



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO  
BACHARELADO EM DIREITO**

**CAMILA ABOUD GOMES**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL PARTICIPAREM DE LICITAÇÕES**

**SALVADOR  
2016**

**CAMILA ABOUD GOMES**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL PARTICIPAREM DE LICITAÇÕES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso Direito da Faculdade Baiana de Direito e gestão, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**SALVADOR  
2016**

**CAMILA ABOUD GOMES**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL PARTICIPAREM DE LICITAÇÕES**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Coordenação do Curso  
Direito da Faculdade Baiana de Direito e  
Gestão, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

APROVADO EM \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Ms.  
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

---

Prof. Ms.  
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

---

Prof. Dr.  
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

Dedico este trabalho especialmente a  
minha família.

## AGRADECIMENTOS

Considero esse espaço como o mais pulsante; aquele que me confere a oportunidade de registrar a minha gratidão por todos que, de alguma forma, participaram da sua construção junto a mim.

Obrigada, Jesus e a todos os meus mentores, por me impulsionarem espiritualmente nessa caminhada, seja conferindo forças, coragem, seja me conferindo a inspiração necessária para o parto das ideias. Em verdade, concluí que escrever não se resume no ato de organizar frases e parágrafos. Escrever é uma arte; e esta, por sua vez, é orquestrada pelo divino.

A Liuba, referência de caridade e moralidade, agradeço pela sua amável presença e profunda participação na minha vida, pelos suspiros espirituais e por me aproximar da doutrina espírita, que fortaleceu a minha fé.

Obrigada, mãe e pai, por todo suporte afetivo e material para chegar onde cheguei, e para caminhar por onde permaneço caminhando. Vocês são o meu grande tesouro, meus dois grandes amores e incentivadores, aos quais tenho o orgulho de dedicar a integralidade do meu primeiro trabalho científico, fruto de muito empenho e dedicação. Obrigada por sempre segurarem as minhas mãos; agora, as levantamos juntos, pois a futura aprovação deste trabalho e a minha conseqüente formatura é uma vitória nossa.

Obrigada, minha irmã, Luciana, pelo seu sincero carinho de irmã caçula, que compreendeu, com o coração, todas as minhas ausências.

Adriano, minha alma gêmea, meu parceiro de guerras e vitórias, quem eu escolhi para viver os próximos anos de minha vida, obrigada pelo auxílio psicológico e jurídico do início ao fim, os quais foram fundamentais na concretização desse trabalho. Você me completa, transmitindo a paz e a paciência necessárias para seguir em frente, confiando em Deus.

Aos meus avós Tida e Darcy, agradeço pela ativa torcida. A cada encontro eu era questionada: “Meu coração, quando termina isso?” e “Cacá, cadê a mamografia?”. Agradeço, com todo o amor, pela doçura que esse carinho de vô e vó reveste o meu coração.

Aos meus avós Aderval e Marlene, obrigada pelas companhias às tardes de domingo, com mimos e histórias, para suavizar os cansativos momentos de produção.

Obrigada, minha tia Lili, pelas vibrações positivas e pelo delicioso bolo de aipim que embalou as noites dos dias mais densos de trabalho, conferindo-lhes aquele sabor peculiar.

A Mari e Jhony, obrigada pelas bem humoradas vibrações positivas, e por compartilharem a persistência para alcançar o que se deseja; “vitória na guerra!”.

À família Camardelli, que Deus me presenteou, aqui representada por Luciana e Marcelo, agradeço imensamente pela presença firme, fiel e expressiva em situações peculiares de minha vida, sempre de braços abertos para me receber, mesmo com tantas ausências da minha parte.

Às minhas amigas Nat e Celle, obrigada pela amizade, que continua na mesma intensidade, mesmo permeada pela distância; peço-lhes desculpas pela tamanha ausência e afastamento durante esse longo período de produção.

À família Galvão, especialmente ao meu cunhado Heitor, mais conhecido como “polenguinho”, obrigada pelo constante carinho, atenção e prestatividade dispensadas a mim.

Obrigada, eterno Professor e amigo Ricardo Maurício, pelas aulas instigantes e metafóricas, que me convidavam, nos imaturos 17 anos, a conhecer um mundo absolutamente desconhecido e que não achei que fosse capaz de me apaixonar: o da docência e da academia. Meu sincero obrigada por sempre estender a mão a mim ao longo do curso de Direito, inclusive no momento em que este trabalho, no princípio, se debruçava sobre o “Poder Simbólico” e a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

Ao Professor Ruy Andrade, agradeço imensamente por dispensar seu tempo, de forma gentil e despretensiosa, na organização das ideias para que eu iniciasse a confecção desse trabalho, ante a absoluta inexperiência na condução do projeto nos moldes em que eu pretendia.

Agradeço à Advocacia De Luizi, em especial a Fernando De Luizi, pela confiança no meu trabalho e pela oportunidade profissional que me fizera descobrir o motivo pelo qual cursei Direito: trabalhar com empresas.

Aos meus colegas de trabalho, em especial a Grazi, Paulinho, Vini, Angelita, Quel, meu conterrâneo Lucas, Dr. Douglas, Dr. Marcos, obrigada, de coração, pelo acolhimento, pela paciência, e pela amizade construída; me sinto feliz por trabalhar com vocês.

Preciso agradecer especialmente aos amigos Alê e Ricardo, pela paciência e pelo acolhimento incondicional desde o primeiro dia de trabalho, inobstante os tiroteios

de questionamentos. Obrigada pela alfabetização em recuperação judicial, pelo ombro amigo, pela torcida e por assumirem, em absoluto, a minha lista de pendências nas duas semanas que me afastei completamente para confeccionar este trabalho.

Agradeço, também, a Sávio, amigo baiano presenteado por São Paulo, que, com seu abraço apertado, me transmite energia positiva para tornar os dias de trabalho mais calorosos e menos solitários. Obrigada por compartilhar sua experiência profissional e por me incentivar e apoiar na finalização dessa etapa.

A Vissa e Vini, agradeço imensamente pelas obras sobre recuperação judicial emprestadas a mim, as quais foram fundamentais para embasar o meu trabalho.

Não menos importante, agradeço, ainda, àqueles anjos que foram enviados por Deus, assim, sem eu sequer pedir. Ao mocinho que estava na fila do balcão da Gol, obrigada por ter despachado a minha biblioteca ambulante, exatamente na semana em que eu planejava finalizar o meu trabalho. A Cláudia Cerqueira, agradeço pelo apoio na revisão deste trabalho, quando a exaustão já se encontrava instalada na minha mente.

Por fim, agradeço à vida, pela possibilidade de superar os desafios, evoluir espiritualmente e conviver com todos vocês.

*Namastê.*

"Prezado Professor, sou sobrevivente de um campo de concentração. Meus olhos viram o que nenhum homem deveria ver. Câmaras de gás construídas por engenheiros formados. Crianças envenenadas por médicos diplomados. Recém-nascidos mortos por enfermeiras treinadas. Mulheres e bebês fuzilados e queimados por graduados de colégios e universidades. Assim tenho minhas suspeitas sobre a Educação. Meu pedido é: ajude seus alunos a tornarem-se humanos. Seus esforços nunca deverão produzir monstros treinados ou psicopatas hábeis. Ler, escrever e saber aritmética só são importantes se fizerem nossas crianças mais humanas".

**(Texto encontrado após a Segunda Guerra Mundial, em um campo de concentração Nazista)**



## RESUMO

A proposta do presente trabalho reside no estudo acerca da possibilidade, ou não, de sociedades empresárias, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participarem de licitações. Com o objetivo de verticalizar a presente hipótese de estudo, a investigação desenvolvida toma como base os certames na modalidade pregão eletrônico, realizados em âmbito federal, com enfoque na fase de habilitação. Para tanto, o presente trabalho de conclusão de curso examina elementos específicos do instituto da Recuperação Judicial – disciplinado no bojo da Lei nº 11.101/2005 - e também do pregão eletrônico, inserido no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 5.450/2005 – o qual é compreendido juntamente com as Leis nº 10.520/2002, 8.666/1993 e também a Constituição Federal de 1988. Postos os conceitos necessários, examina se a exigência prevista no art. 31, II, Lei nº 8.666/1993 seria um impeditivo para as referidas sociedades empresárias, seguindo para a análise i) da aferição da capacidade econômico-financeira desses agentes (inclusive à luz dos instrumentos convocatórios) e a ii) situação dessas sociedades frente à fase de cumprimento do plano de recuperação judicial.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial. Participação. Licitação. Pregão Eletrônico. Fase Habilitação.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2. NOÇÕES BASILARES: A LEI Nº 11.101/2005, O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA .....</b>	<b>14</b>
2.1. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CARACTERIZAÇÃO, PROCESSAMENTO, OBJETIVOS E FUNDAMENTOS.....	16
<b>2.1.1. A natureza jurídica do instituto da recuperação judicial: de direito privado, de direito público ou de direito econômico? .....</b>	<b>19</b>
2.2. O PAPEL DO JUIZ NA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUANDO APROVADO O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES.....	25
2.3. AGENTES FISCALIZATÓRIOS NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	34
<b>2.3.1. O papel do juiz no processo de recuperação judicial. ....</b>	<b>34</b>
<b>2.3.2. O papel do Ministério Público no processo de recuperação judicial.....</b>	<b>37</b>
<b>2.3.3. O papel do Administrador Judicial no processo de recuperação judicial. ..</b>	<b>38</b>
<b>2.3.4. O papel do Comitê de Credores no processo de recuperação judicial.....</b>	<b>42</b>
2.4. A FASE DE CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO .....	44
<b>3. O PODER PÚBLICO E OS DIPLOMAS NORMATIVOS (LEIS Nº 8.666/1993, Nº 10.520/2002 E DECRETO Nº 5.450/2005): ASPECTOS RELEVANTES .....</b>	<b>49</b>
3.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PREGÃO: OBJETIVO, CONCEITO, MODALIDADES, FUNDAMENTOS, PRINCÍPIOS NORTEADORES E VANTAGENS COM A ADOÇÃO NA MODALIDADE ELETRÔNICA.....	51
3.2. O PROCEDIMENTO DO PREGÃO ELETRÔNICO E O ATENDIMENTO DO QUESITO “QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA” NA FASE DE HABILITAÇÃO .....	61
<b>4. DA CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS INSTITUTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO: AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS, EM FASE DE CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, PODEM CONCORRER NOS REFERIDOS CERTAMES? .....</b>	<b>67</b>
4.1. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 31, II, DA LEI Nº 8.666/1993 E SUA INSERÇÃO NOS INSTRUMENTOS CONVOCATÓRIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: RECUPERAÇÃO JUDICIAL E CONCORDATA SÃO INSTITUTOS EQUIVALENTES? .	68

4.2. A CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ENFRENTAMENTO À LUZ DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO DO PREGÃO ELETRÔNICO, DA FASE DE HABILITAÇÃO E DO CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	81
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>102</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>108</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre salientar que o corte epistemológico utilizado para determinar os limites da pesquisa circunscreve-se à recuperação judicial de sociedades empresárias no âmbito do procedimento licitatório.

A definição do corte epistemológico - ponto de partida de uma pesquisa -, possibilitou, portanto, a definição do seguinte tema, qual seja, a (im)possibilidade de sociedades empresárias em recuperação judicial participarem de licitações.

Feito esse registro inicial, cumpre esclarecer que a escolha do referido tema se orienta pela experiência profissional obtida em escritório de advocacia especializado em recuperação judicial, bem como na retração econômica que atinge o Brasil nesse momento histórico, o que tem debilitado financeiramente as sociedades empresárias, ocasionando um aumento significativo dos pedidos de recuperação judicial<sup>1</sup>.

Antes de apresentar a estruturação em que o presente trabalho de conclusão de curso se pauta, é importante esclarecer que o tema acima identificado foi verticalizado, a fim de delimitar os limites do seu estudo. É dizer, examinar-se-á a possibilidade ou não de sociedades empresárias, na fase específica de cumprimento do seu plano de recuperação judicial, participarem de licitações na modalidade pregão eletrônico, promovidas pela Administração Pública Federal.

Nessa linha, o presente trabalho científico está estruturado em três capítulos, os quais seguem identificados abaixo.

O primeiro capítulo estabelece as premissas necessárias para o entendimento do instituto da recuperação judicial, o qual encontra-se devidamente disciplinado na Lei nº 11.101/2005. Assim, além da sua conceituação, será apresentado ao leitor os seus fundamentos; objetivos; princípios norteadores; o encadeamento do processo de recuperação judicial; a natureza jurídica do instituto; o papel do magistrado no momento da sua concessão, após a aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores; os agentes que exercem a função fiscalizatória no processo recuperacional, bem como a situação da sociedade empresária em fase de cumprimento do seu plano.

---

<sup>1</sup> Para conferir esse aumento em números e dados, reporta-se o leitor à reportagem veiculada pelo Serasa Experian, maior certificadora do Brasil, e integrante do grupo Experian, líder mundial em serviços de informação. Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/pedidos-de-recuperacoes-judiciais-batem-recorde-no-primeiro-bimestre-revela-serasa-experian/>>. Acesso em: 11 maio. 2016.

O segundo capítulo, por sua vez, com o mesmo objetivo que o capítulo anterior – qual seja, de contextualizar o leitor –, estabelecerá as premissas necessárias relacionadas a outro instituto objeto de estudo deste trabalho, a saber, a licitação, mais precisamente a modalidade licitatória pregão eletrônico, inserida no ordenamento jurídico através do Decreto nº 5.450/2005.

Com efeito, tratar-se-á dos princípios norteadores, objetivos, fundamentos, procedimento, correlatos à aludida modalidade licitatória. Além disso, serão verificadas as vantagens com a utilização do pregão eletrônico pela Administração Pública Federal e como se apura a capacidade econômico-financeira da sociedade empresária que deseje licitar, no momento da fase de habilitação.

Postas as premissas teóricas necessárias ao leitor, passa-se, no terceiro capítulo, à verificação científica proposta no presente trabalho de conclusão de curso concernente à possibilidade de sociedades empresárias, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participarem de pregões eletrônicos, promovidos pela Administração Pública Federal.

Assim, no terceiro capítulo, ao enfrentar as premissas teóricas que lastrearam as formulações argumentativas desenvolvidas no decorrer do presente trabalho, será analisado se a exigência prevista no art. 31, II, Lei nº 8.666/1993, pode fundamentar a inabilitação de uma sociedade empresária, em fase de cumprimento de plano de recuperação judicial, que esteja concorrendo em um certame.

Além disso, examinar-se-á a forma de aferição da capacidade econômico-financeira de uma sociedade empresária licitante, especialmente à luz dos instrumentos convocatórios; a peculiaridade da fase de habilitação na modalidade pregão eletrônico; e, ainda, a situação da sociedade empresária em fase de cumprimento do seu plano de recuperação judicial.

Somado a isso, será investigado os riscos que eventualmente o Poder Público Federal estaria sujeito ao permitir a participação de uma sociedade empresária, em fase de cumprimento do seu plano recuperacional, em um pregão eletrônico.

Por fim, serão expostos o recente entendimento assumido pelo Superior Tribunal de Justiça em um caso concreto envolvendo o tema do presente trabalho, bem como a concepção da Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Procuradoria Geral Federal, o qual foi provocado pelo julgamento do citado órgão do Poder Judiciário.

## **2. NOÇÕES BASILARES: A LEI Nº 11.101/2005, O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA.**

Após doze anos de tramitação, o Projeto de Lei nº 4.376/1993, após sua aprovação, deu origem à Lei nº 11.101/2005, a qual regula não só o instituto da falência, como também a recuperação judicial e extrajudicial do empresário e da sociedade empresária.

A recuperação judicial é substancialmente disciplinada nos capítulos II e III da citada Lei, os quais dispõem a respeito dos princípios norteadores do instituto, aspectos processuais (procedimento, juízo competente para processar e julgar a causa, legitimidade ativa para demandar, cabimento de recursos, agentes processuais) e materiais (créditos sujeitos à recuperação judicial, efeitos da recuperação judicial nos contratos vigentes do devedor, meios de recuperação do devedor), relacionados ao Direito Falimentar.

Dentre todos os dispositivos relacionados à recuperação judicial, destaca-se o fulcral e basilar artigo 47 da Lei 11.101/2005<sup>2</sup>, o qual versa, de forma concisa e condensada (o que será diluído e desenvolvido ao longo deste trabalho), sobre o conceito, objetivos e fundamentos deste instituto jurídico.

Na seara doutrinária, Jorge Lobo desenvolve com clareza e completude o conceito legal de recuperação judicial, cuja transcrição é oportuna:

Recuperação Judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

<sup>3</sup> LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171-172.

A recuperação judicial é, portanto, um instituto que visa superar uma crise econômico-financeira que esteja atingindo uma sociedade empresária, muito embora a própria Lei nº 11.101/2005 não estabeleça parâmetros ou critérios objetivos para identificar o estado de debilidade financeira do ente empresarial.

Conforme explicitado alhures, doutrinadores da área jurídica, a exemplo de Fábio Ulhoa Coelho, explicam o que seria uma crise econômico-financeira, a saber: trata-se de pressuposto objetivo do pedido de recuperação judicial, e também um termo que possui diversas acepções, variando conforme o caso concreto, pois está intimamente associado a dados financeiros, os quais são lidos por profissionais especializados. Nesse sentido, são os dizeres de Ricardo Negrão que “com um conceito aberto de estado deficitário, a lei brasileira, a exemplo dos modelos existentes no Direito Comparado, possibilita amplo espectro de situações”<sup>4</sup>.

Compartilhando do mesmo entendimento, Jorge Lobo assinala:

A verificação se a empresa se encontra em ‘estado de crise econômico-financeira’ deve dar-se caso a caso, por ser uma questão puramente de fato, embora com sérias consequências jurídicas e legais; o seu conceito [...] abarca as noções clássicas, de índole essencialmente financeira, de a) inadimplemento de obrigação pecuniária, b) iliquidez e c) insolvência, embora nelas não se esgote [...].<sup>5</sup>

Waldo Fazzio Júnior<sup>6</sup> aponta que a “LRE não define o que chama de crise econômico-financeira” e diz que “faz muito bem”, pois “não é da lei a expressão de definições”. Desse modo, “cumprindo ao intérprete buscar uma interpretação, senão teleológica, ao menos com razoabilidade suficiente para a compreensão do seu sentido”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> NEGRÃO, Ricardo. A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122-123.

<sup>5</sup> LOBO, Jorge. *op. cit.*

<sup>6</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falências e recuperação de empresas. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 129. Para auxiliar o operador do Direito nessa análise, o autor sugere o entendimento das “modalidades de crise econômico-financeira”, quais sejam, iliquidez, insolvência e situação patrimonial dependente de readequação e observância da importância social e econômica da atividade do devedor (no contexto local, regional ou nacional). Além desses aspectos, para aferir a viabilidade de uma atividade, salienta a importância da análise de aspectos como a qualificação da mão de obra e tecnologia empregadas, o volume do ativo e do passivo, tempo de constituição e funcionamento do negócio, faturamento anual e nível de endividamento da sociedade empresária.

Para que o devedor distribua o seu pedido de recuperação judicial é importante que ele demonstre a viabilidade da sua atividade, ou seja, a possibilidade de se reerguer e continuar operando no mercado ante uma crise temporária.

A inviabilidade do agente empresário seria quando verificada a insolvência, que é o “estágio negativo mais grave, quando os ativos do devedor são insuficientes para solucionar seus passivos”. Nesse caso, a “superioridade do passivo sobre o ativo e o quociente de endividamento muito maior que o faturamento anual são demonstrações inequívocas de insolvência a determinar a decretação de falência”, e não a recuperação<sup>8</sup>.

Adriana Valéria Pugliesi observa que:

Na legislação brasileira em vigor, tecnicamente, se a empresa for ‘viável’ (e essa é a expressão utilizada pelo legislador no art. 47 da Lei nº 11.101/2005), a solução para a crise é a recuperação (judicial ou extrajudicial). A priori, *contrario sensu*, se o devedor não puder demonstrar a ‘viabilidade’ de seu negócio, mediante elaboração de um plano de superação da crise, a lei preconiza a falência como solução para a crise do devedor<sup>9</sup>.

É importante frisar que “o instituto da recuperação judicial é direito garantido ao devedor em crise econômico-financeira”<sup>10</sup>, desde que atendido alguns requisitos legais; e seu pedido perante o Poder Judiciário deve ser efetivado “antes que ocorra a inviabilidade da empresa”<sup>11</sup>, pois, em caso contrário, aplica-se a falência.

## 2.1. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CARACTERIZAÇÃO, PROCESSAMENTO, OBJETIVOS E FUNDAMENTOS.

A Lei 11.101/2005 confere à sociedade empresária, em crise econômico-financeira, mecanismos para reorganizar a sua atividade e delineia um cenário para renegociar as suas dívidas submetidas à recuperação judicial. No entanto, há um

---

<sup>8</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falências e recuperação de empresas. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 131.

<sup>9</sup> PUGLIESI, Adriana Valéria. Direito falimentar e preservação da empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 26.

<sup>10</sup> GUERRA, Luiz. Falências & recuperações de empresas. Crise econômico-financeira. Comentários à lei de recuperações & de falências (artigo por artigo comentado). Recuperação judicial & convalidação da recuperação judicial em falência. Arts. 47 a 74 da Lei nº 11.101/2005. Brasília: Guerra Editora Livraria, p. 76.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 73-74.



procedimento estabelecido pela legislação. Assim, passa-se a expor brevemente os principais atos do procedimento de recuperação judicial<sup>12</sup>.

Elaborada a petição inicial, com a observância dos artigos 319 do Código de Processo Civil e 51 da Lei nº 11.101/2005, passa-se à distribuição do pedido de recuperação judicial no foro da justiça comum estadual, do local do principal estabelecimento da sociedade empresária (art. 3º, Lei nº 11.101/2005).

Recebido o pedido pelo juiz e atendidos os requisitos previstos no artigo 51 da Lei nº 11.101/2005, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, ao tempo em que tomará medidas administrativas e judiciais; trata-se do marco inicial da recuperação judicial, conhecido pela doutrina e pelos tribunais como “despacho<sup>13</sup> de processamento”.

O ato do juiz de determinar o processamento da recuperação judicial é um marco importante na recuperação judicial, pois ele gera, automaticamente, uma série de efeitos especiais (a exemplo da suspensão das ações e execuções contra o devedor, nos termos do artigo 6º, *caput*, da Lei nº 11.101/2005) que ajudam a sociedade devedora a se reorganizar<sup>14</sup>, ao passo em que a coloca, formalmente, sob o manto da recuperação judicial.

Ato contínuo, 60 (sessenta) dias a contar da publicação<sup>15</sup> do deferimento do processamento da recuperação judicial, o devedor deverá apresentar o plano de

---

<sup>12</sup> A ordem cronológica do processo de recuperação judicial será trabalhada com base nos artigos da Lei nº 11.101/2005 e com base no esquema desenhado pelo autor Amador Paes de Almeida, no livro “Curso de falência e recuperação de empresa”.

<sup>13</sup> Há um dissenso na doutrina quanto à natureza jurídica desse pronunciamento judicial. Autores como Sérgio Campinho e Moacyr Lobato entendem que possui natureza de despacho de mero expediente, enquanto que autores como Ricardo Negrão e José da Silva Pacheco entendem que possui natureza de decisão interlocutória.

<sup>14</sup> Com base estritamente na Lei nº 11.101/2005 (sem contar com o posicionamento jurisprudencial), os efeitos positivos (ao devedor) do deferimento do processamento da recuperação judicial que merecem destaque são os seguintes: i) os créditos existentes à data do pedido, ainda que não vencidos, ficam sujeitos à recuperação judicial e serão pagos pelo devedor em sede de recuperação judicial somente após a homologação do plano de recuperação judicial; ii) dispensa de apresentação de certidões negativas de débitos tributários para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público e recebimento de incentivos ou benefícios fiscais ou creditícios; iii) suspensão da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, exceto ações que demandem quantias ilíquidas, execuções fiscais e ações relativas a créditos não sujeitos à recuperação judicial (listados no art. 49, §3º, do referido diploma legal), pelo prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do deferimento do processamento da recuperação judicial; iv) apresentação do plano de recuperação judicial no prazo de 60 (sessenta) dias a contar do deferimento do processamento da recuperação judicial, no qual será exposto um plano de pagamento os credores sujeitos à recuperação judicial.

<sup>15</sup> Apesar de a lei não especificar que a contagem se inicia do deferimento do processamento da recuperação judicial ou da publicação da correlata decisão judicial, os doutrinadores Marcos Andrey de Sousa, Gladston Mamede, Fábio Ulhoa Coelho e Marlon Tomazzete, bem como a prática jurídica,

recuperação judicial (art. 53 e 54 da Lei nº 11.101/2005), “a mais importante peça de recuperação judicial”<sup>16</sup>, segundo Fábio Ulhoa Coelho.

Esse documento merece destaque especial, pois ele concentrará a forma e os prazos de pagamento dos credores, os meios que serão implantados para recuperar a sociedade empresária, a sua posição atual no mercado e as perspectivas traçadas, e, em última análise, a demonstração do grau de viabilidade da sua atividade empresária. Nesse sentido, Gladston Mamede destaca o seguinte:

O plano de recuperação é o elemento mais importante da recuperação judicial da empresa: o projeto de superação da crise econômico-financeira enfrentada pela organização, o caminho que o devedor propõe aos credores para sair da situação caótica, deficitária, e chegar a um estado saudável da atividade negocial<sup>17</sup>.

Apresentado o plano de recuperação judicial, será aberto prazo para que os credores apresentem objeções (art. 55, Lei nº 11.101/2005). Não havendo nenhuma manifestação, o processo é remetido ao juiz para que avalie a homologação do plano de recuperação judicial. Em havendo objeções, o juiz convocará Assembleia Geral de Credores para apreciar e deliberar sobre o referido documento (artigo 56, Lei nº 11.101/2005). Aprovado em Assembleia, os autos também seguirão ao juiz para que avalie a sua homologação, ou seja, a concessão da recuperação judicial<sup>18</sup>.

Publicada a decisão que homologa o plano de recuperação judicial, inicia-se a fase de cumprimento da forma de pagamento apresentada pela recuperanda e aprovado pelos credores.

Concedida a recuperação judicial, o devedor permanecerá nesse *status* pelo período de dois anos (artigo 61 da Lei nº 11.101/2005), cujo término representará o

---

inclinam-se no sentido de que a contagem para apresentação do plano de recuperação judicial inicia-se da publicação da decisão.

<sup>16</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, p.159.

<sup>17</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação judicial de empresas. v.4. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152.

<sup>18</sup> É importante registrar que os autos também seguem ao juiz em caso de aprovação parcial/rejeição do plano de recuperação judicial em Assembleia Geral de Credores e, ainda assim, o magistrado pode conceder a recuperação judicial, desde que atendidos cumulativamente os requisitos previstos no artigo 58 da Lei nº 11.101/2005. Essa forma de homologação do plano de recuperação judicial é denominada por Alberto Camiña Moreira de *craw down* brasileiro, por assemelhar-se ao instrumento americano previsto no §1.129 do *Bankruptcy Code*. A expressão foi cunhada pela doutrina do país para regular o ato de “o juiz impor aos credores discordantes o plano apresentado pelo devedor e já aceito por uma maioria”. MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia geral de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 257.

encerramento do processo pelo juiz (artigo 63 da Lei nº 11.101/2005), desde que o devedor cumpra as obrigações a que se comprometeu no plano de recuperação judicial, dentro desse lapso temporal.

O processo recuperacional, cujos principais atos foram brevemente mencionados, está pautado na preservação da empresa (viável!) e no princípio constitucional da sua função social<sup>19</sup>, com o fim de estimular e proteger a atividade econômica (geração de empregos, arrecadação de tributos, distribuição de lucros, abastecimento da comunidade com bens ou serviços, proteção do interesse dos credores).

A nova lei erigiu tais valores e consignou meios de recuperação da atividade empresária com o objetivo de manter ativas as sociedades empresárias que estejam vivenciando crises temporariamente superáveis. Há, portanto, um esforço legislativo no sentido de evitar a falência dos agentes que detêm condições financeiras para continuar a operar no mercado, visto que a extinção de uma sociedade empresária viável acarreta efeitos deletérios à economia.

### **2.1.1 A natureza jurídica do instituto da recuperação judicial: de direito privado, de direito público ou de direito econômico?**

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “afirmar a natureza jurídica de algo é, em linguagem simples, responder à pergunta: ‘que é isso para o direito?’”<sup>20</sup>

Para Alexandre Câmara<sup>21</sup>, os institutos jurídicos “podem ser agrupados em categorias jurídicas, sendo estas o gênero, e aqueles as espécies”. Definir a natureza jurídica de um instituto nada mais é do que enquadrá-lo a uma categoria jurídica, ou seja, “de que gênero aquele instituto é espécie”.

---

<sup>19</sup> O corte epistemológico do presente trabalho de conclusão de curso não demanda uma discussão mais aprofundada acerca dos princípios da preservação da empresa e da sua função social. O leitor que busca maiores informações pode consultar o seguinte artigo: LEAL JÚNIOR, João Carlos; TAVES PIRES, Natália. A função social e a manutenção da atividade empresarial na nova lei de recuperação de empresas brasileira. Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. novembro. a. 56. n. 373. Porto Alegre: Notadez, 2008, p. 55 – 72.

<sup>20</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. v.1. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 202.

<sup>21</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. v. 1. 21.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 138.

Assim, a categorização dos institutos permite sistematizá-los juridicamente, explorando suas premissas teóricas, a fim de descobrir quais os tipos normativos devem ser utilizados na solução dos conflitos que os envolvem.

A definição da natureza jurídica da recuperação judicial envolve a discussão a respeito da prevalência do princípio da autonomia das partes ou da participação do Poder Judiciário no curso do processo, ou seja, se há mais liberdade de negociação entre os credores e devedores ou interferência estatal<sup>22</sup>.

As principais correntes discutem se o referido instituto possui natureza jurídica de direito privado, assemelhando-se a um contrato; natureza jurídica direito público, correspondendo a uma ação; ou, ainda, natureza jurídica de direito econômico.

A linha doutrinária que defende a natureza contratualista<sup>23</sup> argumenta que a recuperação judicial representa um grande acordo (negócio jurídico plurilateral) entre o devedor e os credores, ao discutir e aprovar o plano de recuperação proposto, predominando a autonomia da vontade, a qual não é relativizada pela homologação judicial.

Segundo Lídia Valério Marzagão,

Tem-se, portanto, que não obstante o pedido de recuperação judicial estar sujeito à direção e homologação da autoridade judiciária competente, a fundamental representatividade e participação dos credores na decisão de aprovação do plano de recuperação judicial da empresa imprime-lhe uma natureza contratual<sup>24</sup>.

Para Sérgio Campinho,

Na recuperação judicial prevalece a autonomia privada da vontade das partes interessadas para alcançar a finalidade recuperatória. O fato de o plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira essa índole contratual. A concessão, por sentença, não tem qualquer repercussão sobre o conteúdo do plano, (...) porquanto a decisão encontra-se vinculada a esse conteúdo. (...). A atuação do juiz ficará restrita à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano. É um guardião de sua legalidade<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> SANTOS, Roseli Rêgo. A recuperação de empresas e a função social da empresa na lei 11.101/2005. Revista de Direito Empresarial, n. 11, jan/jun 2009, p. 159-178.

<sup>23</sup> Compartilham do mesmo entendimento Amador Paes de Almeida, Alex Floriano Neto e Mauro Rodrigues Penteado.

<sup>24</sup> MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In MACHADO, Rubens Approbato (coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.73.

<sup>25</sup> CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 4. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 11-12.

Essa linha doutrinária defende, ainda, que a vontade dos credores que origina o acordo na Assembleia Geral de Credores decorre da “concordância tácita do plano, ou da deliberação da maioria em uma assembleia”, pois a legislação disciplina que os credores são representados por uma unidade chamada massa de credores, ainda que dentro dessa massa existam divergências individuais<sup>26</sup>.

Por outro lado, há aqueles que defendem a natureza jurídica processual da recuperação judicial.

Waldo Fazzio Júnior<sup>27</sup> argumenta que a própria Lei 11.101/2005 diz que a recuperação judicial é uma ação. Segundo ele, “uma ação de conhecimento da espécie constitutiva, (...), pois inaugura uma nova conjuntura jurídica, modificando a índole das relações entre o devedor e seus credores”, e até mesmo a relação do devedor com sua própria atividade, que se encontra temporariamente em estado de crise.

Paulo Sérgio Restiffe, entendendo se tratar de ação constitutiva positiva e necessária<sup>28</sup>, acrescenta que o processo de recuperação judicial une: “de um lado, o procedimento, mediante atos interligados e coordenados, como seu lado exterior e visível, e, de outro, como seu lado interior ou interno, o estabelecimento de uma relação jurídica, na qual se desenvolve o exercício da jurisdição pelo juiz e os poderes inerentes à ação e defesa pelos sujeitos envolvidos na pretensão, tudo constituído e destinado para alcançar, no fim, este objetivo: o provimento jurisdicional”<sup>29</sup>.

E completa, apoiando-se nas lições de José Frederico Marques, que as normas processuais civis de recuperação judicial buscam coordenar os atos processuais - para, concomitantemente, compor o litígio de recuperação judicial -, e os “poderes, direitos, faculdades, ônus, deveres e obrigações das pessoas”<sup>30</sup> que os praticam.

Não obstante tais entendimentos, a doutrina, que desenvolve uma visão mais ampla e completa a respeito desse instituto, é aquela capitaneada por Jorge Lobo, o

---

<sup>26</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falências e recuperação de empresas. v. 03. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58

<sup>27</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falências e recuperação de empresas. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 124-125.

<sup>28</sup> Positiva, pois se cria a nova situação jurídica da empresa “em recuperação judicial”, e necessária, pois essa situação está, segundo Paulo Sérgio Restiffe, condicionada à manifestação do Poder Judiciário.

<sup>29</sup> RESTIFFE, Paulo Sérgio. Recuperação de empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09-05-2005. Barueri, São Paulo: Manoele, 2009, p. 52.

<sup>30</sup> *Ibidem.*, p. 51.

qual sustenta, com amplos fundamentos, o seguinte: a recuperação judicial é um ato complexo, de natureza jurídica de Direito Econômico<sup>31</sup>.

Segundo ele, a recuperação judicial é um ato complexo, pois “abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*”.<sup>32</sup>

Eis é ato coletivo processual, porque a vontade do devedor e dos credores, manifestada de forma expressa ou implícita, “marcham paralelamente, se ‘completam’, e se ‘funde, em uma só’, ‘formando uma vontade unitária’, sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário”.

Autores como Marlon Tomazzete<sup>33</sup>, por exemplo, salientam que essas vontades se cruzariam e, no âmbito da Assembleia Geral de Credores, até se oporiam. Todavia, há de se argumentar que o interesse do credor (que consiste essencialmente em receber seu crédito) está condicionado à recuperação do devedor. Então, ainda que sua vontade imediata seja de receber o seu crédito, mediatamente o credor deseja a recuperação do devedor.

Ademais, é um favor legal, pois, desde que atendidos determinados requisitos legais (a exemplo dos requisitos contidos nos artigos 48 e 51 da Lei nº 11.101/2005), o devedor tem direito de solucionar seu estado de crise econômico-financeira, a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, marco, esse, que lhe proporciona alguns privilégios<sup>34</sup>.

É, ainda, uma obrigação *ex lege*, pois a concessão da recuperação judicial implica a novação dos créditos, estabelecendo novas obrigações para o devedor, assumidas no plano de recuperação judicial.

Ao adentrar o estudo a respeito da natureza jurídica desse ato complexo, Jorge Lobo, filiado à doutrina de Orlando Gomes, desenvolve dois argumentos que justificam a sua corrente.

---

<sup>31</sup> O autor Sebastião Roque também reconhece a recuperação judicial como instituto de direito econômico. Nesse sentido, conferir a sua obra “Direito de recuperação de empresas. São Paulo, Ícone, 2005”.

<sup>32</sup> LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 172.

<sup>33</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falências e recuperação de empresas. v. 3. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 56.

<sup>34</sup> A título exemplificativo, suspensão do curso da prescrição e de determinadas ações e execuções contra o devedor, conforme o artigo 6º da Lei nº 11.101/2005.

Primeiro, ele afirma que a natureza jurídica da recuperação judicial é de Direito Econômico, porque a referida disciplina está situada numa zona intermediária entre o Direito Público e Direito Privado.

Segundo, salienta que o Direito Econômico é regido pela ideia de eficácia técnica e não de justiça, diante dos interesses especiais e peculiares que busca prioritariamente salvaguardar (sociais, coletivos, públicos e gerais)<sup>35</sup>.

Segundo ele, algumas medidas incluídas na Lei nº 11.101/2005, para possibilitar a superação da crise econômico-financeira da sociedade empresária - como, por exemplo, a suspensão das ações e execuções contra o devedor, pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), a contar do deferimento (artigo 6º), bem como a novação das dívidas em razão da concessão da recuperação judicial, ainda que contra a vontade de parcela dos credores (artigo 59) -, são exemplos da destaque da eficácia técnica em face da justiça<sup>36</sup>.

Ao acessar o arcabouço doutrinário confeccionado pelo jurista Orlando Gomes, verifica-se, sem embargo, que o Direito Econômico se desenvolve em uma zona intermediária entre o Direito Público e Direito Privado, pois ela é pluridisciplinar e congrega normas de diversas naturezas (Direito Civil, Tributário, Comercial, Administrativo, Penal)<sup>37</sup>.

Ademais, Orlando Gomes explica que a ideia de eficácia técnica prevalece em face da noção de justiça, em razão da chamada tendência economista. Esta, por sua vez, consiste na transição a que passa o ordenamento jurídico, qual seja: de um “sistema de limites à ação dos indivíduos em prol da coexistência social, para se tornar um conjunto de preceitos dirigidos prioritariamente a disciplinar, sob a inspiração de nova política legislativa, os quadros da economia”<sup>38</sup>.

Já na década de setenta, Orlando Gomes destacava o desenvolvimento econômico como um vetor da sociedade. As Constituições passaram a disciplinar sobre a ordem econômica; o Estado, por sua vez, começou a mudar o seu

---

<sup>35</sup> LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175/176.

<sup>36</sup> Segundo Jorge Lobo, tais medidas, a princípio, não seriam justas quando analisadas pela perspectiva dos credores. Ainda assim, são medidas estabelecidas pela lei para impulsionar a superação da crise vivenciada pelo devedor, revelando a eficácia técnica da lei.

<sup>37</sup> GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. Direito econômico. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 04-07.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 17.

comportamento, exercendo a função de gestor das atividades econômicas, distribuindo e produzindo riquezas e regulando a iniciativa privada.<sup>39</sup>

Diante dessa alteração do Estado perante a economia, no âmbito do Direito, como instrumento de controle estatal, “o legislador convenceu-se de que as leis devem ser, antes de mais nada, um meio, um instrumento, uma técnica a serviço do Estado no cumprimento da programação econômica nacional”<sup>40</sup>.

Ademais, a partir do momento que o Estado passa a participar ativamente na economia, seja intervindo ou a regulando, “a distinção clássica entre direito público e direito privado perde, dia-a-dia, a sua significação, com importantes reflexos na técnica de aplicação das regras jurídicas”<sup>41</sup>.

Assim, na ótica do jurista Orlando Gomes, eis que surge o Direito Econômico, o qual “compreende as normas relativas às relações econômicas, estejam no corpo do Código Civil, do Código Comercial ou em leis especiais, sejam de direito privado ou público, integrem este ou aquele ramo da árvore jurídica”<sup>42</sup>.

Conforme dito alhures, o objeto da recuperação judicial, ou seja, o reestabelecimento da atividade empresária, é, por natureza, uma atividade econômica<sup>43</sup>.

O soerguimento da atividade empresária, que é juridicamente materializada no processo de recuperação judicial, envolve diferentes interesses: dos trabalhadores (manutenção dos empregos), do Estado (na geração de tributos, na regularização dos débitos tributários que, porventura, estejam inadimplidos), dos consumidores (abastecimento de uma comunidade), dos credores (sejam eles concursais ou extraconcursais), dos fornecedores e prestadores de serviços (circulação de riquezas), e instituições financeiras (bancos, fundos de investimento).

Muitos problemas surgem ao longo do processo, envolvendo diferentes interesses, e a solução demanda o acesso a diversos ramos do conhecimento (Direito Tributário, Direito do Trabalho, Direito Processual Civil, Propriedade Intelectual, Direito Administrativo, Mercado Financeiro, Direito Bancário, Contabilidade, Direito Imobiliário, Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Civil, Arbitragem, Gestão Empresarial).

---

<sup>39</sup> GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. Direito econômico. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 18.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 23-24.

<sup>43</sup> MASSO, Fabiano Del. Direito econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 14.



Com efeito, enquadrar, de forma estanque, a recuperação judicial como um instituto de Direito Privado ou Direito Público é eleger, *prima facie*, uma única fonte jurídica para a solução dos conflitos de interesses que, como dito, são multifacetários e complexos, não se resumindo a uma ou outra seara.

E mais, afirmar a natureza jurídica de direito econômico da recuperação judicial é reconhecer a complexidade do seu objeto, a sua relação simbiótica com a economia, e que os agentes que participam do processo recuperacional (especialmente o magistrado) devem conduzir os problemas postos a partir de elementos de direito público e direito privado, avaliando os limites do Poder Judiciário e sobretudo o reflexo social e econômico das soluções construídas.

Nessa linha, “a interação entre o Direito e a Economia torna-se essencial para o desenvolvimento de um sistema seguro e eficiente para a preservação da empresa e dos interesses de todos aqueles que dela dependem, inclusive o Estado”<sup>44</sup>.

Explanada a importância de assumir a natureza jurídica da recuperação judicial, passa-se a discorrer sobre a posição do magistrado no momento da homologação do plano de recuperação judicial, aprovado pela assembleia geral de credores.

## 2.2. O PAPEL DO JUIZ NA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUANDO APROVADO O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES.

Atendidos os requisitos do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005 pelo devedor e instruída a petição inicial com os documentos previstos no artigo 51 do referido diploma legal, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial (artigo 52 da Lei nº 11.101/2005), ficando o devedor obrigado a apresentar o plano de recuperação judicial no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de convolação da sua falência (artigo 53 da Lei nº 11.101/2005).

Recebido o plano de recuperação judicial, o juiz determinará a expedição de edital, cientificando os credores sobre o recebimento do referido documento para que

---

<sup>44</sup> FERNANDES, Jean Carlos. A influência da economia no sistema de recuperação e falência de empresas. Revista MPMG Jurídico. Belo Horizonte, v.2, n.8, p.45-47, jan./mar., 2007. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/761/3.3.2%20Influ%C3%Aancia%20da%20economia%20no%20sistema.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

apresentem eventuais objeções (artigo 53, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005), dentro do prazo legal.

Havendo objeções pelos credores, o juiz convocará assembleia geral de credores para discutir e deliberar sobre o plano de recuperação judicial (artigo 58 da Lei nº 11.101/2005).

Realizados os trâmites legais relacionados à convocação, instalação e encerramento da assembleia geral de credores<sup>45</sup>, e restando aprovado o plano de recuperação judicial pelo atendimento ao quórum legal (hipótese objeto deste trabalho de conclusão de curso), este será remetido ao juiz para que aprecie a concessão da recuperação judicial mediante a homologação do correlato plano, segundo o artigo 58, *caput*, da Lei nº 11.101/2005.

A concessão da recuperação judicial implica determinados efeitos, dentre eles, destaca-se o encerramento da fase de deliberação e início da etapa de execução, ou seja, de cumprimento do plano de recuperação judicial.

Para tanto, é necessário que o plano de recuperação judicial seja homologado pelo juiz da causa, o qual pode se posicionar de duas formas, a saber: homologatória ou discricionária, ou seja, respeita-se a soberania da assembleia de credores que aprovou o plano de recuperação judicial, observa-se o atendimento dos requisitos meramente formais e homologa-se o plano de recuperação judicial; ou, ao revés, avalia-se o conteúdo do plano de recuperação aprovado pelos credores, ficando a cargo do magistrado homologá-lo ou não.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência essencialmente discutem os limites da interferência do Poder Judiciário na homologação do plano de recuperação judicial,

---

<sup>45</sup> Apenas para fins de breve contextualização ao leitor, a Assembleia Geral de Credores é um “órgão colegiado deliberativo, convocado e instalado na forma da lei, que tem a função de examinar, debater e decidir as matérias de sua atribuição exclusiva, discriminadas no art. 35, I e II, da LRE”, com destaque à deliberação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor (LOBO, Jorge. *Comentários aos artigos 35 a 69. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144-145. Não se trata de um órgão inovador quando visualizado sob a ótica das legislações falimentares anteriores. Sua essência foi fundamentalmente resgatada pelo legislador no Decreto Lei nº 5.746 de 1929, anterior ao anterior ao Decreto nº 7.661/1945, uma vez que este último foi fortemente influenciado pelo direito continental europeu, o qual disciplinava “[...] que os credores não deveriam ter o domínio, tampouco influência – seja relativa, seja decisiva -, sobre os destinos da então sociedade comercial em crise”. ARAGÃO, Leandro Santos de. *Assembléia-Geral de Credores: e agora? In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord). Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 270-271.; PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

com base nas duas linhas de pensamento expostas, sobre as quais passa-se a pormenorizar.

Alberto Camiña Moreira<sup>46</sup>, filiado à doutrina que defende a atuação meramente homologatória do juiz, explica que, a partir do momento que a disciplina legal constante do artigo 35, I, da Lei nº 11.101/2005 atribui expressamente à assembleia geral de credores a competência para aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial, isso, conseqüentemente, significa que a lei retirou de qualquer outro agente ou órgão essa competência, inclusive do magistrado.

E fundamenta sua afirmação com base no seguinte argumento:

Compreende-se que seja mesmo da assembleia a competência para deliberar sobre o plano de recuperação porque é ela composta de credores, destinatários do plano e que sofrerão as conseqüências do seu sucesso ou insucesso. A análise do risco, das vantagens e desvantagens, há de ser feita pelos credores, em reunião específica para esse fim convocada, que recebe o nome de assembleia de credores<sup>47</sup>.

Ao seguir esse raciocínio, o autor consigna que, uma vez aprovado o plano de recuperação judicial pela assembleia geral de credores, o juiz deve seguir a vontade desta, ainda que na sua opinião o plano esteja ruim, ficando a seu cargo conferir apenas a regularidade do ato assemblear no que tange aos requisitos formais de instalação e deliberação.

Com efeito, ainda segundo Alberto Camiña,

O juiz não examina o conteúdo do plano aceito; assim como não examina o conteúdo dos acordos que ele homologa frequentemente no processo. Aliás, é tarefa corriqueira do juiz homologar acordos; e a sua atuação, excetuados os direitos indisponíveis, é vinculada, como o é no reconhecimento jurídico do pedido e, em geral, nos atos de transação, expressão da vontade negocial, que é livre às partes, especialmente entre devedor e credores<sup>48</sup>.

Compartilhando do mesmo entendimento, Eduardo Secchi Munhoz afirma que o juiz concederá a recuperação judicial, nos termos do *caput* do artigo 58 da Lei nº 11.101/2005, se cumpridos os requisitos da lei (a título de exemplo, apresentação de certidões negativas de débitos tributários, aprovação do plano pelos credores, nos

---

<sup>46</sup> MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do ministério público. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 253.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 254.

moldes do artigo 45 da Lei nº 11.101/2005, atendimento das formalidades relacionadas à expedição prévia de edital de convocação de credores, preenchimento dos quóruns de instalação e aprovação).

Desse modo, o magistrado não pode atuar discricionariamente na concessão da recuperação judicial, pois não há na lei “[...] quanto a esse aspecto, conceitos abertos (chamados conceitos indeterminados) que confirmam ao juiz margem ampla de interpretação para a emissão dos respectivos juízos de legalidade”<sup>49</sup>.

Além da análise textual, o autor registra que a Lei 11.101/2005 tem inspiração norte americana, mais precisamente no *Chapter 11 do Bankruptcy Code*, de 1978, caracterizado por um forte sistema de negociação entre credor e devedor, afastando-se do modelo francês, o qual confere maiores poderes ao magistrado<sup>50</sup>.

Nesse sentido,

No modelo ora implantado, o juiz não exerce o papel de árbitro dos diversos interesses em jogo, capaz de decidir de acordo com o melhor interesse da sociedade, premissa adotada no modelo francês, mas confia-se na negociação direta entre os diversos titulares de interesses, observados os parâmetros definidos na lei, como modelo ideal para se encontrar a solução mais eficiente e benéfica para a sociedade.

[...]

A lei estrutura um processo de negociação entre devedor e credores que busca implementar um modelo de comportamento cooperativo, de convergência de interesses, em lugar de um comportamento individualista. Confia-se que desse processo de negociação estruturada (regulada pela Lei) possa resultar a solução consentânea com o interesse público na preservação da empresa viável e na liquidação da empresa inviável<sup>51</sup>.

Na perspectiva deste autor, portanto, considerando que a lei privilegiou a negociação entre o devedor e os credores, o juiz deve respeitar o interesse das partes, concedendo a recuperação judicial, quando o plano tenha sido aprovado pela assembleia.

Em sentido diametralmente oposto, Jorge Lobo, partindo da premissa no sentido de que o magistrado<sup>52</sup>, em razão do seu ofício, já possui poderes específicos,

---

<sup>49</sup> MUNHOZ SECCHI, Eduardo. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 284.

<sup>50</sup> Eduardo S. Munhoz. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 287-288.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 281 e 285.

<sup>52</sup> São eles “poder-fim”, ou seja, poder jurisdicional, atinente à atividade decisória; o “poder-meio”, ou seja, poder instrumental, consistente em impulsionar o processo, realizar atos instrutórios e o “poder administrativo”,

e considerando que a Lei de Recuperação Judicial atribui funções ainda mais peculiares ao juiz no soerguimento da sociedade empresária devedora<sup>53</sup>:

[...] o juiz não é mero homologador das decisões da assembleia geral ou comitê de credores ou do administrador judicial, pois, ao ordenar o processamento da ação, proferir despachos, decisões, sentenças, superintender a administração da empresa em crise, enfim, presidir o processo de recuperação judicial, deve fazê-lo com tirocínio, competência e plena liberdade, formando sua convicção, seu 'livre convencimento', de acordo com as provas dos autos [...]<sup>54</sup>.

Assim, segue sua linha de raciocínio consignando que obrigatoriamente o magistrado deve exercer, no processo de recuperação judicial, controle de legalidade e, a depender do caso concreto, exercer controle de mérito, imiscuindo-se no conteúdo do plano de recuperação judicial<sup>55</sup>.

Não obstante o entendimento dos abalizados autores, na concepção da autora Sheila Cristina Neder Cerezetti, o artigo 58 da Lei 11.101/2005 indica um comando imperativo, no sentido de que a recuperação judicial deve ser concedida pelo magistrado uma vez atendidos os requisitos de lei, aqueles meramente formais, tais como cumprimento de prazos, publicação de documentos, atendimento de quóruns.

Com base nessa premissa, pondera e preocupa-se com o seguinte:

Não há, portanto, qualquer determinação expressa acerca dos pontos de análise por parte do magistrado. A falta de balizas para a atuação do juiz pode acarretar, por um lado, o entendimento de que a ele não cabe se imiscuir nos detalhes do acerto firmado entre o devedor e credores ou, por outro, uma discricionariedade excessiva, capaz de criar insegurança jurídica aos agentes.

Defender que o Poder Judiciário tem a obrigação de homologar automaticamente o plano de recuperação judicial no formato que fora aprovado pela assembleia geral de credores, observados aspectos meramente formais, é assumir a possibilidade de chancela, na mesma oportunidade, de atos contrários à legislação

---

<sup>53</sup> LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

<sup>54</sup> *Ídem*.

<sup>55</sup> O autor coloca como exemplos de controle de legalidade: o atendimento aos prazos legais para publicação de editais e requisitos de convocação, instalação e deliberação na assembleia geral de credores, constatação de fraude à lei ou abuso de direito, enquanto que o controle de mérito é consubstanciado na hipótese de o magistrado conceder, ou não, recuperação judicial, levando em consideração o conteúdo das objeções suscitadas nos autos e votos divergentes que constem da ata da assembleia geral de credores. LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226-227.

(regras e princípios encartados no ordenamento jurídico e na própria legislação falimentar), fraude a credores e abuso de direito.

Por outro lado, conferir autonomia ilimitada ao Poder Judiciário significa esvaziar o poder dos credores (cuja participação é preconizada e estimulada pela Lei nº 11.101/2005), causar insegurança jurídica (ante a possibilidade de reversão irrestrita do que fora decidido), afetando, conseqüentemente, importantes agentes envolvidos no soerguimento da sociedade empresária, tais como investidores, fornecedores, instituições financeiras, trabalhadores e consumidores.

Diante desses posicionamentos, correntes intermediárias sugerem construindo formas e limites de atuação do Poder Judiciário no momento da concessão do plano de recuperação judicial.

A título exemplificativo, Carla Smith de Vasconcellos Crippa<sup>56</sup>, considerando que “[...] a recuperação judicial envolve interesse público e tem caráter social”, sustenta que o poder atribuído à assembleia geral de credores é relativo, e ao juiz cabe exercer controle de legalidade do plano de recuperação judicial, bem assim analisar o seu mérito.

Todavia, salienta que “essa análise de conteúdo ou de mérito deve estar pautada na legalidade do plano e da deliberação (formal e material), e não na sua conveniência e oportunidade”<sup>57</sup>.

Isso porque,

Há que ser respeitado o poder dos credores para deliberar sobre a conveniência e oportunidade do plano. A Lei 11.101/2005 conferiu liberdade de negociação ao devedor e aos credores, e o limite para essa liberdade é exatamente o ordenamento jurídico. O juiz não tem o poder de determinar se um plano deve ou não ser aprovado, mas sim de determinar se a deliberação da assembleia-geral de credores está de acordo com o ordenamento jurídico<sup>58</sup>.

Assim, verifica-se que a linha defendida pela autora Carla Smith defende o controle de legalidade do plano e também de mérito, mas pautado não na conveniência e oportunidade, ou seja, discricionariamente, mas com base no ordenamento jurídico na sua integralidade.

---

<sup>56</sup> VASCONCELLOS CRIPPA, Carla Smith de. *O abuso de direito na recuperação judicial*. 2013. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013, p. 51.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 51.

Essa linha de raciocínio intermediária, inclusive, é, de certa forma, sedimentada nos enunciados 44, 45 e 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial<sup>59</sup>, os quais preconizam a importância do controle de legalidade, a consonância do plano de recuperação judicial com o ordenamento jurídico, e que não cabe ao Judiciário efetuar uma análise econômico-financeira do referido documento, ou seja, valer-se de um juízo de conveniência e oportunidade, próprio da vontade dos credores e devedor, pois cabem a estes definir se a proposta é adequada ou não, vantajosa economicamente ou não.

Walfrido Jorge Warde Júnior e Guilherme Setoguti J. Pereira, adotando linha semelhante à da autora Carla Smith, ou seja, um posicionamento intermediário, afirmam que o instituto da recuperação judicial busca atender o interesse de outros agentes que não somente os credores. Caso se entendesse que o magistrado deveria apenas levar em consideração o interesse dos credores e devedores, no momento da apreciação do plano de recuperação judicial, “[...] pouquíssima ou nenhuma seria a oportunidade de intervenção judicial”<sup>60</sup>.

Sobre o artigo 58, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, os autores comentam que “[...] o emprego do verbo ‘concederá’ em sua forma imperativa não infirma a possibilidade de realização de controle do plano aprovado pela assembleia geral de credores”<sup>61</sup>, uma vez que ao juiz são atribuídos poderes-deveres.

Além disso, salientam que o citado dispositivo prevê que o juiz concederá a recuperação judicial, desde que atendidas “às exigências desta lei”, sendo que o legislador não teve o cuidado de discriminar quais seriam tais exigências. Inobstante essa lacuna, isso não quer dizer que somente os aspectos formais devam ser observados.

---

<sup>59</sup> Segundo o enunciado nº 44, “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”. O enunciado nº 45, por sua vez, preconiza que “O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito”, quanto o enunciado nº 46 estabelece que “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”.

<sup>60</sup> WARDE JR., Walfrido Jorge; SETOGUTI J. PEREIRA, Guilherme. Discricionariedade da Assembleia Geral de Credores e Poderes do Juiz na Apreciação do Plano de Recuperação Judicial. In ELIAS, Luis Vasco (coord). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil.. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.495.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p.498.

Assim, “o zelo pela higidez do processo, de seus aspectos formais e também materiais, que convergem para a viabilidade do plano, insere-se no espectro de competências do magistrado”<sup>62</sup>.

Ricardo Negrão, por exemplo, na sua obra intitulada “O papel do Judiciário na Homologação do Plano”, também compartilhando da corrente intermediária, parte da seguinte premissa:

A completa desjudicialização do processo concursal não encontra ressonância na evolução legislativa ocorrida no Direito Comparado. Nas legislações estudadas e na Lei n. 11.101/2005, o juiz desempenha importante papel no exame da legalidade dos atos e cumprimento dos princípios abraçados no exame pela legislação concursal, impondo a ele, em cada caso sob seu exame, verificar a perfeita adequação do plano à legalidade, o que abrange, ainda, a compreensão do escopo diretivo previsto no art. 47 e a aplicação de outros princípios, próprios à lide voltado a atender à crise da empresa: a inerência do risco, o princípio do impacto social da crise da empresa, a transparência e o tratamento paritário dos credores. [...] A segurança jurídica é um fim que não deve ser ignorado nesse exame<sup>63</sup>.

Fundamentado nesse entendimento, ele sugere que o Poder Judiciário analise o plano de recuperação judicial na sua totalidade à luz do ordenamento jurídico (conclusões jurisprudenciais, regras, princípios, enunciados) e, constatada irregularidades ou violações, que efetue o controle de legalidade e de mérito (sem adentrar na conveniência e oportunidade, cabível aos credores), antes de homologar o plano de recuperação judicial.

Ricardo Negrão, inclusive, vai além no seu raciocínio, pois além de se posicionar nos limites de atuação do Poder Judiciário, sugere uma forma mais otimizada e eficaz de atuação.

Com efeito, ao invés de o juiz, ao receber o plano de recuperação judicial, determinar a publicação imediata do edital previsto no artigo 53, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, ele sugere que o devedor seja intimado para emendar o plano de recuperação judicial, ao vislumbrar “[...] cláusulas que indiquem expressa violação da lei, apresentem dificuldades de interpretação ou as que afrontem a jurisprudência

---

<sup>62</sup> WARDE JR., Walfrido Jorge; SETOGUTI J. PEREIRA, Guilherme. Discricionariedade da Assembleia Geral de Credores e Poderes do Juiz na apreciação do Plano de Recuperação Judicial. In ELIAS, Luis Vasco (coord). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil.. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.495.

<sup>63</sup> NEGRÃO, Ricardo. O papel do judiciário na homologação do plano. In ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGUI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (coord). 10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 117.



dominante, bem como as que contenham expressões contraditórias ou omissões, etc”<sup>64</sup>.

Dessa forma, percebe-se a participação ativa do magistrado no processo de recuperação judicial e o saneamento prévio mediante controle jurisdicional em face do correlato plano, desde à sua apresentação pelo devedor, diminuindo as chances de um eventual indeferimento da homologação e até mesmo interposição de recursos (movidos por credores dissidentes) contra a decisão que conceder a recuperação judicial<sup>65</sup>.

Seja pelas funções atribuídas ao juiz pelas normas processuais e funcionais, seja pelos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 11.101/2005 e as ilicitudes combatidas pelo ordenamento jurídico em geral, resta evidenciado, nesse tópico, a importância da participação ativa do juiz na homologação do plano de recuperação, exercendo um controle jurisdicional do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, observando o ordenamento jurídico em sua integralidade, sem juízos de conveniência e oportunidade, em respeito à deliberação da assembleia geral de credores.

Sendo tal controle já exercido antecipadamente, conforme proposto por Ricardo Negrão, a celeridade, a economia processual e a finalidade da Lei nº 11.101/2005 são ainda mais otimizados. Sem embargo, ainda que o magistrado, no mínimo, se debruce no plano de recuperação judicial no momento da sua homologação, estar-se-á resguardando o interesse do devedor, dos entes envolvidos direta e indiretamente na recuperação judicial e, em última análise, o interesse público, pois o magistrado estará assumindo uma postura ativa e não de mero homologador.

A homologação do correlato plano marca a fase do início do seu cumprimento e funciona como filtro formal e de mérito feito pelo magistrado, prezando-se legal e pela sua regularidade e eficácia.

---

<sup>64</sup> NEGRÃO, Ricardo. O papel do judiciário na homologação do plano. In ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGUI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (coord). 10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

<sup>65</sup> Ricardo José Negrão Nogueira, aponta que os agravos instrumentos interpostos contra a decisão que concede a recuperação judicial comprometem a economia e celeridade processual, bem como a própria finalidade da lei de preservar a sociedade empresária e superar a crise econômico-financeira.

## 2.3. AGENTES FISCALIZATÓRIOS NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

A Lei nº 11.101/2005, na parte relacionada ao processo de recuperação judicial, disciplina sobre a atribuição de sujeitos processuais já conhecidos no âmbito da ritualística processual (magistrado e Ministério Público), mas também versa sobre as atribuições de órgãos específicos, como o Administrador Judicial e Comitê de Credores.

Dada a peculiaridade do processo de recuperação judicial, seu amplo alcance e diferentes interesses jurídicos envolvidos, o legislador, acertadamente, instituiu mecanismos de fiscalização, a fim de imprimir o máximo de eficácia ao processo de recuperação judicial. Passa-se, então, a discorrer acerca das correlatas atribuições fiscalizatórias de cada uma das referidas figuras processuais.

### 2.3.1 O papel do juiz no processo de recuperação judicial.

A atuação fiscalizatória mais relevante do Poder Judiciário, para fins deste trabalho, consiste na sua interferência no momento da concessão da recuperação judicial, já tratada no tópico anterior.

Em suma, o posicionamento adotado foi no sentido de que o Poder Judiciário não é mero homologador de decisões e deve assumir uma postura ativa no exame do plano de recuperação judicial, não se valendo, contudo, de juízos de conveniência e oportunidade, os quais estão reservados aos credores.

Assim, o juiz deverá pautar-se, portanto, nas finalidades da lei, legalidade das disposições e respaldo no ordenamento jurídico considerado como todo (regras, princípios, jurisprudência dominante e enunciados).

Dito isso, o presente tópico, por sua vez, destina-se a tratar do poder de fiscalização do juiz ao longo do processo de recuperação judicial considerado em sua totalidade, ou seja, além do pronunciamento judicial acerca da homologação do correlato plano.

A nova roupagem do diploma falimentar, trazida com a Lei nº 11.101/2005, demanda um Poder Judiciário mais dinâmico, célere, especializado, multidisciplinar e participativo, diferente do Poder Judiciário à época da vigência do Decreto Lei nº

7.661/1945, último diploma normativo falimentar, que dispunha sobre falência e concordata.

Carlos Henrique Abrão esclarece o seguinte:

Acalenta-se, assim, uma ruptura com o passado, e o surgimento, em todas as etapas, de um instrumento assinalando o interesse público – em detrimento da lide antiga entre o credor x devedor -, agora, o objetivo maior é conservar e preservar a empresa, de maneira ampla, direta e absolutamente complexa<sup>66</sup>.

Para tanto, assinala:

O Judiciário – que ficava na mera expectativa da revogada legislação de 1945 -, agora passa a ser participante ativo, colaborador direto, e agente eficiente que norteia os rumos da empresa em crise, haja vista a necessidade de venda antecipada de bens, esclarecimentos técnicos, laudos e relatório a serem apresentados ao juízo, e uma blindagem da empresa que não soçobre diante de credores tributários ou trabalhistas, por meio de ‘penhoras on line’. [...]  
Visualiza-se, portanto, um Judiciário mais interligado com a sorte da empresa, melhor entrosado com os seus destinos, e especificamente ciente do peso da decisão do processo de recuperação.<sup>67</sup>

O juiz é figura obrigatória e central do processo de recuperação judicial, orquestrando todos os que estão a sua volta (Comitê de Credores e Assembleia Geral de Credores, quando constituído e instalados, respectivamente, e administrador judicial).

Nesse sentido, Sebastião José Roque afirma que “o juiz é o órgão máximo da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência, tanto que todos os demais órgãos giram em torno dele”<sup>68</sup>.

A sua atuação inicia-se com deferimento ou indeferimento da recuperação judicial, baseado na petição inicial da sociedade empresária em crise econômico-financeira (artigo 52, da LFRE), e finaliza com a sentença de encerramento da recuperação judicial (artigo 63, da LFRE).

O juiz, então, atuará durante esse interstício proferindo decisões e despachos, analisando provas e impulsionando o processo em geral, bem como fiscalizará a

---

<sup>66</sup> HENRIQUE ABRÃO, Carlos. O papel do Judiciário na Lei 11.101/2005. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord). Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo : Quartier Latin, 2006, p. 165.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 167-168.

<sup>68</sup> ROQUE, Sebastião José. Direito de recuperação de empresas. São Paulo: Ícone, 2005. p. 362.

atuação do administrador judicial, que está subordinado a ele, e, em última análise, do próprio devedor e credores. Sebastião José Roque afirma que

É dupla a função do juiz. Em primeiro lugar, ele é o diretor direto dos procedimentos concursais; toma iniciativa, intimando pessoas várias a tomar medidas e pronunciar-se. Como superintendente, ele supervisiona o trabalho do administrador judicial e de outros órgãos dos procedimentos concursais. Embora a lei diz que ele exerça a “fiscalização”, na verdade ele exerce a “supervisão”<sup>69</sup>.

Manoel Justino Bezerra Filho, a seu turno, complementa com a seguinte observação:

Nessa fiscalização, o juiz não age diretamente, isto é, não pratica o ato, mas examina os praticados pelo administrador e demais pessoas interessadas na falência ou na recuperação judicial para, depois, aprova-los ou não. Há várias situações nas quais o administrador judicial, antes de tomar a medida pretendida, deve colher antecipadamente a autorização judicial<sup>70</sup>.

Nessa linha, o juiz não tem o dever, no processo de recuperação judicial, de atuar *in loco*, é dizer, de visitar o ponto comercial do empresário devedor, realizar vistorias, presidir a assembleia geral de credores ou analisar os livros contábeis. Contudo, há agentes que colaboram nesse trabalho (como o administrador judicial, comitê de credores), coletando informações para o juiz (relatórios, pareceres), e até o próprio devedor, por exemplo, tem a obrigação de apresentar mensalmente sua situação contábil.

Assim, tais elementos reunidos nos autos, e a disponibilização de um auxiliar (administrador judicial) proporcionam ao juiz uma visão mais ampla do processo e, conseqüentemente, promovem uma atuação mais eficaz.

Nos dizeres de Lídia Valério Marzagão,

O juiz exerce rigoroso controle em todo o processo da recuperação judicial, desenvolvendo atividades jurisdicionais e administrativas, pois todas as decisões tomadas no curso do processo devem ser submetidas ao seu crivo, condutor da ação<sup>71</sup>.

Examinada a função fiscalizatória do magistrado no processo de recuperação judicial, passa-se a dispor acerca do correspondente papel do Ministério Público.

---

<sup>69</sup> ROQUE, Sebastião José. Direito de recuperação de empresas. São Paulo: Ícone, 2005. p. 362.

<sup>70</sup> JUSTINO BEZERRA FILHO, Manoel. Nova lei de recuperação e de falências comentada. Lei 11.101, de 9.2.2005, Comentários artigo por artigo. 3.ed. São Paulo, Editora RT, 2005, p. 85.

<sup>71</sup> MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 91.

### 2.3.2 O papel do Ministério Público no processo de recuperação judicial.

Assim como nos demais processos, o Ministério Público apresenta, ao longo da recuperação judicial, a função de fiscalizar o cumprimento da lei (*custos legis*), coibindo abusos e ilegalidades, garantindo a correição dos atos, tudo com o objetivo de salvaguardar o interesse público<sup>72</sup>.

A sua participação inicia-se com o deferimento do processamento, quando o juiz, em cumprimento ao artigo 52, V, da Lei nº 11.101/2005, ordenará a sua intimação. A partir de então, o Ministério Público atuará em matérias relacionadas à esfera não criminal e também criminal.

São quatro as atuações de ordem não criminal, todas previstas nos seguintes dispositivos legais da Lei nº 11.101/2005: artigos 8º; 19; 30, §2º e 59, §2º. Tais atividades consistem, respectivamente, em: i) impugnar a relação de credores do artigo 7º, §2º, da Lei nº 11.101/2005, publicada pelo administrador judicial, ii) efetuar requerimento para excluir, alterar a classificação ou retificar crédito relacionado no quadro geral de credores, quando identificados vícios ou ignorados documentos na época do julgamento da impugnação de crédito; iii) efetuar requerimento de substituição do administrador judicial ou integrantes do comitê de credores, quando nomeados sem atendimento aos requisitos legais, ou sendo identificada conduta lesiva à atividade do devedor ou que tenha prejudicado terceiros; iv) interpor recurso (agravo de instrumento) contra a decisão que conceder a recuperação judicial.

Ademais, no que tange à matéria criminal, a seção III do capítulo VII da Lei nº 11.101/2005, intitulado “do procedimento criminal”, consigna que as ações tipificadas no referido diploma legislativo são de natureza pública incondicionada, o que significa dizer que é atribuição do Ministério Público oferecer denúncia ante a identificação do cometimento de crime falimentar.

Por oportuno, importante consignar o entendimento do autor Jefferson Luís Neves de Menezes<sup>73</sup>, o qual salienta que, muito embora a citada lei tenha definido as hipóteses específicas de intervenção obrigatória do Ministério Público, isso não quer dizer ele esteja limitado a atuar nesses momentos e nessas hipóteses. Justamente

---

<sup>72</sup> FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012, p. 133.

<sup>73</sup> NEVES DE MENEZES, Jefferson Luís. A intervenção do Ministério Público na Nova Lei de Falências e Recuperação Judicial: Lei 11.101/2005. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. n. 72. mai./ag. 2012, p. 36 e 54.

porque, além de não haver nenhuma proibição nesse sentido, o interesse público é um bem protegido pelo processo de recuperação judicial, o que demanda a fiscalização do *parquet*, por força das normas processuais civis e constitucionais (artigo 129 da Constituição Federal).

Assim, pautado em uma interpretação sistemática das normas do ordenamento jurídico, o autor salienta que:

[...] o melhor entendimento, o qual prevalece na doutrina e jurisprudência nacional, é o de que existe um interesse público primário envolvendo os feitos concursais, legitimando, com isto, a intervenção do Ministério Público, forte no artigo 82, III, do Código de Processo Civil<sup>74</sup>, o qual é aplicado subsidiariamente aos processos falimentares e de recuperação de empresas, conforme previsão expressa do art. 189, da Lei 11.101/2005<sup>75</sup>.

Restou claro, portanto, que o legislador falimentar se preocupou em inserir o Ministério Público no procedimento recuperacional, tanto é assim que discriminou as hipóteses em que sua participação é obrigatória. Seja por isso ou pelas normas que disciplinam em caráter genérico sobre o seu papel, a participação do órgão ministerial é fundamental para garantir o cumprimento da lei e, simultaneamente, proteger o interesse público (um dos valores protegidos pela Lei nº 11.101/2005).

Dito isso, passa-se a tratar da função fiscalizatória exercida pelo Administrador Judicial.

### **2.3.3 O papel do Administrador Judicial no processo de recuperação judicial.**

O administrador judicial é um auxiliar do juízo falimentar, de confiança do juiz - possuindo poder discricionário de indica-lo no despacho que defere o processamento da recuperação judicial (art. 51, I, da LFRE) -, sendo monitorado pelo Comitê de Credores, quando instalado, e exclusivamente subordinado ao juiz<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, tal dispositivo é equivalente ao artigo 178, I, do novo diploma processual civil. FUX, Luiz (coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (org.). Novo Código de Processo Civil: comparado – Lei 13.105/2005. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 31.

<sup>75</sup> NEVES DE MENEZES, Jefferson Luís. A intervenção do Ministério Público na Nova Lei de Falências e Recuperação Judicial: Lei 11.101/2005. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. n. 72. mai./ag. 2012, p. 53.

<sup>76</sup> AZEVEDO E NOVAES, Erasmo Valadão. Da assembleia geral de credores. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 188-189.

Deve ser uma pessoa física (preferencialmente, advogado, contador, economista ou administrador de empresas), ou pessoa jurídica especializada (artigo 21, da LFRE), que não pode estar impedida por força das hipóteses previstas no artigo 30, da LFRE e, na sua essência, deve ser imparcial. Nesse sentido, explica Marlon Tomazzete que:

[...] não há representação nos atos praticados pelo administrador judicial. Ele não recebe poderes de credores ou devedores para se manifestar. Sua investidura é originária e não em razão de sua representação. A própria terminologia utilizada tenta transparecer que o administrador judicial não é um representante dos credores<sup>77</sup>.

Dada a nova finalidade do diploma falimentar (em suma, reestruturação da empresa para, superando a crise econômico-financeira, preservar a atividade empresária) e a diversidade de interesses jurídicos, a legislação em vigor tornou-se mais complexa, ao reunir outras áreas do conhecimento, tais como gestão financeira e contabilidade.

Ao seguir essa linha de raciocínio, não era razoável que continuasse a prosperar o critério de escolha do comissário nas concordatas preventivas, contido no diploma falimentar anterior (Decreto Lei nº 7.661/1945)<sup>78</sup>, o qual era indicado dentre os maiores credores do concordatário, revelando a parcialidade e falta de preocupação com a formação técnica daquele responsável pela função<sup>79</sup>.

Com efeito, razoável, portanto, a preocupação do legislador em aprimorar a figura do administrador judicial, com vistas a indicar uma pessoa tecnicamente capacitada para assumir a função.

Nesse sentido, Bernardo Bicalho de Alvarenga Mendes assevera que:

Indubitavelmente, quanto melhor qualificado o profissional engajado na função de administrador judicial, seja por sua formação acadêmica em áreas afetas ao direito empresarial, seja por possuir conhecimentos em administração de empresas, economia e contabilidade, melhor este

---

<sup>77</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falências e recuperação de empresas. v. 03. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109.

<sup>78</sup> Trata-se de instituto distinto da recuperação judicial, o que será abordado no capítulo III deste trabalho de conclusão de curso.

<sup>79</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação judicial de empresas. v.4. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50. ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS, Flaviano. A administração judicial e o administrador judicial na nova lei de recuperação de empresas e falência. In ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord). Revista Autônoma de Processo, Curitiba, n.5, jul./dez. 2008, p.150.

profissional poderá atuar como auxiliar-fiscal do Poder Judiciário no curso da lide<sup>80</sup>.

Dessa forma, à luz da atual legislação falimentar, o juiz deve se valer da sua prerrogativa para indicar um profissional habilitado, com vistas a garantir o máximo de eficácia ao processo de recuperação judicial.

Com relação à competência da administração judicial, além de fiscalizar as atividades do devedor (art. 22, II, a, LFRE), juntando aos autos relatório mensal do quanto averiguado (art. 22, II, c, LFRE),

[...] o administrador judicial passou a assumir a função de acompanhar *pari passu* a execução do plano de recuperação judicial da sociedade em crise, uma vez aprovado pelo Poder Judiciário e credores, bem como realizar os atos de gestão investidos de natureza econômico-financeira e administrativa em prol da pretendida celeridade do processo falimentar<sup>81</sup>.

O plano de recuperação judicial da empresa é a “peça-chave para o processo de recuperação judicial”<sup>82</sup>. Ao apresentar informações contábeis consistentes, o plano transmitirá segurança aos credores e a tendência é que se manifestem favoravelmente à proposta do devedor, propiciando o soerguimento da atividade empresária em crise.

Caberá ao administrador judicial, portanto, acompanhar o cumprimento, pelo devedor, das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial (art. 22, II, a, LFRE), e, ainda, requerer a falência da recuperanda, caso detecte o descumprimento de alguma obrigação (art. 22, II, b, LFRE), bem como apresentar ao juiz, no momento do encerramento da recuperação judicial, relatório do cumprimento do correlato plano (art. 22, II, d e art. 63, ambos da LFRE).

Muito embora o administrador judicial detenha essas funções fiscalizatórias relacionadas ao cumprimento do plano de recuperação judicial e do andamento da atividade empresária do devedor, não o compete “[...] intervir nas diretrizes a serem

---

<sup>80</sup> MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. A importância do administrador judicial como órgão auxiliar ao juízo falimentar na busca da eficácia dos processos falimentares e de recuperação judicial de empresas. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 155/156, ago./dez. 2010, p. 264-265.

<sup>81</sup> *Ibidem* p. 263-265.

<sup>82</sup> SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 173.



tomadas para a reestruturação da empresa em crise, pois estas funções são de competência do devedor [...]”<sup>83</sup>, ou seja, “não lhe cabe atuar na empresa”<sup>84</sup>.

A título meramente informativo, registre-se que, além dessas funções de cunho fiscalizatório, outras, inclusive de caráter administrativo, estão previstas no principal dispositivo que trata sobre o tema (artigo 22, da LFRE), tais como: i) envio de correspondência para cada credor comunicando-lhes que estão arrolados na recuperação judicial do devedor, comunicada a data da distribuição da ação, valor do crédito, a sua natureza e classificação (art. 22, I, a LFRE); ii) fornecimento de informações aos credores quando por eles solicitadas (art. 22, I, b, LFRE); iii) conferência das escriturações contábeis do devedor para servirem de fundamento para as habilitações e impugnações de crédito (art. 22, I, c, LFRE), bem como iv) elaboração da lista de credores prevista no art. 7º, §2º, LFRE (art. 22, I, e, LFRE) e do quadro geral de credores (art. 22, I, f, LFRE)<sup>85</sup>.

Além dessas atribuições, outras tantas estão espalhadas ao longo da Lei nº 11.101/2005, dentre as quais destaca-se a elaboração de pareceres, devidamente fundamentados, demonstrando o seu posicionamento sobre a impugnação ou divergência de crédito apresentada pelos credores ou Ministério Público (art. 12, parágrafo único, da LFRE)<sup>86</sup>, assim como oferecer, na hipótese de cometimento de crime, ação privada subsidiária da pública, ante a inércia do Ministério Público (art. 184, da LFRE).

Diante da complexidade e quantidade de atividades, foi salutar a criação de um auxiliar de confiança do juiz, com capacitação técnica e disponibilidade de tempo suficiente para acompanhar a atividade do devedor, “[...] a bem do interesse público e para consecução dos fins do processo falimentar”<sup>87</sup>.

Dito isso, passa-se a explanar a função fiscalizatória do Comitê de Credores.

---

<sup>83</sup> ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS, Flaviano. A administração judicial e o administrador judicial na nova lei de recuperação de empresas e falência. In ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord). Revista Autônoma de Processo, Curitiba, n.5, jul./dez. 2008, p.239.

<sup>84</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação judicial de empresas. v.4. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 56-61.

<sup>86</sup> ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS, Flaviano. *op.cit.*, p.249. *et seq.*

<sup>87</sup> CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. 4. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 56.

### 2.3.4 O papel do Comitê de Credores no processo de recuperação judicial.

O Comitê de Credores é um órgão colegiado, de constituição facultativa<sup>88</sup>, que representa a valorização da participação dos credores no processo de recuperação judicial.

No que tange às suas atribuições, Ezio Carlos S. Baptista, explica que, além de exercer uma função consultiva [opinar sobre alguns assuntos, tal como sobre a possibilidade de alienação de bens permanentes do ativo do devedor (artigo 66, LFRE)].

O comitê de credores tem como função precípua a fiscalização dos administradores judiciais bem como o desenvolvimento do plano de recuperação judicial pelos administradores da sociedade nos casos de processo de recuperação judicial. Desenvolve a funcionalidade de interlocutora do interesse dos credores e o juiz conduz a um melhor desenvolvimento do processo e transparência<sup>89</sup>.

Além disso, o autor destaca

“[...] o direito de requerer ao magistrado a convocação de assembleia de credores nas vezes em que se depararem com atos de interesse da comunidade de credores. Funciona o comitê como grande interlocutor permanente entre os anseios dos credores e o desenvolvimento do processo, já que as assembleias de credores são convocadas para deliberarem sobre pontos específicos e possuem caráter eventual<sup>90</sup>.”

A sua constituição se dá, por via de regra, na Assembleia Geral de Credores, nos moldes dos requisitos de instalação delineados no artigo 26 da Lei nº 11.101/2005 (o qual versa sobre quóruns de instalação, composição e indicação de representantes), e será presidido por um dos seus membros (artigo 26, § 3º). Todavia, os membros serão investidos formalmente na função com a assinatura do termo de compromisso, momento a partir do qual assumirão todas as responsabilidades inerentes ao cargo (artigo 31 da LFRE).

O artigo 27 da LFRE elenca as atribuições do Comitê de Credores, cujo rol não é taxativo, segundo aponta Resemarie Adalardo Filardi. Isso porque há outras funções

---

<sup>88</sup> Segundo o artigo 28 da Lei nº 11.101/2005, caso o órgão não seja constituído, o administrador judicial exercerá as suas atribuições e, havendo incompatibilidade, o próprio magistrado assumirá as funções.

<sup>89</sup> CARLOS S. BAPTISTA, Ezio. Comentários aos artigos 21 a 34. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 168. <sup>89</sup> Segundo o artigo 28 da Lei nº 11.101/2005, caso o órgão não seja constituído, o administrador judicial exercerá as suas atribuições e, havendo incompatibilidade, o magistrado.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 169.

espalhadas ao longo da Lei nº 11.101/2005, tal como aquela prevista no artigo 66 do referido diploma legal<sup>91</sup>, ou seja, opinar sobre a alienação ou oneração de bens ou direitos lançados no ativo permanente do devedor.

Dentre as principais funções fiscalizatórias elencadas ao longo da LFRE, verifica-se o papel de: i) fiscalizar as atividades e exame das contas do administrador judicial; ii) zelar pelo bom e regular andamento do processo e pelo cumprimento da lei; iii) comunicar ao juiz violação dos direitos ou prejuízos aos interesses dos credores; iv) apurar e emitir parecer sobre qualquer reclamação dos interessados; v) requerer ao juiz a convocação da assembleia geral de credores, o que pode acontecer a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial (artigo 52, § 2º, LFRE); vi) manifestar-se nas hipóteses previstas em lei; vii) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada trinta dias, relatório de sua situação; viii) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial.

Todas as discussões, reuniões e decisões do comitê (as quais são sempre tomadas pela maioria) serão formalizadas em “[...] livros de atas, serão rubricadas pelo magistrado, e ficarão à disposição do administrador judicial, devedor e demais credores, na secretaria do Fórum onde tramite a recuperação judicial”<sup>92</sup>, conforme prescrição do artigo 27, §1º, LFRE. Tal disposição revela o caráter público e transparente das decisões tomadas pelo comitê.

A título informativo, há de ser mencionada a responsabilidade civil e criminal dos integrantes do comitê (artigo 32, da LFRE). Assim, a figura (do credor ou do devedor) que se sentir lesada pode se valer da ação de indenização para buscar o ressarcimento dos prejuízos, ou adotar as medidas legais para combater eventual ilicitude<sup>93</sup>.

Ante o exposto, observa-se previsão ampla e precisa da atuação do comitê de credores no processo de recuperação judicial, quando comparado com a última lei falimentar (Decreto Lei nº 7.661/1945), sendo necessário enfatizar:

---

<sup>91</sup> ADALARDO FILARDI, Rosemarie. Órgãos específicos da Administração da Falência e da Recuperação Judicial das Empresas. 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2008, p. 66.

<sup>92</sup> FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012, p. 140.

<sup>93</sup> CARLOS S. BAPTISTA, Ezio. Comentários aos artigos 21 a 34. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 172.

[...] a relevância da participação séria e ativa dos credores envolvidos em procedimento de recuperação judicial, porquanto não basta apenas cuidar dos interesses individuais espelhados no recebimento dos seus créditos, mas sim na preservação da empresa, enquanto fonte produtora e circuladora de bens e serviços, pois somente dessa forma será possível alcançar o resultado mais eficiente para aqueles que se encontram envolvidos diretamente no processo de soerguimento ou aqueles que se relacionam com o devedor, por via reflexa<sup>94</sup>.

Tal colocação de Alex Floriano sobre a valorização da participação dos credores na nova lei falimentar aplica-se, *pari passu*, a outro importante órgão, a Assembleia Geral de Credores, assunto do tópico seguinte.

## 2.4 A FASE DE CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

A fase de cumprimento do plano de recuperação judicial inicia-se com a homologação do referido documento, o qual, necessariamente, passa pelo crivo dos credores.

Conforme exposto alhures, quando o plano é apresentado pela devedora, o magistrado dá conhecimento aos credores da apresentação do plano de recuperação judicial, intimando-os para que apresentem objeções (artigo 55, da Lei nº 11.101/2005).

Não havendo objeções, o plano de recuperação judicial é encaminhado ao magistrado para que o examine e, em seguida, o homologue ou não. Por outro lado, caso os credores tenham apresentado objeções, o juiz convoca a Assembleia Geral de Credores, em atendimento ao artigo 56, da Lei nº 11.101/2005.

Antes de explanar especificamente a respeito da fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, é oportuno contextualiza-lo, tecendo breves comentários a respeito da Assembleia Geral de Credores, único órgão que, quando convocado, tem a atribuição precípua de rejeitar ou aprovar o plano de recuperação judicial.

A Assembleia Geral de Credores é um órgão colegiado, não obrigatório, e que pode ser convocada a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial (art. 52, §1º, da LFRE)<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012, p. 138.

<sup>95</sup> LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144 e 145.

Assim como o aludido Comitê de Credores, a Assembleia Geral representa a valorização da participação ativa dos credores no processo de recuperação judicial. Tanto é assim que a sua função, por lei, é deliberar sobre assuntos de interesse dos credores (especialmente a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial), cujas decisões são tomadas, via de regra, pelo princípio majoritário previsto no artigo 42, da LFRE<sup>96</sup>.

Ela é composta por quatro classe de credores (artigo 41, LFRE), titulares de créditos: i) derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; ii) com garantia real; iii) quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados e iv) enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte (classe inserida recentemente, com a edição da Lei Complementar nº 147 de 2014).

Dada a importância do órgão, o legislador se preocupou em disciplinar sobre convocação, instalação, custos com a sua realização, documentação, ordem do dia e desenvolvimento dos trabalhos, processo de votação, cômputo de votos, suspensão ou adiamento, critérios de impedimento de voto, expondo tudo minuciosamente ao longo da Lei 11.101/2005.

Esse grau de detalhamento por parte do legislador é importante para alcançar a máxima eficácia desse órgão, já que o intuito dorsal do novo diploma falimentar foi valorizar a participação dos credores no processo falimentar, diversamente dos diplomas falimentares anteriores.

As atribuições da Assembleia Geral de Credores são elencadas no artigo 35, I, da Lei nº 11.101/2005, quais sejam: examinar, debater e deliberar sobre a constituição comitê de credores; apreciar o pedido de desistência do processo de recuperação judicial feito pelo devedor após o deferimento do processamento; indicar um gestor judicial para gerir a sociedade empresária em recuperação judicial, quando do afastamento do devedor; e possui “competência residual” para deliberar sobre qualquer outra matéria que afete o interesse dos credores.

---

<sup>96</sup> LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146, 164, 165 e 168. Como exceção à regra de que as decisões se pautam no princípio majoritário, o autor coloca as hipóteses de decisões sobre o plano de recuperação judicial com base no sistema de dupla maioria e no sistema de voto por cabeça, bem como a votação do comitê de credores, o qual será constituído pelo voto favorável de mais da metade de qualquer classe de credor presente na assembleia geral de credores.

A principal competência da Assembleia Geral de Credores, segundo Mauro Rodrigues Penteado, é debater a “[...] a peça chave para a solução da crise econômico-financeira da empresa, ou seja, a ‘aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor’ (art. 35, inc. I, a), se houver objeção de qualquer credor”<sup>97</sup>.

Nas palavras de Eduardo Foz Mange, esse poder-função deliberante <sup>98</sup> exercido pela Assembleia Geral de Credores:

foi uma clara opção legislativa que se constitui num dos pontos mais importantes no novo sistema falimentar brasileiro. De fato, o objetivo do legislador ao introduzir na Lei 11.101/05 a Assembleia-Geral de Credores foi o de transferir aos credores (maiores interessados no processo) a decisão sobre a aprovação do plano de recuperação e a continuidade da atividade empresarial ou a sua rejeição e a conseqüente decretação da falência.<sup>99</sup>

Em resumo, além do poder fiscalizatório atribuído aos credores pelo legislador, através do Comitê de Credores, também foi atribuído o “[...] poder de voto, em Assembléia-Geral, sobre os destinos da empresa em crise, especialmente no que se refere à aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial”<sup>100</sup>.

Dito isso, aprovado o plano de recuperação judicial pela Assembleia Geral de Credores, hipótese do presente trabalho de conclusão de curso, ele seguirá para o magistrado para homologação.

A homologação do plano de recuperação judicial e a conseqüente concessão da recuperação judicial pelo juiz produz diversos efeitos, dentre eles, a “[...] vinculação de todos os credores sujeitos à recuperação a novas obrigações constantes do

---

<sup>97</sup> RODRIGUES PENTEADO, Mauro. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2015 – Disposições preliminares. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.

<sup>98</sup> Erasmo Valladão, igualmente, entende que a Assembleia Geral de Credores exerce poder-função deliberante. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes. Da Assembléia-Geral de Credores. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.

<sup>99</sup> FOZ MANGE, Eduardo. Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial. 2010. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2010, p. 188.

<sup>100</sup> DUQUE BERTASI, Maria Odete. Administrador Judicial – Comitê e Assembléia de Credores na Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In MACHADO, Rubens Approbato (coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 151.

plano<sup>101</sup>, a formação de um título executivo judicial [...] <sup>102</sup>, com destaque ao início da fase de cumprimento do correlato plano.

A fase de cumprimento do plano de recuperação judicial dura pelo prazo máximo de dois anos a contar da concessão da recuperação judicial (artigo 61, da LFRE), e findará com a sentença que decretar o respectivo encerramento (artigo 63, da LFRE), atendidos os requisitos de lei.

Marlon Tomazette denomina tal lapso temporal de “período de observação”, cuja existência é “fundamental para o melhor andamento do processo de recuperação judicial”<sup>103</sup>, servindo para “observar a conduta do devedor e a sua confiabilidade no cumprimento da recuperação judicial”. Isso porque será um período em que o devedor será acompanhado ainda mais de perto pelos agentes fiscalizatórios (juiz, Ministério Público e credores), estando sujeito a uma severa punição – qual seja, a decretação da falência (artigo 94, III, da LFRE) -, caso descumpra as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial.

Segundo Eduardo Secchi Munhoz, trata-se de um

[...] período em que a atividade do devedor fica sob a fiscalização direta e estrita do Poder Judiciário e dos credores, por meio da assembléia geral, do comitê de credores e do administrador judicial, que mantêm suas atribuições<sup>104</sup>.

Simone Rodrigues Alves Rocha de Barros, por sua vez, reconhece a importância desse momento processual, ao afirmar que:

As vantagens são evidentes: durante esse período, existe a fiscalização das atividades do devedor pelos credores, pelo Ministério Público e pelo juiz, além da ameaça de direta convocação em falência, no caso de inadimplemento das obrigações do plano. Sob a ótica da empresa em recuperação judicial, a

---

<sup>101</sup> O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1326888/RS, julgado em 08 de abril de 2014, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salmoão, explica que a novação que se opera no âmbito do processo de recuperação judicial se difere da novação conhecida no âmbito do Direito Civil, motivo pelo qual a denomina de novação *sui generis*.

<sup>102</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falências e recuperação de empresas. v. 3. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 224.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 234-235.

<sup>104</sup> Ademais, ressalta que o “[...] papel central do comitê de credores é desempenhado justamente nessa segunda fase, quando deverá fiscalizar o cumprimento do plano pelo devedor, apresentar relatórios mensais, denunciar eventuais irregularidades, apurar e emitir pareceres quanto a reclamações dos interessados etc. (art. 27, I e II). O mesmo se diga em relação ao administrador judicial, que poderá fiscalizar as atividades do devedor em recuperação e, até mesmo, requerer a falência deste no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano (art. 22, II, d). MUNHOZ SECCHI, Eduardo. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 303-302.

transparência do processo e a existência desse espaço para, de forma organizada, continuar contando com a participação dos credores na sua recuperação judicial também são vantajosas<sup>105</sup>.

É importante salientar que a sociedade empresária em recuperação judicial não tem a obrigação de cumprir, no prazo de dois anos, todas as obrigações previstas no correlato plano.

Sobre o tema, Luiz Inácio Vigil Neto assevera que o artigo 61 da LFRE “se refere ao prazo do regime jurídico e não do plano reorganizativo”. E explica:

Diante do princípio da liberdade de proposição, o devedor irá construir o plano reorganizativo capaz de reverter a situação de crise que enfrenta, não existindo uma forma pré-concebida nem um prazo pré-definido. [...] A aplicação plena da regra faz concluir que se houver a homologação de um plano reorganizativo de vinte anos, a sua execução, durante os dois primeiros anos, contados da concessão, dar-se-á sob o regime de recuperação judicial, tendo a supervisão do magistrado, a intervenção e fiscalização do Ministério Público, a participação do administrador judicial e do comitê de credores, se constituído. Após esse prazo, o juiz, por sentença, decretará o encerramento da recuperação judicial, mantendo-se, porém, a obrigação de cumprir o plano na forma, nas condições e nas épocas propostas e aceita pelos credores, pelos próximos dezoito anos<sup>106</sup>.

Ao seguir a linha cronológica de raciocínio, identificado o cumprimento, pelo devedor, dentro do prazo de dois anos, das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, o juiz decretará o encerramento da recuperação judicial (artigo 61, da LFRE).

O prazo de dois anos firmado pelo legislador busca exatamente aferir o grau de confiabilidade do devedor até o encerramento da recuperação judicial. Isso porque, após o encerramento, caberá aos credores, individualmente, acompanhar o cumprimento das obrigações, valendo-se das ações executivas ou falimentares para resgatar os seus créditos<sup>107</sup>.

Por outro lado, na hipótese de o juiz verificar o não cumprimento das obrigações, no prazo de dois anos, ele tem a prerrogativa, de ofício, de punir severamente o devedor, decretando sua falência.

---

<sup>105</sup> ALVES ROCHA DE BARROS, Simone Rodrigues. Da concessão ao encerramento da recuperação judicial: o prazo de dois anos do art.61 e suas implicações. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord). Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, 392.

<sup>106</sup> VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p 178.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p 179.



Ante o exposto, verifica-se que, até o encerramento da recuperação judicial, o devedor continua sendo plenamente fiscalizado pelos agentes que compõem o processo, os quais possuem a relevante função de acompanhar o exato cumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, cujo desatendimento é causa de decretação de falência, conforme previsão legal.

Pois bem, no bojo deste capítulo, foram explanados os elementos necessários para compreender o instituto da recuperação judicial, os quais são fundamentais para a verificação científica a ser alcançada no último capítulo, o qual investigará se a sociedade empresária, em fase de cumprimento de plano de recuperação judicial, pode participar de pregões eletrônicos.

### **3. O PODER PÚBLICO E OS DIPLOMAS NORMATIVOS (LEIS Nº 8.666/1993, Nº 10.520/2002 E DECRETO Nº 5.450/2005): ASPECTOS RELEVANTES.**

A exploração do objeto deste trabalho de conclusão de curso requer uma introdução sobre a modalidade licitatória pregão eletrônico, especialmente sobre seus fundamentos, finalidades, fase de habilitação e instrumento convocatório.

A Administração Pública, no desempenho das suas atividades, realiza compras, obras, celebra contratos, presta serviços, fornece bens e mercadorias, loca imóveis, dentre outras. A execução desses negócios jurídicos, por sua vez, exceto quando permitido por lei, devem ser precedidas de licitação, conforme o artigo 37, *caput* e inciso XXI da Constituição Federal de 1988, diploma máximo do ordenamento brasileiro.

Sobre o conceito de licitação, Celso Antônio Bandeira de Melo dispõe o seguinte:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup>ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, Celso. Curso de direito administrativo. 32 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 538.

O procedimento licitatório tem previsão expressa na Carta Magna brasileira de 1988 - diferentemente do diploma anterior (Constituição de 1967) -, cuja disciplina infralegal básica se encontra disposta na Lei nº 8.666/1993. Há também outras normas, a exemplo da Lei nº 10.520/2002, que acrescentou o pregão como nova modalidade licitatória para aquisição de bens e serviços comuns<sup>109</sup>.

A Lei 8.666/1993, no seu artigo 3º, instituiu os três objetivos fundamentais da licitação, quais sejam: garantir a isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública e promover o desenvolvimento nacional sustentável, escopos, esses, a seguir detalhados.

Garantir a isonomia significa que o procedimento licitatório não deve privilegiar nenhum competidor, oportunizando a todos a competição em igualdade. Nesse sentido, Marcio Pestana explica que “todos os licitantes devem ser tratados, pelo Poder Público, sem discriminação, não importa a natureza, assegurados seus direitos e exigidas suas obrigações de maneira isonômica e equitativa”<sup>110</sup>.

A seleção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública, explica Maria Sylvia Zanella di Pietro, dar-se-á no momento em que ela escolhe, dentre todas as propostas ofertadas, aquela que mais resguarda o interesse público<sup>111</sup>.

A título meramente informativo, sobre o objetivo licitatório da promoção e desenvolvimento nacional sustentável, Ceres Fernanda Corrêa e Eduardo Biacchi Gomes, ao discorrer sobre o referido conceito, explicam que isso consiste em harmonizar o interesse do Estado em promover o desenvolvimento e a proteção ao meio ambiente. Nas palavras dos autores:

O desenvolvimento que se deseja para uma região é o desenvolvimento sustentável, que pressupõe equilíbrio entre produção, sociedade e meio ambiente.

[...]

O ideal é que esse desenvolvimento econômico exista, porém que seja pautado em equilíbrio na questão da preservação ambiental, para que as futuras gerações também possam desfrutar do meio ambiente saudável, de forma a compatibilizar o desenvolvimento com o crescimento econômico, podendo, dessa maneira, preservar o direito fundamental dos Estados de se desenvolverem<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 177, 178 e 239-242.

<sup>110</sup> PESTANA, Marcio. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 275.

<sup>111</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 371.

<sup>112</sup> CORRÊA, Ceres Fernanda; BIACCHI GOMES, Eduardo. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável – uma análise a partir do caso das papeleras. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.48, n. 189, jan./mar.2011, p. 177 e 181.

Dentre os fundamentos do procedimento licitatório, José dos Santos Carvalho Filho destaca a moralidade administrativa como sendo o principal fundamento inspirador do legislador. A criação do procedimento licitatório encontra respaldo na proteção dos interesses coletivos contra atos de improbidade, ilegítimos e/ou voltados para o interesse pessoal. A regularização da contratação através de normas e critérios retira a liberdade do gestor público de escolher, à sua vontade, o ente contratado, dando margem a arbitrariedades.<sup>113</sup>

Há de se destacar, ainda, os princípios que norteiam a condução dos procedimentos licitatórios.

Na doutrina, não há um consenso absoluto<sup>114</sup> a respeito de quais seriam esses princípios. No entanto, em termos gerais, é possível mencionar os seguintes princípios<sup>115</sup>: princípio da licitação sustentável, princípio da publicidade, princípio da moralidade administrativa, princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da igualdade/isonomia, princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio do julgamento objetivo, princípio da eficiência.

Dentre as modalidades licitatórias, a Lei nº 8.666/1993 (artigo 22) elenca o número de cinco: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, sendo o pregão a sexta modalidade licitatória, efetivamente inserida no ordenamento jurídico através da Lei nº 10.520/2002<sup>116</sup>.

Feita uma introdução geral a respeito da licitação, passa-se a explorar o pregão, especificamente na sua modalidade eletrônica.

### 3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PREGÃO: OBJETIVO, CONCEITO, MODALIDADES, FUNDAMENTOS, PRINCÍPIOS NORTEADORES E VANTAGENS COM A ADOÇÃO NA MODALIDADE ELETRÔNICA.

O objetivo primordial da criação do pregão foi empreender mais celeridade ao procedimento licitatório, através da sua simplificação e desburocratização, visto que

---

<sup>113</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 177, 178 e 239 e 246.

<sup>114</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 374.

<sup>115</sup> Nesse sentido, conferir Hely Lopes Meireles, Celso Antônio Bandeira de Melo, Dirley da Cunha Júnior, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Márcio Pestana.

<sup>116</sup> Vale observar que o pregão realizado pelo meio eletrônico é regulado pelo Decreto nº 5.450/2005 e há divergência doutrinária quanto à consideração da consulta pública (Leis nº 9.472/1997 e 9.986/2000) como nova modalidade licitatória.

a eficiência das contratações usuais, de menor vulto e de pouca complexidade, vinha sendo prejudicada pela demora e excesso de procedimentos<sup>117</sup>.

A modalidade pregão foi regularmente inserida no ordenamento jurídico através da edição da Lei nº 10.520/2002 (norma geral) e o pregão eletrônico disciplinado, no âmbito federal, através do Decreto nº 5.450/2005, com fundamento no artigo 2º, §1º, da citada lei.

Enquanto nova modalidade licitatória, o pregão também está subordinado à Constituição Federal, devendo estar em consonância com o diploma máximo, em especial, com os principais dispositivos que versam sobre licitação (artigos 22, XXVII e 37, XXI, Constituição Federal)<sup>118</sup>.

A Lei nº 10.520/2002 também é uma norma geral, assim como a Lei nº 8.666/1963, e não há relação hierárquica entre elas, uma vez que são leis ordinárias. Segundo Marçal Justen Filho<sup>119</sup> “entre leis ordinárias, não há cabimento em instituir distinções hierárquicas. A Lei nº 8.666/1993 constitui-se uma lei ordinária, que pode ser modificada por lei subsequente de idêntica hierarquia”.

Ao comentar sobre o artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, que prevê a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993, o autor explica o seguinte:

A relação entre a legislação do pregão e a Lei nº 8.666 continua a ser do especial em face do geral. O pregão é uma modalidade de licitação, instituto cujos princípios e regras gerais constam da Lei nº 8.666.

[...]

De regra, aplicam-se ao campo do pregão as normas de legislação específica. No entanto, o intérprete deverá interpretar os institutos do pregão à luz dos princípios e soluções consagradas na Lei nº 8.666.

[...]

Na omissão da legislação acerca do pregão, o aplicador deverá recorrer à Lei de Licitações, fazendo incidir as normas correspondentes, desde que compatíveis com a sistemática e espírito do pregão.

[...]

Em muitos casos, as disposições da Lei nº 8.666 deverão ser aplicadas diretamente. É o caso dos dispositivos acerca da habilitação, análise de proposta e outros<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 313.

<sup>118</sup> ALENCAR, Eduardo José de. Estudo sobre aspectos gerenciais do pregão: uma análise gerencial de sua utilização pela Administração Pública do Estado de Pernambuco. 2006. 134 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2006, p. 46.

<sup>119</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 10.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 207.

O pregão tem aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, e é utilizado com o objetivo de adquirir bens e serviços comuns, independentemente do valor da contratação, e a disputa entre os participantes ocorre por meio de lances e propostas em uma sessão pública<sup>121, 122</sup>

Nesse mesmo sentido, Fernanda Vasconcelos afirma que:

Diversamente das demais modalidades de licitação, o pregão pode ser aplicado a qualquer valor estimado de contratação, de forma que constitui alternativa a todas as modalidades. Uma outra peculiaridade sua é que ele admite como critério de julgamento da proposta somente o menor preço<sup>123</sup>.

Compartilhando do mesmo entendimento, Hely Lopes Meireles afirma que “no pregão, o fator técnico não é levado em consideração, mas apenas o fator preço”<sup>124</sup>.

O artigo 2º, §1º da Lei nº 10.520/2002 estabeleceu que o pregão pode se processar pelo meio eletrônico, desde que regulado por legislação específica. A União, portanto, editou o Decreto nº 5.450/2005<sup>125</sup>, regulando o pregão na modalidade eletrônica, tornando obrigatória a utilização do pregão para as contratações de serviços e bens comuns no âmbito federal, dando preferência ao meio eletrônico (artigo 4º, Decreto nº 5.450/2005)<sup>126</sup>.

Marçal Justen Filho obtempera essa obrigatoriedade imposta à União com base na seguinte justificativa:

Ademais, a regra do art. 4º não elimina a adoção de outra modalidade licitatória em vista de circunstâncias peculiares e diferenciadas. Se, num caso concreto, o pregão não for a alternativa mais satisfatória para selecionar a proposta mais vantajosa, é evidente que a sua adoção será vedada.

---

<sup>121</sup> ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, Celso. Curso de direito administrativo. 32 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 580.

<sup>122</sup> O conceito de pregão está materializado no artigo 2º do Anexo I do Decreto 3.555/2000, que assim dispõe: “Art. 2º Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais”.

<sup>123</sup> VASCONCELOS, Fernanda. Licitação pública: análise dos aspectos relevantes do pregão. *Prima Facie: Revista da Pós graduação em Ciências Jurídicas*. João Pessoa. a.4. n.7. jul./dez. 2005, p. 151-163. Disponível em: <<http://www.ies.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4566/3436>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>124</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BALAESTERO ALEIXO, Délcio; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 39.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 365.

<sup>125</sup> Trata-se de uma norma federal, de interesse da União, e que não vincula os demais entes da federação. Cabe a cada um deles regulamentar a aplicação da Lei nº 10.520/2002 em seu âmbito. JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 214.

<sup>126</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 314-315.

Em outras palavras, deve-se interpretar o dispositivo tal como se contivesse uma ressalva implícita. Somente será obrigatória a utilização do pregão para contratação de bens e serviços comuns quando tal alternativa não conduzir à frustração da satisfação dos interesses à custa da Administração Pública<sup>127</sup>.

Em resumo, o pregão é uma nova modalidade licitatória inserida no ordenamento jurídico e que pode se processar mediante duas modalidades, quais sejam: em ambiente físico (pregão presencial) e em meio eletrônico (pregão eletrônico), sendo que a diferença substancial entre as duas é justamente a forma como se processam<sup>128</sup>. O Decreto nº 5.450/2005 altera alguns atos procedimentais, todavia, não é o escopo deste trabalho pormenoriza-las<sup>129</sup>.

Segundo Marcelo de Freitas e José Manuel Santos Varge Maldonato,

O pregão eletrônico caracteriza-se pela utilização de recursos de tecnologia de informação nos procedimentos licitatórios, proporcionando a comunicação e a interação a distância, pela internet, entre os agentes públicos responsáveis pela licitação (pregoeiro e equipe de apoio) e os licitantes (empresas interessadas em fornecer ou contratar com a Administração)<sup>130</sup>.

Para Marçal Justen Filho,

O pregão, na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação pública de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem ou serviço comum, por meio de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interesses desenvolvem-se com utilização de recursos da Tecnologia da Informação, valendo-se especialmente da rede mundial de computadores (internet).

[...]

Enfim, tudo aquilo que se previu a propósito do pregão será adaptado a um procedimento em que as comunicações se fazem por via eletrônica<sup>131</sup>.

No que diz respeito ao objeto do pregão, seja ele presencial ou eletrônico, o artigo 1<sup>a</sup>, parágrafo único da Lei nº 10.520/2002, assim dispõe: “consideram-se bens

<sup>127</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 242.

<sup>128</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 316.

<sup>129</sup> Conferir obra específica sobre o tema, de Marçal Justen Filho, qual seja, Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, na qual o autor explica os vícios formais e materiais constantes do Decreto 5.450/2005, explicando em que medida esse diploma normativo excedeu os seus limites, já que sua função era apenas regulamentar o artigo 2º, §1º da Lei 10.520/2002 e não inovar a ordem jurídica.

<sup>130</sup> DE FREITAS, Marcelo; SANTOS VARGE MALDONATO, José Manuel. O pregão público e a contratação de serviços contínuos. *Revista Administração Pública*. Rio de Janeiro. v. 47, n. 5, set./out. 2013, p. 1265-1281. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/12052/10971>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>131</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 220.

e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Autores como Alice Gonzales Borges, José dos Santos Carvalho Filho e Hely Lopes Meireles criticam o referido conceito, argumentando que é deficiente e que não define, com precisão, o objeto do pregão. Pela exigência geral do artigo 40, I, da Lei nº 8.666/1993, o objeto licitado deve, inclusive, ser pormenorizado no instrumento convocatório<sup>132</sup>.

O anexo I do Decreto nº 3.555/2000<sup>133</sup>, que enumera bens e serviços comuns, é utilizado para nortear esse conceito aberto. Com base nesse documento, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que

Os bens comuns dividem-se em bens de consumo (os de frequente aquisição) e bens permanentes (mobiliários, veículos, etc.). Os serviços comuns são de variadíssimas naturezas, incluindo-se, entre outros, os de apoio administrativo, hospitalares, conservação e limpeza, vigilância, transporte, eventos, assinatura de periódicos, serviços gráficos, informática, hotelaria, atividades auxiliares (motorista, garçom, ascensorista, copeiro, mensageiro, secretaria, telefonista, etc.)<sup>134</sup>.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, explica que

A lista é apenas exemplificativa e serve para orientar o administrador na caracterização do bem ou do serviço comum. O essencial é que o objeto licitado possa ser definido por meio de especificações usuais no mercado, o que não impede a exigência de requisitos mínimos de qualidade.

[...]

O que caracteriza os bens e serviços comuns é a sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência.<sup>135</sup>

É importante destacar, ainda, os princípios que norteiam o desenvolvimento do pregão eletrônico. Na condição de modalidade licitatória, deve seguir a principiologia

---

<sup>132</sup> Nesse sentido, conferir BORGES, Alice Gonzalez. O pregão criado pela MP 2026/00. Revista *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/425>>. Acesso em: 28 jan. 2016; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015 e MEIRELLES, Hely Lopes; BALAESTERO ALEIXO, Délcio; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 39.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

<sup>133</sup> Esse decreto foi atualizado pelos Decretos nºs 3.693/2000, 3.794/2001 e 7.174/2010.

<sup>134</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 317.

<sup>135</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BALAESTERO ALEIXO, Délcio; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 39.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 365.

basilar, encartada no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993<sup>136</sup>.

Com efeito, são esses os principais princípios gerais: princípio da licitação sustentável, princípio da publicidade, princípio da moralidade administrativa, princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da igualdade/isonomia, princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio do julgamento objetivo, princípio da eficiência.

Considerando que os seis últimos têm relação íntima com a temática que será trabalhada no terceiro capítulo, passa-se a discorrer brevemente sobre eles, entendendo os conceitos básicos.

Sobre o princípio da legalidade, Dirley da Cunha Júnior explica que a Administração Pública deve agir estritamente em consonância com a lei e com o Direito, que disporá o que pode ou não ser feito. No âmbito público, não se aplica a autonomia da vontade das partes, ante a indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, o autor explica:

Como decorrência da indisponibilidade do interesse público, a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade absoluta com a lei. O princípio da legalidade é uma exigência que decorre do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica. Sabe-se que, no âmbito das relações privadas, vige a idéia de que tudo que não está proibido em lei está permitido. Nas relações públicas, contudo, o princípio da legalidade envolve a idéia de que a Administração Pública só pode atuar quando autorizada ou permitida por lei<sup>137</sup>.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, se aplica à administração e aos administrados, ou seja, a administração deve atuar na condição de órgão e não na pessoa física do governante, enquanto que os administrados devem ser atendidos como coletividade, sem que haja privilégio injustificável de um em detrimento dos demais<sup>138</sup>. Celso Antônio Bandeira de Melo entende que esse princípio é uma forma de expressão do princípio da igualdade/isonomia<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 54; ALENCAR, Eduardo José de. Estudo sobre aspectos gerenciais do pregão: uma análise gerencial de sua utilização pela Administração Pública do Estado de Pernambuco. 2006. 134 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2006, p. 50.

<sup>137</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito administrativo. 8.ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2009, p. 39.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>139</sup> ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, Celso. Curso de direito administrativo. 32 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 546.



Na visão de Carlos Coelho Pinto Motta,

O princípio da impessoalidade evita qualquer concessão de privilégio e inspira todas as diretrizes que assegurem condições justas de competição.

[...]

Veda-se, por esta via, qualquer tratamento discriminatório na licitação [...] <sup>140</sup>

Na sequência, para Celso Antônio Bandeira de Melo, o princípio da igualdade/isonomia

implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia <sup>141</sup>.

Assim, salvo as exceções previstas em lei, aqueles que estejam concorrendo ao certame e aqueles que desejam dele participar devem estar em pé de igualdade, tendo a mesma oportunidade, de modo que os agentes públicos não podem dar tratamento injustificadamente desigual aos participantes nem infringir o caráter competitivo, intrínseco da licitação.

No que se refere ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital), a Lei nº 8.666/93 reserva-lhe o *caput* do artigo 41 <sup>142</sup>. Uma vez veiculado, o instrumento convocatório deve ser estritamente obedecido pela Administração Pública até o encerramento do processo licitatório.

Inobstante essa previsão, Hely Lopes Meirelles reconhece que o edital pode estar viciado em algumas vezes. Nesses casos, explica que a Administração Pública deve invalidar e reabrir o certame, ou, caso possível, sanar o erro, retificando o edital e veiculando um novo, sempre com o cuidado de publicá-lo e garantir os prazos aos licitantes <sup>143</sup>.

Além disso, salienta que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não é absoluto

[...] a ponto de obstar à Administração ou o próprio Judiciário interpreta-lo, inclusive à luz do princípio da razoabilidade, para melhor aferir seu sentido e compreendê-lo, impedindo que o rigor excessivo venha a afastar da licitação possíveis proponentes e prejudicar uma das suas finalidades, mas tomando-

<sup>140</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos: Lei n. 8.666/93. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 63.

<sup>141</sup> ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, Celso. Curso de direito administrativo. 32 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 546-547.

<sup>142</sup> Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. [...].

<sup>143</sup> EIRELLES, Hely Lopes; BALAESTERO ALEIXO, Délcio; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 39.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 298.

se cuidado para não haver quebra dos princípios legais ou constitucionais, como o da legalidade estrita<sup>144</sup>.

O princípio do julgamento objetivo, por sua vez, está claramente previsto nos artigos 44 e 45 da Lei nº 8.666/93. Ele afasta a discricionariedade e o subjetivismo dos agentes públicos na escolha das propostas, vinculando-os aos critérios objetivos e parâmetros estabelecidos no instrumento convocatório.

Sobre o mencionado princípio, Sílvio Luís Ferreira da Rocha dispõe que

[...] tem por finalidade impedir a escolha do licitante vencedor por critérios subjetivos da Administração. Daí que o julgamento objetivo é aquele que se baseia nos critérios indicados no edital. A Administração, ao julgar, realiza um confronto entre os critérios indicados no edital e os critérios oferecidos pelos licitantes<sup>145</sup>.

Por fim, no que se refere ao princípio da eficiência, último princípio que guarda íntima relação com o objeto deste trabalho, Paulo Modesto explica que ele é inerente ao Estado Democrático e Social, cujas atribuições fundamentais são atender a coletividade a partir da prestação de serviços essenciais e organizar as relações sociais. Não se trata de uma mera atuação, mas sim uma atuação eficiente, satisfatória, pautada em resultados.

Com efeito, o autor resume o seguinte:

pode-se definir o princípio da eficiência como a exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público<sup>146</sup>.

Ademais, percebe-se que as normas que disciplinam o pregão também elencam os princípios que regem essa modalidade licitatória<sup>147</sup>. Em suma, além de

---

<sup>144</sup> *Idem*.

<sup>145</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 356.

<sup>146</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf)>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016.

<sup>147</sup> Nesse sentido, conferir o artigo 5º do Decreto nº 5.450/2005 (que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito da União) e o artigo 3º do Decreto nº 3.555/2000. Sobre este último decreto, Eduardo José de Alencar explica que se trata de um “regulamento federal para o pregão e teve por objetivo regulamentar o pregão no âmbito da União. Esta norma surgiu no esteio da Medida Provisória nº. 2.026/2000, que restringia a aplicação do pregão na esfera da União. A Lei nº 10.520/2002, que estendeu a utilização do pregão a todas as órbitas federativas, recepcionou-o no âmbito da União, revogando apenas as normas explícitas ou implicitamente antinômicas”. ALENCAR, Eduardo José

repetirem princípios já previstos na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.666/1993, elencam os seguintes princípios: celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.

Benedicto de Tolosa Filho <sup>148</sup> alerta que os “princípios” da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, apesar de receberem essa denominação, tecnicamente são considerados requisitos do ato administrativo. O princípio da celeridade, por sua vez, é atingido pelo princípio da eficiência, o qual já o contempla na sua essência, desde que respeitado os limites dos demais princípios licitatórios.

Ademais, Tolosa Filho consigna que os princípios da competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas também não são inéditos. Eles já estão encartados na legislação e são extraídos do processo licitatório e do julgamento objetivo.

Benedicto de Tolosa Filho conclui que “a realização da licitação na modalidade de pregão deve observar todos os princípios que regem o ato administrativo em geral e os seus requisitos, além dos princípios próprios do procedimento licitatório”<sup>149</sup>.

Marçal Justen Filho também entende de forma semelhante. Segundo ele,

os princípios norteadores do pregão não são distintos daqueles pertinentes a toda e qualquer atividade administrativa. Sobre o tema, pode consultar-se tanto o art. 37 da CF/88 quanto o art. 3º da Lei nº 8.666. Dito de outro modo, a licitação sob modalidade de pregão não se configura, em sua essência ou principiologia, como um instituto distinto da Administração Pública em geral ou de qualquer licitação desenvolvida sob outras modalidades<sup>150</sup>.

Contextualizado o pregão juridicamente, com foco na sua forma eletrônica, é importante registrar a importância de destaque que ele tem conquistado na Administração Pública.

Em razão da forma como é estruturado e os fins reservados ao pregão eletrônico, a sua adoção gerou uma economia de 48 bilhões de reais aos cofres

---

de. Estudo sobre aspectos gerenciais do pregão: uma análise gerencial de sua utilização pela Administração Pública do Estado de Pernambuco. 2006. 134 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2006, p. 48.

<sup>148</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e eletrônico. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 30.

<sup>149</sup> *Idem*.

<sup>150</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 54

públicos federais entre os anos de 2010 e 2015<sup>151</sup>, e a sua adoção, pelo governo federal, tem sido crescente. A título ilustrativo, no ano de 2004, houve um aumento de 100% na utilização do pregão pela Administração Pública Federal, enquanto, quando comprado ao ano de 2002, houve um aumento de 500%<sup>152</sup>.

Nesse sentido, são muitas as vantagens da utilização do pregão eletrônico. Conforme registra José dos Santos Carvalho Filho,

Reduz-se o uso de papel, já que os atos se produzem pela internet. Depois, há menos sobrecarga para o pregoeiro, já que há menos documentos para analisar. Ainda: o pregão é mais célere e eficaz quando se trata de licitação por itens ou lotes. Por fim, os recursos da tecnologia da informação aproximam as pessoas e encurtam as distâncias, permitindo atuação com maior eficiência por parte da Administração<sup>153</sup>.

Um grupo de pesquisadores realizou um estudo empírico, com base em dados quantitativos, comparando os benefícios e as desvantagens entre a utilização do pregão eletrônico e presencial. Para tanto, se debruçaram nos editais de licitação editados entre julho e agosto de 2008, publicados pelo departamento de licitações da Universidade Federal de Viçosa (que utiliza o pregão presencial) e a Prefeitura Municipal de Viçosa (que utiliza o pregão eletrônico), ambos no Estado de Minas Gerais.

Concluíram que o pregão eletrônico se mostra mais eficiente em face do pregão presencial, e a competitividade é estimulada, diminuindo as chances da formação de oligopólios e monopólios de preço, muito comum nos processos licitatórios. Todavia, surge a preocupação com a segurança tecnológica, um sistema de tecnologia eficiente e uma equipe preparada para manuseá-la. Nesse sentido,

conclui-se que o pregão eletrônico é um mecanismo que possibilita melhor gestão dos recursos públicos, com agilidade, transparência e publicidade desejadas. Entretanto, necessita de um planejamento minucioso antes de sua implantação, pois é necessário romper as barreiras impostas pela resistência à tecnologia, bem como oferecer o treinamento necessário à

---

<sup>151</sup> A reportagem completa pode ser acessada através do seguinte sítio eletrônico: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/pregao-eletronico-gera-economia-de-r-48-bi-nos-ultimos-cinco-anos>. Acesso em 03 de fev.2016.

<sup>152</sup> A matéria completa pode ser conferida no seguinte sítio eletrônico: [http://www4.serpro.gov.br/imprensa/publicacoes/tema-1/antigas%20temas/tema\\_177/materias/novidades-nas-compras-do-governo](http://www4.serpro.gov.br/imprensa/publicacoes/tema-1/antigas%20temas/tema_177/materias/novidades-nas-compras-do-governo). Acesso em: 03 de fev.2016.

<sup>153</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 316.

equipe que será responsável pela execução dessa nova modalidade de licitação<sup>154</sup>.

Tais aspectos positivos e a frequência com a qual o pregão eletrônico é eleito pela Administração Pública Federal, foi motivador para a sua escolha como objeto de estudo deste trabalho.

Dito isso, segue-se para a explanação do procedimento do pregão eletrônico, investigando as suas fases, com foco no momento da habilitação pelo licitante, especialmente no atendimento do quesito “qualificação econômico-financeira” posta no instrumento convocatório.

### 3.2 O PROCEDIMENTO DO PREGÃO ELETRÔNICO E O ATENDIMENTO DO QUESITO “QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA” NA FASE DE HABILITAÇÃO.

Conforme já mencionado alhures, o pregão eletrônico, no âmbito da União, sem prejuízo da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.666/1993, está regulamentado no Decreto nº 5.450/2005, cujo fundamento se encontra no artigo 2º, §1º, da Lei nº 10.520/2002.

Segundo o artigo 3º do Decreto nº 5.450/2005, para fins de segurança, os agentes que participarão do pregão eletrônico (a autoridade competente do órgão que promove a licitação, pregoeiro, equipe de apoio e licitantes) deverão estar previamente credenciados no provedor, recebendo uma chave de identificação virtual e senha de acesso.

Nesse caso, na hipótese de o órgão licitante ser integrante do Sistema de Serviços Gerais (SISG), o cadastro deverá ser feito junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), nos termos do artigo 3º, §§ 2º e 3º, do mesmo decreto. É importante observar que “o credenciamento não corresponde a uma forma de habilitação prévia”<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> FARIA, Evandro Rodrigues de; MARQUES FERREIRA, Marco Aurélio; SANTOS, Lucas Maia dos.; RAMOS SILVEIRA, Suely Fátima. Pregão Eletrônico versus Pregão Presencial: estudo comparativo de redução de preços e tempo. Revista em Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (online). Rio de Janeiro, v.16, n. 01, jan./abril.2011, p.44. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rcmccuerj/article/view/5478/3982>>. Acesso em: 03.fev.2016.

<sup>155</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 235.

Superado o credenciamento e cadastramento prévios, segue-se à fase interna do pregão eletrônico. Ela está prevista no artigo 9º do Decreto nº 5.450/2002, que a denominada de “fase preparatória”, consistente na realização de vários atos pelo órgão administrativo antes de veicular o edital ao público<sup>156</sup>.

Afora a indicação do pregoeiro responsável pela condução do processo licitatório e nomeação da equipe de apoio, a fase preparatória pode ser sintetizada, cronologicamente, da seguinte forma:

A autoridade requisitante deverá, em vista de suas necessidades, elaborar o termo de referência, contendo os dados indicados no Regulamento. Deverá ser dirigida à autoridade competente uma solicitação de contratação, acompanhada do termo de referência e de uma justificativa da necessidade de contratação. A autoridade competente promoverá a abertura do procedimento licitatório e aprovará, se for o caso, o termo de referência. Deverão ser desenvolvidos os trâmites internos de avaliação da necessidade de contratação e dos requisitos necessários para tanto, tal como da definição do modelo contratual a ser adotado e das regras atinentes à licitação.<sup>157</sup>

É importante destacar que esse é o momento de elaboração do instrumento convocatório. Ele deve atender as exigências gerais do artigo 40, da Lei nº 8.666/1993, dentre outras específicas previstas no Decreto nº 5.450/2005, como, por exemplo, o período de recebimento das propostas via *internet*, através do sistema eletrônico, bem como data e horário para início dos lances.

A respeito do instrumento convocatório, impõe-se um breve adendo: o seu regime jurídico, no que tange ao conteúdo, requisitos e validade, não se diferencia dos editais das demais licitações. Todavia, as peculiaridades relacionadas ao pregão devem ser consideradas e refletidas no edital, como por exemplo, o fato de ser uma modalidade licitatória mais simplificada e norteada pela escolha da proposta de menor preço (artigo 4º, X, da Lei nº 10.520/2002)<sup>158</sup>.

Nesse sentido, dispõe Marçal Justen Filho o seguinte: “Em suma, o conteúdo do edital de pregão deverá ser adequado à natureza do procedimento e à padronização do objeto [...]”<sup>159</sup>.

A natureza e o espírito do pregão são tão diversos daqueles das modalidades tradicionais de licitação que o ato convocatório deverá ser elaborado com muita

---

<sup>156</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 433.

<sup>157</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 254.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 90-91.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 90.

cautela e eficiência. Isso significa, basicamente, estabelecer critérios de fácil e objetiva apuração para elaboração de propostas, bem como eliminar requisitos de habilitação incompatíveis com a simplicidade do objeto licitado e a modalidade licitatória eleita (no caso tem tela, o pregão eletrônico).

Finalizada a fase interna, inicia-se a fase externa (artigo 17 do Decreto nº 5.450/2005 e artigo 4º, da Lei nº 10.520/2002), que é inaugurada com a publicação do edital de convocação e seguida das seguintes etapas: julgamento e classificação das propostas, habilitação do vencedor, adjudicação e homologação do objeto licitatório.

Dando sequência ao procedimento do pregão eletrônico, publicado o instrumento convocatório, os licitantes terão o prazo não menor que oito dias para enviar as suas propostas, por meio eletrônico, com a descrição do objeto e o preço oferecido (artigos 7º, §4º e 24 do Decreto nº 5.450/2005), utilizando, para tanto, a senha e sua identificação que recebera no momento do credenciamento prévio.

As propostas podem ser enviadas e alteradas pelos licitantes até à abertura da sessão pública<sup>160</sup>. Chegado o dia e o horário determinado no edital, o pregoeiro, utilizando a sua chave de acesso e senha, iniciará a sessão pública (artigo 22, do Decreto nº 5.450/2005), apreciando as propostas enviadas, com base em um juízo vinculado “à lei e ao ato convocatório”<sup>161</sup>. Aquelas propostas que não observarem os requisitos previstos no edital serão desclassificadas, informação, esta, que será veiculada no sistema para acompanhamento dos licitantes (artigo 22, § 2º e §3º, Decreto nº 5.450/2005).

As propostas classificadas serão automaticamente encaminhadas pelo sistema ao pregoeiro, dando início à fase dos lances, pelo meio eletrônico. Cada licitante pode enviar sucessivos lances “[...] desde que para reduzir o valor; durante essa fase, os

---

<sup>160</sup> “A ‘abertura da sessão’ consiste no estabelecimento de comunicação ‘online’ via Internet entre o pregoeiro (e a equipe de apoio) e os potenciais interessados, para efeito de competição pelo menor preço”. JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 286. Destaque-se, ainda, que os atos serão considerados válidos desde que aconteçam no âmbito do endereço eletrônico veiculado no instrumento convocatório, propiciando o conhecimento e a ampla participação entre os licitantes, pregoeiro e sua equipe, bem como o acompanhamento pelo público externo.

<sup>161</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 291.

licitantes são informados do valor do menor lance registrado, sem identificação de quem o apresentou”<sup>162</sup> (artigos 23 e 24 do Decreto nº 5.450/2005).

Assim, encerrada a etapa dos lances na sessão pública, “o pregoeiro poderá apresentar contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital”<sup>163</sup>, conforme o artigo 28, §8º, do Decreto nº 5.450/2005.

Finalizada essa etapa, tendo êxito ou não a redução do preço, o pregoeiro verificará se a proposta em primeira colocação se coaduna com o preço ofertado no instrumento convocatório, bem como se o licitante atende os requisitos de habilitação (artigo 25, do Decreto nº 5.450/2005).

Antes de prosseguir com a explanação do procedimento do pregão, cumpre tecer comentários a respeito da habilitação do licitante.

Segundo Ariosto Mila Peixoto,

habilitação ou qualificação é o ato pelo qual o órgão competente, examinada a documentação, manifesta-se sobre os requisitos pessoais dos licitantes, habilitando-os ou inabilitando-os. Habilitado ou qualificado é o proponente que demonstrar possuir os requisitos mínimos de capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade econômico-financeira e regularidade fiscal, pedidos no edital; inabilitado ou desqualificado é o que, ao contrário, não logrou fazê-los”<sup>164</sup>.

No Decreto nº 5.450/2005, responsável por regular o pregão, pelo meio eletrônico, no âmbito da União, prevê, no artigo 14, os requisitos de habilitação nessa modalidade licitatória<sup>165</sup>.

Por se tratar de um decreto regulatório, ele está vinculado às normas gerais da Lei nº 10.520/2002, responsável por instituir e disciplinar a modalidade pregão, e a Lei nº 8.666/1993, que regulamenta o artigo 31, XXI, da Constituição Federal, instituindo

---

<sup>162</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 436.

<sup>163</sup> *Ídem*.

<sup>164</sup> PEIXOTO, Ariosto Mila. Pregão presencial e eletrônico (comentários à Lei federal nº 10.520. de 17/07/2002 e legislação comparada). Campinas: Prime, 2006, p. 159.

<sup>165</sup> “Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa: I - à habilitação jurídica; II - à qualificação técnica; III - à qualificação econômico-financeira; IV - à regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, o sistema da seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso; e VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993. Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral”.



a licitação e disciplinando as suas bases. Desta forma, as disposições existentes nessas normas sobre a habilitação aplicam-se ao pregão eletrônico.

Desse modo, vale destacar alguns dispositivos importantes da Lei nº 8.666/1993, que são basilares no que atine aos requisitos de habilitação dos licitantes.

Primeiramente, o artigo 27 da referida lei estabelece que um licitante interessado deve comprovar a sua: habilitação jurídica, qualificação técnica, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e que protege o interesse dos trabalhadores menores de dezoito anos, nos termos do artigo 37, XXXIII da Constituição Federal de 1988.

A referida lei ordinária reserva dispositivos para discriminar quais são os documentos hábeis a comprovar cada capacidade, especificamente os artigos 28 a 33 da Lei nº 8.666/1993.

Para fins desse trabalho, concentrar-se-á a análise no artigo 31 da Lei nº 8.666/1993<sup>166</sup>, que elenca os documentos que comprovam a capacidade econômico-financeira de um licitante, especialmente o inciso II, que exige a apresentação da “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida pelo domicílio da pessoa física”.

---

<sup>166</sup> “Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; 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; III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação. § 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. § 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado. § 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais. § 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação. § 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início a certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação”.

Jessé Torres Pereira Júnior<sup>167</sup> faz duas importantes observações a respeito do artigo 31, da Lei nº 8.666/1993.

A primeira é que o ato convocatório não poderá exigir documentos além daqueles previstos no referido dispositivo para comprovar a qualificação econômico-financeira do licitante, por mais importante que seja o documento, pois estará sujeito à ilegalidade.

A segunda observação é que, muito embora o referido dispositivo demarque os documentos que podem ser exigidos para fins de comprovar a qualificação econômico-financeira do licitante, não necessariamente todos devem ser obrigatoriamente exigidos, pois depende da modalidade licitatória, do tipo do contrato e do seu objeto.

No caso específico do pregão eletrônico, Marçal Justen Filho, baseado no artigo 32, §1º, da Lei nº 8.666/1993<sup>168</sup>, explica que

tratando-se de contratações cujo objeto for simples ou de valor reduzido, será possível a dispensa parcial de documentação – ou, em linguagem mais adequada, admitir-se-á a fixação de requisitos não tão severos para habilitação<sup>169</sup>.

Vera Scarpinella, compartilhando do mesmo entendimento, consigna que os documentos de habilitação exigíveis no pregão, em geral, coincidem

com aqueles previstos no art. 27 da Lei 8.666, os quais podem ser exigidos apenas e tão somente na medida em que sejam necessários para aferição da idoneidade do licitante no caso concreto, com a observância dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade<sup>170</sup>.

Pois bem. Após breve exposição das exigências que devem ser observadas pela Comissão de Licitação, especialmente no que tange aos documentos

---

<sup>167</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 8.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revocar, 2009, p. 372.

<sup>168</sup> “Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, ou publicação em órgão da imprensa oficial. § 1º A documentação de que tratam os Arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão. [...]”

<sup>169</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 92.

<sup>170</sup> SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade pregão – Lei 10.520, de 17 de julho de 2002*. Coleção Temas de Direito Administrativo. n.09. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 157.

necessários para aferir a qualificação econômico-financeira do licitante, retoma-se a explanação do procedimento do pregão eletrônico.

Tendo o pregoeiro verificado que a proposta que ofereceu o melhor preço se coaduna com aquele do edital e atendidos os requisitos de habilitação pelo licitante, o pregoeiro declarará o vencedor.

A partir desse momento, ainda no sistema eletrônico em que se processou o pregão, qualquer licitante poderá, prontamente, manifestar seu interesse de recorrer. O recorrente terá até o prazo de três dias para apresentar as razões do recurso<sup>171</sup> e os demais licitantes, por sua vez, podem apresentar contrarrazões, no mesmo prazo, contados do fim prazal do recorrente (artigo 26, Decreto nº 5.450/2005).

Em sequência, processado e julgado improcedente o recurso e constatada a regularidade dos atos praticados, “a autoridade competente, não mais o pregoeiro, adjudicará o objeto e homologará a licitação”<sup>172</sup>, momento a partir do qual o licitante vencedor será convocado para formalizar a sua contratação (artigo 27, *caput* e §1º, do Decreto nº 5.450/2005).

Pois bem. Abordados os elementos necessários sobre o pregão eletrônico, passa-se à discussão do cerne do presente trabalho de conclusão de curso, examinando a possibilidade ou não de sociedades empresárias, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participarem de pregões eletrônicos no âmbito federal.

#### **4. DA CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS INSTITUTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO: AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS, EM FASE DE CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, PODEM CONCORRER NOS REFERIDOS CERTAMES?**

O presente capítulo investigará a possibilidade de sociedades empresárias em recuperação judicial, na fase de cumprimento do correlato plano, participarem de pregões eletrônicos, realizados em âmbito da União.

---

<sup>171</sup> “Os licitantes podem recorrer das decisões do pregoeiro proferidas na sessão pública, tanto com relação à classificação ou desclassificação das propostas, quanto em relação à habilitação ou inabilitação”. TOLOSA FILHO, Benedicto de. Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e eletrônico. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 105, p. 30.

<sup>172</sup> *Idem*, 105, p. 30.

Para tanto, a verificação científica perpassará a seguinte trilha de raciocínio: i) diferenciação entre o instituto da concordata e da recuperação judicial; ii) aferição da capacidade econômico-financeira de uma sociedade empresária em recuperação judicial; iii) a inversão das fases de habilitação e classificação no pregão eletrônico e iv) qual a relação entre a fase de cumprimento do plano de recuperação judicial e a participação da sociedade empresária no pregão eletrônico.

#### 4.1 INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 31, II, DA LEI Nº 8.666/1993 E SUA INSERÇÃO NOS INSTRUMENTOS CONVOCATÓRIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: RECUPERAÇÃO JUDICIAL E CONCORDATA SÃO INSTITUTOS EQUIVALENTES?

Consoante explorado no tópico anterior, a participação do licitante no pregão eletrônico, assim como nas demais modalidades licitatórias, demanda o exame da aptidão e capacidade do licitante interessado em contratar com a Administração Pública.

Portanto, é fundamental averiguar, por exemplo, se a sociedade empresária é constituída, encontra-se regular; quem formalmente detém os poderes para representa-la; se o objeto e/ou o serviço que fornece e/ou presta, respectivamente, possui qualidade e consistência técnica; se ela é inadimplente perante o Poder Público; se tem capacidade econômico-financeira para assumir o contrato, dentre outros aspectos.

Tal análise é feita pelo Poder Público em momento chamado “habilitação”, com fundamento na norma que regulamenta o pregão eletrônico, sendo, no âmbito da União, o Decreto nº 5.450/2005; a lei ordinária que instituiu a modalidade pregão (Lei nº 10.520/200) e a própria lei que disciplina a licitação em caráter geral (Lei nº 8.666/1993), em obediência à Constituição Federal de 1988.

Dentre os requisitos de habilitação que podem ser exigidos pela Administração Pública, destaca-se a demonstração da capacidade econômico-financeira, a qual, segundo o legislador, pode ser aferida com base nos elementos elencados no artigo 31 da Lei nº 8.666/2005<sup>173</sup>.

---

<sup>173</sup> “Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes

Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha,

A qualificação econômico-financeira objetiva demonstrar ter o participante da licitação condição econômica de honrar o contrato, caso escolhido. Corresponde à disponibilidade de recursos econômicos para executar de forma satisfatória a prestação licitada, pois, como regra, cabe a ele antecipar a prestação com recursos próprios, já que a contra-prestação devida pela Administração só será efetuada após ela receber e aprovar o objeto da prestação<sup>174</sup>.

Dentre as exigências documentais elencadas no referido dispositivo, destaca-se a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, cuja apresentação é corriqueiramente exigida pela Administração Pública da União nos editais de pregão eletrônico.

Eis que surge, portanto, o seguinte questionamento: o instituto da concordata, previsto no Decreto Lei nº 7.661/1945, revogado com a edição da Lei nº 11.101/2005, pode ser entendido como recuperação judicial? Para alcançar tal conclusão, é imperioso, primeiramente, entender o instituto da concordata e algumas das suas principais particularidades<sup>175</sup>.

---

ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; 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; III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação. § 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. § 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado. § 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais; § 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação; § 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação".

<sup>174</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 397.

<sup>175</sup> Para evitar repetições desnecessárias e para compreensão completa deste capítulo, remete-se o leitor para o capítulo II do presente trabalho de conclusão de curso, o qual compila as informações necessárias para o entendimento do instituto da recuperação judicial (finalidades; procedimento; interferência do Poder Judiciário na concessão da recuperação judicial; os órgãos de fiscalização; descrição da fase do cumprimento do plano de recuperação judicial).

Antes da Lei 11.101/2005, o Decreto Lei nº 7.661/1945 era o diploma normativo responsável por disciplinar a falência e a concordata, institutos aplicados nos casos de crises econômico-financeiras das sociedades empresárias.

Jorge Lobo<sup>176</sup> explica que existiam dois tipos de concordata: a preventiva e a suspensiva. A primeira evitava, obstava a declaração da falência do devedor, enquanto a segunda buscava suspender a falência já em curso (artigo 139 do mesmo decreto).

E prossegue observando que existiam três modalidades de concordata preventiva, quais sejam: moratória ou dilatória; remissória e mista.

A concordata preventiva moratória possibilitava ao credor estender o prazo de pagamento das dívidas comuns ou quirografárias (exemplo no artigo 156, §1º, II, última parte, do Decreto Lei nº 7.661/1945). Na concordata preventiva remissória, por sua vez, o devedor tinha o “perdão ou a remissão parcial de suas dívidas comuns ou quirografárias” (exemplo no artigo 156, § 1º, I, do Decreto Lei nº 7.661/1945). Por fim, na concordata preventiva mista o devedor tinha ambas as benesses, ou seja, tanto o perdão ou a remissão parcial, e alongamento do pagamento das dívidas comuns ou quirografárias (exemplo a ser extraído das demais hipóteses do artigo 156, §1º, II do Decreto Lei nº 7.661/1945).

A concordata suspensiva, a seu turno, poderia ser remissória (artigo 177, I Decreto Lei nº 7.661/1945) ou mista (Decreto Lei nº 7.661/1945).

Sebastião José Roque conceitua “[...] a concordata como um procedimento judicial movido por uma empresa mercantil insolvente, porém honesta, a fim de evitar a sua falência, ou, se já for falida, de remover os efeitos da falência”<sup>177</sup>.

No entendimento de Ruben Ramalho, a concordata,

“[...] após o advento do Decreto Lei nº 7.661/45, adquiriu um sentido bem peculiar. Não é acordo. Idéia totalmente superada. É uma forma legal de

---

<sup>176</sup> LOBO, Jorge. Direito concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 43.

<sup>177</sup> ROQUE, Sebastião José. Direito falimentar. São Paulo: Ícone, 1994, p. 140. Sobre os dois tipos de concordata, o autor complementa: “Assim, uma empresa se vê momentaneamente na impossibilidade de solver os seus débitos, mas é empresa de procedimento honesto e tem patrimônio ou possibilidade de safar-se da difícil situação em que se encontra. Expõe, então, sua situação e seu potencial para reerguer-se, desde que lhe seja proporcionado um mecanismo e tempo suficiente para esse reerguimento. A concordata é também concedida a uma empresa falida, quando a massa falida já se encontra em fase de liquidação. Poderá ela atenuar os efeitos da liquidação, procurando salvar-se, com o pagamento dos credores em condições mais módicas, mas que seriam melhores do que a liquidação dos bens como verdadeira sucata. Neste caso, é chamada de concordata suspensiva [...]”. ROQUE, Sebastião José. Direito falimentar. São Paulo: Ícone, 1994, p. 139.

prorrogação de prazo ou de redução da dívida, com o objetivo de superar o estado de pré-insolvência do devedor comerciante ou industrial, evitando ou suspendendo a sua falência”<sup>178</sup>.

Nesse mesmo sentido, Amador Paes de Almeida <sup>179</sup> aponta que, etimologicamente, concordata consiste em “[...] acordo, convenção, presumindo, como ocorria no passado, vontades convergentes do devedor e dos credores”. Todavia, no Decreto Lei nº 7.661/1945, a concordata assumiu a feição de “favor legal, concedido pelo Estado, mediante o Poder Judiciário, desde que atendidos os requisitos legais, independentemente da vontade dos credores”.<sup>180</sup>

Trajano de Miranda Valverde, um dos redatores do projeto de lei que originou o Decreto Lei nº 7.661/1945, afirmava, à época, que o referido diploma conferiu uma roupagem “integralmente processual” à concordata, instrumento de extinção de obrigações e regularização patrimonial. Isso porque a experiência com os diplomas anteriores levava à conclusão de que era injustificável entregar o favor legal conferido ao devedor, nas mãos de credores, sujeitando-o a fraudes<sup>181</sup>.

Assim, grande poder era conferido ao magistrado na condução do processo, retirando o poder de influência e decisão dos credores.

Com efeito, Luiz Inácio Vigil Neto explica que a concordata

[...] representava aos credores uma imposição judicial de financiamento ao devedor comum em termos de prazo, juros e eventual desconto sobre o principal.

Toda a informação relevante para a decisão era unilateralmente trazida pelo devedor e a análise de viabilidade recuperatória e de concreção jurídica dos elementos abstratos do suporte fático era feita, exclusivamente, pelo magistrado, relegando-se aos credores apenas uma manifestação de caráter formal, sob a forma de embargos.

Desse modo, o convencimento que importava ao devedor realizar com sucesso era o do magistrado, não o dos credores, que se submetiam aos efeitos jurídicos da concordata por força de uma decisão judicial. Isso fazia, invariavelmente, com que estes se afastassem animicamente do processo<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> RAMALHO, Ruben. Curso teórico e prático de falência e concordatas. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 267.

<sup>179</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e recuperação de empresa. 26.ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 139.

<sup>180</sup> PERIN JUNIOR, Ecio. Curso de direito falimentar e recuperação de empresas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41. NEGRÃO, Ricardo. Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190.

<sup>181</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). 4.ed. rev. e atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 237-238.

<sup>182</sup> VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69.

Essa conjuntura, inclusive, é extraída a partir do exame dos artigos 156 e 177 do Decreto Lei nº 7.661/1945, os quais definem as porcentagens de deságio e prazos fixos para pagamento. O devedor não tinha a oportunidade de construir o seu plano de reestruturação, compatível com o seu patrimônio e seu fluxo de caixa e aos credores não era oportunizada a possibilidade de discutir a forma de pagamento. Desse modo,

O Decreto-Lei representava, por outro lado, um engessamento na potencialidade do devedor, pois a lei 'pré-diagnosticava a doença' [como crise financeira] e 'pré-determinava a medicação' [moratória, com repactuação da taxa de juros e eventual desconto sobre o principal]. O devedor haveria de se submeter a esse 'tratamento', ainda que não fosse o quadro de sua crise nem essa a forma mais indicada para a sua recuperação<sup>183</sup>.

Além disso, registre-se que o antigo diploma falimentar se restringia aos credores titulares de créditos quirografários. Com efeito,

essa categoria de credores, que no passado teve sua importância histórica na formação do passivo das empresas, nos tempos atuais, estava em muito superada pelas dívidas trabalhistas e encargos sociais, dívidas tributárias e dívidas bancárias de alto vulto com garantias reais que repercutem de modo muito mais expressivo no passivo das empresas. Em outras palavras, o que realmente 'pesava' no passivo das empresas não era alcançado pelo regime de concordata, tornando a recuperação do devedor muito tímida e de mínima probabilidade de sucesso<sup>184</sup>.

Mario Sergio Milani<sup>185</sup>, com base no artigo 148 do Decreto Lei nº 7.661/1945, observa mais uma característica marcante: a concordata não produzia novação<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69-70. Compartilhando do mesmo entendimento, Maria Celeste Moraes Guimarães afirma que: "A concordata preventiva, sabidamente, a esse respeito, era muito restritiva, prevendo apenas, como solução do passivo, a remissão dos créditos ou a dilação dos prazos, nos termos do então art. 156, parágrafo único, do Decreto-lei n. 7.661, de 1945". GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas em crise. Como superá-los? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. a. XLV. n.142, abr./jul 2006, p. 161.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 71. Ainda sobre esse tema, Moacyr Lobato comenta que foi um "gravíssimo defeito" do antigo diploma alcançar apenas os credores quirografários "presentes ou não no processo, residentes no país ou fora dele", não conferindo qualquer tratamento aos credores titulares de créditos trabalhistas, tributários ou aqueles com algum privilégio. CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. Falência e recuperação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 80.

<sup>185</sup> SERGIO MILANI, Mario. Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 267.

<sup>186</sup> Carlos Roberto Gonçalves explica que a "novação é a criação de obrigação nova, para extinguir uma anterior. É a substituição de uma dívida por outra, extinguindo-se a primeira. [...] Não se trata propriamente de uma transformação ou conversão de uma dívida em outra, mas de um fenômeno mais amplo, abrangendo a criação de uma nova obrigação, para extinguir a anterior". GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. v.2. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 335.



Assim, “o deferimento do processamento da concordata preventiva e a sentença concessiva do favor legal não produzem novação, tudo continuando como estava, inclusive contra coobrigados e fiadores”<sup>187</sup>.

Nelson Abrão<sup>188</sup> aponta, ainda, que o Decreto Lei nº 7.661/1945, pautado na teoria de atos de comércio, não diferenciava o comerciante da pessoa jurídica, tratando aquele como mero “proprietário da loja ou do armazém da esquina”, e não como uma pessoa jurídica, devidamente constituída, como um centro de negócios, tecnologia e industrialização<sup>189</sup>.

Ademais, o antigo diploma falimentar não deu tratamento especial à questão da sucessão tributária e trabalhista. Assim, o comprador interessado em adquirir ativos de uma sociedade empresária em crise teria de assumir o passivo fiscal e trabalhista, gerando uma grande instabilidade jurídica e desinteresse por parte dos investidores, sejam eles nacionais ou estrangeiros<sup>190</sup>.

Por fim, dentre uma das características importantes, destacam-se que os órgãos fiscalizatórios<sup>191</sup> da concordata se resumiam ao comissário (que era escolhido entre os credores quirografários, não existindo critérios mínimos de profissionalização)<sup>192</sup>, juiz e Ministério Público.

Além das características particulares do instituto, é importante, ainda que brevemente, contextualizar o ambiente político e econômico em que se desenvolveu o Decreto Lei nº 7.661/1945.

---

<sup>187</sup> LOBO, Jorge. Direito concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 98.

<sup>188</sup> Conferir o Título III, Capítulo I da obra Nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo: Rumo Gráfica Editora, 1984.

<sup>189</sup> INACARATO, Márcio Antônio. Os novos rumos do direito comercial e falimentar no Brasil. Revista de informação legislativa, v. 23, n. 91, jul/set 1986, p. 339-346.

<sup>190</sup> TOLEDO PIZA, Sofia Ramos de. Estudo das empresas concordatárias e alterações no sistema falimentar brasileiro. 2004. 135 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 57. Disponível em: <

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2287/1200401791.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 de fev. 2016. PEROBA BARBOSA, Luiz Roberto. Da sucessão tributária e previdenciária e do parcelamento dos débitos tributários. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 725.

<sup>191</sup> TZIRULNIK, Luiz. Direito falimentar. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 247.

<sup>192</sup> BICALHO DE ALVARENGA MENDES, Bernardo. A importância do administrador judicial como órgão auxiliar ao juízo falimentar na busca da eficácia dos processos falimentares e de recuperação judicial de empresas. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 155/156, ago./dez. 2010, p. 263.

Proposto em 21 de outubro de 1943 e inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 1º de novembro de 1945, o referido decreto-lei entrou em vigor em um período histórico-político muito peculiar<sup>193</sup>, tanto em sede mundial quanto nacional.

Em âmbito internacional, destaca-se a crise de 1929, conhecida como a “Grande Depressão”, a qual afetou intensamente a economia brasileira que, à época, era eminentemente agrícola, vale dizer, pautada na produção e exportação de café. Em sequência, soma-se a isso a Segunda Guerra Mundial, ocorrida entre 1939 e 1945.

Ambos os eventos fragilizaram a economia mundial, levando quarenta e quatro países, incluindo o Brasil, a se reunirem, em 1944, na Conferência de Bretton Woods, a fim de redefinir as bases da política econômica mundial. Nesse momento, os países se obrigaram a manter a taxa de câmbio da moeda estável ao dólar, criaram o FMI (Fundo Monetário Internacional) e Banco Mundial e, em última instância, primaram pelo mercado financeiro e livre fluxo de comércio. Foi um grande marco para alavancar o capitalismo<sup>194</sup>.

Em âmbito nacional, ocorreu a Revolução de 30, encerrando República Velha, sendo o país presidido por Getúlio Vargas, de 1930 até 1945. Nesse período, foi editada a Constituição de 1934 e, em muito pouco tempo, a Constituição de 1937 (Constituição “Polaca”), instaurando o chamado “Estado Novo”, através de um golpe político.

Em termos políticos, o governo de Getúlio foi adjetivado por muitos como um governo ditatorial. Por outro lado, foi marcado pelo desenvolvimento industrial (como exemplo, criando a Companhia Siderúrgica Nacional e a Companhia do Vale do Rio Doce), altos investimentos em infraestrutura e proteção da classe trabalhista (criação da Consolidação das Leis do Trabalho, da Justiça do Trabalho e do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio).

O movimento da industrialização associado a alta das exportações até a década de 70 aumentou sensivelmente a importância das sociedades empresárias.

---

<sup>193</sup> COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto. Análise econômico-jurídica da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas de 2005. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005, p. 221-234.

<sup>194</sup> HENRIQUE BARRETO, Pedro. Bretton Woods. IPEA – Desafios do Desenvolvimento. Brasília, n. 50, maio 2009, p. 46-48. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/PDFs/desafios050\\_completa.pdf](http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/PDFs/desafios050_completa.pdf)>. Acesso em: 12 de fev. 2016.

Novas leis ingressaram no ordenamento jurídico, tais como a lei de sociedade por ações, em 1976; a lei sobre o direito financeiro, em 1964; a lei de intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras, em 1974; o Código Tributário Nacional, em 1966; o Código de Processo Civil, em 1973, e o Código Civil, em 2002, que conferiu um outro contorno ao Direito Empresarial com a substituição da Teoria dos Atos de Comércio pela Teoria da Empresa<sup>195</sup>.

Além disso, o Código Civil de 2002 reformou os tipos e arranjos societários, tornando-os mais complexos - com destaque para fusões e aquisições -; as relações contratuais se tornaram mais fluidas, com operações de alienação fiduciária, arrendamento mercantil, securitização de recebíveis e instrumentos derivativos; as empresas se tornaram grandes polos de decisões mercadológicas e de desenvolvimento de produtos, ganhando destaque os seus ativos intangíveis<sup>196</sup>.

Houve uma sensível mudança na forma das empresas interagirem entre si e entre agentes individuais. É dizer, a clássica relação trabalhista entre empregado e empregador foi se aprimorando com nova regulamentação trabalhista, expandiu-se as cooperativas de trabalho e também a terceirização.

Enfim, vários elementos sinalizam o quanto o Brasil mudou social, econômico e politicamente nos últimos anos, de maneira que o diploma responsável por disciplinar as sociedades empresárias em crise econômico-financeira, que vigeu por sessenta anos, foi se distanciando cada vez mais da realidade empresarial, não se prestando à sua real finalidade, que é recuperar a empresa em crise. Com efeito,

A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente [...]. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> ROQUE, Sebastião José. Direito de recuperação de empresas. São Paulo: Ícone, 2005, p. 87.

<sup>196</sup> BRASIL. Senado Federal. Do parecer sobre o projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e falência de devedores pessoa física e jurídica que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Parecer normativo n. 534, de 2004. Relator: Senador Ramez Tebet. Lei de recuperação de empresas – Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: 2005, p. 19. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 01 ago.2015.

<sup>197</sup> BRASIL. Senado Federal. Do parecer sobre o projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e falência de devedores pessoa física e jurídica que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Parecer normativo n. 534, de 2004. Relator: Senador

Tais colocações postas, no plano teórico, refletem-se em análises empíricas. Nesse sentido, cite-se o estudo realizado pelo Professor Doutor Alberto Borges Matias, fundamentado em números e dados compilados pelo Serasa Experian, entre os anos de 1960 e 1991, cujo objetivo foi investigar a eficiência do instituto da concordata como instrumento de soerguimento da sociedade empresária. Sua conclusão foi no sentido de que:

[...] o atual Instituto Jurídico da Concordata no Brasil não é instrumento de recuperação econômica e financeira das empresas e, portanto não atinge, também, seus propósitos de manutenção da capacidade de produção e do nível de emprego constituindo-se em efetivo fator de perda de capital e da capacidade de investimento do país, servindo a uma minoria de empresas, cerca de 862 empresas por ano.<sup>198</sup>

Essas insubsistências começaram a ser alvo de críticas no mundo jurídico e juristas como Nelson Abrão, Fábio Konder Comparato, Rubens Requião e Newton De Lucca iniciaram os clamores pela reforma da antiga legislação falimentar<sup>199</sup>.

Eis que surge a Lei nº 11.101/2005, um diploma normativo que, após dez anos de vigência, já merece algumas alterações, muitas discutidas por diversas obras jurídicas sobre o tema. Todavia, quando comparada ao diploma falimentar anterior representa “completa reforma axiológica, ontológica e teleológica do direito falimentar e recuperatório”<sup>200</sup>.

Em termos gerais, o referido diploma está alicerçado nos seguintes princípios: preservação da empresa e sua função social, separação da empresa do empresário, recuperação da sociedade e empresário recuperáveis, retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, proteção dos trabalhadores, redução

---

Ramez Tebet. Lei de recuperação de empresas – Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: 2005, p. 20. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 01 ago.2015.

<sup>198</sup> MATIAS, Alberto Borges. O Instituto Jurídico da Concordata no Brasil como Instrumento de Recuperação Econômica e Financeira das Empresa. 1992. f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1992, p. 86.

<sup>199</sup> Nesse sentido, conferir as seguintes obras: ABRAÃO, Nelson. O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985; Comparato, KONDER, Fábio. Aspectos jurídicos da macro-empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970; REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar - concordatas, crimes falimentares, intervenção e liquidação extrajudicial. v.2. São Paulo: Saraiva, 1995; DE LUCCA, Newton. Seminário sobre a Lei de Falência, 1999. Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9218-9217-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 de fev.2016.

<sup>200</sup> SOUSA, Marcos Andrey de. O novo direito de recuperação de empresas e falências: uma visão panorâmica. Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina. v. 12, n. 18, 2005, p. 196.

de custos de crédito no Brasil, segurança jurídica, celeridade e eficiência do processo, participação ativa dos credores, e rigor na punição de crimes relacionados à falência e recuperação judicial<sup>201</sup>.

Esse novo arcabouço principiológico introduz um novo vetor interpretativo, condensado no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005<sup>202</sup>, o qual resume a nova visão que se deve ter da sociedade empresária e a importância de protegê-la quando demonstre viabilidade<sup>203</sup>.

Frederico Augusto Monte Simionato<sup>204</sup>, por sua vez, faz as seguintes considerações sobre o referido dispositivo:

O art. 47, acima transcrito, é perfeito legislativamente, em sua redação. Todos os interesses em jogo estão ali presentes, nesta sociedade complexa de inúmeras variáveis e situações, bem conflitantes muitas vezes, talvez em todas. Repita-se, norma das mais significativas do ordenamento jurídico pátrio, como ponto de partida da recuperação judicial na forma de preservação da empresa, e nos moldes da teoria institucional da empresa, na perspectiva da atividade econômica como finalidade específica, ou seja, a falência é um aspecto econômico que aflige todos, não apenas os diretamente envolvidos, mas alcança toda uma sociedade, uma região do país, tecnologias, sistema financeiro, concorrência, regulação e comércio exterior e de importação [...].

E arremata:

Os magistrados devem se atentar que reside aqui, art. 47 da nova Lei, a fonte de interpretação e aplicação do novo direito falimentar, como norma definidora de deveres, funções e paradigmas de hermenêutica jurídica [...].

---

<sup>201</sup> BRASIL. Senado Federal. Do parecer sobre o projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e falência de devedores pessoa física e jurídica que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Parecer normativo n. 534, de 2004. Relator: Senador Ramez Tebet. Lei de recuperação de empresas – Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: 2005. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 01 ago.2015.

<sup>202</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

<sup>203</sup> “O princípio basilar da LFRE é o da preservação da empresa, especialmente diante dos interesses que em torno dela gravitam. Vale dizer, a empresa é a célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, porque, ao explorar a atividade prevista em seu objeto social e ao perseguir o seu objetivo (o lucro), promove interações econômicas (produção e circulação de bens e serviços), como outros agentes do mercado, consumindo e vendendo produtos, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do País, não porque seja esse o seu objetivo final (de fato, não o é), mas simplesmente em razão de um efeito colateral e benéfico do exercício da atividade”. SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação extrajudicial de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 32-33.

<sup>204</sup> SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122.

Ontologicamente, a Lei nº 11.101/2005 inaugurou novos institutos no ordenamento jurídico, a exemplo da recuperação judicial, desassociado da figura da antiga concordata.

Nesse ponto, além da clarividente diferença ontológica, o instituto da recuperação judicial também assumiu novas feições e novos contornos<sup>205</sup>.

Destaca-se, por exemplo, a inclusão de credores titulares de outros créditos que não somente quirografários, aumentando o passivo do devedor a ser renegociado (artigo 41 da Lei nº 11.101/2005), e criação da obrigação ao devedor de apresentar um plano de recuperação judicial detalhado (artigo 60, da LFRE), oportunizando-lhe, por conseguinte, a formatação de um modelo de pagamento peculiar, adequado ao fluxo de caixa, ao tipo de atividade empresária e ao tipo de passivo.

Além disso, houve o aumento significativo da participação dos credores, seja sob o viés fiscalizatório, com criação de órgãos como o Comitê de Credores, seja sob o viés decisório, com a criação da Assembleia Geral de Credores; o comissário foi substituído pelo administrador judicial, o qual deve ter formação técnica suficiente para auxiliar o juízo.

Em sequência, destaca-se a preocupação com aqueles que desejam adquirir ativos da devedora, livrando-os da sucessão tributária, e a mudança no sentido de que a concessão da recuperação judicial produz novação<sup>206</sup> (artigo 59, da LFRE).

Teleologicamente, segundo Manoel Pereira calças, “o objetivo da nova lei é preservar a organização empresarial”<sup>207</sup>. Luiz Antônio Silva Costa, por sua vez, complementa no sentido de que o objetivo da lei está materializado no artigo 47, qual seja, “preservação da empresa, função social e estímulo da atividade econômica”<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> BARROS LISBOA, Marcos de; RIBEIRO DAMASO, Otávio; CARAZZA DOS SANTOS, Bruno; ABRÃO COSTA, Ana Carla. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-60.

<sup>206</sup> A novação na recuperação judicial assume características peculiares, razão pela qual vale consultar o seguinte trabalho científico: CAMINHA, Uinie; MARINHO, Sarah. A novação na recuperação judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto de direito civil ao direito falimentar. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica. n. 1. vol. 18. jan./abril. 2013. Itajaí: Editora da Univali, p. 135-150. Disponível em: < <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4489>>. Acesso em: 13 de fev. 2016.

<sup>207</sup> PEREIRA, Leandro Silveira; COSTA, Carlos; FREITAS, João de. O espírito da lei é proteger a função social da empresa. GVlaw - Revista Getúlio. n.16, jul 2009. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7143/Ed.%2016%20-%20Debate%20-%20%28Site%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 de fev.2016.

<sup>208</sup> COSTA, Luiz Antônio Silva. A Lei de recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 anotada e confrontada com o DL nº 7.661, de junho de 1945. São Paulo: Lex Editora Aduaneiras, 2005, p. 08.

Aquele diploma de caráter liquidatário, que mais se preocupava com o rigor processual, em reprimir o devedor fracassado e que não dimensionava os efeitos do aniquilamento do organismo empresarial, deu lugar a um diploma falimentar renovado, conhecedor da dinâmica de mercado, aberto às negociações, preocupado em conferir meios para o soerguimento da atividade empresária com a participação dos credores.

É evidente, portanto, a diferença entre os institutos da recuperação judicial e da concordata, sendo esse extirpado do sistema jurídico, sobrevivendo apenas para aqueles casos cujos processos ainda permanecem em curso, na vigência do antigo decreto lei.

Sobre a referida diferenciação, citem-se os comentários do autor Luiz Guerra, em entrevista concedida à Revista Jurídica Consulex, a saber:

As diferenças são substanciais. Não se trata de mera mudança de nomenclatura. Muitas são as diferenças e não será possível, neste espaço, apontar cada uma delas. Contudo, a principal diferença reside na essência dos institutos. A concordata preventiva não é instituto próprio para a recuperação da atividade econômica; a concordata foi instrumento de moratória. As estatísticas revelaram que o concordatário quase sempre tinha a concordata rescindida, com a declaração da falência. Explica-se: historicamente, a legislação nunca se preocupou com a preservação da atividade econômica.

[...]

Portanto, agora, com a introdução da recuperação no ordenamento jurídico concursal o enfoque é outro; a preocupação é a preservação e a manutenção da atividade econômica, dos empregos e da geração de riqueza e tributos. Por tudo isso é que posso afirmar, em síntese, que existem diferenças substanciais entre os institutos [...]<sup>209</sup>.

Wanderlei José dos Reis, compartilhando do mesmo entendimento, afirma que

Diferentemente da concordata, que era um direito de todo empresário que preenchesse as condições legais, independentemente de viabilidade ou não de sua recuperação econômica, a recuperação judicial só pode ser obtida por quem a atividade econômica possa ser reorganizada<sup>210</sup>.

Em resumo, há distinção substancial, tanto sob o quesito “natureza jurídica”, quanto em face da correlata finalidade, a saber: a) a concordata possui natureza jurídica de favor legal, de caráter processual e liquidatário, enquanto a recuperação

---

<sup>209</sup> SILVA, Luiz Antônio Guerra da. Nova Lei de Falências. Revista Jurídica Consulex. Brasília, v. 9, n.196, mar. 2005, p. 7-8.

<sup>210</sup> JOSÉ DOS REIS, Wanderlei. A Lei de Falências e Recuperação de Empresas no Judiciário. Revista Jurídica Consulex. ano XVII. n. 390, abril. 2013, p. 61.

judicial possui natureza econômica, de caráter recuperatório; b) a concordata abarca apenas créditos quirografários, ao passo em que a recuperação judicial alcança variados créditos, todos discriminados no artigo 41, I, II, III, IV da Lei nº 11.101/2005; c) a sentença que concede a recuperação judicial produz novação, diferente da decisão concessiva da concordata; d) a participação dos credores na recuperação judicial é mais efetiva e ampliada quando comparada ao processo de concordata; e) na recuperação judicial, é possível estabelecer um plano de pagamento flexível, levando em consideração as peculiaridades da sociedade empresária em crise, diferentemente da concordata, que impõe prazos e deságios fixos; f) uma das premissas da Lei nº 11.101/2005 é a teoria da empresa, diferentemente do decreto falimentar anterior; g) a Lei nº 11.101/2005 disciplina a respeito da sucessão tributária e trabalhista no processo de recuperação judicial, bem assim institui órgãos fiscalizatórios diferentes e mais eficientes, diferentemente do diploma falimentar pretérito.

Portanto, é evidente a distinção entre a concordata, prevista no revogado Decreto nº 7.661/1945, e a recuperação judicial disciplinada pela Lei nº 11.101/2005.

Assim, uma sociedade empresária, em recuperação judicial, não pode ser excluída de um pregão eletrônico por apresentar uma “certidão positiva de falência ou concordata”, que ateste a existência de um processo de recuperação judicial em curso, no qual esteja na condição de autora. Até mesmo porque não houve nenhuma alteração legislativa substituindo o termo “concordata” pela expressão “recuperação judicial”, ou retificando a lei para constar “certidão de falência ou concordata e recuperação judicial”.

Nesse sentido, o Poder Público, sem respaldo legal, não pode excluir a sociedade empresária recuperanda e licitante que apresente certidão positiva de falência e concordata, equivalendo, por assim dizer, os referidos institutos, sob pena de violar o princípio da legalidade.

Em verdade, o princípio da legalidade estaria sendo observado pela Administração Pública na hipótese da exclusão da sociedade empresária recuperanda, desde que conste na certidão de falência ou concordata a existência de um processo de concordata, e não de recuperação judicial.

Após a conclusão no sentido de que o artigo 31, II, da Lei nº 8.666/1993 não é impeditivo legal para que sociedades empresárias em recuperação judicial participem de pregões eletrônicos, passa-se à discussão de outros aspectos necessários à



verificação científica do presente trabalho. São eles: i) aferição da capacidade econômico-financeira de uma sociedade empresária em recuperação judicial; ii) inversão das fases de habilitação e classificação no pregão eletrônico, bem como iii) a relação entre a fase de cumprimento do plano de recuperação judicial e a participação da sociedade empresária no pregão eletrônico.

#### 4.2. A CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ENFRENTAMENTO À LUZ DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO DO PREGÃO ELETRÔNICO, DA FASE DE HABILITAÇÃO E DO CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Um aspecto relevante a ser trabalhado consiste na averiguação da capacidade econômico-financeira da sociedade em recuperação judicial para suportar o cumprimento da prestação obrigacional que assumirá junto ao Poder Público.

Sobre o referido ponto, Marçal Justen Filho<sup>211</sup> reconhece que os institutos da concordata e da recuperação são distintos, é dizer, “deve-se ter em vista que a recuperação judicial não é um novo nome para o mesmo instituto. Suas finalidades e seu regime jurídico são distintos da antiga concordata”.

Apesar dessa premissa, o autor afirma que “[...] afigura-se que o entendimento dos efeitos da concordata sobre a contratação administrativa deverá ser aplicada à recuperação”. Isso porque, “[...] mantém-se a presunção de insolvência relativamente ao sujeito que pleiteia a recuperação judicial. Esse é o aspecto fundamental, que conduz à inviabilização da contratação administrativa”.

E segue seu raciocínio afirmando que

[...] quem requer a própria recuperação judicial confessa-se insolvente. Há presunção absoluta de que o insolvente não possui qualificação econômico-financeira. Por razões semelhantes, o mesmo se pode dizer acerca da autofalência.

No entanto, a partir do estudo mais aprofundado da recuperação judicial, conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho de conclusão de curso, essa não é a interpretação técnica e adequada do instituto. Vale dizer, a recuperação

---

<sup>211</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 637-638.

judicial não significa presunção absoluta de ausência de qualificação econômico-financeira, e muito menos assemelha-se à autofalência, a respeito do que se passa a explicar.

Ecio Perin Junior, de forma contundente, acentua o seguinte:

Uma coisa é a empresa ter atingido uma irreversível inviabilidade econômica, outra, assaz diversa, é atravessar conjuntamente uma crise passível de superação.

Tratar com a mesma panacéia as duas hipóteses é divórcio da realidade, ou seja, é incluir num único saco, realidades completamente distintas; é arremido do verdadeiro cerne da questão; é, em síntese, prejudicar gregos e troianos<sup>212</sup>.

Nesse sentido, enquanto a recuperação judicial é um instituto que objetiva conservar o organismo empresarial viável, a falência é aplicada às sociedades empresárias que sofrem crises econômico-financeiras insuperáveis, cuja reversão não é possível, ainda que se apliquem métodos de gestão eficientes, contrate-se suporte técnico financeiro adequado e adote-se meios de reestruturação empresarial<sup>213</sup>. Em suma, a recuperação judicial é um instrumento posto pelo Estado como forma de “salvar o salvável”<sup>214</sup>.

Por outro lado, no que tange à falência, oportuna é a menção ao artigo 105 da Lei nº 11.101/2005<sup>215</sup>, o qual estabelece que o devedor requererá a sua autofalência, desde que não tenha condições de pedir a sua recuperação judicial. Nessa hipótese, significa dizer não ser possível superar a crise que esteja atingindo a atividade.

---

<sup>212</sup> PERIN JUNIOR, Ecio. A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei 11.101/2005). Uma abordagem zetética. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 142, abr./jun. 2006, p. 175.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 166 e 176.

<sup>214</sup> ABRÃO, Nelson. Nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo: Rumo Gráfica Editora, 1984, p. 42.

<sup>215</sup>“Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos: I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório do fluxo de caixa; II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos; III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade; IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais; V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei; VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária”.

A falência “é o reconhecimento jurídico da inviabilidade da empresa”<sup>216</sup>, e que está relacionada à cessação da atividade empresária<sup>217</sup>. O procedimento falimentar consiste, basicamente, na arrecadação do ativo, contabilização do passivo, realização do ativo e pagamento do passivo. Nas palavras de Manoel Justino Bezerra Filho,

[...] pode-se dizer que a falência é uma ‘grande execução’, processo no qual são arrecadados todos os bens do devedor para formar a ‘massa falida’, de um lado; de outro, faz-se o ordenamento de todos os débitos do falido, encontrando-se o valor devido, para formação do ‘quadro-geral de credores’, que é elaborado classificando-se os créditos para serem pagos na ordem que a lei determina. Na sequência, transforma-se a ‘massa falida’ em dinheiro, rateia-se o resultado aos componentes do ‘quadro-geral de credores’, na ordem legal<sup>218</sup>.

João Teixeira Grande explica que a Lei nº 11.101/2005

[...] dá ao devedor o direito de julgar e avaliar a sua crise e, somente se, a seu juízo, entendê-la intransponível é que deverá requerer a sua própria falência. A diferença é que a nova disposição está de pleno acordo com o novo enfoque de evitar a falência, com amplas oportunidades de recuperação e, assim, preservar o agente produtor e circulador de bens e serviços. A autofalência fica para segundo plano, a juízo do devedor.

[...]

De outra parte, é importante destacar a autofalência como atitude espontânea e como meio de encerramento legal das atividades econômicas empresariais [...].<sup>219</sup>

Ao contrário do procedimento da falência, a recuperação judicial oportuniza o congelamento da dívida até a data da distribuição do pedido, sendo ela submetida à discussão e renegociação no bojo do processo, mais precisamente na Assembleia Geral de Credores, através da apresentação do correlato plano. Nesse ínterim, a sociedade empresária continuará operando normalmente, mantendo os postos de trabalho, celebrando contratos, fornecendo produtos ou serviços, arrecadando tributos, ao tempo em que sofrerá reestruturação financeira.

O congelamento da dívida representa um grande fôlego à sociedade empresária, pois ela terá a oportunidade de readequar o seu fluxo de caixa com as

<sup>216</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falências e recuperação de empresas. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 193.

<sup>217</sup> BERTOLDI, Marcelo. Curso avançado de direito comercial. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 530.

<sup>218</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 177.

<sup>219</sup> TEIXEIRA GRANDE, João. Considerações sobre os antecedentes legais da falência. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 378.

despesas existentes a partir do pedido de recuperação judicial em diante. Todas as dívidas existentes até o momento de distribuição do processo (seja de fornecedores, instituições financeiras, trabalhistas etc.), exceto aquelas previstas no artigo 49, §§ 3º e 4º, não podem ser pagas por determinação legal, mas somente a partir do cumprimento do plano de recuperação judicial.

Nas palavras de Manoel Justino Bezerra Filho,

[...] o devedor vale-se da recuperação judicial ou extrajudicial, suspende o pagamento das obrigações imediatamente exigíveis, ganha um tempo previsto em lei para regularizar a sua situação, propõe formas de pagamento que os credores aceitam, leva sua situação financeira e econômica a saneamento e prossegue com a sua atividade<sup>220</sup>.

Em resumo, é perceptível a clara distinção procedimental e conceitual entre a autofalência e a recuperação judicial, a qual somente pode ser requerida ao Poder Judiciário desde que demonstrada a viabilidade da atividade empresária, processualmente chamada de condição da ação de recuperação judicial<sup>221</sup>.

Nos dizeres de Maria Celeste Guimarães,

resta, pois, a falência para as empresas com a situação econômico-financeira irremediável, deixando o processo de recuperação reservado a todas quantas se encontrem em condições de sobrelevação de crise<sup>222</sup>.

Fernando César Nimer Moreira da Silva, por sua vez, sinaliza, inclusive, a implicação negativa para o devedor que requer a autofalência de uma sociedade empresária próspera:

A empresa eficiente não tem incentivos para requerer a autofalência, uma vez que um negócio não apresenta crise irremediável, mas apenas problemas de fluxo de caixa. O devedor opta pela reestruturação de dívidas ou recuperação. Se escolher a falência, ele pode ser acusado de liquidar negócio próspero, configurando abuso de poder (art. 117, §1º, “b”, da LSA)<sup>223</sup>.

<sup>220</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 177.

<sup>221</sup> CARNIO COSTA, Daniel. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. In ELIAS, Luis Vasco (coord). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil.. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.177.

<sup>222</sup> GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas em crise. Como superá-los? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. a. XLV. n.142, abr./jul 2006, p. 176.

<sup>223</sup> NIMER MOREIRA DA SILVA, Fernando César. Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos. 2009. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 69.

Nessa esteira de raciocínio, se o pressuposto do requerimento de recuperação judicial é a viabilidade econômico-financeira, é equivocado presumir a absoluta incapacidade econômico-financeira do agente que se submete ao referido instituto, infirmando, dessa forma e *concessa venia*, o entendimento de Marçal Justen Filho. Assumir posicionamento contrário é afastar a construção legislativa e a preocupação doutrinária em distinguir os institutos da falência (incluindo a autofalência), da recuperação judicial e os seus correlatos pressupostos.

Desmistificado, no plano teórico, a equivocada equiparação dos institutos da autofalência e recuperação judicial, vale prosseguir a linha de raciocínio reforçando essa diferenciação sob o seguinte aspecto: averiguação da capacidade econômico-financeira da sociedade empresária.

Muito embora o propósito fundamental da Lei nº 11.101/2005 seja o de recuperar sociedades empresárias, há de se reconhecer que dispositivos legais, por si só, não têm a capacidade de recuperar uma empresa<sup>224</sup>.

Desse modo, não foi por acaso que o legislador, prezando pela máxima eficácia da lei, vale-se de ciências especializadas, tais como a economia, contabilidade e administração, uma vez que essas manejam ferramentas próprias e específicas que têm o condão de avaliar o grau e a extensão da crise do agente, bem como a possibilidade de sua superação<sup>225</sup>.

E não poderia ser diferente, pois, conforme colocação clara e objetiva de Paulo Penalva Santos, “[...] é ingênuo legislar sobre o tema a partir de critérios apenas

---

<sup>224</sup> GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas em crise. Como superá-los? Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. a. XLV. n.142, abr./jul 2006, p. 156.

<sup>225</sup> Nesse sentido, destaca-se o artigo de Alexandre Uriel Ortega Duarte “Aspectos administrativos, econômicos e contábeis da lei de recuperação de empresas e falências”, o qual traz uma visão ampla e prática a respeito da multidisciplinariedade da lei e os aspectos contábeis, econômicos e financeiros da Lei nº 11.101/2005. Ele explica que a “contabilidade é, objetivamente, um sistema de informação e avaliação destinado a prover seus usuários com demonstrações e análises de natureza econômica, financeira, física e de produtividade, com relação à entidade objeto de contabilização”. E segue listando alguns instrumentos importantes para avaliação da crise, aferição da viabilidade da operação e preparação de planos de recuperação judicial: balanço, demonstração de resultado, demonstração de resultado acumulados, demonstração do resultado de exercício, fluxo de caixa, relatório gerencial de fluxo de caixa, projeção do fluxo de caixa, laudo econômico-financeiro, laudo de avaliação dos bens do ativo, auditoria de procedimentos e IBITIDA, um indicador de desempenho operacional, cuja sigla em inglês significa “income before interest, taxes, depreciaton & amortization”, ou seja, “lucros antes de juros, impostos, depreciação e amortização”. ORTEGA DUARTE, Alexandre Uriel. Aspectos administrativos, econômicos e contábeis da lei de recuperação de empresas e falências. In DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 161- 195.

jurídicos, considerando que o conceito de empresa viável é econômico<sup>226</sup>. Ou seja, nada mais razoável tal multidisciplinariedade, afinal, o próprio objeto da lei demanda o auxílio de outras ciências.

A mencionada interação com outras áreas do conhecimento é facilmente percebida a partir da leitura do diploma falimentar. A título de exemplo, a petição inicial deve ser instruída com documentos contábeis especificados no inciso II do artigo 51 da LFRE<sup>227</sup>; a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, o devedor tem a obrigação de juntar no processo as contas demonstrativas mensais (artigo 52, IV, LFRE); que vários meios são elencados e oferecidos ao devedor para a sua recuperação (artigos 50 e 60 da LFRE), além do que a lei aconselha que administrador judicial tenha conhecimento técnico na área de finanças.

Além dessas hipóteses, destaca-se o plano de recuperação judicial, peça dorsal do processo. Ele resume as dívidas da sociedade empresária sujeitas à recuperação judicial, a forma e o tempo de pagamento desse passivo, os meios que serão empregados no seguimento da sociedade empresária, demonstram a capacidade de soerguimento (viabilidade econômico-financeira), sendo acompanhado, ainda, de um laudo econômico-financeiro dos ativos do devedor (artigo 53 da LFRE).

Com efeito, é evidente a presença dos outros ramos do conhecimento no processo recuperacional, sendo isso de fundamental importância, pois são os dados, números, índices, e documentos específicos que são capazes de aferir com precisão a situação financeira da devedora, a consistência da sua proposta de reestruturação<sup>228</sup>, a sua viabilidade econômico-financeira e, em última instância, a possibilidade de requerer a recuperação judicial ou, em caso negativo, a liquidação, através da falência.

---

<sup>226</sup> PENALVA SANTOS, Paulo. A Nova Lei de Falências (PL 4.376/93). In: SEMINÁRIO DE FALÊNCIA, out. 2001. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/htmls/seminarios/falencias/sessao8/paulo\\_penalva\\_txt.pdf](http://www.bcb.gov.br/htmls/seminarios/falencias/sessao8/paulo_penalva_txt.pdf)>. Acesso em: 27 de fev.2016.

<sup>227</sup> Nesse sentido, conferir as explicações da autora Rachel Sztajn sobre a função e importância de cada documento contábil exigido pelo referido dispositivo legal. SZTAJN, Rachel. Do pedido e do processamento da recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 248-254.

<sup>228</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51. MAC NICOL, Donald; BADIH SANNA, Murched. Plano de Recuperação. In MACHADO, Rubens Approbato (coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.182-183.

Tal afirmação reforça o entendimento equivocado do autor Marçal Justen Filho, pois além da distinção no plano teórico entre os institutos da recuperação judicial e da falência, há ciências, métodos e instrumentos próprios de avaliação capazes de examinar a viabilidade ou não de uma atividade, que não uma genérica e absoluta afirmação jurídica.

De maneira análoga, não é por acaso que o legislador, em outros diplomas legislativos, recorre a ciências como economia e contabilidade para aferir a situação econômico-financeira de uma sociedade empresária.

A título de exemplo, o artigo 31 da Lei 8.666/1993 exige documentos contábeis, índices e exigências específicas, tais como balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, índice de liquidez corrente, liquidez geral e endividamento, capital mínimo e patrimônio líquido<sup>229</sup>, com o escopo de aferir a idoneidade econômico-financeira de um licitante para assumir um contrato administrativo.

É com base nesse rol taxativo de documentos previstos, pelo legislador, no artigo 31 da Lei 8.666/1993, que a Administração Pública deve se vincular para confeccionar os instrumentos convocatórios. Todavia, conforme a prescrição do artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, devem ser selecionados os requisitos estritamente necessários para aferição da qualificação econômico-financeira do agente licitante para cumprir o contrato especificado no edital<sup>230</sup>, levando em consideração, dentre outros aspectos, a modalidade licitatória, duração do contrato e o objeto contratado.

Diferentemente de licitações relacionadas a contratações de grande vulto e complexas, o pregão eletrônico, conforme visto, é uma modalidade licitatória simples, pautada, dentre outros princípios, no princípio da celeridade e do menor preço, e destinada à contratação de objetos e serviços comuns.

Nesse sentido,

É relevante insistir sobre a natureza normativa do edital relativamente às exigências de habilitação. Uma vez mais, cabe destacar que o edital deverá *escolher* os requisitos de habilitação, dentre aqueles autorizados por lei. Não se trata, por isso mesmo, de mera repetição do catálogo legislativo. A Lei

---

<sup>229</sup> Ademais, o artigo 31, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 veda expressamente os índices de rentabilidade e lucratividade. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 8.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 421,425 e 428.

<sup>230</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 187.

contempla uma relação dos requisitos *máximos*, o que não significa que o administrador seja obrigado a exigir tudo aquilo que foi autorizado por lei. [...] Insista-se, ainda, que a natureza comum do objeto impõe a redução da complexidade dos requisitos de participação na licitação. Quanto mais comum e simples um objeto, tanto menores deverão ser as exigências atinentes à habilitação<sup>231</sup>.

Destarte, assim como no diploma falimentar, o legislador brasileiro, em matéria de licitações, também se vale de instrumentos de áreas especializadas, como a contabilidade, para aferir com precisão a qualificação econômico-financeira do licitante que deseja contratar com Poder Público. Este, por sua vez, deve estabelecer no edital licitatório os requisitos essenciais para aferir a capacidade econômico-financeira da licitante para assumir determinado contrato administrativo e áreas do conhecimento como contabilidade e economia lidam com instrumentos próprios para efetuar tal diagnóstico.

Nesse sentido, conforme bem colocado por Tatiane Fátima Pereira,

A utilização de índices contábeis para analisar as demonstrações contábeis, quando calculados vários índices em conjunto, permite gerar uma gama de informações, permitindo conhecer a “saúde” financeira e econômica de uma empresa, ou seja, saber o grau de liquidez, rentabilidade e endividamento que a empresa em análise se encontra<sup>232</sup>.

Com base nesse tipo de análise, depreende-se que a capacidade econômico-financeira de uma sociedade licitante não está absolutamente relacionada com o fato de estar em recuperação judicial ou não. Assim, a sociedade empresária em recuperação judicial possui viabilidade econômico-financeira (um dos requisitos do instituto), o que significa, potencialmente, possuir capacidade econômico-financeira, o que será aferido a depender dos requisitos que estejam postos em determinado instrumento convocatório.

Vale dizer, o fato de estar em recuperação judicial não inviabiliza a participação no certame. A condição de recuperanda traduz a sua viabilidade econômico-financeira, o que reforça a sua possibilidade de participação, porém, não autoriza a

---

<sup>231</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005, p. 269. A viabilidade econômica de empresas participantes de licitações públicas em empresas de economia mista: um estudo multi-caso em empresas do setor elétrico. 2010. 54 f.

<sup>232</sup>FATIMA PEREIRA, Tatiane. A viabilidade econômica de empresas participantes de licitações públicas em empresas de economia mista: um estudo multi-caso em empresas do setor elétrico. 2010. 54 f. Monografia (Graduação em Ciências Contábeis) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010, p. 20. Disponível em: < <http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis294130.pdf>>. Acesso em: 02. abr. 2016.



automática conclusão da sua absoluta incapacidade econômico-financeira e nem a sua capacidade, o que será aferido caso a caso (a depender do certame), juntamente em face das demais sociedades empresárias licitantes que tenham interesse em participar, com observância aos princípios da isonomia e impessoalidade.

Ultrapassado o ponto relacionado à aferição da capacidade financeira de uma sociedade empresária em recuperação judicial e que opta por licitar, passa-se à discussão dos dois outros pontos, a saber: a peculiaridade que existe no pregão eletrônico - concernente à inversão das fases da habilitação e julgamento das propostas -, bem assim a relação que há entre a fase de cumprimento de plano e a possibilidade da sociedade empresária recuperanda participar de licitações.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo,

[...] a peculiaridade em relação à habilitação é que esta fase procede ao julgamento das propostas. Há a chamada 'inversão das fases'. Por isso, a análise dos documentos habilitatórios é feita apenas com relação àquele licitante que obteve o melhor preço na sessão de lances.<sup>233</sup>

Com efeito, diferentemente das demais modalidades licitatórias, no pregão eletrônico, o participante só avança para a fase de habilitação após o julgamento das propostas, ou seja, após a constatação, pelo leiloeiro, de que a proposta atende ao critério de menor preço (critério seletivo do pregão), e as demais exigências do edital (especificação do objeto, critérios de qualidade, prazo de fornecimento, nos termos do artigo 4º, X, da Lei nº 10.520/2002)<sup>234</sup>.

Noutras palavras, “[...] diversamente do que ocorre na Lei 8.666/1993, só haverá a necessidade de examinar os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor”<sup>235</sup>.

Diante dessa particularidade do pregão eletrônico e dos demais aspectos já tratados nesse trabalho de conclusão de curso, emerge a seguinte indagação: o licitante que vence como aquele que oferece a melhor proposta ao Poder Público, e desde que cumpra todos os demais requisitos do edital, incluindo os outros itens da

---

<sup>233</sup> VALE FIGUEIREDO, Lúcia. Curso de direito administrativo. 9.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, p. 507.

<sup>234</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 323.

<sup>235</sup> *Idem*.

fase de habilitação<sup>236</sup>, deve ser extirpado do certame pelo fato de ostentar uma certidão que na qual conste “em recuperação judicial”?

Ao seguir a linha argumentativa construída ao longo deste trabalho científico, não é razoável admitir a exclusão da sociedade empresária recuperanda licitante, especialmente, quando esta se encontra em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial.

O primeiro argumento favorável a essa possibilidade diz respeito à exigência da certidão negativa de falência e concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica (artigo 31, II, da Lei nº 8.666/1993).

Conforma já analisado, o instituto da concordata não coincide com o da recuperação judicial, e não houve qualquer alteração feita pelo legislador brasileiro a fim de incluir o segundo instituto no rol dos requisitos para habilitação, ou equiparar os institutos.

Admitir o contrário é violar o princípio da legalidade, um dos nortes da Administração Pública, a qual deve agir em conformidade com a lei, dentro do que esteja previsto e proibido. Assim, com base em noções basilares de hermenêutica jurídica, os instrumentos convocatórios elaborados pelas Comissões de Licitação sequer teriam o respaldo legal para incluir esse requisito no rol dos documentos da qualificação econômico-financeira.

Além disso, debateu-se que o pressuposto do pedido de recuperação judicial – demonstração da viabilidade econômico-financeira da sociedade empresária – é tecnicamente aferido pelas ciências especializadas, através de instrumentos próprios (documentos contábeis, índices, valores). Essas mesmas ferramentas, por sua vez, também são utilizadas para definir os parâmetros nos editais de licitação, nos quais constarão as exigências estritamente necessárias para verificar as condições do licitante de assumir o contrato a ser celebrado.

Desse modo, se a sociedade empresária competidora atende os requisitos exigidos pelo Poder Público, especialmente aqueles relacionados à idoneidade econômico-financeira, isso quer dizer que ela detém condições de assumir o contrato a ser celebrado, independentemente de estar ou não em recuperação judicial.

---

<sup>236</sup> Quais sejam: habilitação jurídica, qualificação técnica, regularidade fiscal e trabalhista, bem como a proteção ao trabalhador com menos de dezoito anos, nos termos dos artigos 27 da Lei nº 8.666/1993 e artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988.

Admitir o contrário é desconsiderar os princípios da isonomia/igualdade, da impessoalidade e do julgamento objetivo das propostas, mandamentos que também devem ser atendidos pela Administração Pública.

Com efeito, além de o Poder Público não poder atuar “[...] com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento”<sup>237</sup>, “[...] todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos [...]”<sup>238</sup>.

Assim, tendo em vista que os requisitos constantes do edital foram atendidos, inclusive o de demonstração de capacidade econômico-financeira, não é razoável e legítimo excluir o licitante vencedor somente pelo fato de ostentar o rótulo “em recuperação judicial”.

Isso, inclusive, ofende o princípio da competitividade, inserto no artigo 5º do Decreto Lei nº 5.450/2005, uma vez que o próprio parágrafo único do referido dispositivo é claro ao afirmar que as normas disciplinadoras da modalidade do pregão eletrônico “[...] deverão ser, sempre, interpretadas em favor da ampliação da competitividade entre os eventuais interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração Pública licitante”<sup>239</sup>.

Observando de outra perspectiva, estar “em recuperação judicial” - especialmente na fase de cumprimento de plano -, apesar conduzir à ideia no sentido de que a atividade da recuperanda é viável, não é um passaporte à possibilidade de assumir um contrato administrativo e, da mesma forma, não pode ser um impedimento absoluto para tanto.

Em verdade, o que deve ser observado é o cumprimento aos requisitos editalícios (princípio da vinculação ao instrumento convocatório), especialmente aqueles efetivamente adequados e necessários (documentos contábeis, dados, números e índices) para aferir a capacidade econômico-financeira do ente que pretende licitar naquele determinado certame.

Sobre a referida consideração, Adilson Abreu Dalari pondera que

---

<sup>237</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

<sup>238</sup> Ibidem, p. 382.

<sup>239</sup> GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 16.ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 641-642.

toda e qualquer exigência sempre será um fator de restrição à participação no certame. Em princípio, todo e qualquer interessado deve ter a possibilidade de decidir, com liberdade, se deseja ou não disputar. Por essa razão, a doutrina é muito enfática no tocante à inconstitucionalidade de exigências impertinentes, sejam elas feitas pela lei ou pelo edital<sup>240</sup>.

Assim, o rótulo de “recuperanda”, apesar de denotar a existência de uma crise econômico-financeira, não é um item decisivo para averiguar, com afinco, a capacidade econômico-financeira do agente licitante para assumir determinado contrato administrativo.

Compartilhando do mesmo entendimento, Carlos Ari Sunfeld aprofunda afirmando que

Todo condicionamento é constrangimento sobre a liberdade. Esta, sendo valor protegido pelo Direito, só pode ser comprimida quando inevitável para a realização de interesses públicos. Daí a enunciação do princípio da mínima intervenção estatal na vida privada. Por força dele, todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constranger os indivíduos sem que tal constrangimento seja teleologicamente orientado<sup>241</sup>.

Nessa esteira de raciocínio, é importante registrar a preocupação de alguns autores no sentido de que permitir a participação de sociedades empresárias em recuperação judicial é comprometer o interesse público.

O autor Marcelo Vieira Von Adamek entende que o pedido de recuperação judicial é uma confissão da situação de crise econômico-financeira e que a recusa do plano de recuperação judicial implica a declaração de falência, impossibilitando, assim, a adequada prestação do serviço pelo licitante<sup>242</sup>. Tal afirmação também merece ser enfrentada.

---

<sup>240</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 134.

<sup>241</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo ordenador. 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 68.

<sup>242</sup> Embora o entendimento do autor se refira à extinção dos contratos de concessões públicas em razão do pedido de recuperação judicial, o que não é objeto deste estudo, é interessante analisar o seu argumento, aplicando-o a este trabalho. Nesse sentido, confira-se: “[...] ao pleitear recuperação, o empresário estará, ipso facto, confessando a sua situação de crise econômico-financeira (art. 51, inc. I, da LRF), tanto assim que a sua falência se apresenta como solução inexorável, em caso de recusa do plano de recuperação (arts. 56, § 4.º, e 73, incs. I a III, da LRF), e, nesta quadra, de certo o empresário não mais ostentará condições econômicas para manter a adequada prestação do serviço concedido, possibilitando o decreto de caducidade da concessão pelo concedente (art. 38, § 1.º, inc. VI, da Lei 8.987/1995). Reconhece-se, no entanto, que, sob tal prisma, a extinção não se apresentaria propriamente como consequência da recuperação, mas como simples efeito da crise da empresa [...].”

Há sociedades empresárias que, mesmo apresentando sinais de crise (como, por exemplo, aumento progressivo do passivo, pouca liquidez, descompasso do fluxo de caixa), não pedem a sua recuperação judicial.

Uma sociedade empresária que deseje licitar nessas circunstâncias e que detenha a certidão negativa de falência e concordata pode ser mais ou tão nociva ao ente público quanto uma sociedade empresária que, muito embora tenha assumido a sua condição financeira, já esteja em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial. Vale dizer, com base no quanto asseverado por Marcelo Von Adamek, nessa fase procedimental – hipótese do presente trabalho científico -, a sociedade empresária já superou o risco de ter o plano recuperacional reprovado pelo magistrado, e, por conseguinte, ter a sua falência decretada.

Nesse sentido, vale a transcrição do posicionamento do desembargador Ney Wiedemann Neto, ao julgar recurso movido por sociedade devedora, em recuperação judicial, que teve negado, pelo juízo da recuperação, o seu pedido de participar de licitações.

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<sup>243</sup>.

O citado jurista, portanto, deixa claro que a Administração Pública, ao contratar com uma sociedade empresária em recuperação judicial e uma sociedade que assim não esteja, está sujeita a riscos inerentes à contratação com o setor privado.

Além disso, vale refletir especificamente acerca da situação da sociedade empresária que esteja em fase de cumprimento do seu plano de recuperação judicial. Se ela já chegou a esse momento, significa que os credores aprovaram o plano recuperacional e este, por sua vez, já fora homologado pelo juízo.

---

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Disposições finais e transitórias. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 627.

<sup>243</sup> TJ-RS. AI nº 70054779087 RS. Relator: Ney Wiedemann Neto. Data de julgamento: 31/07/2013, Sexta Câmara, data de publicação no diário da justiça: 20/08/2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113126647/agravo-de-instrumento-ai-70054779087-rs>. Acesso em> 05 mar. De 2016.

É dizer, os credores estão suficientemente convencidos acerca da consistência da proposta de reestruturação e da probabilidade de pagamento do passivo pela devedora, o que significa, em última análise, a possibilidade de soerguimento da sociedade. Se os credores não assimilassem dessa forma, não exteriorizariam o seu posicionamento favorável, para fins de aprovar o plano de recuperação judicial apresentado.

Ademais, encontrar-se em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial significa também um outro ponto importante: que o referido foi homologado pelo juiz da causa, o que atesta a sua consonância com o ordenamento jurídico (legislação, jurisprudência dominante, enunciados), e a ausência de fraude a credores, ilegalidades e abuso de direito.

Conforme mencionado alhures, a recuperação judicial não é um instituto puramente contratual, no qual prevalece somente o que foi estabelecido entre o conjunto de credores e o devedor, nem é um instituto meramente processual.

Na verdade, a interpretação adequada - à finalidade da legislação (Lei nº 11.101/2005) - é aquela que assume a sua natureza de direito econômico da recuperação judicial, pois a análise efetuada pelo magistrado, especialmente do plano, deve levar em consideração aspectos contratuais, processuais, tributários, financeiros, penais, e também aqueles mais amplos, de ordem social e econômica.

Nessa linha, o magistrado não deixa o processo de recuperação ao total alvedrio das partes e nem assume uma posição formalista ao extremo. Na verdade, ele leva em consideração ambos os vieses, dimensionando o reflexo das suas decisões no âmbito social, coletivo, e na esfera dos demais agentes que estejam interligados ao processo de recuperação judicial (consumidores, fornecedores, Estado, dentre outros), valendo-se da multidisciplinaridade intrínseca ao instituto da recuperação.

Destarte, assumir a natureza econômica desse instituto significa defender a detida análise, pelo juiz, do plano de recuperação, no momento da sua homologação, zelando pelo interesse das partes ligadas direta e indiretamente no processo, inclusive o interesse público (o que inclui a preservação da empresa). É importante salientar, conforme visto anteriormente, que tal análise deve preservar o conteúdo financeiro da proposta estabelecida entre os credores e devedores em sede de Assembleia Geral de Credores.

Para tanto, Daltro de Campos assevera que:

Em suma, o exercício do controle jurisdicional sobre as disposições do Plano de Recuperação Judicial e as deliberações da Assembleia Geral de Credores deve preferencialmente respeitar a sistemática da LRF e se nortear pela aplicação conjunta dos Enunciados 44, 45 e 46 da I Jornada de Direito Comercial de outubro de 2012, considerando que cada caso será decidido não apenas com fundamento em critérios jurídicos, mas também com base em conceitos e informações de natureza econômico-financeira<sup>244</sup>.

Superar a homologação do plano e iniciar a fase do seu cumprimento significa reconhecer que a sociedade empresária se sujeitou à avaliação dos credores, a um amplo exame de sua recuperação judicial e que permanece sob a fiscalização do Administrador Judicial, Comitê de Credores (se tiver sido constituído) e do próprio Ministério Público.

Ademais, consoante já sinalizado, o início da fase de cumprimento do plano denota que a sociedade empresária não está mais sujeita à falência em virtude da rejeição do plano recuperacional, impossibilitando-a de prestar serviços ou fornecer bens ao Poder Público.

Apesar desse risco específico estar superado no caso da sociedade empresária que esteja em fase do cumprimento do plano de recuperação judicial, cumpre observar que qualquer sociedade empresária está sujeita à falência, nas hipóteses do artigo 94 da Lei nº 11.101/2005. Então, toda sociedade empresária, estando ela em recuperação judicial ou não, está sujeita à falência. A Administração Pública, ao permitir que uma sociedade empresária, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participe de um pregão eletrônico, não está sujeita a maiores riscos quando comparada à uma sociedade que não esteja se recuperando judicialmente.

Vale salientar que a sociedade empresária que requer a sua recuperação judicial reconhece e publiciza a sua real situação econômico-financeira e não a escamoteia. Ademais, estando em fase de cumprimento de plano, superada a concessão da recuperação judicial, estampa a sua viabilidade, o que a coloca, por assim dizer, em uma condição de maior transparência quando comparada a uma sociedade empresária que, estando em crise econômico-financeira, não pede a sua recuperação.

---

<sup>244</sup> DE CAMPOS BORGE FILHO, Daltro. A eficiência da Lei 11.101 e os enunciados 44,45 e 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial. In NEDER CEREZETTI, Sheila C.; URBANO MAFFIOLETTI, Emanuelle (coord). Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 262.

Nessa linha, vale salientar o grau de controle e acompanhamento da vida financeira da sociedade empresária recuperanda, em fase de cumprimento do seu plano. Isso, inclusive, é um aspecto que traz mais segurança ao Poder Público.

Conforme visto no primeiro capítulo do presente trabalho de conclusão de curso, na fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, a devedora já foi submetida à aprovação dos credores e continua a ser acompanhada pelo Administrador Judicial e pelo Comitê de Credores (caso tenha sido constituído), sendo que o processo permanece sob a fiscalização do juiz e do Ministério Público.

Nesse período, o administrador judicial continuará exercendo amplamente o seu poder fiscalizatório, realizando visita nas sedes e filias, analisando a evolução contábil, examinando cumprimento das medidas pactuadas no plano de recuperação judicial e apresentando relatório mensal das atividades do devedor (artigo 22, II, da Lei nº 11.101/2005). Além disso, é dever da sociedade empresária continuar apresentando mensalmente a sua demonstração de resultado, permitindo aos credores e demais participantes do processo o acompanhamento da sua evolução financeira (artigo 52, IV, da Lei nº 11.101/2005).

Destarte, a recuperação judicial possibilita o acompanhamento com mais rigor e transparência da vida financeira da sociedade empresária. Conforme dito, a sociedade empresária que não esteja em recuperação judicial já pode apresentar sinais de crise e ela, assim como uma sociedade empresária em fase de cumprimento do plano, pode estar sujeita à falência. O risco de contratar com a segunda sociedade não é extraordinário e nem superior, mas, sim, inerente ao negócio pactuado com agentes que integram o setor privado.

Nessa linha, especialmente quando se parte da premissa de que os pregões eletrônicos são utilizados para a contratação de objetos e serviços mais simples e por períodos mais curtos, resta, de antemão, rebatido o argumento da autora Rachel Sztajn ao afirmar que

A contratação com o Poder Público, qualquer que seja o procedimento adotado nos termos de legislação própria, tem fundamento no fato de que, usualmente, os contratos serão de longo prazo, de execução continuada ou diferida. O risco inerente a tais contratos não deve ser agravado mediante a admissão de o contratante particular ser sociedade cuja existência, a continuidade, é, sabidamente, incerta. Não se trata, no caso de pedido de recuperação, de risco ordinário, e sim dos efeitos negativos da concretização de tal risco. Assim, apresentado o pedido de recuperação judicial, que pode,



ou não, ser deferido, a prudência sugere eliminar potenciais interessados que já experimentem dificuldades reconhecidas<sup>245</sup>.

Ainda sobre o suposto comprometimento do interesse público ao permitir que sociedades empresárias participem de licitações, a autora Suélen Breda Panizzon esposa o seguinte argumento posto pela corrente oposta: que o Poder Público não pode auxiliar o soerguimento do empresário em crise em detrimento do interesse da coletividade, deixando-a suscetível à interrupção da prestação do serviço público ou à sua inadequada execução<sup>246</sup>.

Essa crítica também merece ser debatida. Além dos argumentos já expostos, cumpre observar que o atendimento dos requisitos de habilitação, especialmente “[...] uma sólida situação financeira só em si não assegura, jamais, uma boa execução contratual, que depende de infinitos fatores outros que simplesmente o contratado ser economicamente saudável”<sup>247</sup>.

A título ilustrativo, pode ser que a sociedade empresária contratada sofra com uma greve de funcionários, que o seu fornecedor não tenha lhe abastecido com matéria prima para a produção do seu produto ou, ainda, que tenha sofrido corte de energia elétrica por conta de inadimplementos. Repise-se: tais riscos são inerentes à relação com o setor privado; não é pelo fato de contratar uma sociedade empresária que esteja ou não em recuperação judicial que estará protegendo em maior ou menor grau o interesse público.

Não se pode olvidar, inclusive, a observação efetuada por Joel de Menezes Niebuhr a respeito do momento em que a sociedade licitante contratada é paga pelo Poder Público em face dos serviços prestados:

Como sabido, a Administração realiza os pagamentos só depois de os contratados terem executado, no todo ou em parte, o objeto do contrato, isto é, só depois de terem cumprido suas obrigações (confira-se o § 3º do artigo 5º e a alínea “a” do inciso XIV do artigo 40, ambos da Lei nº 8.666/93)<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> SZTAJN, Rachel. Do pedido e do processamento da recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 258-259.

<sup>246</sup> BRÉDA PANIZZON, Suélen. O empresário em recuperação judicial e as implicações decorrentes de sua participação em licitações e em contratos de concessão de serviço público. Revista Síntese Direito Empresarial. a.VI. n. 31. mar./abr. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas LTDA, 2013, p. 77.

<sup>247</sup> BARBOSA, Ivan Rigolin. Habilitação nas licitações: o horror continua. Boletim de Licitações e Contratos - BLC, São Paulo: NDJ, a.24, n.1/janeiro, p. 11, 2011.

<sup>248</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. O direito subjetivo dos contratados pela administração pública de que os pagamentos sejam realizados em observância à ordem cronológica de suas exigibilidades. Florianópolis: 2004, p.1. Disponível em: <http://www.mnadvocacia.com.br/wp-content/uploads/2014/11/O-direito-subjetivo-dos-contratados.pdf>. Acesso em: 22 abril. 2016.

Trata-se de mais um elemento que fortalece o entendimento no sentido de que o interesse público não é comprometido pelo fato de se permitir que uma sociedade empresária, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participe de pregões eletrônicos, porquanto o pagamento, com recurso público, é efetuado após a prestação do serviço, sua correlata avaliação e aprovação pelo Poder Público e, ainda, dependente da execução orçamentária das despesas do ente público.

Nessa linha de raciocínio – concernente à possibilidade de sociedades empresárias, em fase de cumprimento do correlato plano, participarem de licitações – , cite-se recente aresto do Superior Tribunal de Justiça<sup>249</sup> a respeito do referido tema que, além de inédito, foi considerado importante dada a “[...] relevante função social da empresa e ao princípio legal da sua preservação”<sup>250</sup>.

Segundo o Ministro Mauro Campbell Marques - um dos julgadores do correlato agravo regimental em medida cautelar, cujo voto foi o vencedor -, a sociedade empresária recorrente “[...] 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 e concordata”.

Nesse passo, o citado Ministro prossegue afirmando que

[...] além de a Lei nº 11.101 não exigir a apresentação dessa certidão e ser a antiga concordata instituto diferente, o simples fato de estar em recuperação judicial não poderia ceifar o seu direito de fazer parte de procedimentos licitatórios e dar continuidade aos contratos em curso.

Como bem colocado pelo Tribunal *a quo*, além de a agravante não ser devedora fiscal, nem tributária, conforme documentos *apud actus*, focou sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100% de sua fonte de receitas<sup>251</sup>.

Por fim, finaliza seu raciocínio determinando a cassação da liminar deferida a favor do Ministério Público do Rio Grande do Sul (no sentido de proibir a recuperanda de participar de licitações), sob o argumento de que, caso persistam os seus efeitos,

---

<sup>249</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. "Administrativo. Processual civil. Medida cautelar. Recurso especial admitido – resp 1.471.315/rs. Pedido de efeito suspensivo. Licitações e contratos. Qualificação econômica e financeira. Equivalência, ou não, do conceito de concordata a recuperação judicial. art. 31, ii, da lei 8.666/93. Questão controvertida. Liminar que declara efeitos para parte. Impossibilidade. Violação dos arts. 468 e 472 do CPC. *Fumus boni iuris*. Risco de uso da tutela precária concedida pela origem. *Periculum in mora*. Deferimento da liminar. AgRg na Medida Cautelar nº 23.499 – RS (2014/0287289-2). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

<sup>250</sup> *Idem*.

<sup>251</sup> *Idem*.

“[...] haverá grandes possibilidades da pessoa jurídica não mais existir, porquanto, impossibilitada de dar prosseguimento à suas atividades comerciais”<sup>252</sup>.

Além do Ministro Mauro Campbell Marques, a Ministra Assusete Magalhães também deu provimento ao agravo regimental apresentado pela sociedade empresária recuperanda, permitindo a sua participação nas licitações, com fundamento na premissa de que o artigo 31, II da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado à luz do artigo 47, da Lei nº 11.101/2005, nos seguintes termos:

Nesse contexto, pode-se concluir pela tendência desta Corte de interpretar as normas legais, relacionadas ao processo de recuperação judicial, à luz do art. 47 da Lei 11.101/2005 e de sua exegese teleológica, dispositivo que consagra o princípio da preservação da empresa em recuperação judicial [...]. Assim sendo, em princípio, e sem prejuízo de reexame do assunto, não parece descabido vislumbrar a exegese da aplicabilidade do art. 31, II, da Lei 8.666/93 à luz do disposto no art. 47 da Lei 11.101/2005, que, inclusive, lhe é posterior<sup>253</sup>.

Do exame dos votos dos citados Ministros do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que determinados argumentos trabalhados no presente trabalho de conclusão de curso (exemplificativamente, i) atendimento, pela sociedade empresária recuperanda e licitante, dos demais requisitos de habilitação previstos no edital; ii) distinção entre os institutos da concordata e recuperação judicial; iii) a interpretação teleológica do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 e do artigo 31, II, da Lei nº 11.101/2005) guardam fundamento em uma decisão transitada em julgado<sup>254</sup>, exarada por órgão jurisdicional responsável por proteger lei federal (artigo 105, III, a, da Constituição Federal de 1988).

No caso em concreto analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, a sociedade empresária licitante, além de atender aos demais requisitos de habilitação previstos no edital, possuía sua receita integralmente pautada em contratos públicos. Proibir a participação nos certames significaria colocar em risco a sua própria existência, comprometendo o interesse dos demais agentes interligados a ela, inclusive do próprio Estado, que se beneficia com a sua existência, violentando frontalmente os princípios da preservação da empresa e da sua função social.

Com inspiração em Leon Fredja Szklarowsky, se o Estado, de um lado, põe à disposição da sociedade empresária um instrumento legítimo para sua recuperação

---

<sup>252</sup> *Ídem.*

<sup>253</sup> *Ídem.*

<sup>254</sup> *Ídem.*

(instituto da recuperação judicial), não pode absolutamente ceifar - sem levar em consideração uma complexidade de elementos, circunstâncias e normas (conforme minuciosamente exposto no presente trabalho de conclusão de curso -, a possibilidade de participarem de licitações, sob pena de estar “[...] *ipso facto*, destruindo o próprio instrumental e contrariando os mais mezinhos princípios do Direito”<sup>255</sup>.

A criação do referido precedente pelo Superior Tribunal de Justiça - consistente na possibilidade de sociedades empresárias, em recuperação judicial, participarem de licitações -, levou a Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Procuradoria Geral Federal também a se debruçar a respeito do tema, especialmente em razão das atribuições que lhes foram conferidas pelo ato normativo que a criou (Portaria nº 98 da Procuradoria Geral Federal<sup>256</sup>).

Ao apreciar o tema, a Câmara Permanente de Licitações e Contratos editou o Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, posicionando-se pela possibilidade de sociedades empresárias em recuperação judicial participarem de licitações, com base em premissas exploradas ao longo desse trabalho de conclusão de curso. Nesse sentido, passa-se à transcrição dos argumentos utilizados pelo citado órgão, a fim de reforça-los e apresentar outra espécie de respaldo, que não doutrinário:

I - A regra é que o fornecedor de bens e o prestador de serviços somente receba o pagamento da Administração após procedimento de execução de despesa orçamentária, que demanda tempo, e faz com que o particular tenha que suportar com recursos próprios o peso do contrato até que seja ultimado o pagamento, o que demonstra a importância da fase de habilitação econômico-financeira nas licitações.

II - O instituto da recuperação judicial é voltado para empresas que possuam viabilidade econômico-financeira em prestígio ao princípio da função social da empresa.

[...]

IV – Apenas na fase do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, é que existe a recuperação judicial em sentido material, quando os atos tendentes a superar a situação de crise serão efetivamente praticados.

---

<sup>255</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A concordata e a lei de licitações e contratos. In: Revista dos Tribunais – Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob n. 006/85, e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob n. 13 (Portaria n. 8/90). a. 86. v. 737. março 1997. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 89.

<sup>256</sup> O artigo 2º do citado ato normativo prevê o seguinte: Art. 2º Compete às Câmaras Permanentes, no âmbito de seu núcleo temático: I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais; II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

V – Quando a empresa está com sua recuperação judicial deferida, há plausibilidade de que haja viabilidade econômico-financeira, em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas

VI – Se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório

[...]

VIII – A empresa em recuperação judicial com o plano de recuperação judicial acolhido deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira<sup>257</sup>.

Examinados minuciosamente os pontos relacionados à i) aferição da capacidade econômico-financeira de uma sociedade empresária em recuperação judicial; ii) inversão das fases de habilitação e classificação no pregão eletrônico, bem como iii) relação entre a fase de cumprimento do plano de recuperação judicial e a participação da sociedade empresária no pregão eletrônico, no presente tópico também alcançou-se a verificação científica no sentido da possibilidade de sociedades empresárias, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participarem de pregões eletrônicos, realizados no âmbito federal.

Além de atender ao princípio da eficiência, responsável por orientar a atuação da Administração Pública, estar-se-á efetivando a base axiológica prevista no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, estimulando o desenvolvimento, “[...] à livre iniciativa empresarial, o aprimoramento do setor público, e o cumprimento das necessidades dos interesses da coletividade”<sup>258</sup>, e, em última análise, fortalecendo a relação simbiótica existente entre o Estado e o setor privado, incluindo nesse rol as sociedades empresárias em recuperação judicial.

---

<sup>257</sup> BRASIL. Advocacia Geral da União. Do parecer relacionado a temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013. Parecer normativo nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, de 12 de maio de 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Camila/Downloads/parecer\_n\_04-2015-cplc-depconsuipgf-agu%20(5).pdf>. Acesso em: 28 abril. 2016.

<sup>258</sup> BRÉDA PANIZZON, Suélen. O empresário em recuperação judicial e as implicações decorrentes de sua participação em licitações e em contratos de concessão de serviço público. Revista Síntese Direito Empresarial. a.VI. n. 31. mar./abr. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas LTDA, 2013, p. 92.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante do quanto exposto, especificamente com base na integralidade das formulações teóricas desenvolvidas no bojo do presente trabalho, verificou-se que é possível sustentar a possibilidade de uma sociedade empresária, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participar de pregões eletrônicos promovidos pela Administração Pública Federal.

Nessa esteira, fora efetuada uma incursão técnico-jurídica, com o escopo de expor a hipótese acima identificada, a qual fora verificada seguindo os passos doravante retomados no âmbito dessas considerações finais.

Verificou-se que a recuperação judicial um instituto que visa superar uma crise econômico-financeira que esteja atingindo uma sociedade empresária, muito embora a própria Lei nº 11.101/2005 não estabeleça parâmetros ou critérios objetivos para identificar o estado de debilidade financeira do ente empresarial.

A Lei nº 11.101/2005 se fundamenta nos princípios da preservação da empresa (viável!) e no princípio constitucional da sua função social, com o fim de estimular e proteger a atividade econômica (geração de empregos, arrecadação de tributos, distribuição de lucros, abastecimento da comunidade com bens ou serviços, proteção do interesse dos credores), o que está condensado no art. 47 do referido diploma.

Com base na argumentação jurídica posta, concluiu-se pela natureza jurídica da recuperação judicial é de Direito Econômico.

Seja pelas funções atribuídas ao juiz pelas normas processuais e funcionais, seja pelos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 11.101/2005 e as ilicitudes combatidas pelo ordenamento jurídico em geral, constatou-se que o magistrado não é um mero homologador de decisões, mas que deve assumir uma participação ativa na concessão da recuperação judicial, exercendo um controle jurisdicional do plano apresentado pelo devedor, averiguando se este está em consonância com a integralidade do ordenamento jurídico, sem valer-se dos juízos de conveniência e oportunidade, em respeito à deliberação da assembleia geral de credores no que tange ao conteúdo da negociação.

Dada a peculiaridade do processo de recuperação judicial, seu amplo alcance e diferentes interesses jurídicos envolvidos, além da figura do juiz e do Ministério Público, figuras que já são conhecidas por exercer uma fiscalização dos processos, o

legislador, acertadamente, atribuiu a sujeitos específicos (Administrador Judicial e Comitê de Credores, quando instalado) a função de fiscalizar todo o processo de recuperação judicial, a fim de imprimir-lhe o máximo de eficácia.

A fase de cumprimento do plano de recuperação judicial inicia-se com a homologação do referido documento pelo juiz, após necessária avaliação pelos credores, encerrando-se com a sentença que decreta o encerramento do processo, nos termos do art. 63, da Lei nº 11.101/2005.

No que tange ao pregão eletrônico, por sua vez, trata-se de uma modalidade de licitação, o qual é regulado no âmbito da União por meio do Decreto nº 5.450/2005, e também pelas Leis nº 10.520/2002 e nº 8.666/1993. Ele se destina a formalizar o procedimento de contratação de um particular para fornecer bens e serviços comuns ao Poder Público, independentemente do valor da contratação, sendo, que, essa disputa ocorre em uma sessão pública, em meio eletrônico.

Os principais princípios gerais que norteiam a Administração Pública na condução do pregão eletrônico são o: princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da igualdade/isonomia, princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio do julgamento objetivo, e princípio da eficiência.

O procedimento do pregão eletrônico é composto pelas seguintes fases: i) interna ou preparatória, consistente nos atos realizados pela Administração Pública antes de publicar o instrumento convocatório, e a ii) externa, inaugurada com a veiculação oficial do edital seguida das etapas a) julgamento e classificação das propostas, b) habilitação do devedor e c) adjudicação e homologação do objeto licitatório.

Considerando que o pregão eletrônico é uma modalidade licitatória mais simplificada, norteadada pela escolha da proposta de menor preço (art. 4º, X, Lei nº 10.520/2002), o ato convocatório deverá ser adequado à natureza do procedimento, em atendimento ao artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988.

A fase de habilitação no pregão eletrônico é posterior à apuração da proposta vencedora, ou seja, mais vantajosa para a Administração Pública e de acordo com os requisitos do edital.

O artigo 27, Lei nº 8.666/1993 estabelece que, na fase da habilitação jurídica, o licitante interessado deve comprovar a sua capacidade econômico-financeira, a qual pode ser aferida com base nos documentos previstos no art. 31, da Lei nº 8.666/1993,

com destaque ao inciso II, o qual exige a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

É importante observar que há substancial distinção entre os institutos da recuperação judicial (disciplinado pela Lei nº 11.101/2005) e da concordata (previsto no antigo decreto falimentar, qual seja, Decreto Lei nº 7.661/1945), quais sejam: a) a concordata possui natureza jurídica de favor legal, de caráter processual e liquidatório, enquanto a recuperação judicial possui natureza econômica, de caráter recuperatório; b) a concordata abarca apenas créditos quirografários, ao passo em que a recuperação judicial alcança variados créditos, todos discriminados no artigo 41, I, II, III, IV da Lei nº 11.101/2005; c) a sentença que concede a recuperação judicial produz novação, diferente da decisão concessiva da concordata; d) a participação dos credores na recuperação judicial é mais efetiva e ampliada quando comparada ao processo de concordata; e) na recuperação judicial, é possível estabelecer um plano de pagamento flexível, levando em consideração as peculiaridades da sociedade empresária em crise, diferentemente da concordata, que impõe prazos e deságios fixos; f) uma das premissas da Lei nº 11.101/2005 é a teoria dos atos de comércio, diferentemente do decreto falimentar anterior; g) a Lei nº 11.101/2005 disciplina a respeito da sucessão tributária e trabalhista no processo de recuperação judicial, bem assim institui órgãos fiscalizatórios diferentes e mais eficientes, diferentemente do diploma falimentar pretérito.

Verificada a distinção entre os institutos da recuperação judicial e da concordata, concluiu-se que o artigo 31, II, Lei nº 8.666/1993 não é impeditivo legal para que sociedades empresárias em recuperação judicial participem de pregões eletrônicos promovidos pela Administração Pública Federal, uma vez estar em recuperação judicial não significa estar em concordata.

A recuperação judicial não significa presunção absoluta de ausência de qualificação econômico-financeira, pois: i) o pedido de recuperação judicial significa que a atividade empresária ostenta viabilidade, ou seja, a crise econômico-financeira que a acomete é temporária e superável, e que ii) a apuração da real capacidade financeira de uma sociedade empresária é diagnosticada por ciências especializadas (economia, administração, contabilidade), uma vez que elas trabalham com métodos e ferramentas específicas e objetivas (índices, dados, números, documentos contábeis) para tanto.



Os citados ramos do conhecimento, inclusive, são utilizados pelo legislador na Lei nº 8.666/1993 para auxiliar a Administração Pública a estabelecer os requisitos para apurar a capacidade econômico-financeira de uma sociedade empresária licitante para assumir determinado contrato administrativo.

O fato de estar em recuperação judicial, especialmente em fase de cumprimento de plano, não inviabiliza a participação no certame. A condição de recuperanda traduz a sua viabilidade econômico-financeira, o que reforça a sua possibilidade de participação, porém, não autoriza a automática conclusão da sua absoluta incapacidade econômico-financeira e nem a sua capacidade, o que será aferido caso a caso (a depender do certame), juntamente em face das demais sociedades empresárias licitantes que tenham interesse em participar, com observância aos princípios da isonomia e impessoalidade.

Diferentemente das demais modalidades licitatórias, no pregão eletrônico, o participante só avança para a fase de habilitação após o julgamento das propostas, ou seja, após a constatação, pelo leiloeiro, de que a proposta atende ao critério de menor preço (critério seletivo do pregão), e as demais exigências do edital (especificação do objeto, critérios de qualidade, prazo de fornecimento, nos termos do artigo 4º, X, da Lei nº 10.520/2002).

O rótulo de “recuperanda”, apesar de denotar a existência de uma crise econômico-financeira, não é um item decisivo para averiguar, com precisão, a capacidade econômico-financeira do agente licitante para assumir determinado contrato administrativo. Na verdade, deve-se apurar se tal sociedade empresária cumpre os requisitos editalícios (princípio da vinculação ao instrumento convocatório), especialmente aqueles efetivamente adequados e necessários (documentos contábeis, dados, números e índices) para aferir a capacidade econômico-financeira para assumir aquele contrato administrativo.

Nessa linha, permitir a participação de sociedades empresárias em fase de cumprimento do plano recuperação judicial, nos pregões eletrônicos promovidos pela Administração Pública Federal, não significa, necessariamente, comprometer o interesse público.

Isso porque, há sociedades empresárias que, mesmo apresentando sinais de crise (como, por exemplo, aumento progressivo do passivo, pouca liquidez, descompasso do fluxo de caixa), não pedem a sua recuperação judicial. Assim, uma determinada sociedade empresária que deseje licitar nessas circunstâncias e que

detenha a certidão negativa de falência e concordata pode ser mais ou tão nociva ao ente público quanto uma sociedade empresária que, muito embora tenha assumido a sua condição financeira, já esteja em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial.

Ademais, o início da fase de cumprimento do plano denota que a sociedade empresária não está mais sujeita à convolação em falência em virtude da rejeição do plano recuperacional pelos credores ou pelo magistrado, impossibilitando-a de prestar serviços ou fornecer bens ao Poder Público.

Inclusive, superar a homologação do plano e iniciar a fase do seu cumprimento significa reconhecer que a sociedade empresária se sujeitou à avaliação dos credores, a um amplo exame de sua recuperação judicial e que permanece sob a fiscalização do Administrador Judicial, Comitê de Credores (se tiver sido constituído) e do próprio Ministério Público.

A propósito, toda sociedade empresária, estando ela em recuperação judicial ou não, está sujeita à falência. A Administração Pública, ao permitir que uma sociedade empresária, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participe de um pregão eletrônico, não está sujeita a maiores riscos quando comparada à uma sociedade que não esteja se recuperando judicialmente.

O grau de controle e acompanhamento da vida financeira da sociedade empresária recuperanda, em fase de cumprimento do seu plano é muito mais rigoroso quando comparado a uma sociedade empresária que não esteja em recuperação judicial, sendo mais um aspecto de segurança ao Poder Público.

Saliente-se, ainda, que uma sólida situação financeira, averiguada na fase de habilitação, não garante, por si só, a satisfatória execução contratual. Portanto, uma sociedade empresária que não esteja em recuperação judicial também pode, na mesma proporção, ter dificuldade de cumprir determinado contrato administrativo.

Tal risco é inerente à relação firmada com o setor privado; não é pelo fato de contratar uma sociedade empresária que esteja ou não em recuperação judicial que estará protegendo em maior ou menor grau o interesse público.

Esse último, inclusive, não é comprometido pelo fato de se permitir que uma sociedade empresária, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participe de pregões eletrônicos, porquanto o pagamento, com recurso público, é efetuado após a prestação do serviço, sua correlata avaliação e aprovação pelo Poder Público e, ainda, depende da execução orçamentária das despesas do ente público.

Aliás, há precedente do Superior Tribunal de Justiça e parecer da Câmara Permanente de Licitações e Contratos do Departamento de Consultoria da Procuradoria Geral Federal, órgão responsável por unificar questionamentos jurídicos relacionados à licitação e contratos, se posicionando favoravelmente à possibilidade de sociedades empresárias participarem de licitações.

Ante o exposto, concluiu-se acerca da possibilidade de sociedades empresárias, em fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, participarem de pregões eletrônicos promovidos pela Administração Pública Federal.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

ABRÃO, Carlos Henrique. **O papel do Judiciário na Lei 11.101/2005**. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo : Quartier Latin, 2006.

ABRÃO, Nelson. **Nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa**. São Paulo: Rumo Gráfica Editora, 1984.

ADALARDO FILARDI, Rosemarie. **Órgãos específicos da Administração da Falência e da Recuperação Judicial das Empresas**. 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2008.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Disposições finais e transitórias**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS, Flaviano. **A administração judicial e o administrador judicial na nova lei de recuperação de empresas e falência**. In ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord). Revista Autônoma de Processo, Curitiba, n.5, jul./dez. 2008.

ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS, Flaviano. **A administração judicial e o administrador judicial na nova lei de recuperação de empresas e falência**. In ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord). Revista Autônoma de Processo, Curitiba, n.5, jul./dez. 2008.

ALENCAR, Eduardo José de. **Estudo sobre aspectos gerenciais do pregão: uma análise gerencial de sua utilização pela Administração Pública do Estado de Pernambuco**. 2006. 134 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2006.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 26.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

ALVES ROCHA DE BARROS, Simone Rodrigues. **Da concessão ao encerramento da recuperação judicial: o prazo de dois anos do art.61 e suas implicações**. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord). **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, 392.

ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, Celso. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembléia-Geral de Credores: e agora?** In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

AZEVEDO E NOVAES, Erasmo Valadão. **Da assembleia geral de credores**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA, Ivan Rigolin. **Habilitação nas licitações: o horror continua**. **Boletim de Licitações e Contratos - BLC**, São Paulo: NDJ, a.24, n.1/janeiro, p. 11, 2011.

BARRETO, Pedro Henrique. Bretton Woods. **IPEA – Desafios do Desenvolvimento**. Brasília, n. 50, maio 2009, p. 46-48. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/PDFs/desafios050\\_completa.pdf](http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/PDFs/desafios050_completa.pdf)>. Acesso em: 12 de fev. 2016.

BARROS LISBOA, Marcos de; RIBEIRO DAMASO, Otávio; CARAZZA DOS SANTOS, Bruno; ABRÃO COSTA, Ana Carla. **A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). **Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BERTOLDI, Marcelo. **Curso avançado de direito comercial**. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

BICALHO DE ALVARENGA MENDES, Bernardo. **A importância do administrador judicial como órgão auxiliar ao juízo falimentar na busca da eficácia dos processos falimentares e de recuperação judicial de empresas**. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 155/156, ago./dez. 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. **O pregão criado pela MP 2026/00**. Revista *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/425>>. Acesso em: 28 jan.2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. "Administrativo. Processual civil. Medida cautelar. **Recurso especial admitido – resp 1.471.315/rs**. Pedido de efeito suspensivo. Licitações e contratos. Qualificação econômica e financeira. Equivalência, ou não, do conceito de concordata a recuperação judicial. art. 31, ii, da lei 8.666/93. Questão controvertida. Liminar que declara efeitos para parte. Impossibilidade. Violação dos arts. 468 e 472 do CPC. *Fumus boni iuris*. Risco de uso da tutela precária concedida pela origem. *Periculum in mora*. Deferimento da liminar. AgRg na Medida Cautelar nº 23.499 – RS (2014/0287289-2). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

BRASIL. Advocacia Geral da União. Do parecer relacionado a temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013. **Parecer normativo nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, de 12 de maio de 2015**. Disponível em: <file:///C:/Users/Camila/Downloads/parecer\_n-\_04-2015-cplc-depconsuipgf-agu%20(5).pdf>. Acesso em: 28 abril. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Do parecer sobre o projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e falência de devedores pessoa física e jurídica que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. **Parecer normativo n. 534, de 2004**. Relator: Senador Ramez Tebet. Lei de recuperação de empresas – Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: 2005, p. 19. Disponível em:<  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 01 ago.2015.

BRASIL. Senado Federal. Do parecer sobre o projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e falência de devedores pessoa física e jurídica que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. **Parecer normativo n. 534, de 2004**. Relator: Senador Ramez Tebet. Lei de recuperação de empresas – Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: 2005, p. 20. Disponível em:<  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 01 ago.2015.

BRASIL. Senado Federal. Do parecer sobre o projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e falência de devedores pessoa física e jurídica que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. **Parecer normativo n. 534, de 2004**. Relator: Senador Ramez Tebet. Lei de recuperação de empresas – Lei n. 11.101, de 2005. Brasília: 2005. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 01 ago.2015.

BRÉDA PANIZZON, Suélen. **O empresário em recuperação judicial e as implicações decorrentes de sua participação em licitações e em contratos de concessão de serviço público**. Revista Síntese Direito Empresarial. a.VI. n. 31. mar./abr. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas LTDA, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 21.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 4. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CARLOS S. BAPTISTA, Ezio. Comentários aos artigos 21 a 34. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARNIO COSTA, Daniel. **Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos.** In ELIAS, Luis Vasco (coord). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 28.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas.** 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas.** São Paulo: Saraiva, 2005.

COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto. **Análise econômico-jurídica da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas de 2005.** Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005.

CORRÊA, Ceres Fernanda; BIACCHI GOMES, Eduardo. **O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável – uma análise a partir do caso das papeleras.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.48, n. 189, jan./mar.2011.

COSTA, Luiz Antônio Silva. **A Lei de recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 anotada e confrontada com o DL nº 7.661, de junho de 1945.** São Paulo: Lex Editora Aduaneiras, 2005.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo.** 8.ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação.** 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE CAMPOS BORGE FILHO, Daltro. **A eficiência da Lei 11.101 e os enunciados 44,45 e 46da 1ª Jornada de Direito Comercial.** In NEDER CERZETTI, Sheila C.; URBANO MAFFIOLETTI, Emanuelle (coord). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência.** São Paulo: Almedina, 2015.

DE FREITAS, Marcelo; SANTOS VARGE MALDONATO, José Manuel. **O pregão público e a contratação de serviços contínuos.** *Revista Administração Pública.* Rio de Janeiro. v. 47, n. 5, set./out. 2013, p. 1265-1281. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/12052/10971>. Acesso em: 28 jan. 2016.

DE LUCCA, Newton. **Seminário sobre a Lei de Falência, 1999.** Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9218-9217-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 de fev.2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DUQUE BERTASI, Maria Odete. **Administrador Judicial – Comitê e Assembléia de Credores na Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. In MACHADO, Rubens Approbato (coord). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

EIRELLES, Helly Lopes; BALAESTERO ALEIXO, Délcio; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FARIA, Evandro Rodrigues de; MARQUES FERREIRA, Marco Aurélio; SANTOS, Lucas Maia dos.; RAMOS SILVEIRA, Suely Fátima. **Pregão Eletrônico versus Pregão Presencial: estudo comparativo de redução de preços e tempo**. *Revista em Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (online)*. Rio de Janeiro, v.16, n. 01, jan./abril.2011, p.44. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rcmccuerj/article/view/5478/3982>>. Acesso em: 03.fev.2016.

FATIMA PEREIRA, Tatiane. **A viabilidade econômica de empresas participantes de licitações públicas em empresas de economia mista: um estudo multi-caso em empresas do setor elétrico**. 2010. 54 f. Monografia (Graduação em Ciências Contábeis) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010, p. 20. Disponível em: < <http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis294130.pdf>>. Acesso em: 02. abr. 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falências e recuperação de empresas**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Jean Carlos. **A influência da economia no sistema de recuperação e falência de empresas**. *Revista MPMG Jurídico*. Belo Horizonte, v.2, n.8, p.45-47, jan./mar., 2007. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/761/3.3.2%20Influ%C3%Aancia%20da%20economia%20no%20sistema.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

FLORIANO NETO, Alex. **Atuação do juiz na recuperação judicial**. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012.

FOZ MANGE, Eduardo. **Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial**. 2010. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2010.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes. *Da Assembléia-Geral de Credores*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. v.1. 14.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 16.ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo, Saraiva, 1977.

GUERRA, Luiz. Falências & recuperações de empresas. **Crise econômico-financeira. Comentários à lei de recuperações & de falências (artigo por artigo comentado)**. Recuperação judicial & convolação da recuperação judicial em falência. Arts. 47 a 74 da Lei nº 11.101/2005. Brasília: Guerra Editora Livraria.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas em crise. Como superá-los?** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. a. XLV. n.142, abr./jul 2006.

INACARATO, Márcio Antônio. **Os novos rumos do direito comercial e falimentar no Brasil**. Revista de informação legislativa, v. 23, n. 91, jul/set 1986.

JOSÉ DOS REIS, Wanderlei. **A Lei de Falências e Recuperação de Empresas no Judiciário**. Revista Jurídica Consulex. ano XVII. n. 390, abril. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4. ed. rev. e atual, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os seus Decretos Federais nºs 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTINO BEZERRA FILHO, Manoel. **Nova lei de recuperação e de falências comentada**. Lei 11.101, de 9.2.2005, Comentários artigo por artigo. 3.ed. São Paulo, Editora RT, 2005.

KONDER, Fábio. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; TAVES PIRES, Natália. **A função social e a manutenção da atividade empresarial na nova lei de recuperação de empresas brasileira**. Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. novembro. a. 56. n. 373. Porto Alegre: Notadez, 2008.

LOBO, Jorge. **Comentários aos artigos 35 a 69**. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBO, Jorge. **Direito concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MAC NICOL, Donald; BADIH SANNA, Murched. **Plano de Recuperação**. In MACHADO, Rubens Approbato (coord). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação judicial de empresas**. v.4. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINHO, Sarah. **A novação na recuperação judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto de direito civil ao direito falimentar**. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica. n. 1. vol. 18. jan./abril. 2013. Itajaí: Editora da Univali, p. 135-150. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4489>>. Acesso em: 13 de fev. 2016.

MARZAGÃO, Lídia Valério. **A recuperação judicial**. In MACHADO, Rubens Approbato (coord). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MATIAS, Alberto Borges. **O Instituto Jurídico da Concordata no Brasil como Instrumento de Recuperação Econômica e Financeira das Empresa**. 1992. f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; BALAESTERO ALEIXO, Délcio; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. **A importância do administrador judicial como órgão auxiliar ao juízo falimentar na busca da eficácia dos processos falimentares e de recuperação judicial de empresas**. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 155/156, ago./dez. 2010.

MODESTO, Paulo. **Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-PAULO-MODESTO.pdf)>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do ministério público**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: Lei n. 8.666/93**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

MUNHOZ SECCHI, Eduardo. **Do procedimento de recuperação judicial**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.).

**Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUNHOZ, Eduardo S. **Do procedimento de recuperação judicial**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **O papel do judiciário na homologação do plano**. In ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGUI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (coord). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES DE MENEZES, Jefferson Luís. **A intervenção do Ministério Público na Nova Lei de Falências e Recuperação Judicial: Lei 11.101/2005**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. n. 72. mai./ag. 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O direito subjetivo dos contratados pela administração pública de que os pagamentos sejam realizados em observância à ordem cronológica de suas exigibilidades**. Florianópolis: 2004, p.1. Disponível em: <http://www.mnadvocacia.com.br/wp-content/uploads/2014/11/O-direito-subjetivo-dos-contratados.pdf>. Acesso em: 22 abril. 2016.

NIMER MOREIRA DA SILVA, Fernando César. **Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos**. 2009. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

ORTEGA DUARTE, Alexandre Uriel. **Aspectos administrativos, econômicos e contábeis da lei de recuperação de empresas e falências**. In DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). **Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PEIXOTO, Ariosto Mila. **Pregão presencial e eletrônico (comentários à Lei federal nº 10.520, de 17/07/2002 e legislação comparada)**. Campinas: Prime, 2006.

PENALVA SANTOS, Paulo. **A Nova Lei de Falências (PL 4.376/93)**. In: SEMINÁRIO DE FALÊNCIA, out. 2001. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/htms/seminarios/falencias/sessao8/paulo\\_penalva\\_txt.pdf](http://www.bcb.gov.br/htms/seminarios/falencias/sessao8/paulo_penalva_txt.pdf)>. Acesso em: 27 de fev.2016.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Leandro Silveira; COSTA, Carlos; FREITAS, João de. **O espírito da lei é proteger a função social da empresa**. GVlaw - Revista Getúlio. n.16, jul 2009. Disponível em: <  
<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7143/Ed.%2016%20-%20Debate%20-%20%28Site%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em: 13 de fev.2016.

PERIN JUNIOR, Ecio. **A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei 11.101/2005). Uma abordagem zetética**. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 142, abr./jun. 2006.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEROBA BARBOSA, Luiz Roberto. **Da sucessão tributária e previdenciária e do parcelamento dos débitos tributários**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PESTANA, Marcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.  
PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito falimentar e preservação da empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RAMALHO, Ruben. **Curso teórico e prático de falência e concordatas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar - concordatas, crimes falimentares, intervenção e liquidação extrajudicial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1995.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09-05-2005**. Barueri, São Paulo: Manoele, 2009.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

RODRIGUES PENTEADO, Mauro. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2015 – Disposições preliminares**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ROQUE, Sebastião José. **Direito de recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 2005.

ROQUE, Sebastião José. **Direito falimentar**. São Paulo: Ícone, 1994.

SANTOS, Roseli Rêgo. **A recuperação de empresas e a função social da empresa na lei 11.101/2005**. Revista de Direito Empresarial, n. 11, jan/jun 2009.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade pregão – Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. Coleção Temas de Direito Administrativo. n.09. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SERGIO MILANI, Mario. **Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Luiz Antônio Guerra da. **Nova Lei de Falências**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, v. 9, n.196, mar. 2005.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUSA, Marcos Andrey de. **O novo direito de recuperação de empresas e falências: uma visão panorâmica**. Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina. v. 12, n. 18, 2005.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação extrajudicial de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **A concordata e a lei de licitações e contratos**. In: Revista dos Tribunais – Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob n. 006/85, e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob n. 13 (Portaria n. 8/90). a. 86. v. 737. março 1997. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SZTAJN, Rachel. **Do pedido e do processamento da recuperação judicial**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEIXEIRA GRANDE, João. **Considerações sobre os antecedentes legais da falência**. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TJ-RS. **AI nº 70054779087 RS**. Relator: Ney Wiedemann Neto. Data de julgamento: 31/07/2013, Sexta Câmara, data de publicação no diário da justiça: 20/08/2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113126647/agravo-de-instrumento-ai-70054779087-rs>. Acesso em> 05 mar. De 2016.

TOLEDO PIZA, Sofia Ramos de. **Estudo das empresas concordatárias e alterações no sistema falimentar brasileiro**. 2004. 135 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 57. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2287/1200401791.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 de fev. 2016.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e eletrônico**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 105.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falências e recuperação de empresas**. v. 3. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

VALE FIGUEIREDO, Lúcia. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)**. 4.ed. rev. e atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VASCONCELLOS CRIPPA, Carla Smith de. **O abuso de direito na recuperação judicial**. 2013. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013.

VASCONCELOS, Fernanda. **Licitação pública: análise dos aspectos relevantes do pregão**. Prima Facie: Revista da Pós graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa. a.4. n.7. jul./dez. 2005, p. 151-163. Disponível em: <<http://www.ies.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4566/3436>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

WARDE JR., Walfrido Jorge; SETOGUTI J. PEREIRA, Guilherme. **Discrecionabilidade da Assembleia Geral de Credores e Poderes do Juiz na Avaliação do Plano de Recuperação Judicial**. In ELIAS, Luis Vasco (coord). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil.. São Paulo: Quartier Latin, 2015.