

**SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
(IM)POSSIBILIDADE DE MITIGAR A EXIGÊNCIA CONTIDA NO ART. 31,
INCISO II, DA LEI N. 8.666/1993 FACE AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO
SOCIAL DA EMPRESA E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Jamil Cherem Garcia¹
Sérgio Roberto Baasch Luz²

RESUMO

O presente estudo expõe, inicialmente, o óbice imposto pela Lei de Licitações e Contratos, ao impedir que empresas em recuperação judicial participem de certames públicos, ao delas exigir certidão negativa de recuperação judicial. Demonstrar-se-á, que a despeito da condição imposta pela Lei acima reportada, a recuperação judicial, por si só, não pode ser tida como elemento único a comprovar a incapacidade econômico-financeira de empresas que se encontram em processo de recuperação judicial. Para o desenvolvimento do presente artigo, utilizar-se-á material eminentemente bibliográfico, de modo a demonstrar a possibilidade, em razão da aplicação dos princípios da função social da empresa e da preservação da empresa, de mitigar a regra contida no art. 31, inciso II, da Lei n. 8.666/1993. Far-se-á a confrontação das leis em questão, à guisa de buscar proposição razoável, proporcional, útil e adequada, como solução para o problema.

Palavras-chave: 1. Direito administrativo. 2. Licitação. 3. Direito empresarial. 4. Função social da empresa. 5. Princípio da preservação da empresa.

1 INTRODUÇÃO

É cediço que a Administração Pública tem o dever de buscar, ao firmar contratos, a proposta mais vantajosa. Essa é uma das finalidades primordiais da Lei de Licitações e Contratos.

Nem sempre, porém, a proposta que aparentemente ofereça mais

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Santa Catarina. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera. Especialista em Administração Pública e Gerência de Cidades pela Faculdade de Tecnologia Internacional – FATEC. Especialista em Gestão e Legislação Tributária pela Faculdade de Tecnologia Internacional – FATEC. Especialista em Ciência Política pela Universidade Cândido Mendes – UCAM.

² Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

vantagens para o Poder Público, pode ser tida como a melhor. Nesse contexto, exige-se que o Administrador averigue a capacidade econômico-financeira e a idoneidade das empresas que pretendam contratar com a Administração.

Tal condição também é do escopo da pré-citada Lei de Licitações e Contratos.

Surge, portanto, a dúvida: empresas que se encontrem em recuperação judicial, diante da necessidade legal de comprovar a saúde econômico-financeira, estariam aptas a contratar com o Poder Público?

Este é o mote do estudo em apreço, cuja intenção é justamente trazer à luz a confrontação entre a Lei de Licitações e Contratos e a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, tendente a verificar a possibilidade de mitigar a exigência da certidão negativa de recuperação judicial, de modo a permitir que empresas que enfrentem processo de recuperação judicial, possam disputar licitações públicas.

Assim, nas linhas que seguem, buscar-se-á, de maneira propositiva, determinar a prevalência e o alcance dos princípios da função social da empresa e da preservação da empresa, em detrimento do art. 31, inciso II, da Lei n. 8.666/1993.

2 DESENVOLVIMENTO

O cerne do presente estudo gravita em saber se empresa em recuperação judicial estaria dispensada de apresentar a certidão inserida no inciso II do art. 31 da Lei n. 8.666/93, considerando o escopo do art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

Vale, a propósito, transcrever a redação do indigitado art. 31, inciso II, da Lei n. 8.666/1993:

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

[...]

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

Principia-se gizando que a despeito da Lei n. 8.666/1993 aludir à certidão negativa de concordata, a expressão deve ser entendida, sem

embargo das discrepâncias entre os dois institutos, como certidão negativa de recuperação judicial. O balizamento doutrinário dos administrativistas segue essa interpretação.

Apenas para esclarecer, calha registrar que o estudo em apreço não se ocupará de traçar as diferenciações entre o instituto da concordata – o qual foi expurgado do ordenamento jurídico pátrio – e da recuperação judicial, embora, como dito, saiba-se das peculiaridades atinentes a cada qual.

Retomando-se o rumo, é bem verdade que a Administração Pública tem o dever de aferir a capacidade econômico-financeira e a idoneidade das empresas que com ela pretendam contratar, notadamente para verificar se os candidatos reúnem condições de cumprir eventuais obrigações assumidas perante a Administração.

A qualificação econômico-financeira, segundo Ronny Charles, “objetiva verificação da capacidade econômica do particular, de forma que fique resguardada a existência de condições suficientes e compatíveis com a posterior execução contratual”. Ainda de acordo com o autor, tal predicado é composto “por um conjunto de dados e informações condizentes com a natureza e as características/especificidades do objeto, capazes de aferir a capacidade financeira da licitante, em relação aos compromissos que terá de assumir, caso lhe seja adjudicado o contrato” (CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 371-372).

Valendo-se do comando estatuído no pré-falado art. 31, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, o Administrador, das diversas esferas do Poder Público, tem inserido nos editais de licitações regra que veda a participação de empresas que se encontrem em recuperação judicial, ao exigir como comprovação da capacidade econômico-financeira certidões para comprovar a inexistência de recuperação judicial.

A Constituição Federal, como cediço, estabelece que o procedimento licitatório só permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

No que tange à apuração da qualificação econômico-financeira, Marçal Justen Filho defende que, no campo das licitações, não deve haver um

conceito absoluto, isso porque tal condição deve ser obtida frente ao vulto dos investimentos e despesas necessários à execução da prestação. É dizer, a qualificação econômico-financeira deverá ser apurada em função das necessidades concretas de cada caso (**Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 627).

Sobre o ponto, convém salientar que o Superior Tribunal de Justiça já reputou válido edital que deixou de exigir comprovação atinente a todos os incisos do art. 31. Disse o Ministro José Delgado, na oportunidade: "Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93". E arrematou que "a comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos" (REsp n. 402.711 / SP, j. 11-6-2002).

Marçal Justen Filho lembra que, em hipótese semelhante, o Tribunal de Contas da União considerou legal instrumento licitatório que admitiu que empresas que não prenchessem os índices denotadores de boa situação econômico-financeira fossem habilitadas por meio da demonstração de capital social ou patrimônio líquido mínimo (Acórdão 247/2003, Plenário, rel. Min. Marcos Vilaça) (**Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 627).

As ilações, de ambos tribunais, ao que parece, revelam-se de bom alvitre. Conclusão contrária mereceria uma boa dose de reflexão, já que uma sociedade empresária que se encontre em processo de recuperação judicial e cujo objeto social seja direcionado à execução de obras públicas, ou seja, com faturamento proveniente de contratos firmados com a Administração Pública, certamente seria incapaz de superar a crise se estiver impedida de participar de processos licitatórios.

Aliás, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul recentemente se deparou com situação em que sociedade empresária submetida a processo de recuperação judicial, e cujo faturamento decorria de contratos firmados com entes públicos, buscava a obtenção de provimento judicial, de modo que lhe

fosse permitido participar de processo licitatório sem a necessidade de apresentar a certidão prevista no inciso II do art. 31 da Lei n. 8.666/1993. Do voto condutor, cuja relatoria foi do Desembargador Ney Wiedemann Neto, haure-se brilhante ponderação no tocante à questão em debate:

O simples fato de estar em recuperação judicial, por si só, não se afigura, em tese, motivo relevante e determinante para que não possa manter os contratos atuais e participar de futuras licitações. A Lei de Licitações, como já dito, por ser anterior a Lei n. 11.101, não exige a apresentação dessa certidão negativa, e a antiga concordata é instituto diferente da recuperação, para esse efeito.

Logo, só por isso, não se pode presumir risco de insolvência ou de quebra da empresa, a colocar em risco o erário público, numa atual ou futura contratação. Esse risco muitas vezes pode ser igual ou inferior ao de qualquer outra contratação com qualquer outra empresa, muitas das quais falem na vigência de contratos com entes públicos.

[...]

Na atual conjuntura social e econômica mostra-se imprescindível zelar pela manutenção da atividade empresária, com a consequente geração de emprego, renda e receitas fiscais. Sendo que impedir a participação da empresa em processo licitatório por estar em recuperação judicial afronta o princípio da preservação da empresa, positivado no art. 47 da Lei n. 11.101. (Agravo de Instrumento n. 70072108913, de Canos, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. 30-3-2017).

A decisão da Corte rio-grandense-do-sul foi alvo de recurso no Superior Tribunal de Justiça, mas não foi modificada. A ementa do acórdão é suficientemente esclarecedora:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR DEFERIDA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. NECESSIDADE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APRESENTAR CERTIDÃO PREVISTA NO ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO INÉDITA. ATIVIDADE EMPRESARIAL. RENDA TOTALMENTE OBTIDA POR CONTRATOS COM ENTES PÚBLICOS. PERICULUM IN MORA INVERSO EVIDENCIADO. QUESTÃO INÉDITA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. LIMINAR CASSADA. EXTINÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a concessão de provimento liminar em medidas cautelares reclama a satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O primeiro consubstancia-se no fato de o direito alegado no recurso ser plausível e encontrar amparo em entendimentos deste Superior Tribunal e o segundo remonta-se à possibilidade de perecimento do direito caso a medida não seja deferida.

2. O Tribunal de origem exarou decisão no sentido de permitir que a agravante, pessoa jurídica em recuperação judicial, continuasse a participar de licitações públicas, "sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial" salientando, para tanto, que essa "possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei nº

8.666/93, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não seria capaz de apresentar apenas a certidão negativa de falência ou concordata."

3. Quanto ao fumus boni iuris - possibilidade de empresa em recuperação judicial ser dispensada de apresentação da certidão insita no inciso II, do art. 31, da Lei nº 8.666/93, considerando os fins do instituto elencados no art. 47 da Lei nº 11.101/2005 - para fins de participação em certames, verifica-se que esta Corte Superior de Justiça não possui posicionamento específico quanto ao tema.

4. Nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase. A propósito, cita-se o REsp 1187404/MT - feito no qual foi relativizada a obrigatoriedade de apresentação de documentos, por parte de empresas sujeitas à Lei nº 11.101/2005, para fins obtenção de parcelamento tributário. Restou consignado que: "em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.)

5. O fato de o pleito deduzido no especial não encontrar amparo em qualquer precedente desta Corte, somando à tese adotada, em situações similares, no sentido de relativizar as exigências documentais, previstas em lei, para que empresas em recuperação judicial possam lograr êxito em seu plano recuperatório, afastam, da espécie, o fumus boni iuris.

6. Não resta evidenciada a alegação de ser o provimento assegurado pela instância a quo genérico com efeito erga omnes. O Tribunal a quo não autorizou a recorrida a participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos na lei de regência. Afastou a apresentação de uma certidão: a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

7. O periculum in mora não foi demonstrado, pois o agravado não foi capaz de demonstrar o perecimento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualiza-se na espécie, possível ocorrência de periculum in mora inverso, pois, tendo a agravante focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100 % de sua fonte de receitas, a subsistência da liminar em tela poderá comprometer a sua existência.

8. Agravo regimental provido, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar . (AgRg na MC 23499 / RS, rel. Ministro Humberto Martins, rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, j. 18-12-2014).

Em julgamento posterior, a Corte Cidadã manteve tal entendimento:

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

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões

publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

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

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.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

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

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

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.
(AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018)

Urge frisar que a Lei n. 11.101/2005 oferece à sociedade empresária devedora, antes que o descumprimento de obrigações de pagar autorize a sua presunção de insolvência, a oportunidade de demonstrar que possui condições para superar a crise econômico-financeira em que se encontra. Esta é a finalidade precípua do comando talhado pelo art. 47 da Lei n. 11.101/2005, quando estipula que:

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.

Remarque-se que a recuperação judicial é instituto, cujo objetivo, é recuperar economicamente o devedor, à guisa de lhe assegurar os meios indispensáveis à manutenção da empresa, considerando sua função social. O conceito exprime a preocupação em preservar a empresa, que é tida como verdadeira instituição social para a qual se conjugam interesses diversos (ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 320).

Trilhando essa mesma senda, Gladston Mamede assere que a recuperação judicial de empresas tem por escopo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei 11.101/05) (**Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. 6. ed. v. IV. São Paulo: Atlas, 2014. p. 122).

Nesse desiderato, não é dispendioso aduzir que a empresa também cumpre importante função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, bem como ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que está inserida.

Gladston Mamede lembra muito bem que:

O princípio da função social da empresa conduz ao enfoque da livre iniciativa não por sua expressão egoísta, como trabalho de um ser humano em benefício de suas próprias metas, mas como iniciativa que, não obstante individual, cumpre um papel na sociedade. A iniciativa individual, portanto, deve ser valorizada e protegida por todos os seus Poderes e órgãos, já que funciona a favor da sociedade. Mas, para além do titular da atividade negocial, o princípio também exige a atenção à atividade em si, percebendo-a como unidade de uma estrutura, um sistema no qual todas as atividades se combinam a bem da sociedade (**Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 8. ed. v. I. São Paulo: Atlas, 2015. 48).

A inferência, portanto, é de que o princípio da função social da empresa não serve como escudo para os desmandos de empresários, serve, antes de qualquer coisa, para proteger a sociedade e o Estado que se beneficiam da atuação da empresa.

Ligado umbilicalmente ao princípio da função social da empresa está o princípio da preservação da empresa, e como consequência disso pode-se afirmar: não há como dissociar a aplicação desses dois princípios, pois é preciso preservar a empresa para que ela então cumpra sua função social.

A respeito do tema, bem ponderou Fábio Ulhoa Coelho:

O princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial" (**Curso de direito comercial**. 18. ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80).

Nessa mesma toada, Coelho afirma ainda que:

Em razão do impacto social da crise da empresa, sua prevenção e solução serão destinadas não somente à proteção dos interesses do empresário, de seus credores e empregados, mas também, quando necessário, à proteção dos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial" (op. cit. p. 99).

Do escólio de Waldo Fazzio Júnior, sobre a questão, extrai-se valiosa lição:

A atividade empresarial afeta o mercado e a sociedade. O modo de produção econômica, no sistema capitalista, é determinante das demais instâncias sociais. Por isso, o interesse de agir nos processos regidos pela LRE reside na necessidade de um provimento judiciário para deslindar não só a crise econômico-financeira de um empresário, mas toda espécie de relações daí decorrentes e suas repercussões sociais. (**Manual de direito comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 596).

Dessarte, a preservação da atividade negocial deve ser o azimute a guiar o plano de recuperação judicial, visto que os interesses metaindividuais também são atingidos em razão de eventuais crises enfrentadas pelas sociedades empresariais. Reafirma-se, a empresa deve ser preservada não somente para satisfazer os proveitos pessoais dos empresários, mas principalmente com o escopo de zelar pelos interesses maiores atingidos direta ou indiretamente pelas atividades empresariais.

Mamede robora essa assertiva, ao assinalar que não se defere a recuperação para proteger o empresário ou a sociedade empresária, uma vez que não é esse o intento do instituto, mormente porque a recuperação judicial pode concretizar-se até em desproveito do devedor, quando este é apartado da empresa, a bem da sua manutenção (**MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 6. ed. v. IV. São Paulo: Atlas, 2014. p. 123).

Diante de tais considerações, propõe-se, como forma de aferir a capacidade econômico-financeira de sociedade empresariais que enfrentam

processo de recuperação judicial, e que tenham a intenção de participar de certames públicos, a apreciação individualizada de cada caso, de modo a verificar se a empresa participante reúne condições de cumprir o objeto da licitação. Para esses casos, sugere-se, como elemento probatório, a apresentação do plano de recuperação judicial, devidamente aprovado por sentença, e cujos termos estejam sendo cumpridos fielmente.

Na esteira da solução ora proposta, denota-se que os administradores públicos podem, por outros elementos que não somente aqueles previstos no art. 31 da Lei n. 8.666/1993, perscrutar a saúde econômico-financeira das sociedades empresárias participantes de licitações públicas.

Certamente que a mitigação da norma em comento – art. 31 da Lei n. 8.666/1993 – exigirá, do Administrador Público, um pouco mais de empenho na elaboração de editais de licitação que possibilitem a participação de empresas submetidas a processo de recuperação judicial.

Entrementes, tal providência, na esteira do que foi propugnado, mostra-se razoável e proporcional, além de útil e adequada.

A respeito da proporcionalidade Marcelo Novelino assere:

A proporcionalidade em sentido estrito está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A interferência na esfera dos direitos dos cidadãos só será justificável se o benefício trazido for maior que o ônus já imposto. Nesse caso, meio e fim são equacionados mediante um *juízo de ponderação*, para que sejam pesadas as 'desvantagens do meio em relação às vantagens do fim. (*Direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008. p. 81).

Assim, num juízo de ponderação, em que conflitam a Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993), cujo texto, nesse caso específico, visa resguardar a Administração Pública ao protegê-la de eventuais candidatos que não detenham capacidade econômico-financeira; e a Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005), a qual busca consubstanciar a função social e a preservação da empresa, ao outorgar-lhes a possibilidade de suplantar momentos de dificuldade econômico-financeira por meio da recuperação judicial; reafirma-se a proposição de que o Administrador Público pode aferir a capacidade econômico-financeira de empresas que se encontrem

em recuperação judicial, não somente por meio da certidão prevista no art. 31, inciso II, da Lei n. 8.666/1993.

Em nome da razoabilidade e da proporcionalidade, entende-se que obstar a participação de empresa em processo licitatório pelo fato de estar em recuperação judicial, seria desrespeitar os princípios da função social da empresa e da preservação da empresa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito da Lei n. 8.666/1993 exigir em seu art. 31 a comprovação da capacidade econômico-financeira das empresas que pretendam contratar com a Administração, verificou-se que alguns tribunais já reputaram válidos editais de licitação pública que deixaram de exigir comprovação atinente a todos os incisos do art. 31, afirmando que a capacidade econômico-financeira, em determinadas hipóteses, pode ser aferida por outros meios.

Constatou-se, seguidamente, que o art. 47 da Lei n. 11.101/2005 oferece à sociedade empresária que se encontra em momento de dificuldade econômico-financeira, antes que o descumprimento de obrigações de pagar autorize a sua presunção de insolvência, a oportunidade de superar a crise por meio da recuperação judicial. A utilização desse instituto é guiada pelos princípios da função social da empresa e da preservação da empresa, uma vez que as sociedades empresariais cumprem importante função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, bem como ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que está inserida.

Propõe-se, como forma de aferir a capacidade econômico-financeira de sociedade empresariais que enfrentam processo de recuperação judicial, e que tenham a intenção de participar de certames públicos, a apreciação individualizada de cada caso, de modo a verificar se a empresa participante reúne condições de cumprir o objeto da licitação, caso seja vencedora.

Sugeriu-se, nessa tessitura, a apresentação do plano de recuperação judicial, devidamente aprovado por sentença, e cujos termos estejam sendo cumpridos fielmente, como elemento probatório.

Assim, os administradores públicos poderão, por outros elementos que não somente aqueles previstos no art. 31 da Lei n. 8.666/1993, perscrutar a saúde econômico-financeira das sociedades empresárias participantes de licitações públicas.

Argumentou-se, por fim, que não seria razoável e nem proporcional obstar a participação de empresa em processo licitatório pelo fato de estar em recuperação judicial, ao passo que tal proceder afrontaria os princípios da função social da empresa e da preservação da empresa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l1101.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 23.499. Agravante: Ibrowse Consultoria e Informática Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=23499&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 309.867. Agravante: Tracomal Terraplenagem E Construções Machado Ltda. - Em Recuperação Judicial. Agravado: Município de Vitória. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 29 mar. 2022.

CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 18. ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 8. ed. v. I. São Paulo: Atlas, 2015.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. 6. ed. v. IV. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70072108913. Agravante: Thorga Engenharia Industrial S.A. Relator: Desembargador Ney Wiedemann Neto. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70072108913&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 28 jun. 2017.