica (CRFB/88, art. 170, II, c/c art. 174), além promover a valorização social do trabalho e da livre iniciativa em favor do desenvolvimento nacional (CRFB/88, art. 1º, IV, c/c art. 3º, II).

Insta destacar que a referida preservação destina-se à salvaguarda da empresa enquanto atividade empresarial, sob a ótica de seu perfil funcional, não sendo tal tutela legal voltada às figuras de seus titulares – empresário individual, sócios da sociedade empresária ou titular de EIRELI (NEGRÃO, 2019).

Os esforços empregados pelo Estado e por toda a sociedade em prol da superação da crise econômico-financeira da empresa não são benesses concedidas em favor de interesses privados, mas em razão da manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e do interesse dos credores. Ainda que interesses particulares dos titulares da atividade empresarial possam ser contemplados indiretamente, não é esse o escopo da recuperação empresarial.

A Carta Constitucional de 1988, em seu art. 5º, XXII e XXIII, ao assegurar o direito à propriedade, circunscreve o seu exercício ao atendimento da chamada “função social”, noção da qual emana o “princípio da função social da empresa”. A empresa, enquanto atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, é exercida pelo empresário a partir da organização de um complexo de bens materiais e imateriais que forma o estabelecimento empresarial, nos termos dos artigos 966 e 1.142 do Código Civil.

Por envolver o manejo desse complexo de bens, a atividade empresarial deve cumprir uma função social, destinada a atender não só os “interesses individuais [...] mas também os interesses difusos e coletivos de todos aqueles que são afetados pelo exercício dela (trabalhadores, contribuintes, vizinhos, concorrentes, consumidores)” (CRUZ, 2018, p. 29).

A preservação da empresa encontra legitimidade na funcionalização da atividade empresarial. O entendimento de que a empresa se destina à realização de uma finalidade coletiva revela que a preservação da atividade empresarial promove a valorização do trabalho, o desenvolvimento nacional e o interesse de credores, fornecedores e demais agentes econômicos envolvidos na cadeia de relações da empresa em recuperação, atendendo, em última análise, os interesses de toda a sociedade.

Portanto, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público não conflituam com a preservação da empresa, mas de complementação, de modo que viabilizar a manutenção da atividade empresarial não anula nem impede a realização do interesse coletivo – ao contrário, realiza-o plenamente. Isso porque todos os esforços estatais destinados a viabilizar a preservação da empresa viável socorrem justamente ao interesse público primário, interesse de que todos são titulares enquanto partícipes da sociedade. Essa compreensão só é possível a partir da elucidação da função social da empresa como o elo que une preservação da empresa ao desiderato maior da administração pública, que é o atendimento do interesse público.

Essa interpretação sistemática da recuperação empresarial coloca em evidência que “a preservação do ente coletivo assegura o equilíbrio no campo econômico-social porquanto é instrumento de efetiva circulação de riquezas, gerando empregos, tributos e circulação ou produção de bens ou serviços, constituindo-se num centro de propulsão do progresso” (VENOSA, 2017, p. 310).

Em razão da indisponibilidade do interesse público, a licitação tem como objetivo selecionar o proponente que melhor e de modo mais vantajoso possa executar o objeto do futuro contrato administrativo, não sendo possível presumir, a partir dessa constatação, que o proponente, por encontrar-se em recuperação judicial, seria economicamente incapaz de cumprir esse desiderato.

Preservar a atividade empresarial inclui assegurar que os agentes econômicos que passam pela reorganização de seus empreendimentos tenham a plena possibilidade de realizar contratações com o fito de manter a fonte produtora da qual obterão os recursos e meios necessários à superação da crise em que se encontram.

Portanto, permitir a permanência da empresa recuperanda viável, inclusive através de contratações com o poder público, não é dispor do interesse coletivo, tampouco desprezar as prerrogativas da administração em face dos interesses privados, mas garantir a ocupação de postos de trabalho, a arrecadação tributária e a satisfação dos credores e dos interesses de toda a coletividade, a partir de uma análise que comporte a complexa influência do econômico sobre o social.

3.2 A interpretação extensiva do art. 31, II, da Lei de Licitações Públicas como violação aos princípios da legalidade e isonomia da administração pública e do processo licitatório

A habilitação em licitação depende do atendimento concomitante dos critérios de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista, além do cumprimento da norma contida no art. 7º, XXXIII, da CRFB/88 (Lei nº 8.666/93, art. 27). Dentre outros documentos probatórios da qualificação econômico-financeira do proponente, a Lei de Licitações exige a apresentação de “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física” (Lei nº 8.666/93, art. 31, II).

Segundo Medauar (2018, p. 184, grifos do autor):

*Habilitação é a fase do processo licitatório em que se verifica se os licitantes detêm condições para celebrar e executar o futuro contrato. Tais condições referem-se à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e ao cumprimento do disposto no inc. XXXIII do art. 7º da CF (esta última exigência foi inserida no art. 27 da Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 9.854, de 27.10.1999, para vigorar a partir de cento e oitenta dias de sua publicação). A regularidade trabalhista foi acrescentada ao inc. IV do art. 27 da Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.440, de 7.7.2011, para vigorar cento e oitenta dias após a data da sua publicação. O atendimento dessas condições é comprovado mediante a apresentação de documentos, que a lei arrola, referentes a cada uma, salvo a exigência, inserida pela Lei nº 9.854/99; a comprovação desta última se efetiva mediante declaração, segundo modelos constantes do Decreto nº 4.358, de 5.9.2002. Tais documentos devem estar contidos num envelope denominado “documentos”, a ser apresentado fechado e rubricado pelo licitante ou seu preposto. Os documentos podem ser apresentados em original, mediante cópia autenticada por cartório ou por servidor da Administração. A *habilitação jurídica* diz respeito à comprovação da capacidade da pessoa física ou jurídica, essencial para contrair obrigação contratual. O art. 28 prevê, por exemplo, cédula de identidade; registro comercial, no caso de empresa individual; ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, no caso de sociedades comerciais; e, no caso de sociedades por ações, também documentos de eleição de seus administradores.*

Apesar da expressa referência apenas à certidão negativa de “concordata”, com o advento da Lei nº 11.101/05 e seus instrumentos de recuperação de empresas, a restrição contida no dispositivo da Lei de Licitações tem sido ampliada para abarcar a exigência de certidão negativa de recuperação judicial,

transformando a regra do art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 num impeditivo à aquisição do direito de licitar por parte das empresas em recuperação, sobretudo judicial, o que é negado na maioria das vezes logo na fase de habilitação, o que traz um prejuízo ainda maior para a empresa em procedimento de recuperação.

A interpretação extensiva do artigo supracitado resulta na ampliação do campo de incidência da norma por entender-se que o legislador disse menos do que queria. A fim de corrigir o desequilíbrio entre o que foi efetivamente dito no texto e o que o legislador queria dizer, isto é, entre o *verba legis* e o *mens legis*, deve-se conferir prevalência ao *mens legis*, utilizando-se o hermeneuta de interpretação que estenda o alcance do conteúdo descrito na lei (FRIEDE, 2015; NADER, 2017).

Ao fundamentar o seu voto no julgamento do AREsp nº 309.867/ES, o ministro Gurgel de Faria defendeu ser incabível a interpretação extensiva do art. 31, II, da Lei n. 8.666/93 e a consequente inabilitação automática de empresas em recuperação, dada a inexistência de autorização legislativa para tal, o que violaria o princípio da legalidade:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. 3. À luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). 4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

(STJ – AREsp nº 309.867/ES 2013/0064947-3, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Data de Julgamento: 26.06.2018, Primeira Turma, Data de Publicação: Dje 08.08.2018)

Enquanto a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, II, consubstancia a expressão genérica do princípio da legalidade, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”, no âmbito da administração pública só é possível atuar conforme autorização prevista por lei. Portanto, em sede do regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade, base do Estado de Direito, deve ser entendido de forma estrita.

Odete Medauar (2018) orienta que, ante a ampliação da função normativa do Executivo, desvirtuou-se a noção de legalidade enquanto submissão da

administração pública à lei formal e ampliou-se esse significado para nele abarcar a sujeição da administração também aos preceitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico, informadores de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Irene Nohara (2017), qualquer análise que pretenda identificar a correção das ações da administração à luz da legalidade deverá considerar não apenas a obediência às regras jurídicas positivadas nos textos legais, mas observar, igualmente, se os princípios estão sendo atendidos. Sob esse enfoque, pode-se inferir que a leitura extensiva do art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 não é ilegal apenas por ultrapassar o limite estabelecido pelo legislador no texto legal, que faz referência apenas à “certidão negativa de concordata”, mas também revela profunda desconexão com outros princípios de ordem constitucional, os quais não eram contemplados na vigência da antiga concordata, mas que não podem ser afastados da atual sistemática recuperatória do direito empresarial.

Há ilegalidade não só na exigência de certidão negativa de recuperação judicial, por não ter sido a Lei de Licitações alterada para abarcar tal possibilidade, como também na violação à regra expressa no art. 52, II, da Lei nº 11.101/05, que permite contratações entre empresas em recuperação e o poder público, desde que seja apresentada certidão negativa de débitos tributários.

Diante dessa denegação, a administração pública estaria criando condições discriminatórias entre os administrados, impedindo que empresas em recuperação judicial possam, em condições de igualdade, participar de licitações públicas. O tratamento distintivo conferido a esses agentes econômicos não encontra respaldo legal nem justificativa lógica, uma vez que a presunção de inaptidão econômica em função do estado de recuperação em que se encontra o proponente contraria o fundamento da recuperação judicial, firmada na viabilidade da empresa, e não na constatação da sua insolvência plena. Não fosse assim, a empresa estaria destinada ao encerramento definitivo de suas atividades, e não sob a égide do regime jurídico recuperatório.

Por esse motivo, as ações discriminatórias, tendentes a restringir o universo dos aptos a contratar com o poder público, violam não só a legalidade estrita, por inexistir norma que autorize tal discriminação negativa, mas também transgredem a isonomia e a competitividade dos certames públicos, “pois as restrições à participação de determinadas pessoas na licitação acarretam diminuição do número de possíveis interessados” (OLIVEIRA, 2018, p. 28).

Portanto, o processo licitatório deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, em observância à impessoalidade que rege a administração e à isonomia inerente aos certames destinados à contratação de obras, serviços, compras e alienações. A análise da qualificação econômico-financeira destina-se a comprovar se o proponente detém os meios necessários para suportar o ônus da

eventual contratação, sendo inadmissível à administração pública adotar exigências desarrazoadas, isto é, que ultrapassem aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, consoante disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Reafirmando essa norma constitucional, o artigo 3º c/c §1º, I, da Lei de Licitações dispõe que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, vedando, expressamente a adoção de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Sendo assim, a exclusão das empresas em recuperação disciplinada pela Lei nº 11.101/05 representa uma violação do princípio da concorrência, além de trazer mais dificuldades para uma empresa que já passa por momentos econômico-financeiros difíceis, agravando ainda mais sua capacidade de saldar dívidas e de reestruturar-se para voltar ao exercício pleno da atividade econômica.

4 A possibilidade de participação das empresas recuperandas em licitações a partir da ponderação equilibrada entre a preservação da empresa e a realização do interesse público

Segundo Alexy (2015), princípios são espécies normativas que se distinguem das regras por diversos critérios e se caracterizam como mandamentos de otimização que podem ser realizados em diferentes graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Um desses critérios diferenciadores é aquele que considera o relacionamento normativo e a forma como eventuais antinomias são solucionadas.

À luz do referido critério, entende-se que a antinomia entre regras consigna verdadeiro conflito, solucionável pela criação de uma exceção a uma das regras ou pela declaração de invalidade de uma delas, enquanto a antinomia entre princípios configura mera colisão, pois não existe entre eles um verdadeiro conflito no campo abstrato, mas, sim, no campo da aplicação diante do caso concreto. Por conseguinte, o conflito entre regras é solucionado no campo da invalidade, ao passo que as colisões entre princípios têm a sua solução na dimensão de peso (ALEXY, 2015).

Para Dworkin (2010), essa dimensão de peso, que é estranha às regras, leva ao reconhecimento da maior ou menor importância de que goza um princípio em relação ao outro diante de determinado caso concreto, o que depende da mensuração realizada pelo julgador ao avaliar a força relativa de cada um dos princípios colidentes a fim de determinar qual deles deve prevalecer.

Por conseguinte, esse relacionamento entre princípios colidentes é solucionado através da ponderação, que consiste na atribuição de um peso a cada um dos princípios de acordo com as circunstâncias do caso concreto, estabelecendo entre eles uma relação de precedência condicionada, de modo que um deles prevalecerá em detrimento do outro (ALEXY, 2015).

No entanto, Ávila (2005) defende que os princípios se relacionam de formas variadas, inclusive, com a possibilidade de interdependência entre dois princípios, hipótese em que a finalidade estipulada por um deles, necessariamente, leva à realização do fim determinado pelo outro. Segundo o autor, quando os princípios determinam fins mutuamente excludentes, a realização de um deles acarretará o afastamento do outro diante do caso concreto.

No que tange à participação de empresas sujeitas à recuperação judicial em licitações públicas, *a priori*, a relação entre a prevalência e a indisponibilidade do interesse público e o princípio da preservação da empresa seria de colisão, por entender-se, num primeiro momento, que tais princípios determinariam finalidades mutuamente excludentes, caso em que a atribuição de um peso maior a um dos princípios levaria ao consequente afastamento do outro.

Isso porque, enquanto a indisponibilidade do interesse público tem como escopo a realização do interesse público primário, a preservação da empresa, à luz de uma análise apartada do viés constitucional da recuperação empresarial, poderia ser considerada como um elemento em favor dos interesses de particulares, que não se confundem com o supremo interesse da coletividade. Tais “interesses privados” seriam abalizados pelas figuras de sócios, empresários individuais e titulares de EIRELI e da própria sociedade empresarial enquanto pessoa jurídica.

Essa interpretação, porém, não é a mais acertada. Conforme analisado em seção anterior, a empresa, enquanto atividade empresarial, não se confunde com as figuras dos sujeitos supramencionados, visto que a atividade comercial, desempenhada pelos mais variados agentes econômicos, é detentora de uma função social, cujo cumprimento evidencia relevante interesse público na medida em que consubstancia valores sociais importantes, tais como a promoção do trabalho e o desenvolvimento nacional.

Conforme explicitado, não existe verdadeiro “conflito” entre a preservação da empresa e o atendimento ao interesse público, uma vez que a funcionalização da atividade empresarial revela a imbricação existente entre esses dois princípios,

contrariando a tese de que ambos realizam finalidades diversas e mutuamente excludentes. Não há, pois, como considerar verídica a afirmativa que postula em favor da existência de tal conflito, visto que a preservação da empresa não almeja outro desiderato senão a realização do interesse da própria coletividade, justificando, segundo Coelho (2019), a socialização dos efeitos da recuperação das empresas, que, em última análise, impõe o ônus da reorganização empresarial a toda a sociedade brasileira.

Nesse ínterim, o AREsp nº 309.867/ES esclarece que a indisponibilidade do interesse público e a preservação da empresa não são princípios colidentes, mas interdependentes, uma vez que o atendimento da finalidade por um deles designada leva, necessariamente, à realização da finalidade do outro. É nesse sentido que o relator, o ministro Gurgel de Faria, desponta em seu voto a chamada “ponderação equilibrada de princípios” como forma de fundamentar a aplicação equilibrada de ambos os princípios no caso em análise, por entender inexistir conflito entre o interesse da coletividade e a preservação da empresa.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. 6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n.8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

(STJ – AREsp nº 309.867/ES 2013/0064947-3, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Data de Julgamento: 26.06.2018, Primeira Turma, Data de Publicação: Dje 08.08.2018)

Portanto, a ponderação realizada no AREsp nº 309.867/ES aproxima-se da ideia de interdependência entre princípios teorizada por Ávila (2005), em razão da vinculação existente entre o interesse coletivo e a preservação da atividade empresarial, o que gera a peculiar necessidade de estabelecer entre ambos uma relação de equilíbrio, e não a atribuição de um peso maior a um dos princípios, determinando o consequente afastamento do outro, conforme assentado entendimento doutrinário acerca da ponderação de princípios.

Apesar da posição de Ávila (2005), é corriqueiro o seguinte entendimento acerca da ponderação:

A ponderação consiste em estabelecer entre os dois princípios em conflito numa hierarquia axiológica móvel. [...] *A ponderação, portanto, não é uma conciliação. Não consiste em colocar em acordo os dois princípios em conflito, ou em encontrar um ponto de equilíbrio, ou uma via intermediária entre eles. Não consiste na aplicação e nos sacrifícios parciais de ambos. Um dos dois princípios é aplicado, o outro é, momentaneamente, abandonado, desaplicado* (GUASTINI, 2010, p. 55, grifos nossos).

Essa noção comum de ponderação, que acarreta o abandono de um dos princípios colidentes em favor da prevalência conferida ao outro ante as circunstâncias do caso concreto, não é suficiente para elucidar o tipo de “colisão” entre a supremacia do interesse coletivo e a preservação da empresa. A relação entre esses princípios não comporta o afastamento de nenhum deles, mas, sim, a identificação de um ponto de equilíbrio que evidencie o atendimento mútuo das finalidades estipuladas por ambos. Esse ponto de equilíbrio é, precisamente, a função social da atividade empresarial.

Por isso, a ponderação levada a efeito no julgamento do AREsp nº 309.867/ES não comportou a atribuição de pesos distintos aos princípios envolvidos na relação, *a priori*, conflitante, uma vez que a técnica efetivamente empregada no julgado em tela não acarretou a prevalência de um dos princípios, mas evidenciou o imbricamento entre ambos, esclarecendo, por conseguinte, a necessidade de estabelecer entre eles uma harmonização.

A elucidação da relação de interdependência entre os princípios ora discutidos e a identificação das suas finalidades complementares foram obtidas a partir da investigação acerca da recuperação empresarial de forma contextualizada com a ordem jurídica vigente e de conformidade com os preceitos constitucionais dos quais não prescinde a aplicação do instituto recuperatório contido na Lei de Falência e Recuperação de Empresas, em observância aos princípios da preservação da empresa e da função social da empresa.

A regra da Lei de Licitações que exige a apresentação de certidão negativa de concordata para fins de habilitação em processo licitatório tem como finalidade precípua o atendimento do interesse público, posto que a comprovação da aptidão econômico-financeira do futuro contratado é indispensável para assegurar a efetiva execução do objeto do contrato administrativo consignado entre o poder público e a empresa vencedora da licitação. Por sua vez, o dispositivo da Lei nº 11.101/05, que prevê as contratações entre empresas recuperandas e o poder público, tem como escopo viabilizar a preservação da atividade empresarial enquanto fonte produtora de benesses sociais e econômicas que compatibilizam o exercício da atividade negocial com o postulado da função social da propriedade.

Portanto, a fim de identificar o alcance do viés recuperatório incutido na recuperação judicial em consonância com o caráter precipuamente coletivo do procedimento licitatório, tais dispositivos não devem ser interpretados isoladamente, mas em consonância com as demais normas jurídicas que, direta ou indiretamente, possam incidir sobre a participação de empresas em processo de recuperação nas licitações. Tendo em vista esse contexto de divergência doutrinária, jurisprudencial e normativa no qual se insere a problemática ora analisada, o julgamento do AREsp nº 309.867/ES realizou uma interpretação sistemática dos referidos dispositivos, que consiste, conforme Mascaro (2019, p. 161), em “interpretar a norma relacionando-a com as outras do ordenamento, comparando-a com os princípios do sistema, descobrindo eventuais ambiguidades, antinomias ou lacunas”.

Essa interpretação sistemática viabilizou a fixação de um entendimento acerca da participação de empresas recuperandas em licitações, segundo o qual o fator determinante para elucidar essa possibilidade deriva da constatação da funcionalização da atividade empresarial. A identificação dessa vertente social incutida na atividade negocial afasta a argumentação de que a preservação da empresa se contrapõe à necessidade de realizar o interesse coletivo, não havendo entre esses interesses uma verdadeira relação de confronto, mas de harmonização autorizada pela ordem constitucional.

Diante da tese que enseja a busca pelo equilíbrio entre esses princípios, a dúvida em torno da possibilidade jurídica da participação de empresas em recuperação judicial em licitações encontra o indicativo de uma resposta favorável quando enfrentada sob o viés principiológico, ao considerar-se que preservar a atividade empresarial é realizar o interesse da sociedade, por promover a continuação do cumprimento da função social do empreendimento empresarial, do crescimento e do desenvolvimento econômico.

5 Considerações finais

A título de conclusão, identifica-se que alguns pontos se revelaram fundamentais para a compreensão da possibilidade jurídica de empresas em recuperação judicial participarem em procedimentos licitatórios. *A priori*, verifica-se não ser possível estabelecer uma interpretação literal das normas contidas no artigo 52, II, da Lei nº 11.101/05 e no artigo 31, II, da Lei nº 8.666/93, uma vez que a recuperação judicial é um instituto que ostenta, em si mesmo, um conjunto de princípios cujo fundamento maior é a própria Constituição Federal, ao passo que a licitação pública é regida por princípios que orientam a administração no sentido da impessoalidade e da isonomia no tratamento dos administrados e, consequentemente, daqueles que pretendem firmar contratos com o poder público.

Portanto, a compreensão acerca desses institutos deve observar a incidência de outras normas contidas no ordenamento pátrio – mormente dos princípios – que incidem sobre a temática, orientando a sua interpretação. Considerando a necessidade de estabelecer uma interpretação sistemática, o julgamento do AREsp nº 309.867/ES, marco fundamentador do presente artigo, fixou o entendimento de que não é possível interpretar extensivamente a exigência de certidão negativa de concordata, por tratar-se de uma norma restritiva de direitos, além de ser vedado à administração inovar em matérias legais. Ressaltou-se também, no referido julgado, que inexistente verdadeiro conflito entre a indisponibilidade do interesse público e a preservação da empresa, posto que a função social da atividade empresarial é o ponto de equilíbrio entre os dois princípios.

A partir da exposição constante deste artigo, sem ter a pretensão de esgotar a matéria, mas apenas de contribuir para o debate do tema, pode-se concluir que:

- i. Apesar de não haver na doutrina e na jurisprudência um entendimento unânime acerca da participação de empresas em recuperação nas licitações, identifica-se que a divergência recorrente do tema reside na exigência legal de que, na fase de habilitação, o empresário comprove sua situação econômico-financeira mediante a exigência expressa de apresentação de uma certidão negativa de concordata, que, apesar de argumentos contrários, não pode ser considerada um instituto análogo à recuperação empresarial, inclusive pelo objetivo desta de recuperar o agente econômico empresarial.
- ii. A aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público não autoriza o afastamento da preservação da empresa, pois entre ambos não existe conflito, mas interdependência, de modo que a realização da finalidade por um deles estipulada acarreta a efetivação da finalidade almejada pelo outro. Portanto, admitir que a atividade empresarial seja preservada e mantida, inclusive mediante contratações com o poder público, significa atender o interesse coletivo, pois o cumprimento da função social da empresa fomenta a continuidade dos postos de trabalho, a arrecadação tributária e o desenvolvimento econômico regional e nacional.
- iii. Não é possível interpretar extensivamente a regra que exige certidão negativa de concordata para abranger a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, visto que tais institutos possuem finalidades e fundamentos distintos, de modo que a inabilitação automática dessas empresas revela tratamento discriminatório por exigir o cumprimento de requisito não previsto em lei, violando, assim, a legalidade estrita a que está jungida a atividade administrativa estatal.

iv. A ponderação equilibrada de princípios refere-se à técnica assim denominada no AREsp nº 309.867/ES e identifica que, no que tange à problemática da participação de empresas recuperandas em licitações, não há que ser atribuído um peso maior ao interesse coletivo em detrimento da preservação da empresa, posto que a interdependência entre esses princípios enseja a realização concomitante das finalidades de ambos.

Nesse caso, não será afastada a preservação da empresa diante do caso concreto, mas a sua realização é a efetivação do interesse público primário, sustentada no ponto de equilíbrio representado pela função social da atividade econômica, especialmente por ser o Estado responsável pela indução do crescimento e desenvolvimento econômico.

Diante desses elementos conclusivos, é possível extrair a constatação de que o ordenamento pátrio admite a participação de empresas em recuperação empresarial nas licitações públicas, desde que seja considerada a interpretação sistemática dos referidos institutos associada à incidência de princípios de índole constitucional, sem desprezar a finalidade almejada pela recuperação empresarial, mediante a garantia de que o interesse público não será ferido e de que o serviço público não sofrerá solução de continuidade. Nesse sentido, a “possibilidade jurídica” é sustentada muito mais pela leitura principiológica acerca da problemática em tela do que pela procura de autorizações legislativas expressas, uma vez que a recuperação empresarial busca viabilizar a superação da crise econômico-financeira da empresa, sendo corolário desse interesse a manutenção da empresa, que deve poder continuar suas atividades, inclusive contratando com o poder público, o que permitirá a sua reestruturação, bem como a efetivação e a concretização da sua função social.

Proportional balancing of principles: the juridical possibility of a company in judicial reorganization to participate in public biddings

Abstract: This article aims to verify if there is, in the national legal system, the possibility of companies in judicial reorganization to participate in public biddings without being automatically disqualified due to the non-presentation of negative certificate of judicial recovery, considering that the Law nº 8.666/93 only requires the presentation of a negative certificate of concordata. We seek to identify the legal provisions governing the participation of companies in judicial recovering in public biddings, and how the doctrine and jurisprudence have been facing this theme. Therefore, this article analyzes the main grounds of AREsp 309.867/ES in order to identify the arguments favorable to the conclusion of administrative contracts between the Government and companies in judicial reorganization. Besides that, the requirement of a negative certificate of judicial recovery is unreasonable, especially because there is no legal provision authorizing the Public Administration to act this way. Moreover, “concordata” and judicial reorganization are not analogous institutes, being distinct not only in their fundamentals, but also in their objectives. So there is no justification in replacing the term “concordata” by the “judicial reorganization”, as if this procedure had no implications in the theoretical and practical fields of both institutes. Therefore, it is understood that the preservation of business activity, by maintaining the possibility of contracting with the Government, does not contradict the supremacy and unavailability of

the public interest, mainly because by fulfilling its social function the company promotes employment, income generation, tax collection, impacting regional or national economic and social development.

Keywords: Judicial reorganization. Public bidding. Proportional balancing of principles. Principle of the Company Conservation. The social function of the company.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAÚJO, José Francelino de. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. Lei de Falências. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em recurso especial nº 309.867 ES*. Agravante: Tracomal Terraplanagem e Construções Machado LTDA - em Recuperação Judicial. Agravado: Município de Vitória. Relator: Ministro Gurgel de Faria. 26 de junho de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731236&num_registro=201300649473&data=20180808&formato=PDF. Acesso em: 11 set. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3. Direito de empresa, Contratos, Falência e Recuperação de empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CRUZ, André Santa. *Direito empresarial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 9. ed. São Paulo: Manole, 2015.
- GUASTINI, Ricardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, A. V.; OLIVEIRA, E. S. (Orgs.) *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.
- GOUVÊA, João Bosco Cascardo. *Recuperação e falência: Lei nº 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAMEDE, Gladston. *Empresa e atuação empresarial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 40. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa. v.3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 7. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- TORRES, Ronny Charles Lopes. *Leis de licitações públicas comentadas*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito empresarial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Jonábio Barbosa dos; FIGUEIREDO, Tássia Amorim. Ponderação equilibrada de princípios: a possibilidade jurídica de empresa em recuperação judicial participar de licitações públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 67-91, abr./jun. 2020.
