



Empresas em
Recuperação Judicial e
Administração Pública:
exigências contratuais

Markson Valdo Monte Rocha



AYA EDITORA

2023

Markson Valdo Monte Rocha

Empresas em Recuperação judicial e Administração Pública: exigências contratuais

Ponta Grossa

2023

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Markson Valdo Monte Rocha

Capa

AYA Editora©

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva
Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza
Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa
Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos
Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega
Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva
Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota
Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis
Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira
Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig
Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos
Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva
Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza
Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso
Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues
Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão
Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior
Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra
Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti
Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim
Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap
Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho
Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelo autor para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (CC BY 4.0). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seu autor e não representam necessariamente a opinião desta editora.

R672 Rocha, Markson Valdo Monte

Empresas em recuperação judicial e administração pública: exigências contratuais [recurso eletrônico]. / Markson Valdo Monte Rocha. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 63 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-292-0

DOI: 10.47573/aya.5379.1.159

1. Falência - Brasil. 2. Sociedade comerciais - Recuperação - Brasil.
3. Brasil. [Lei de falências (2005)]. I. Título

CDD: 346.81078

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora LTDA**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
INTRODUÇÃO	9
PARÂMETROS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESARIAL.....	12
Análise Constitucional da Atividade Econômica	12
A recuperação judicial de empresas	20
Princípios da Recuperação Judicial da Empresa	20
Superação da Crise econômico-financeira	21
Manutenção da fonte produtora e preservação da empresa	23
Manutenção dos empregos dos trabalhadores.	25
Tutela dos interesses dos credores	27
Função social da empresa	29
Estímulo à atividade econômica	30
A concessão da recuperação judicial.....	32
A ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS LEIS Nº 11.101/2005 E Nº 8.666/1993	38
O instituto da licitação: fundamentos e princípios	38
As incompatibilidades entre a Lei nº 11.101/2005 e a Lei nº 8.666/1993	40

A PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

..... **44**

A dispensa da certidão negativa de falência ou concordata 44

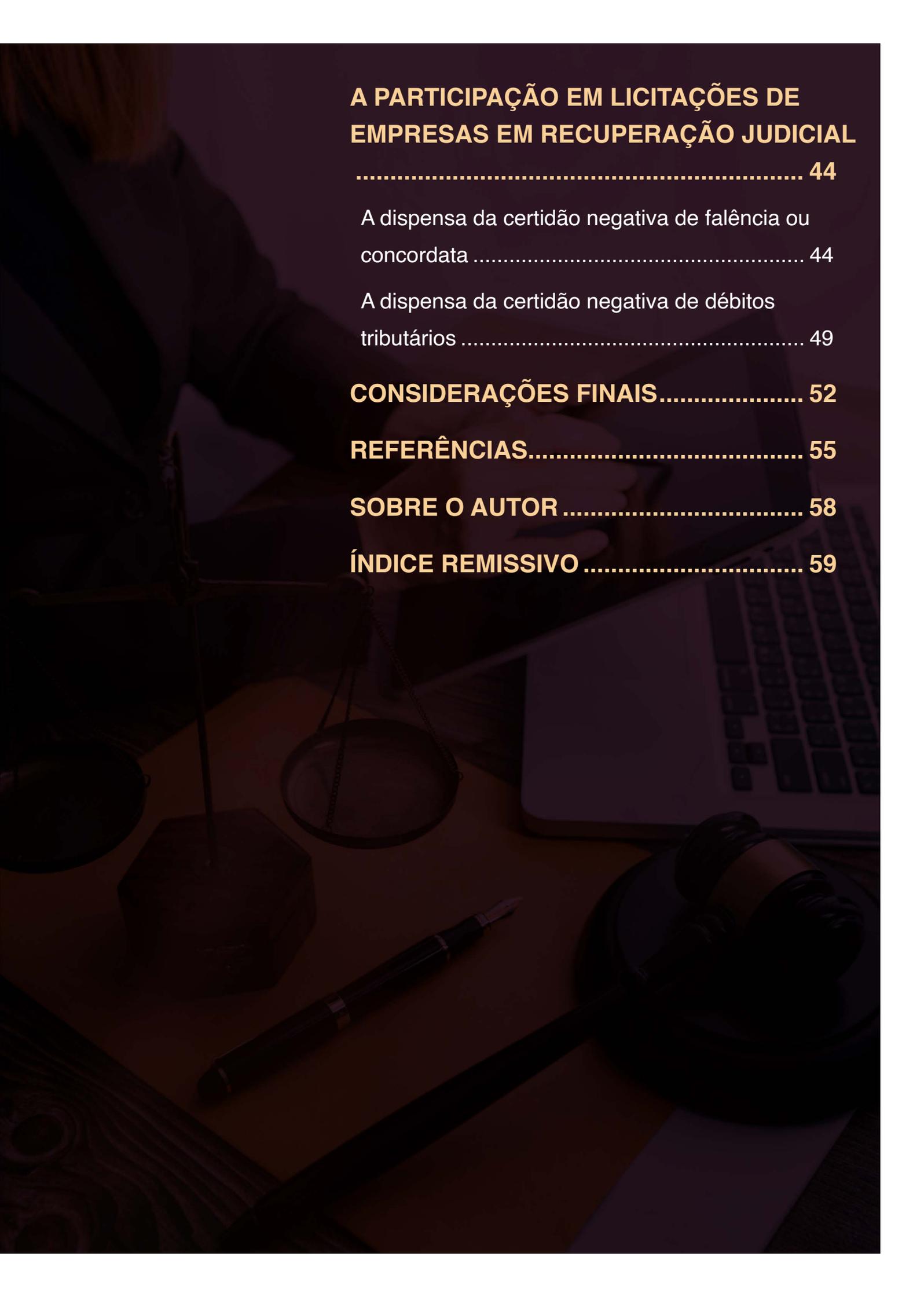
A dispensa da certidão negativa de débitos tributários 49

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 52

REFERÊNCIAS..... 55

SOBRE O AUTOR 58

ÍNDICE REMISSIVO 59



Apresentação

O livro "Empresas em Recuperação Judicial e Administração Pública: exigências contratuais" explora a interseção entre empresas em crise econômico-financeira e a Administração Pública, focando na preservação empresarial. O processo de recuperação judicial, crucial para evitar falências, é examinado em sua relação com princípios constitucionais e contratuais.

Empresas têm um ciclo de vida caracterizado por nascimento, crescimento e possível encerramento. O livro destaca a importância da recuperação judicial como ferramenta para evitar a falência, explorando a interação com a Administração Pública. O autor ressalta que a sobrevivência das empresas não é apenas vital para os acionistas, mas também para trabalhadores, credores e a sociedade em geral. A Recuperação Judicial, definida na lei 11.101/2005, é vista como uma via institucionalista que protege interesses diversos.

A obra enfoca a relação entre recuperação judicial, empreendedorismo e inovação, salientando que um processo eficaz oferece ambiente previsível para empreendedores, fomentando investimentos mais confiantes. O texto também explora a interface entre empresas em recuperação e a Administração Pública, notadamente em licitações públicas. A harmonização das leis 8.666/93 e 11.101/2005 é examinada à luz de princípios constitucionais e econômicos.

Resumindo, o livro proporciona uma análise profunda sobre a recuperação judicial em conexão com a Administração Pública, evidenciando seu papel na vitalidade empresarial. Com foco nas implicações legais e econômicas, é uma leitura valiosa para estudiosos e profissionais, abordando complexidades da interseção entre o empresarial e o público.

Markson Valdo Monte Rocha

INTRODUÇÃO

É elementar ao processo natural da vida: o nascimento, o desenvolvimento e a morte. Assim como podemos grosseiramente definir o que é a vida de uma Pessoa Natural, assim também o podemos quanto às pessoas jurídicas. O enfoque deste trabalho, contudo, será sobre os procedimentos realizados afim de que se evite chegar a última destas etapas na vida da empresa, qual seja a sua morte. A tecnologia avançou e inúmeros procedimentos (desfibrilador, pulmão e coração artificial etc) são possíveis com o intuito de evitar a morte ou, ao menos, prolongar a vida de uma Pessoa Natural. É com intuito semelhante que subsiste dogmaticamente o Processo de Recuperação Judicial.

As empresas possuem papel fundamental no desenvolvimento de qualquer sociedade – o papel produtivo. Este papel ganha especial relevância nas sociedades que adotam o modelo econômico capitalista, situação esta que, no século XXI, abrange praticamente todas as nações mundiais, inclusive o Brasil (artigo 170 da Constituição Federal).

Os valores constitucionais, tais como a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a propriedade privada, a função social da propriedade e a livre concorrência, são adequados sistematicamente ao método de aplicação e estímulo para a sobrevivência da empresa. O método anteriormente citado é o Processo de Recuperação Judicial. A lei 11.101/2005, que instituiu os parâmetros gerais a serem seguidos neste processo, define em seu artigo 47 quais são os objetivos, as finalidades e os meios a que se presta a Recuperação Judicial. Vejamos:

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.¹²

1 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

2 “A Recuperação Judicial é norteada pelos princípios da preservação da empresa, da função social e do estímulo a atividade econômica, a teor do art. 47 da lei nº 11.101/2005”. Jurisprudência do STJ: AgRg no CC 129079/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 19/03/2015; AgRg no REsp 1462032/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015; REsp 1173735/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 09/05/2014; CC 111645/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 08/10/2010; CC 108457/SP, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 23/02/2010; REsp 844279/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 19/02/2009; CC 79170/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 19/09/2008; CC 129626/MT (decisão monocrática), Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 15/08/2013, DJe 19/08/2013; CC 115081/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro MARCO BUZZI, julgado em 06/02/2012, DJe 02/03/2012.

É evidente a opção institucionalista desta lei. Preservam-se valores como o da função social da empresa que são claramente contrários a uma concepção puramente contratualista, na qual o enfoque seria sumariamente marcado pelo interesse exclusivo dos sócios. A opção institucionalista, entretanto, faz prevalecer o valor social do empreendimento e deixa nítido que é preciso reconstruir e estruturar as empresas não apenas em seu período de crise, mas também durante sua vida. Os interesses da coletividade empresarial são holísticos, isto é, são maiores do que as somas dos interesses individuais daqueles que possuem participação societária, já que nestes interesses coletivos se incluem os interesses dos trabalhadores, dos credores, da sociedade externa que é afetada indiretamente pelos serviços etc.

A primeira consequência é, portanto, um pensamento de que na empresa estão envolvidos interesses maiores do que o dos acionistas e a necessidade de um instrumento que permita que a empresa sobreviva pelo bem da sociedade. A segunda consequência, que é muito mais econômica do que apenas social, é a de que é essencial a sobrevivência da empresa que sejam mantidos os estímulos empreendedores. Para isto é preciso um processo de recuperação judicial eficaz e célere. O espírito empreendedor deve considerar que a atividade comercial necessita de estímulos a assunção de risco. Riscos que, mediante a existência eficaz do processo de recuperação judicial, tornam-se razoavelmente calculáveis, posto que o processo de ruína do empreendimento não é mais irreversível e, por conseguinte, é menos gravoso o ato no qual as empresas façam maiores aportes de investimentos.

Neste contexto de estímulo ao empreendedorismo, busca pela recuperação e estruturação da continuidade dos serviços prestados pelas empresas dentro de um ambiente que prese pela propriedade privada e pela livre iniciativa é que o Processo de Recuperação Judicial – inegavelmente um sucedâneo da Concordata (verificar artigo 198 da Lei 11.101/2005) – precisa ser um agente facilitador do poder que propulsione a empresa a agir de modo independente e seguro dentro do mercado. Neste contexto incluem-se as empresas que contratam com o Poder Público. Muitas Pessoas Jurídicas têm se especializado em vender insumos ou prestar serviços ao Poder Público. O Estado brasileiro tem crescido e apresentado uma curva ascendente de serviços prestados, para tanto

necessita contratar, através de licitações públicas, número cada vez mais representativo de parceiros. Hely Lopes conceitua licitação como “procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”³. O processo licitatório desenvolve-se através de sucessivos atos ordenados vinculados da Administração pública com e para os licitantes, estes atos proporcionam “igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos”⁴.

Nosso enfoque nesta pesquisa será conciliar as prescrições normativas previstas na Lei de Licitações (Lei 8.666/93) e na Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei 11.101/2005), tendo por valores orientadores e por arcabouço político-normativo as prescrições realizadas pela Constituição Federal, quando trata da Ordem Econômica e Financeira, em especial, no seu capítulo I, que se refere aos princípios gerais da atividade econômica.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 274

⁴ *Idem*. *Ibidem*.

PARÂMETROS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESARIAL

Análise Constitucional da Atividade Econômica

Realizar a análise Constitucional da Atividade Econômica exige como pressuposto ter noções elementares do que seja “ordem econômica” e do que é a “Constituição econômica”.

O ilustre jurista Eros Roberto Grau, ao seguir entendimento esposado por Max Weber, alude que a ordem econômica, mesmo que se oponha a ordem jurídica, é manuseada com o fito de referir-se a uma parcela da ordem jurídica. A ordem jurídica é dotada por um sistema de princípios e regras e compreende a ordem pública, a ordem privada e a ordem social⁵.

Imbrincado a este entendimento é possível encontrar o de André Ramos Tavares, que entende a ordem econômica como uma ordem jurídica da economia e a define da seguinte maneira:

“a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.”⁶

Outra dentre as formas possíveis de compreender o que seja a Ordem Econômica é a apresentada por Vital Moreira, o qual leciona que a mesma possui diversos sentidos, senão vejamos:

“- em um primeiro sentido, "ordem econômica" é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

- em um segundo sentido, "ordem econômica" é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;

- em um terceiro sentido, "ordem econômica" significa ordem jurídica da economia.”⁷

⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 51

⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. P. 81

⁷ MOREIRA apud GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros,

O vocábulo “ordem econômica” como toda parte integrante da linguagem é plurívoco e possui sua formação e significado dependente dos processos culturais, entretanto, ganhou relevo de destaque quando positivado nas constituições dos Estados. Estes processos consecutivos tiveram início com a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919. Este processo de constitucionalização dos valores econômicos a serem perseguidos chegou ao Brasil com a Constituição de 1934.

O processo de constitucionalização da ordem econômica representou a transição entre o modelo econômico liberal – tradicionalmente ligado ao *topos* “*laissez faire, laissez passer*” -, no qual o Estado deve abster-se de qualquer regulação, pois este seria papel indissociável da iniciativa privada e, conforme lições de Adam Smith, caberia a “mão invisível” a regulação do mercado. Por meio deste processo constitucional entrou em cena o modelo econômico do intervencionismo estatal – Estado Social – que passou a agir através de regulamentos sistêmicos sobre a economia, dando a oportunidade necessária para que surgissem as Constituições econômicas. Constituição, que para Vital Moreira,

“(...) é pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta”⁸

Instituir a Constituição econômica é o mesmo que dar feição jurídica a economia, isto é, juridicizar temas econômicos em sede constitucional. Em sentido diverso, entende, Eros Roberto Grau, para ele as Constituições econômicas não possuem como consectário lógico a constitucionalização da ordem econômica, já que a “a ordem econômica, parcela da ordem jurídica, aparece como uma inovação deste século, produto da substituição da ordem jurídica liberal por uma ordem jurídica intervencionista”⁹. Esta tese fática apresentada por Eros Grau implica em afirmar que a relativa ausência de normas econômicas nas Cartas políticas anteriores não põe em xeque a existência de uma Constituição econômica, tampouco de uma ordem econômica.

Por todo o apresentado, resistem os ensinamentos de André Ramos Tavares,

2004. P. 57-58

8 MOREIRA apud TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. P. 75

9 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 62

temos que “a ordem econômica constitucional seria o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispondo acerca da forma econômica adotada”¹⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, os pilares constitucionais do sistema econômico possuem localização geográfica nas disposições do Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”. A capitulação positivista desta prescrição normativa são os artigos 170 a 192 da Constituição Federal.

Um dos mentores da Constituição Cidadã, José Afonso da Silva, leciona que a ordem econômica que, na Constituição brasileira de 1987, assumiu a forma econômica capitalista, possui por alicerce a iniciativa privada e com isso a apropriação privada dos meios de produção¹¹. Por outro lado, Raul Machado Horta alerta que a Constituição Federal Brasileira não define claramente qual o sistema econômico no qual se inclui. Pondera Machado Horta que temos uma Carta Política “impregnada de princípios e soluções contraditórias, que ora reflete um rumo do capitalismo liberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planejador, com elementos socializadores”¹². Com o intuito de aprofundarmos nas pesquisas sobre qual o parâmetro econômico que nossa Constituição nos herda e dirimir conflituosas interpretações possíveis do entendimento adotado nesta pesquisa a respeito da ordem constitucional econômica, vejamos o que dispõe o artigo 170 da Carta de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

¹⁰ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. P. 83

¹¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 764

¹² HORTA apud MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 796

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei¹³

A literalidade do texto constitucional nos permite concluir que a Ordem Econômica Constitucional brasileira tem por fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa privada.

Quanto ao primeiro fundamento citado – a valorização do trabalho humano – ele é ao mesmo tempo: fundamento da ordem econômica e fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV da CF/88). Isto leva a crer que a valorização do trabalho humano é um princípio, que nos termos de J. J. Canotilho, é um “princípio político constitucionalmente conformador”¹⁴. Manoel Gonçalves Ferreira Filho acrescenta a isto que o princípio da valorização do trabalho é decorrente da doutrina social da igreja assimilada pelo constituinte como parte integrante de um valor cristão.¹⁵ Eros Roberto Grau por sua vez postula que entender a valorização do trabalho enquanto princípio faz parte de uma caracterização principiológica que denota especial relevo de preocupação ao lugar ocupado pelo trabalho em uma sociedade capitalista. Afirma ele que “em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional”¹⁶.

Por fim e seguindo a mesma linha de raciocínio a respeito da valorização do trabalho cabe dar especial relevo ao ensinamento de Nagib Slaib Filho ao lecionar que é inegável a relação entre o trabalho e o fator social da produção, “porém ele está muito além da necessidade econômica de suprir as necessidades materiais – é uma necessidade, inerente à natureza humana e ao instituto da auto preservação e progresso pessoal”¹⁷.

O segundo fundamento da Ordem econômica é a livre iniciativa, que assim como a valorização do trabalho humano, também é fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV da CF/88). Desta forma, também pode ser compreendido como um

13 PALÁCIO DO PLANALTO. *Constituição Federal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 15 de dezembro de 2016.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 201

15 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 361

16 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 62

17 SLAIB FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P 702

“princípio político constitucionalmente conformador”, que no entendimento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior possui uma densidade normativa, da qual se pode extrair a “faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado”¹⁸ e a “não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei”¹⁹. Em entendimento semelhante, salienta André Ramos Tavares que o postulado da livre iniciativa tem uma conotação normativa positivada (liberdade a qualquer pessoa) e um viés negativo (imposição da não - intervenção estatal)²⁰.

Sempre importante salientar também o entendimento de José Afonso da Silva para quem a livre iniciativa consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, isto porque a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista, além de que “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”²¹. Por outro lado, Eros Roberto Grau, reconhece e afirma categoricamente que a liberdade de iniciativa não se identifica apenas com a liberdade de empresa, pois ela abrange todas as formas de produção individuais ou coletivas, dando ensejo às iniciativas privada, cooperativa, autogestionária e pública²².

Nada obstante, certo é que há fundamento de que a livre iniciativa tem seu ponto nevrálgico na alcunhada liberdade de empresa. Liberdade esta que pode ser compreendida por três diferentes vertentes: “liberdade de investimento ou acesso; liberdade de organização; liberdade de contratação”²³.

Outro entendimento fundamental é o de que para que a ordem econômica, cujos fundamentos são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com o fito de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, deverão ser observados todos os princípios indicados nos incisos do artigo 170 da Carta de Outubro de 1988. É fundamental consignar aqui também que além de garantir a garantir digna de toda a sociedade, os princípios que regem a ordem econômica possuem como parâmetros o devido exercício da atividade de empresa, do desenvolvimento econômico, da produção

18 ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 466

19 ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 466

20 TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. P. 83

21 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 764

22 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 186-187

23 VAZ apud ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 465

de riqueza e da equitativa qualidade de vida. Apenas por meio de uma economia pujante é possível que tenhamos recursos suficientes para melhorar a qualidade de vida dos mais pobres.

Os princípios do artigo 170, são princípios gerais da atividade econômica e devem ser considerados como valores condensados a perseguirem os devidos objetivos de uma República que possa garantir qualidade de vida elevada a seus nacionais. Conforme entendimento unânime, o Brasil adotou o sistema capitalista de produção e, portanto, desse ser através deste meio que conseguirá produzir riqueza para todo o seu povo.

O primeiro destes princípios é a soberania nacional. Nenhuma novidade aqui. Os princípios que regem a atividade econômica da República Federativa do Brasil devem ser elencados de forma a garantir o seu desenvolvimento enquanto nação e o da melhoria da qualidade de vida de seu povo. De forma que preservar o ambiente necessário e saudável para os empreendimentos econômicos desenvolvidos em seu território deve ser papel essencial do Estado.

A soberania nacional é também fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. I da CF/88), seu elemento essencial na formalidade implica em supremacia na ordem interna e independência na ordem externa.

A Carta Magna inscreveu também a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (170, incs. II e III). Não obstante, no art. 5º, incs. XXII e XXIII, da CF/88 existem normas idênticas, além de vários outros dispositivos constitucionais a respeito onde a propriedade é tratada como direito individual²⁴.

Conforme o entendimento de Eros Roberto Grau tal interpretação constitucional é fruto de uma imprecisão, já que existe distinção entre “função individual” (justificada na garantia de subsistência do indivíduo e de sua família) e “função social” (justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função) da propriedade²⁵.

Assim, deve-se ter em mente que “a propriedade privada vertida sob a ótica de princípio da ordem econômica, é aquela que se insere no processo produtivo, envolvendo

24 FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649>. Acesso em dez 2016.

25 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 216

basicamente a propriedade – dita dinâmica – dos bens de consumo e dos bens de produção”²⁶. A propriedade pode ser entendida por dois meios diferentes a depender de suas duas diferentes funções: Os bens de consumo – ou seja, aqueles que se destinam ao mercado para a satisfação das necessidades humanas -, no entendimento de José Afonso da Silva, “são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem nunca instrumentos de opressão, pois satisfazem necessidades diretamente”²⁷; já os bens de produção – e.g., os que se destinam a colaborar no processo produtivo, servindo para a produção de outros bens – no que entende Eros Roberto Grau, devem ter sobre eles a incidência na qual “se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa”²⁸.

Em suma: é possível dizer que a Constituição garante a todos a propriedade privada dos bens de produção, desde que estes bens cumpram a sua função. Isto quer dizer que os bens de produção não podem ser utilizados para o simples enriquecimento. Eles precisam ser postos em atividade para o desenvolvimento das ações econômicas e o alcance de seu fim. Estamos, pois, dentro de um sistema capitalista, mas neste sistema o ordenamento jurídico brasileiro escolheu tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art.170 da CF/88).

Esta é a noção que se extrai da lição de Fábio Konder Comparato:

“Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário, mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria (e a matéria é precisamente a função social da propriedade), significa um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo e essa função social da propriedade corresponde a um poder - dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”²⁹.

É parte integrante também dos ensinamentos do ilustre Eros Roberto Grau, o entendimento de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, ou quem detenha o controle da empresa, o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não

26 ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 467

27 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 790-791

28 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 216

29 COMPARATO, Fábio Konder, “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção, RDM 63/71-79

apenas de não o exercer em prejuízo de outrem. Deste modo, o princípio da função social da propriedade é dotado de uma carga valorativa que propulsiona comportamentos positivos, uma prestação de fazer e não apenas de não fazer.³⁰ Atendendo assim aos postulados que subsistem desde Locke, isto é, o de que a propriedade pertence aquele que exerce o seu direito natural e material de posse. Em outras palavras, é o efetivo exercício do trabalho humano sobre a propriedade que a Constituição busca valorizar e não apenas o aspecto inflacionário, de especulação imobiliária, por exemplo.

Outro dos princípios expressos normativamente é o da livre concorrência (inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal). A livre concorrência é definida por André Ramos Tavares como “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”³¹.

Parcela considerável da doutrina considera que a livre concorrência é um desdobramento da livre iniciativa. Este entendimento definiria a livre concorrência e a livre iniciativa como partes integrantes das liberdades de mercado necessárias para um ambiente de desenvolvimento empresarial essenciais ao capitalismo. O insigne Eros Roberto Grau define como “livre jogo das forças do mercado, na disputa de clientela”³². Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior asseveram que “seu objetivo é a criação de um mercado ideal, caracterizado pelo assim chamado ‘estado de concorrência’”³³.

Também estão inseridos como princípios a defesa do consumidor (inciso V), a defesa do meio ambiente (inciso VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e a busca do pleno emprego (inciso VIII). Eles são denominados por José Afonso da Silva como “princípios de integração, porque todos estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social”³⁴.

O último dos incisos do artigo 170 determina que seja dado tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inciso IX). Este princípio é continuamente repetido

na Constituição da República e foi consolidado no ordenamento jurídico através da lei

30 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 222-223.

31 TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. P. 83

32 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 193

33 ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 468

34 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 774

complementar 123/2006. Conforme anteriormente afirmado, nada obste tenhamos adotado como sistema econômico o capitalismo, várias foram as formas previstas tanto pelo Constituinte, quanto pelo legislador ordinário para consignar freios ao que se consideravam falhas de mercado. Garantir a competitividade das micro e pequenas empresas foi, portanto, compreendido como uma forma de possibilitar o contínuo surgimento de empresas que ofertassem diversidade de serviços e possibilita-se a livre concorrência, livre iniciativa e com isto as outras liberdades essenciais a um sistema capitalista, tudo isto em uma análise estática. Nesse sentido, proclama Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “numa era de gigantismo empresarial, a sobrevivência das empresas de pequeno porte é extremamente difícil. São elas, porém, um elemento de equilíbrio e, conseqüentemente, merecem um tratamento especial”³⁵.

A recuperação judicial de empresas

Princípios da Recuperação Judicial da Empresa

Os princípios que regem o Processo de Recuperação Judicial estão delineados dentro da Lei que a rege e são possíveis de serem encontrados condensadamente no artigo 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 econômica³⁶

Tais princípios informadores do processo de recuperação judicial de empresas possuem como escopo a orientação das decisões que vierem a ser tomada pelo magistrado que presidir o pedido recuperatório. Princípios nos quais o Juiz poderá fundamentar a sua decisão, isto é claro desde que não confronte diretamente qualquer regra legal expressa.

Agravo. Recuperação judicial. Recurso contra decisão que concede a recuperação judicial. A Assembleia - Geral de Credores só é considerada soberana para a aprovação do plano se forem obedecidos os princípios gerais de direito, as normas da Constituição Federal, as regras de ordem pública e a Lei nº 11.101/2005. Proposta que viola princípios de direito, normas constitucionais, regras de ordem pública e a isonomia dos credores, ensejando a manipulação do resultado das deliberações

³⁵ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 362

³⁶ PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

assembleares é nula. Inclusão de credores garantidos por alienação fiduciária, titulares de arrendamento mercantil e por adiantamento de contrato de câmbio (ACC) nos efeitos da recuperação judicial viola o art. 49, §§ 3º e 4º da LRF. Previsão de carência para início do pagamento dos credores de 60 meses (5 anos), ou seja, após o decurso do prazo bienal de supervisão judicial do art. 61, *caput*, da LRF, impede que o Judiciário convole a recuperação em falência, no caso de descumprimento das obrigações assumidas pela recuperanda. Liberdade para alienação de bens ou direitos integrantes do ativo permanente, independentemente de autorização judicial, afronta o art. 66 da LRF. Proibição de ajuizamento de ações contra sócios, cônjuges, avalistas e garantidores em geral por débitos da recuperanda, configura violação da Constituição Federal. Proibição de protesto cambial ou comunicação à Serasa e SPC, coíbe os credores do exercício de direito subjetivo. Invalidez (nulidade) da deliberação assemblear acoimada de ilegalidades, com determinação de apresentação de outro plano, no prazo de 30 dias, a ser elaborado em consonância com a Constituição Federal e com a Lei nº 11.101/2005, e submetido à assembleia-geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência. Agravo provido.³⁷

Superação da Crise econômico-financeira

A Lei de Recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária traz em seu bojo grande avanço quanto a contabilização dos riscos e do custo de oportunidade em recuperar as empresas. Este fenômeno se deve ao fato de que a escolha pela aceitação ou não do plano de Recuperação Judicial cabe ao mercado e apenas ele é capaz de determinar se os custos sociais que serão arcados para efetivar a reorganização empresarial são, com efeito, menores do que os decorrentes do afastamento da quebra e da realocação dos respectivos fatores de produção.

O instrumento legislativo anterior, qual seja a Concordata – prevista no Decreto-Lei nº 7.661/1945 – não tinha como exigência que os credores do empresário dessem o aval para que fosse efetivado qualquer plano. A concordata dependia tão somente da verificação, realizada pelo magistrado, dos requisitos legais e tinha restrições quanto aos créditos quirografários.

A concordata era, por conseguinte, um remédio ineficiente. Não eram atendidos requisitos elementares como o da aferição pelo mercado do se era desejável a recuperação da empresa. Faz parte do processo natural do mercado que empresários ineficientes, negligentes ou mesmo que não foram capazes de calcular os riscos de empreitadas concorrenciais venham a falir. Nestes casos, recuperá-los seria contraproducente e

37 SÃO PAULO, T.J. Agravo de instrumento n. 0168318-63.2011.8.26.0000, Relator Pereira Calças, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 17/04/2012.

intuitivamente equivocado.

O remédio da recuperação judicial, por outro lado, indo além da possibilidade de negociar entre o empresário e seus credores com garantia real, com privilégio especial e geral, permite também negociações – ainda que dentro de parâmetros legais e previamente estabelecidos – do passivo trabalhista. O crédito trabalhista possui natureza indisponível e torna-se negociável apenas em processos dirigidos pelo Estado-Juiz. Assim prescreve o inciso VIII do artigo 50 da Lei 11.101/2005: “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: VIII - redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;”³⁸. É interessante ressaltar que, em regra, os trabalhadores tendem a concordar com o plano de recuperação judicial, isto porque consideram que aceitar os riscos decorrentes da recuperação judicial são menores dos que os que enfrentariam caso precisassem se readequar ao mercado.

Resta evidente, portanto, as razões pelas quais devem ser os agentes diretamente afetados pelo plano de Recuperação judicial que devem decidir se arcarão ou não com os riscos decorrentes deste processo. O magistrado é incapaz de determinar sobre tais riscos e além do mais é terceiro que não será afetado pela situação socioeconômica da empresa.

Agravo. Recuperação judicial. Recurso contra decisão que concede a recuperação judicial. Para aferição do quorum necessário à aprovação do plano de recuperação (art. 45, § 1º), o valor do crédito do credor que comparece à assembleia e se abstém de votar não deve ser considerado no montante da totalidade dos créditos correspondentes. Da mesma forma, o abstinente não deve ser considerado na votação tomada com base na maioria dos credores presentes. Aprovado pelo quorum legal o plano pela Assembleia - Geral de Credores, não compete ao juiz examinar a viabilidade econômico-financeira do plano e deixar de conceder a recuperação por considerar a proposta inviável sob o prisma econômico. Não há ilegalidade ou inconstitucionalidade, em princípio, da previsão no plano de recuperação judicial de tratamento diferenciado entre credores integrantes da mesma classe. Agravo improvido.³⁹

Diante do exposto, consolidamos que não compete ao Juiz decidir sobre a viabilidade ou inviabilidade do plano de recuperação judicial, mas sim aos credores. Conforme é possível concluir do *Enunciado nº 46 aprovado na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal*: Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de

38 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

39 SÃO PAULO, T.J. Agravo de instrumento n. 0372448-49.2010.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 01/02/2011

homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

A decisão a respeito de quais externalidade serão ou não arcadas pelos credores deverá caber apenas a eles e não a qualquer outro. Os planos de recuperação judicial devem ser encarados como uma atitude de mercado e não uma benesse do Estado ou de qualquer entidade beneficente. De Lucca resume isto muito bem quando afirma: "não se pode admitir que esses planos venham a se tornar atos de pura caridade evangélica aplicados aos que dela dependem"⁴⁰.

Deste modo, é indispensável, por conseguinte, que se tenha uma real e inequívoca viabilidade econômica da empresa que passa por apuros, com o fito de que se tenham alicerces axiológicos razoáveis que legitimem o cerceamento da reação legal daqueles cujos direitos foram conspurcados. O processo de recuperação judicial não pode servir como um bônus ao empresário ineficiente, tampouco aquele que de má-fé veja neste processo estímulos a péssimas práticas de mercado⁴¹.

Aliás, "tal atitude, com efeito, por mais louvável que possa parecer - e o é, realmente - não se manifesta adequadamente nessa vertente da vida social, e sim no âmbito da virtude religiosa..."⁴². Ocorre, assim, que o benefício recuperatório somente deverá ser concedido aquelas empresas que possuam viabilidade, devendo esta ser aferida por seus credores.

Manutenção da fonte produtora e preservação da empresa

Toda atividade empresarial implica em altos custos e altos riscos, tudo isto decorrente de uma consecutiva ação empreendedora. O legislador ao compreender isto preferiu deixar evidente que é preliminar o processo recuperatório ao de liquidação judicial. Manter a fonte produtora e com isto preservar a empresa deve ser sempre que possível um meio de intervir menos no mercado e dar preferência para que as relações jurídicas sejam respeitadas e os esforços pela junção dos recursos objetivos e subjetivos não tenham sido envidados em vão.

40 DE LUCCA, Newton. Comentários ao artigo 47. 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. 210

41 Idem. Ibidem.

42 Idem. Ibidem.

Desta forma, a preservação da empresa é uma tentativa de manter inerte os fatores de produção organizados para a formação daquele complexo empreendedorial. Resta claro que a atividade empresarial necessita ser exercida por pessoas que se predisponham a elasticidade de suas demandas, a estarem atualizadas quanto aos acontecimentos sociais e econômicos, de forma que, a recuperação judicial não deve ocorrer caso seja fruto da obsolescência dos fatores produtivos. Entretanto, caso não seja este o caso, é possível que a má administração seja substituída e consequência decorrente disto seja a impulsão da atividade comercial e desta feita com maior eficiência, voltando a torná-la superavitária.

A LREF não deve servir como um meio de burla ao mercado. A convocação dos credores para deliberarem conjuntamente acerca da proposta de recuperação apresentada pelo empresário serve como um meio de reduzir as diferenças informacionais habituais. Consequência direta disto é que o credor poderá entender melhor e se posicionar de modo mais adequado quanto ao plano de recuperação, pois terá ciência do modo pelo qual a empresa pretende pagar os seus passivos acompanhando de maneira mais próxima as vicissitudes decorrentes das fragilidades que fizeram a empresa não lograr êxito no aspecto empreendedorial.

A redução na ausência ou mesmo nas diferentes formas e fontes de informações da empresa devedora facilita aos credores para que possa decidir sobre a concessão ou não do plano recuperatório. Falta de competitividade, obsolescência tecnológica e desqualificação da força de trabalho, somados à ausência de relacionamentos empresariais relevantes, podem justificar a não concessão da recuperação.

O regime brasileiro de recuperação da empresa deve ser palco da busca pela preservação da unidade produtiva viável, equilibrando os interesses do devedor e de seus credores em um ambiente de eficiência econômica e respeito à autonomia privada, orientado por três premissas desafiadoras⁴³: primeiro, pela recuperação da empresa viável em crise, em razão de sua função social e estímulo à atividade econômica, atendendo aos postulados da eficiência econômica e autonomia privada, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito; segundo, por uma falência célere e eficiente no pagamento dos credores e na preservação produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os

43 PATROCÍNIO, Daniel Meira do. Os princípios do processo de Recuperação Judicial de empresas. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26577222_OS_PRINCIPIOS_DO_PROCESSO_DE_RECUPERACAO_JUDICIAL_DE_EMPRESAS.aspx>. Acesso em 17 de dezembro de 2016.

intangíveis; terceiro, pelo equilíbrio entre os interesses do devedor e de seus credores, respeitando-se o sistema de garantias creditícias⁴⁴.

Pelo exposto, podemos concluir que o ato de concessão do benefício recuperatório deve ser realizado apenas em favor de empresas viáveis. Praticar tal ato em favor de empresas inviáveis contraria o escopo insculpido no artigo 47 da LREF e esta sentença recuperatória ocasionará apenas a postergação da decretação da quebra fazendo com que recursos sejam dispendidos, quando já poderia por meio de realocação típica de mercado estarem sendo utilizados por outros complexos empresariais mais eficientes.

Embargos de Declaração - Agravo de Instrumento - Recuperação Judicial - S/A. VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE VARIG, RIO SUL LINHAS AÉREAS S/A. E NORDESTE LINHAS AÉREAS S/A. R - Sentença decretando a falência das Recuperandas - I Recuperação Judicial. R. Sentença de encerramento, seguindo quatro Apelações. Recebimento no duplo efeito. Suspensão ensejando a continuidade do procedimento de recuperação. Descumprimento de qualquer obrigação que importará em convalidação em falência. Possibilidade de análise da situação econômico-financeira das Empresas Recorridas, com o escopo de apurar a viabilidade, ou não, da sua manutenção. II - Lei nº 11.101/2005. Princípio da Viabilidade Econômico-Financeira. Devedoras que não lograram êxito em demonstrar condições de cumprir os objetivos da Recuperação. Exegese do artigo 47 do mencionado diploma legal. Somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial. Imperioso evidenciar se a Empresa reúne condições de observar o plano de reorganização. Existência de um contingente econômico mínimo e a presença dos pressupostos legais, o que não restou demonstrado no caso em comento. III - Discussão de matéria já decidida. Impossibilidade. Inconformismo da Embargante que deve ser demonstrado em sede própria. Inexistência de obscuridade ou contradições. Aclaratórios que se apresentam manifestamente improcedentes. Aplicação do *caput* do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Sodalício. Negado Seguimento.⁴⁵

Manutenção dos empregos dos trabalhadores

O melhor programa social desenvolvido por qualquer governo é a garantia de um espaço empreendedorial, no qual o Estado permita que as empresas se desenvolvam e a partir disso possam garantir emprego a todos. É importante salientar que a LREF não cuida de manter os direitos trabalhistas, mas trazer como norte a necessidade de garantir os empregos e a geração de renda decorrente da atividade empresarial. Por sinal, mitigar direitos trabalhistas é permitido (artigo 50, inciso VIII da LREF) desde que seja uma forma

⁴⁴ FERNANDES, Jean Carlos. Os efeitos da cessão fiduciária de títulos de crédito na recuperação judicial da empresa. In: FERNANDES, Jean Carlos (Coord.). *Títulos de crédito: Homenagem ao Professor Wille Duarte Costa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 156

⁴⁵ RIO DE JANEIRO, T.J. Agravo de Instrumento n. 0045067.37.2010.8.19.0000, Relator Desembargador Reinaldo P. Alberto Filho, 4ª Câmara Cível, j. 11/11/2010

de viabilizar a continuidade da empresa. Isto porque é evidente que os custos sociais do desemprego são maiores do que os decorrentes da relativização dos direitos trabalhistas.

Neste sentido é a orientação de que o pagamento dos valores trabalhistas seja realizado perante o juízo da vara em que percorre o processo de recuperação:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÕES TRABALHISTAS. ATRATIVIDADE. LEI Nº 11.101/05. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-TELEOLÓGICA DOS SEUS DISPOSITIVOS. MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. 1 - A competência para o pagamento dos débitos de sociedade empresária no transcurso de processo de recuperação é do juízo em que se processa o pedido de recuperação. A manutenção da possibilidade de os juízos das execuções trabalhistas procederem à constrição dos ativos da sociedade afrontaria os princípios reitores da recuperação judicial. Inteligência do art. 6, § 2º, da LF nº 11.101/05. 2 - Concreção do princípio da preservação da empresa (art. 47). 3 - Competência do Juízo Universal em relação aos atos constritivos direcionados contra a sociedade empresária em recuperação. 4 - CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 4ª VARA CÍVEL DE RECIFE/PE.⁴⁶

Deve-se, também, destacar que a LREF, em seu artigo 45, § 2º, concedeu importante proteção ao empregado, durante a assembleia para apreciação do plano de recuperação, ao estabelecer que, nesta hipótese, os votos, na classe trabalhista, serão computados apenas por cabeça, independentemente do valor do respectivo crédito. Desta forma, o peso do voto de todos os credores desta classe será o mesmo, pois entendeu o legislador que para a apreciação desta matéria deveria ser dispensado um tratamento igualitário entre os empregados⁴⁷.

Ainda no que concerne ao crédito trabalhista duas normas são fundamentais: Primeiro, Art. 83. § 4º da LREF que afirma “Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários”, o que permite que a pressão sobre os trabalhadores ansiosos por recuperarem seus créditos seja reduzida, já que as garantias dadas aquele que comprar o crédito trabalhistas serão infinitamente reduzidas; Segundo, Art. 6º. § 2º da LREF, que afirma “É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro - geral de credores pelo valor determinado em sentença”, deste modo

⁴⁶ STJ. Conflito de Competência n. 112.392/PE, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Segunda Seção, j. 13/04/2011, DJe de 25/04/2011
⁴⁷ PATROCÍNIO, Daniel Meira do. Os princípios do processo de Recuperação Judicial de empresas. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26577222_OS_PRINCIPIOS_DO_PROCESSO_DE_RECUPERACAO_JUDICIAL_DE_EMPRESAS.aspx>. Acesso em 17 de dezembro de 2016.

ainda que o crédito trabalhista apenas possa ser satisfeito perante o juízo de falências e recuperação judicial, a discussão material sobre o quantum do débito poderá ser postulado perante a Justiça do Trabalho.

Como, em regra, os trabalhadores não compreendem do processo empreendedorial e são tendentes a acreditarem que os custos da recuperação judicial são sempre inferiores aos da realocação no mercado, o deferimento do processo recuperatório não pode ser fundado tão somente na manutenção dos empregos, mas sim nas decisões tomadas pelos credores em assembleia. Isto porque o simples diferimento da falência pode implicar em ceifar a oportunidade de que estes trabalhadores se vinculassem a outras organizações empresariais ou para se requalificarem no aspecto técnico-profissional.

Tutela dos interesses dos credores

A tutela legal dos interesses dos credores, inserida no processo de recuperação de empresas, é dependente de ampla divulgação de informações a respeito da situação patrimonial da sociedade empresarial que encara a crise e também da situação dos sócios. É indubitável que, em regra, os sócios não podem ser responsabilizados patrimonialmente em casos de a sociedade empresária vir a quebrar⁴⁸. Entretanto, conhecer a realidade patrimonial dos sócios e suas capacidades financeiras pode ter a serventia de aferir se os credores serão os únicos que devem suportar as perdas que são próprias ao PRJ. É incabível falar em “sócio rico, empresa quebrada”, já que o esforço para o soerguimento do empreendimento deve ser de todos.

É necessário que a legislação recuperatória possua normas que resultem na redução dos custos de transação negociais entre os credores e o devedor, ou apenas entre aqueles. De forma que virá a tornar-se menos custoso aferir a capacidade de superação da crise pela empresa. O prazo referente a suspensão das demandas judiciais frente ao devedor tem a missão de impedir que uns credores se beneficiem em detrimento de outros.

48 “Os bens dos sócios das sociedades recuperandas não estão sob a tutela do juízo da recuperação judicial, salvo se houver decisão expressa em sentido contrário”. Jurisprudência do STJ: AgRg no RCD no CC 134598/AM, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015; AgRg no CC 136779/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 02/12/2014; AgRg nos EDcl no CC 121613/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 06/03/2014; AgRg nos EDcl no CC 130436/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 19/12/2013; AgRg nos EDcl nos EDcl no CC 119952/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/11/2013, DJe 19/11/2013; AgRg no CC 121636/ SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012; CC 130135/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 08/11/2013, DJe 29/11/2013. (VIDE INFORMATIVO DE JURIPRUDÊNCIA N. 453)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE DIREITO E JUÍZO DO TRABALHO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO DEFERIDO. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. 1. Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, ao Juízo Laboral compete tão-somente a análise da matéria referente à relação de trabalho, vedada a alienação ou disponibilização do ativo em ação cautelar ou reclamação trabalhista. 2. É que são dois valores a serem ponderados, a manutenção ou tentativa de soerguimento da empresa em recuperação, com todas as consequências sociais e econômicas daí decorrentes - como, por exemplo, a preservação de empregos, o giro comercial da recuperanda e o tratamento igual aos credores da mesma classe, na busca da "melhor solução para todos" -, e, de outro lado, o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos perante a justiça laboral. 3. Em regra, uma vez deferido o processamento ou, *a fortiori*, aprovado o plano de recuperação judicial, revela-se incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo após decorrido o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4, da Lei 11.101/2005. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Distrito Federal.⁴⁹

Para tanto o legislador brasileiro estabeleceu uma série de consequências drásticas para o descumprimento do plano de recuperação, dentro do prazo de dois anos que deve ser contado a partir da sentença que concede o benefício. É verdade que se tornou comum dentro dos planos de recuperação judicial uma cláusula que estabelece uma carência de dois anos para que se dê início aos pagamentos, tornando nulas quaisquer pretensões legislativas de tutelar-se o direito do credor.

A análise da LREF (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências) demonstra que a pretensão do legislador foi inibir que o empresário vale-se do procedimento recuperatório de forma abusiva, especialmente, em razão das perdas que são impostas a toda comunidade – relevantemente aos credores, já que quanto a estes subsiste um período de suspensão das ações e execuções individuais. Contudo, por não ser possível que vencido o prazo de 60 (sessenta) dias, ser o plano elaborado e apresentado por um credor, a regra tornou-se tendente a aprovação de um plano de recuperação repleto de inconsistências. Afinal, antes um plano de recuperação inconsistente do que enfrentar um processo de falências. Nesta toada, são os pensamentos de Coelho: "o modelo brasileiro da recuperação judicial é vulnerável porque, ao manter a vinculação entre indeferimento do benefício e decretação da falência, cria o ambiente propício ao nascimento da 'indústria da recuperação judicial'"⁵⁰. Aliás, conforme arremata Coelho, "o credor, na Assembleia em que

49 STJ. Conflito de Competência n. 112.799/DF, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, j. 14/03/2011, DJe de 22/03/2011

50 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas: (Lei nº 11.101, de 9-2-2005). 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 115-116

estiver em votação o Plano de Recuperação Judicial, tenderá a aprovar qualquer rabisco malfeito, porque se não o fizer, o juiz terá que decretar a falência do devedor."⁵¹

No ordenamento jurídico norte-americano, por sua vez, há uma regra determinando que a recuperação judicial não poderá ser aprovada, sem que aos credores que tenham rejeitado o plano seja garantido o pagamento do valor que receberiam caso fosse decretada a quebra do empresário. Logicamente que calcular o valor que tais credores receberiam não é tarefa das mais fáceis e sempre se depara com uma série de subjetivismos.

Função social da empresa

Com o advento da Função social da propriedade e a inter-relação entre a propriedade e o seu manejo empresarial, não demorou muito para que as demandas fossem revertidas em prol de uma legislação que previsse a função social da empresa que não pode mais ser vista tão somente em um sentido contratualista, mas sim em um sentido institucionalista em que se preservam os interesses dos sócios minoritários e até mesmo das pessoas indiretamente atingidas pelas atividades empresariais. Isto significou dizer que para além do lucro, que é essencial como meio de estímulo para que empreendedores se submetam aos riscos advindos da atividade produtiva, as empresas passaram a necessitar justificar-se através da responsabilidade social e ambiental.

A atividade empreendedorial não mais importa apenas aos acionistas das empresas, mas sim a todo o complexo populacional, bem como a todos as instituições do Estado.

Este é o espírito da lei 11.101/2005. A LREF entende que o exercício da atividade comercial empresarial não pode desprezar os interesses dos mais diversos segmentos que gravitam no entorno das empresas, isto significa dizer que é preciso levar em consideração o fisco, os fornecedores, os empregados, os outros empresários de menor capacidade econômica, isto é, toda a comunidade na qual se insere o empreendimento. Razão pela qual as empresas sempre que possível devem ser mantidas. Isto é claro desde que haja concordância, anuência de seus credores, os quais mantiveram com a empresa relação direta e, por isso, são capazes de identificar com menor custo a capacidade real de superação da crise.

51 *Idem. Ibidem.*

Entende Sztajn que, "manter empregos, estimular a atividade econômica, fomentar a produção de bens e serviços, devem ser destacados como elementos informadores da análise mediante a qual se proporá, ou não, a reorganização, ou seja, a recuperação de empresa em crise"⁵².

É fundamental que compreendamos que a função social da empresa não é um princípio autorizador para que o Estado, por meio do Poder Judiciário, se entremeeie e decida por todos, tornando-se centralizador e sem as condições de poder ponderar a respeito da melhor alocação dos recursos sociais, econômicos e humanos dispendidos.

Tem-se, desta forma, que a concessão da recuperação judicial pressupõe a existência de empresa viável, em crise, é verdade, mas passível de soerguimento, não se justificando a reorganização empresarial mediante a atuação dos órgãos previstos na LREF quando os custos sociais forem elevados⁵³.

Estímulo à atividade econômica

Empresa, mercado e Direito são realidades que se entrelaçam e se modelam para viabilizar a produção econômica e o atendimento das necessidades sociais, maximizando a utilização de recursos escassos, alocando-os em favor daquelas pessoas que maior valor lhes atribua⁵⁴. A análise acerca dos custos e benefícios marginais, decorrentes do incremento quantitativo da atividade negocial, não se esgota na ideia de simples conduta gananciosa do empresário, mas na convicção de que o crescimento da empresa constitui-se em fator decisivo para sua sobrevivência, em razão da alta competitividade do mercado⁵⁵. Neste contexto, o papel que incumbe ao Estado é o de fomentar instituições capazes de gerar um clima propício ao livre ambiente de negócios, através de medidas como a proteção da propriedade privada, a livre circulação de riquezas, o ingresso, continuidade e saída de empresas no mercado ou da regulação de atividades estratégicas. Todas estas atividades que cabem ao Poder Estatal têm como fim criar um ambiente propício à livre negociação entre os agentes econômicos.

52 SZTAJN, Rachel. *Da Recuperação Judicial*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio. (org.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação judicial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 221

53 PATROCÍNIO, Daniel Meira do. *Os princípios do processo de Recuperação Judicial de empresas*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26577222_OS_PRINCIPIOS_DO_PROCESSO_DE_RECUPERACAO_JUDICIAL_DE_EMPRESAS.aspx>. Acesso em 17 de dezembro de 2016.

54 PATROCÍNIO, Daniel Meira do. *Os princípios do processo de Recuperação Judicial de empresas*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26577222_OS_PRINCIPIOS_DO_PROCESSO_DE_RECUPERACAO_JUDICIAL_DE_EMPRESAS.aspx>. Acesso em 17 de dezembro de 2016.

55 *Idem*. *Ibidem*.

Deste modo, cabe ao Poder Judiciário o fundamental papel de garantir o cumprimento dos acordos - gerando um ambiente de confiabilidade – a restituição de tributos exigidos contrariamente ao ordenamento jurídico – garantindo a certeza de que não haverá interferências externas que destoem do previamente definido em normas pré-acordadas – e a tutela da propriedade privada. Sztajn explicita que o mercado pode ser compreendido por duas diferentes correntes. A Liberal entende a livre iniciativa e a concorrência como “favorecedoras de eficiência alocativa e produtiva”⁵⁶. Por outro lado, a Social impõe que sejam impostos limites à livre iniciativa objetivando o privilégio de outros valores.

Buonocore afirma que "se pode, portanto, escrever que se é verdade que a autonomia negocial é uma espécie de autonomia privada, é plausível sustentar que desta última é também uma espécie a autonomia de empresa"⁵⁷. O autor salienta que a liberdade constitui solo fértil no qual pode nascer e viver a autonomia de empresa que possui fundamento e limite no texto constitucional. Desta forma, o empresário tem o direito de cessar sua atividade sem a possibilidade de interferência pública ou privada, além do de livre concorrência que é uma exaltação ao princípio da paridade de tratamento, conforme destaca Buonocore⁵⁸.

Sztajn leciona que "os limites constitucionais à livre iniciativa devem atuar nos limites indicados pelas normas constitucionais econômicas, que privilegiam valores coletivos enquanto garantem a liberdade dos particulares"⁵⁹. De outra forma, "a livre iniciativa não é, nos termos da Constituição, absoluta, uma vez que outra decisão política a parametriza, realçando outros valores sociais, como o trabalho humano, o respeito ao consumidor e ao meio ambiente, por exemplo"⁶⁰. A autora, invocando, também, as lições de Nalino Irti, considera que liberdade de iniciativa não se identifica, tão somente, com a liberdade de promover ou não a atividade negocial empresarial, mas com a de competir, de concorrer⁶¹.

Ressalta-se que o estabelecer regras claras sobre os comportamentos dos players do jogo mercadológico contribui na formação de um ambiente propício para que as livres trocas aconteçam, por meio de um clima negocial. Os agentes poderão organizar seus

56 SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. P. 17

57 BUONOCORE, Vincenzo. *Manuale di Diritto Commerciale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007. P. 31

58 *Idem*. *Ibidem*.

59 SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. P. 16

60 *Idem*. *Ibidem*.

61 *Idem*. *Ibidem*. P. 32

negócios e escolher da melhor forma possível qual a alocação mais adequada de seus recursos e esforços para a produção de bens e prestação de serviços, sopesando os riscos envolvidos. Um ambiente institucional seguro, que não sofra com as modificações ou mitigação de normas legais, contribui, certamente, para a eficiência da atividade empresarial, o que se coaduna com os objetivos pretendidos pela LREF.

A concessão da recuperação judicial

A Lei nº 11.101/2005 versa sobre a recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, deste modo, ab-rogou e substituiu a antiga Lei de Falências que vigorava desde o Decreto-Lei nº 7.661/1945. O novel diploma legislativo veio para adequar o regime falimentar brasileiro as inúmeras mudanças que ocorreram nas práticas empresarias e na forma como os Estados se relacionam com os empresários no Brasil e no mundo nas seis décadas em que o diploma legislativo anterior esteve em voga.

A concordata, em sua forma preventiva ou suspensiva, era a única forma do devedor empresário recuperar judicialmente seu empreendimento. Este instrumento, contudo, demonstrou-se ineficiente. Posto que não servia como nada mais do que uma espécie de moratória do concordatário.

O artigo 50 da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências (LREF) traz, apenas a título exemplificativo, dezesseis meios de recuperação judicial. Estes meios precisam ser escolhidos a critério do devedor, mediante negociação com seus credores e através da análise e aprovação procedimental em assembleia geral de credores.

Diferentemente da concordata, a recuperação judicial tem a possibilidade de ser concedida não apenas para o devedor em estado de crise econômico-financeira, mas também àquele com iliquidez, insolvência ou em situação patrimonial que necessite de readequação planejada de sua atividade.

Pode postular a recuperação judicial o empresário devedor que já exerça suas atividades há mais de 02 anos e que também atenda aos requisitos expressos nos incisos do artigo 48 da LREF: (i) não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, a responsabilidade daí decorrentes; (ii) não ter, há menos de cinco

anos, obtido concessão de recuperação judicial; (iii) não ter, há menos de oito anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial, ou seja, tratar-se de microempresa ou empresa de pequeno porte; (iv) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei nº 11.101⁶².

O conjugue sobrevivente, herdeiro do devedor, inventariante ou sócio remanescente também é pessoa capaz de postular a recuperação judicial.

Estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, vencidos ou vincendos, além de que os credores de tais créditos não perdem os direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Sobre determinados créditos não cabem os efeitos decorrentes da Recuperação Judicial e prevalecem os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais. São os créditos decorrentes de (i) proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis; (ii) de arrendamento mercantil; (iii) proprietário ou promitente vendedor e imóvel, cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive incorporações imobiliárias; (iv) proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; (v) adiantamento de contrato de câmbio para exportação onde o recuperando seja devedor; e (vi) os créditos fiscais⁶³.

Esta é mais uma das diferenças entre a concordata e a recuperação judicial. Enquanto aquela atingia apenas os créditos quirografários, a recuperação judicial, através da ampliação realizada pela Lei 11.101/2005 dos credores sujeitos à medida, permite ao devedor empresário possibilidades mais amplas de se reestabelecer economicamente.

A petição inicial do pedido de recuperação judicial deve atender as exigências do artigo 51 da Lei 11.101/2005:

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as

62 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

63 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

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 gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1o Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2o Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3o O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1o e 2o deste artigo ou de cópia destes.⁶⁴

Conforme exige o artigo 191-A do Código Tributário Nacional, a LREF não exige que junto com a petição inicial do requerimento de recuperação judicial, contanto, sua juntada ocorrerá em momento posterior, isto é, após a aprovação do plano de recuperação judicial, com vistas a atender à Lei Complementar (CTN). O foro competente para propositura do requerimento de Recuperação Judicial é o local matriz do estabelecimento ou no local em que funcione a filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

⁶⁴ PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

Estando em ordem os documentos acima listados, o Magistrado seguirá a ordem de atos processuais determinados pelo artigo 52 da LREF:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.⁶⁵

O Comitê de Credores será constituído por deliberação de qualquer classe de credores na Assembléia Geral. A composição, entretanto, é determinada por lei: (i) 01 representante indicado pela classe dos credores trabalhistas, com 02 suplentes; (ii) 01 representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 02 suplentes; (iii) 01 representante indicados pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 02 suplentes⁶⁶.

É consequência natural do deferimento do pedido de recuperação judicial que o curso da prescrição seja suspenso e, desta forma as ações e execuções em face do devedor também sejam suspensas. Este prazo de suspensão é por 180 dias improrrogáveis. Conquanto, já se tenha jurisprudência no sentido de prolongar este prazo. Ocorre, entretanto, que perpassado o período de suspensão da prescrição todas as ações devem voltar a correr em seu curso natural.

Após o deferimento do processamento de recuperação judicial, credores que representem, no mínimo 25% do valor total dos créditos de uma determinada classe,

65 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

66 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

poderão requerer ao Juiz responsável por este processo que convoque a Assembleia Geral para constituição do Comitê de Credores. Em regra, após o deferimento do pedido de Recuperação Judicial, o devedor não poderá desistir deste pedido, contudo, isto pode excepcionado por decisão e aquiescência da Assembleia Geral de Credores. Assim como após o deferimento do pedido de recuperação judicial, o devedor tem prazo improrrogável de sessenta dias para apresentar o Plano de Recuperação Judicial.

O plano de recuperação judicial tem como escopo a apresentação das condições nas quais o devedor poderá recuperar sua empresa. Deste modo, deverão ser apresentados dados pertinentes a discriminação pormenorizada dos meios que serão empregados, a viabilidade econômica e um laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos.

A partir da publicação da relação dos credores, qualquer credor poderá manifestar ao Juiz qualquer objeção ao Plano de Recuperação Judicial no prazo de trinta dias. Acontecendo isso o Juiz deverá conclamar a Assembleia de Credores que deverá decidir pela aceitação, recusa ou modificação do plano. Tudo isto em prazo não superior a 150 dias. Caso o plano seja aceite deverá o devedor apresentar as certidões negativas tributárias e apenas após isso o Juiz concederá a recuperação judicial. Entretanto, caso a Assembleia decida por recusas o plano de recuperação, o Juiz deverá decretar de imediato a Falência do devedor.

Saliente-se, entretanto, que decorridos os 30 dias após a publicação da relação de credores e o devedor apresentando as certidões negativas tributárias, o Juiz já poderá conceder a recuperação judicial.

Existem três hipóteses em que é admissível que o Juiz conceda a recuperação judicial com base em Plano que não tenha sido aprovado pela Assembleia Geral de Credores, são elas: (i) o voto favorável dos credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; (ii) a aprovação de duas classes de credores ou, caso haja somente duas classes de credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; (iii) na classe que houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores⁶⁷.

67 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

O deferimento do Plano de Recuperação Judicial se constitui em título executivo judicial, implicando em novação dos créditos anteriores aos agora pertinentes. Isto obriga o devedor e todos os credores sujeitos ao Plano de recuperação. O recurso cabível da decisão que defere a recuperação judicial é o agravo e são legitimados para tanto qualquer devedor ou o Ministério Público.

Após o deferimento da recuperação judicial o devedor ficará obrigado a cumprir com todas as obrigações pertinentes aquele plano que, em regra, se encerra num período de dois anos. Em hipótese de não cumprimento o Juiz decretará de imediato a falência.

Caso constem acordos que fiquem por serem cumpridos em prazo superior aos dois anos, o credor que não tiver sua expectativa observada, isto é, caso o devedor não cumpra o acordado, poderá adentrar com ação cobrando o título judicial, novo plano de recuperação ou a imediata decretação de falência da empresa.

Decorrido os dois anos do Plano de Recuperação Judicial e tendo sido os acordos determinados para aquele período cumpridos, deverá o Juiz decretar, por sentença, o encerramento da recuperação, momento no qual determinará as providências necessárias à extinção do processo, assim como: (i) o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, após a prestação de contas deste e apresentação do relatório final; (ii) a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; (iii) a apresentação de relatório circunstanciado do administrador, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor; (iv) a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial; (v) a comunicação ao Registro Público de Empresas (Junta Comercial) para as providências cabíveis⁶⁸.

Após todo o detalhamento do processo de recuperação judicial, restam perceptíveis as diferenças entre este processo e a concordata, bem como que o devedor deverá ter adequado noção de sua situação administrativa e econômica para poder elaborar um Plano de Recuperação em juízo. Isto porque dentro do período de elaboração do Plano, o devedor deverá determinar se possuirá rendas suficientes para pagar os créditos trabalhistas com atraso de até 1 (um) ano e se poderá pagar as despesas decorrentes do processo de reequilíbrio.

⁶⁸ PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

A ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS LEIS Nº 11.101/2005 E Nº 8.666/1993

O instituto da licitação: fundamentos e princípios

Licitação é um instituto do Direito Administrativo e tem por fito auxiliar na busca da Administração Pública em satisfazer o interesse público com ampla e total publicidade.

Para Hely Lopes Meirelles:

“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos”⁶⁹

Sem prejuízo dos princípios que regem a Administração Pública em geral, com especial fulcro para o artigo 37 da Constituição Federal outros são os princípios específicos das Licitações.

* O *Princípio do Procedimento Formal* é que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que as regem em todos os atos e fases. Possuem força de lei em cada procedimento licitatório seus respectivos regulamentos, cadernos de obrigações e o próprio edital ou convite.

Procedimento formal, entretanto, não deve se confundir com ‘formalismo’. Este último se caracteriza por exigências despiciendas. Por isso mesmo, não se anula procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais quer sejam na documentação ou nas propostas, desde que, devido a sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos outros licitantes.

É a regra do *pas de nullité sans grief*, como dizem os franceses.

* O *Princípio da publicidade de seus atos* busca a mais ampla abertura dos procedimentos afim de possibilitar a fiscalização da sociedade sobre a correção dos atos realizados. É em razão desse princípio que se impõem a abertura dos envelopes da documentação e proposta em publico e a publicação oficial das decisões dos órgãos

69 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 274

julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente (arts. 3º, par. 3º, e 43, par. 1º)⁷⁰.

* *O Princípio da igualdade entre os licitantes* é um instrumento que busca impedir discriminações desarrazoadas entre os participantes do certame. Desatender este princípio implica em desvio de poder, pois a Administração pública quebra a isonomia entre os licitantes. A consequência jurídica tem sido a anulação por parte do Poder Judiciário de editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou favoritismo administrativo. Entretanto, estabelecer requisitos mínimos para a participação no certame não configura descumprimento deste princípio. Isto porque a Administração pode e deve estabelecer estes limites sempre que necessários á garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço á regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público⁷¹.

* *O Princípio do Sigilo na Apresentação das Propostas* é consequência direta do da igualdade entre os licitantes. As propostas devem ficar guardadas em sigilo até a data designada para a abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham, após o período que abarca a habilitação dos proponentes. Tudo de acordo com o artigo 4º, parágrafo 3º e artigo 43, parágrafo 1º da Lei 8.666/93.

O descumprimento deste princípio enseja a anulação do procedimento e a responsabilização pelo ilícito penal, cuja pena inclui detenção e multa (artigo 94 da Lei 8.666/93).

* *O Princípio da Vinculação ao Edital* é elementar em qualquer processo licitatório. É consectário do princípio do procedimento formal. O edital constitui a lei interna da licitação, de tal forma que vincula aos seus termos tanto a Administração, quanto os licitantes (artigo 41 da Lei 8.666/93).

* *O Princípio do Julgamento Objetivo* se baseia no critério estabelecido pelo edital e nos termos específicos da proposta. Estes dois parâmetros servirão para delimitar o vencedor da licitação em conformidade com a valoração subjetiva prevista nos artigos 44 e

70 CEGALA, Joana Ribeiro Gomes. Conceitos, princípios, tipos de licitação, fase de habilitação do processo licitatório interpretados pela doutrina pátria. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11030>. Acesso em dez 2016.

71 Idem. *Ibidem*.

45 da Lei 8.666/93

* *O Princípio da Probidade Administrativa* está previsto entre os princípios específicos da licitação pública estabelecidos diretamente pela própria lei (artigo 3º da Lei 8.666/93). Trata-se de mandamento constitucional e pode conduzir à “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”⁷².

* *O Princípio da Adjudicação Compulsória* ao vencedor tem por escopo impedir que a Administração concluído o processo licitatório queira burlar seu resultado e atribuir seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor (artigos. 50 e 64 da Lei 8.666/93). Tal adjudicação deixará de ser obrigatória apenas em caso do vencedor desistir expressamente em contrato ou não o firmar em prazo prefixado, desde que para tanto não comprove justo motivo. A compulsoriedade é instrumento que veda também a possibilidade de que a Administração abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

As incompatibilidades entre a Lei nº 11.101/2005 e a Lei nº 8.666/1993

O processo licitatório por ter como escopo atender o interesse público por meio de uma contratação aberta e publicizada em que seja possível atingir resultados otimizados demanda atenção e procedimentos especiais. É próprio do procedimento licitatório previsto pela Lei 8.666/93 que se desenvolva em etapas delineadas e previstas pelo próprio diploma legal.

Uma destas etapas é a habilitação. Em um processo licitatório, as empresas licitantes necessitam comprovar que possuem qualificação econômica suficiente para arcar com os custos decorrentes da responsabilização fruto do contrato a ser realizado com a Administração Pública.

Sendo assim, o artigo 31 da Lei 8.666/93 prevê quais são os documentos necessários para a comprovação da qualificação econômico-financeira e em seu inciso III esclarece: “A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-à: (...) III – certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica,

72 PALÁCIO DO PLANALTO. Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 15 de dezembro de 2016.

ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física”⁷³.

Existem empresas que possuem como principal fonte de renda a receita oriunda do oferecimento de mão de obra e serviços e a contratação com o poder público e tais empresas podem (assim como qualquer outra que se proponha a participar do mercado também está sujeita) passar por um cenário de recuperação judicial. Neste contexto, o impedimento de contratar com a Administração Pública serve como um impedimento a sua própria reestruturação econômica, já que seus trabalhos junto a sociedade civil tornam-se mais complicados tendo em vista a perda de seu principal cliente. Resta claro que o impedimento previsto pela lei de licitações não coaduna com o espírito da LREF e tampouco com as normas constitucionais que buscam garantir paridade de oportunidades a todos na contratação com a Administração Pública, bem como a valorização do trabalho e da livre iniciativa.

É fundamental a compreensão de que a empresa, desde que o Brasil adotou o princípio da função social da empresa, não pode mais ser compreendida como o interesse de seus sócios, mas sim como o conjunto de expectativas da comunidade que a forma. De modo que, uma formalidade que é a interpretação extensiva da presunção de que aquele que está em recuperação judicial não está apto ou qualificado econômico-financeiramente se expressa em edital poderá provocar graves injustiças e prejudicar diretamente os trabalhadores e indiretamente toda a comunidade que possui suas atividades circulando ao redor da geração de renda feita pelos recursos utilizados pela empresa.

O fato é que o rol do artigo 31 da Lei 8.666/93 é taxativo. E, não pode ser interpretado de modo diverso tendo em vista que é cerceador de direitos e de liberdades. Entretanto, a simples existência dele tem feito surgir um enorme debate sobre a possibilidade de que as licitações prevejam em seus editais a necessidade de que as empresas apresentem certidão negativa de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências.

Tal conflito deve ser analisado cuidadosamente, tendo em vista que tanto a presunção é perigosa aos interesses do Poder Público e da sociedade civil, quanto o desregramento pode provocar uma anomalia e com isso graves prejuízos pela ausência material e não

73 PALÁCIO DO PLANALTO. LEI 8.666/93. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm >. Acesso em 17 de dezembro de 2016.

mais apenas presumida das condições de arcar com os custos do contrato.

Ainda no que versa sobre a qualificação no processo licitatório a Lei 8.666/93 em seu artigo 27, inciso IV prevê que é necessário “regularidade fiscal e trabalhista”, versando sobre o que significa esta regularidade fiscal o artigo 29, III fala sobre “prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente na forma da lei”. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça tem compreendido que as empresas que se submetem ao Processo de Recuperação Judicial não precisam apresentar esta Certidão e a realidade fática tem demonstrado que, em regra, estas empresas não apenas não possuem a Certidão como o seu maior passivo é com o Fisco.

Mais um conflito existente entre o entendimento de ambas as leis que precisará ser analisado pelos Tribunais Superiores – pela parca jurisprudência existente –, mas que certamente demonstra que persistindo sua exigência como prova presumida de sua capacidade de pagamento tributário – nada obste, tenhamos completa negligência dos fiscos quanto à produção de lei que estabeleça parâmetros especiais e adequados as empresas que necessitam de socorro econômico – aqueles que se submetem a processo de Recuperação Judicial e possuem a Administração Pública como cliente preferencial e majoritário dificilmente terão condições de reerguer seu empreendimento.

Por compreender toda esta dinâmica é que o Superior Tribunal de Justiça decidiu em fins do ano de 2014 pela inexigibilidade de ambas as Certidões. Ainda que em análise da *jus decidendi* da decisão proferida reste notório que tenha sido tímida a menção a inexigibilidade da Certidão Negativa de Débitos Tributários. Vejamos a ementa da decisão:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. PECULIARIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE EXIGE QUE O CONTRATADO TENHA CAPACIDADE DE SUPORTAR OS ÔNUS DA CONTRATAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO PAGAMENTO ANTECIPADO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA PRESERVAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A FASE POSTULATÓRIA E DELIBERATIVA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE O ART. 52 E O ART. 58 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLANO PELO Juízo PARA ATESTAR A VIABILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

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 orça-

mentária, 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 públicas.

11. O instituto da recuperação é voltado para empresas que possuam viabilidade econômico-financeira, em prestígio ao princípio da função social da empresa.

111. Não cabe confundir duas situações processuais distintas na Lei de Recuperação de Empresas, já que quando a empresa devedora solicita a recuperação judicial e o juiz defere o seu processamento (art. 52, NLRJ). A requerente confessa seu estado de insolvência sem comprovar a sua viabilidade econômico-financeira. Que somente se dará com a aprovação ou ausência de objeção ao plano de recuperação, quando o juiz concederá a recuperação em si (art. 58. NLRJ).

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.

V. Quando a empresa está com sua recuperação 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.

VII. A exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda válida como forma do pregoeiro ou da comissão de licitação avaliar a capacidade econômico-financeira, mas não em substituição à certidão negativa de concordata, e sim como um indicativo da situação em que se encontra a licitante.

VIII. A empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

IX. Na recuperação extrajudicial, uma vez homologado o plano, haverá plausibilidade de que a empresa possua viabilidade econômica, sendo condição de eficácia do plano que haja o acolhimento judicial do mesmo.⁷⁴

74 AgRg na Medida Cautelar nº 23.499 – RS (2014/0287289-2 do Superior Tribunal de Justiça. Decisão proferida em 18 de dezembro de 2014

A PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A dispensa da certidão negativa de falência ou concordata

A jurisprudência do STJ, acima colacionada, explicita o primeiro grande entrave enfrentado pelas empresas que se submetem a um processo de Recuperação Judicial. O artigo 31, inciso II da Lei de Licitações e Contratos prevê que na habilitação econômico-financeira o postulante ao contrato com a Administração Pública deve apresentar “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”⁷⁵.

Tal previsão normativa, entretanto, é nitidamente contrária ao escopo da Lei 11.101/05.

A primeira das questões a ser enfrentada é que a Lei de Licitações não prevê nada sobre o Processo de Recuperação Judicial, mas sim sobre a Concordata. É preciso levar em consideração que a Concordata não existe mais e que existem diferenças circunstanciais entre a Recuperação Judicial e a Concordata. No entanto, tal entendimento não é unânime e suscita a algum tempo controvérsias, tendo em vista que alguns autores administrativistas mais antigos compreendem que foi apenas uma modificação de nomenclatura e que é preciso que os editais de licitação façam a previsão expressa no Edital do processo licitatório com vistas a proibir que empresas neste estado contratassem com a Administração Pública, com o fito de impedir que empresas presumivelmente não capazes de arcar com os custos do contrato ganhem o processo licitatório.

Essa presunção, entretanto, não pode prevalecer. A norma constante do artigo 31 da Lei 8.666/93 é restritiva⁷⁶ de direitos e liberdade e, por conseguinte, não pode ser interpretada de modo extensivo. Vejamos o que já afirmou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

⁷⁵ PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 8.666/93. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 17 de dezembro de 2016.

⁷⁶ Assim, devem ser considerados ilegais os itens do edital que estabelecem cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação (§ 1º, I, da Lei 8.666/93, por sinal reiterado no subitem 1.8.a do Anexo do Decreto 2.745/98).

Dentro deste contexto, defiro em parte a medida liminar, exclusivamente para declarar que o fato de a impetrante estar em recuperação judicial não pode impedir a sua habilitação para participar do certame, ficando, por consequência, dispensada de apresentar certidão negativa de ação de recuperação judicial, com a observação de que deverá ser admitida como suficiente para habilitação a certidão positiva de concordata ou falência, caso o resultado positivo esteja relacionado apenas à existência da recuperação judicial.⁷⁷

A AGU (advocacia geral da união), em parecer produzido no ano de 2015, orienta que seja feita a devida distinção entre a situação da empresa que ainda postula a recuperação judicial e aquela que já está com o plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida.

As contratações públicas representam importante parcela da economia brasileira. Algumas empresas possuem a Administração Pública como principal cliente de seus serviços ou do fornecimento de seus insumos.

Ocorre, porém, que além de estimular a economia, as contratações públicas visam alcançar o bem comum, o interesse coletivo. Logrará êxito, portanto, quando alcançar a proposta mais vantajosa, tendo como objetivo principal a manutenção das atividades prestadas pelo Estado.

Nesse contexto é que urge saber o que determinará quando a empresa se encontra em recuperação judicial a viabilidade econômico-financeira de sua estrutura. Ora, ocorre que a empresa que já tem o seu plano de recuperação judicial deferido e já o está executando encontra-se em plenas condições de contratar com a Administração Pública, pois é certo que se manterá em atividade.

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DÁ EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO ERRÔNEA (ART 577, § 1º-A DO CPC). INEXISTÊNCIA DE PRECEDENTES EM SÚMULA, STF OU - TRIBUNAL SUPERIOR EM CONFRONTO COM A DECISÃO AGRAVADA. 1. A decisão monocrática do relator, ora objeto de agravo regimental, teve como premissas: a) cabimento de mandado de segurança para impugnar procedimento licitatório de sociedade de economia mista; b) aplicação das regras de procedimento licitatório simplificado inscritas no Decreto 2.745/1998, sob o permissivo do eti. 67 da Lei 9.478/1997; e c) a inexistência de impedimento legal, segundo as regras da Lei 8.666/1993, à participação de empresas sob recuperação judicial, porém ressalvada a necessidade de apresentação de certidão emitida pelo juízo da recuperação em que se ateste a aptidão econômica e financeira para o certame, segundo precedente do Tribunal de Contas da União. Sua conclusão, entretanto, em vez de negar o pedido acautelatório da agravante, restringiu o efeito da liminar à apresentação

⁷⁷ Decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança; Processo físico nº 0000588-94.2015.8.26.0094.

de certidão complementar Portanto, incorreta' a fundamentação quanto à existência de precedente contrário contido em súmula ou jurisprudência dominante do STF ou Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A do CPC). 2. A respeito do procedimento licitatório simplificado da PETROBRAS, o Decreto 2.745/98 estabelece o número mínimo de participantes na modalidade convite; silencia, propositadamente, sobre o número máximo (cf subitem 5.6 do Anexo), porquanto o intérprete deve estar atento aos princípios gerais da licitação, estes insculpidos na Lei 8.666/93, à qual também estão sujeitas as empresas de sociedade de economia mista (art. 1º, par único da L- 8.666/92). Dentre tais balizas avulta evidentemente o da vedação de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação (§ 1º, I, da Lei 8.666/93, por sinal reiterado no subitem 1.8.a do Anexo do Decreto 2.745/98). Neste passo, a negativa da PETROBRAS em admitir a participação da impetrante tão-só porque se encontra em regime de recuperação judicial pode representar, à míngua de previsão legal ou infralegal, atentado ao caráter competitivo da licitação. O comportamento realça seu viés contraditório ao se ter como provada, segundo confissão da PETROBRAS em suas razões, que a agravada é sua atual contratada na prestação dos mesmos serviços ora licitados no Norte-Nordeste, exceto Amazonas (Contrato 0300.0054213.09.2), a findar em 30/10/2012. Ainda que relate a existência de penalidade administrativa no decorrer da execução daquele contrato, a aludida "grave crise econômico-financeira" da agravada também não seria motivo para deixar de convidá-la para a modalidade convite, a conskierer que o Anexo do Decreto 2.745/98 também não prevê a impossibilidade de pré-qualificação e habilitação de licitante que tenha recebido penalidade no curso da contratação com a própria empresa. Acaso tivesse a empresa licitante alcançado nível crítico de atendimento dos serviços, a hipótese seria a rescisão unilateral do contrato, o que não houve. Mais ainda, não há notícia de que à empresa licitante tenha sido aplicada a pena de "proibição de participar de licitação na PETROBRAS, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a pena" (subitem 7.3, letra d, do Anexo do Decreto 2.745/98). 3. A decisão liminar de primeiro grau, proferida no mandado de segurança em curso na SJ/BA, deve ser mantida e não há razão, precedentes copiosos do STF ou de Tribunal Superior quanto à sua antijuridicidade, Não há, por parte da PETROBRAS, qualquer ensaio de grave prejuízo ou lesão irreparável a ensejar outro provimento cautelar substitutivo. 4. Agravo regimental provido com o fim de desconstituir a decisão do relator originário. Restaurada a decisão liminar de primeiro grau que possibilitou à empresa licitante o direito de participação no processo de carta - convite discutido na instância de origem. 5. Embargos de declaração da PETROBRAS prejudicados. 6. Agravo de instrumento apresentado pela PETROBRAS deve, por mandamento regimental, ser contraditado pela agravada WORKTIME ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA., para que, em oportunidade futura, esta Turma o julgue mediante inclusão em pauta.⁷⁸

Para além disto, é possível que a interpretação extensiva que coloca a Certidão negativa de recuperação judicial como elemento de presunção e eliminatório na contratação com a Administração tem dois efeitos colaterais terríveis. O primeiro é que impeça a Administração de conseguir a melhor proposta, o segundo é que sele o destino da empresa que busca se recuperar, em razão de ter perdido o seu principal cliente.

⁷⁸ AGA 0026487-22.2012.4.01.0000 / BA, *Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL MARCELO DOLZANY DA COSTA (CONV), SEXTA TURMA, e-DJF1 p.965 de 13/07/2012*

Por outro lado, caso a empresa postulante a recuperação judicial não tenha tido o seu plano deferido, não há demonstração de sua viabilidade econômica e até mesmo a sua continuidade em atividade depende de prévia aceitação do plano pela Assembleia dos credores. De modo, que neste caso não deve ser habilitada no certamente licitatório. Deixe-se claro: esta análise não é uma presunção, posto que depende de verificar no caso concreto como estão as condições da empresa. Não se pode impedir que a atividade empresarial seja exercida sob pena de estar o Estado e não os credores da empresa decidindo sobre a possibilidade de recuperação judicial.

A certidão positiva não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira⁷⁹.

Frise-se que mesmo a empresa que já tenha tido seu plano de recuperação acolhido deverá, como qualquer outro licitante, demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

De modo que, é possível em licitações de empresas com recuperação judicial concedida na forma do artigo 58 da LREF, mas a estas é exigível a demonstração de capacidade econômico-financeira da licitante para suportar os ônus da contratação. Tal possibilidade também é aplicável as empresas que estejam passando por processo de recuperação extrajudicial, desde que seu plano de recuperação tenha sido homologado pelo Estado-juiz.

Uma das seguranças dadas a Administração Pública de que não haverá prejuízo financeiro decorrente da contratação de empresa em recuperação judicial é a características dos contratos administrativos. A bilateralidade determina que o pagamento da prestação apenas seja realizado caso o contratado cumpra a sua parte na avença, conforme prevê o artigo 476 do Código Civil e o artigo 40 da Lei de Licitações e Contratos (exceptio non adimpleti contractus)

Alie-se a isto a prescrição normativa presente dos artigos 62 e 63 da Lei 4.320 de 1964, para a qual os valores somente serão pagos na medida em que aferido o correto

79 Parecer 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Processo nº 00407.000266/2015-22. Advocacia Geral da União

cumprimento do objeto contratado.

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.⁸⁰

É, pois, este o caminho a ser percorrido. Não cabe a exigência em edital de licitação como critério eliminatório da certidão negativa de recuperação judicial. O texto abaixo transcrito é parte integrante de uma decisão proferida por um Juiz no Estado do Amazonas. Seu entendimento é brilhante. Ele conforma a legislação as exigências que os objetivos transcritos no artigo 47 da Lei 11.101/2005 o fazem. Vejamos:

“... conforme já decidido anteriormente, a excepcionalidade do caso e os escopos da recuperação de empresas justificam a dispensa da apresentação das certidões negativas de débitos pela recuperanda. É certo que o art. 52, da LRF exige a apresentação de certidões negativas para contratação com o poder público. Mas também é certo que ainda não existe lei específica que permita um parcelamento especial das dívidas fiscais, conforme estabelece o art. 68 da LRF. Daí que, diante da lacuna legislativa, é razoável dispensar-se a recuperanda da apresentação de certidões negativas de débitos, inclusive fiscais e trabalhistas, para contratação com o Poder Público, sob pena de inviabilização dos escopos do processo, cujas conseqüências sociais são das mais relevantes e merecedoras de proteção jurídica. E mais. Também não se afigura regular que o Poder Público estabeleça como requisito econômico-financeiro para participação em licitações a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial pela empresa interessada. Isso porque, o art. 31, inc. II da Lei nº 8.666/93 estabelece exigência de certidão negativa de falência ou concordata. Ocorre que não existe a figura jurídica da concordata e não é correto afirmar que a concordata tenha simplesmente sido substituída pela figura da recuperação da empresa trazida pela Lei nº 11.101/05. Ademais, não faz sentido que o Estado promova e incentive a recuperação das empresas, criando instituto inovador e de grande alcance social no qual se coloca em destaque a importância da manutenção da atividade produtiva e dos empregos, e, de outro lado, limite as empresas em recuperação judicial de participar de certamos públicos. Me parece

⁸⁰ PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 4.320/1964. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm > . Acesso em 17 de dezembro de 2016.

evidente, que após o advento da Lei nº 11.101/05 (com a extinção da figura da concordata), não mais subsiste a exigência de apresentação de certidão negativa como condição de participação de licitações, sendo mesmo ilegal o edital que a exige em relação à recuperação judicial. Diante do exposto, defiro o pedido, oficiando-se aos órgãos públicos indicados a fim de informá-los de que a recuperanda está dispensada de apresentação de certidões negativas de débitos, inclusive fiscais e trabalhistas, bem como de certidão negativa de recuperação judicial para fins de contratação, bem como está devidamente autorizada a receber normalmente pelos serviços prestados”.⁸¹

A dispensa da certidão negativa de débitos tributários

O Superior Tribunal de Justiça tem julgado reiteradamente sobre a inexigibilidade da Certidão Negativa de débitos tributários como pré-requisito para que uma empresa em apuros financeiros tenha deferido o seu pedido de Recuperação Judicial. De forma que, é inexigível certidão de regularidade fiscal para o deferimento da recuperação judicial, enquanto não editada legislação específica que discipline o parcelamento tributário no âmbito do referido regime⁸².

Sem que haja um equacionamento do passivo tributário, em regra, não é está no campo do possível a recuperação de qualquer sociedade empresária em dificuldades. Os fatos demonstram que a suspensão do pagamento de tributos no primeiro sinal de crise permite a sobrevivência da sociedade empresária por mais tempo, tendo em vista que a carga tributária atingiu patamares que desestimulam o investimento de risco em atividades produtivas⁸³.

De sorte que, uma legislação vocacionada ao saneamento financeiro de uma sociedade empresária em crise não estaria completa e talvez até tornasse-se inócua se não contemplasse providências especiais para o crédito tributário; é preciso que também sobre os créditos tributários o sistema consiga dar tratamento adequado a mensagem legislativa estabelecida no artigo 47 da LREF. Vale dizer, solução que não exaspere a situação de crise emergencial no que concerne às dívidas para com o fisco. Foi neste sentido que foi promulgado o Enunciado n. 55 na I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ, segundo o qual:

⁸¹ TJAM – Ato de 1º Grau, processo nº 0211083.24.2012.8.04.0001, Juiz de Direito Dr. Rosselberto Himenes, 5ª Vara Cível, Julgado em 26/09/2013
⁸² Precedentes do STJ: AgRg na MC 23499/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014; AgRg no CC 129622/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2014, DJe 29/09/2014; REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013; CC 138073/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 26/03/2015, DJe 30/03/2015.

⁸³ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 152

O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n.11.101/2005 e no art. 191-A do CTN.

Toda esta construção doutrinária e jurisprudencial foi necessária, porque a Lei 11.101/2005, embora de elevada qualidade técnica, apresentou incongruência na busca da implementação dos objetivos de seu artigo 47, quando no inciso II do artigo 52 assim deixou prescrito: “II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;”⁸⁴. A doutrina, ao comentar o inciso II do art. 52, salienta que: “[...] dependendo do tipo de empresa, este inciso pode determinar a inviabilidade da continuação das atividades. Com efeito, imagine-se uma empresa que tem grandes contratos com o Poder Público e que, no momento em que pede sua recuperação, fica proibida de continuar tais contratos, a menos que apresente certidões negativas”⁸⁵.

Por todo o apresentado é notório que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência são uníssonas quanto ao fato de que é dispensável a certidão negativa de débitos tributários para que se solicite o deferimento do plano de recuperação judicial⁸⁶. É em entendimento análogo – e pelo demonstrado escorreito – que o Superior Tribunal de Justiça tem compreendido que também para fins de participação em processo licitatório, isto é, para contratar com a Fazenda Pública é despiciendo que a empresa apresente a Certidão Negativa de Débitos Tributários, não podendo o edital prever tal exigibilidade como critério eliminatório. Para que possamos compreender para qual sentido tem caminhado a jurisprudência do STJ, colaciono a seguir ementa de uma destas decisões:

DIREITO EMPRESARIAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO E MONTAGEM DE INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM A PETROBRAS. PAGAMENTO DO SERVIÇO PRESTADO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DA EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTS. 52 E 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MEN-

⁸⁴ PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

⁸⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências: comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 143

⁸⁶ O entendimento tornou-se majoritário a partir da decisão proferida no processo: REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013

CIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

2. Segundo entendimento exarado pela Corte Especial, em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial (REsp 1187404MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

3. Dessarte, o STJ, para o momento de deferimento da recuperação, dispensou a comprovação de regularidade tributária em virtude da ausência de legislação específica a reger o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. Nessa linha de inteligência, por óbvio, parece ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público.

4. Na hipótese, é de se ressaltar que os serviços contratados já foram efetivamente prestados pela ora recorrida e, portanto, a hipótese não trata de dispensa de licitação para contratar com o Poder Público ou para dar continuidade ao contrato existente, mas sim de pedido de recebimento dos valores pelos serviços efetiva e reconhecidamente prestados, não havendo falar em negativa de vigência aos artigos 52 e 57 da Lei n. 11.101/2005.

5. Malgrado o descumprimento da cláusula de regularidade fiscal possa até ensejar, eventualmente e se for o caso, a rescisão do contrato, não poderá haver a retenção de pagamento dos valores devidos em razão de serviços já prestados. Isso porque nem o art. 87 da Lei n. 8.666/1993 nem o item 7.3. do Decreto n. 2.745/1998, preveem a retenção do pagamento pelo serviços prestados como sanção pelo alegado defeito comportamental. Precedentes.

6. Recurso especial a que se nega provimento⁸⁷.

87 STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1173735 RN 2010/0003787-4

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os elementos que fundamentam a ordem econômica nacional e aqueles que foram positivados na Constituição no artigo 170 servem como alicerces para a compreensão de qualquer dinâmica ou até mesmo incoerência legislativa comparativamente aos escopos previamente já definidos.

Para além de tudo isto, cabe destaque aos princípios inseridos dentro do ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei 11.101 de 2005, com especial relevo para o seu artigo 47. Dentro deste aspecto, saliente-se que a função social da propriedade e o estímulo a atividade econômica subsistem até mesmo como princípios implícitos da Constituição Federal, posto que são corolários do princípio da preservação da empresa.

É assim que se compreende atualmente o que é uma empresa. A empresa não está mais restrita aos interesses dos empresários, mas sim busca salvaguardar o interesse de toda a coletividade envolvida pela atividade mercantil. São os empreendedores que fazem a sociedade funcionar, pois é através deles que se modificam os produtos naturais em insumos consumíveis pela população. São os empreendedores que verificam as demandas sociais e trazem soluções. E, é a partir do pleno desenvolvimento do princípio da função social da empresa, portanto, que poderemos alcançar um mundo mais justo e desenvolvido.

Acontece, entretanto, que esta defesa não pode ser realizada a qualquer custo. Não são todos empresários, tampouco todas as sociedades empresárias que merecem ser salvas. Existem aquelas que entraram em crise tão somente pela negligência de seu gestor, aquelas que se tornaram obsoletas e que acabam por gerar um desequilíbrio na alocação de recursos do mercado.

Razão pela qual não pode o Judiciário se imiscuir nas decisões que devem caber tão somente aos credores. Deve-se ter critério quanto a qual empresa deve ser recuperada e nada melhor do que os agentes do mercado que lidam diretamente com o ente empresarial para fazer esta avaliação. E, se esta avaliação for negativa, que se faça a redistribuição dos fatores de produção daquela empresa dando azo a que outras possam desenvolver as atividades anteriormente desenvolvida por aquele que se deixou entrar em um limbo e

perder a capacidade empresarial e competitiva.

Nesse sentido, apenas as empresas consideradas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial. Empresas que demonstrem a sociedade brasileira que são capazes de devolver o sacrifício que coletivamente será dispendido para salvá-las.

Após deferido o plano de recuperação judicial e a empresa tendo cumprido suas obrigações compreende-se que o ente empresarial está novamente apto a desenvolver suas atividades produtivas dentro da normalidade.

Há um caso em particular que chama atenção: o das empresas que possuem como fonte principal de renda os contratos firmados com a Administração Pública. Estas empresas enfrentam o empecilho da apresentação das certidões negativas de recuperação judicial exigidas hodiernamente pela Administração Pública nos editais de licitação. Estes editais, em regra, estão se utilizando de interpretação extensiva do artigo 31, inciso II da Lei nº 8.666/93 e relacionam a recuperação judicial com a concordata.

Em sentido inverso ao previsto nestes editais, entretanto, no dia 18/12/2014 o Superior Tribunal de Justiça decidiu que uma empresa em recuperação judicial tem a possibilidade de participar dos procedimentos licitatórios. O argumento utilizado foi o de que a antiga concordata é instituto diferente da recuperação judicial e que, portanto, não há previsão legal para a exigibilidade da certidão de recuperação judicial no procedimento licitatório.

Nada obstante a decisão do STJ, este precedente não pode ser encarado como uma anomalia no sistema licitatório. As empresas que estejam em recuperação judicial poderão participar, mas terão que comprovar a habilitação econômico-financeira, como todos os outros licitantes. Foi a prevalência da liberdade de empresa em participar do processo licitatório, não o rompimento com o princípio da legalidade.

Assim como quanto a Certidão negativa de recuperação judicial, há também em discussão no ambiente jurídico sobre a necessidade de apresentar a Certidão negativa de débitos tributários. Ambas as certidões têm sido exigidas pelos órgãos que promovem licitações, mas em ambos os casos é possível encontrar dentro do Superior Tribunal de

Justiça precedentes que informam serem incabíveis tais cobranças quanto as sociedades empresárias que estejam passando por processo de recuperação judicial, em virtude da situação econômica.

É fundamental encontrar termos adequados dentro de uma jurisprudência ainda muito confusa quanto a possibilidade ou não de que empresas em processo de recuperação judicial e que não estejam em dia com o fisco possam contratar com a Administração Pública. Além disto, é essencial que sejam mantidos: a função social da propriedade e da empresa, as fontes produtivas rentáveis e o equilíbrio econômico.

REFERÊNCIAS

AGA 0026487-22.2012.4.01.0000 / BA, Rei. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL MARCELO DOLZANY DA COSTA (CONV), SEXTA TURMA, e-DJF1 p.965 de 13/07/2012

AgRg na Medida Cautelar nº 23.499 – RS (2014/0287289-2 do Superior Tribunal de Justiça. Decisão proferida em 18 de dezembro de 2014

ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 468

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências: comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 143

BUONOCORE, Vincenzo. Manuale di Diritto Commerciale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007. P. 31

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 201

CEGALA, Joana Ribeiro Gomes. Conceitos, princípios, tipos de licitação, fase de habilitação do processo licitatório interpretados pela doutrina pátria. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11030>. Acesso em dez 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas: (Lei nº 11.101, de 9-2-2005). 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 115-116

COMPARATO, Fábio Konder, "Função Social da Propriedade dos Bens de Produção, RDM 63/71-79

DE LUCCA, Newton. Comentários ao artigo 47. 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. 210

Decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança; Processo físico nº 0000588-94.2015.8.26.0094.

FERNANDES, Jean Carlos. Os efeitos da cessão fiduciária de títulos de crédito na recuperação judicial da empresa. In: FERNANDES, Jean Carlos (Coord.). Títulos de crédito: Homenagem ao Professor Wille Duarte Costa. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 156

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 361

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649>. Acesso em dez 2016.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 51

HORTA apud MORAES. Alexandre de. Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 796

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 274

O entendimento tornou-se majoritário a partir da decisão proferida no processo: REsp 1187404MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013

PALÁCIO DO PLANALTO. Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 15 de dezembro de 2016.

PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11.101/2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2016

PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 4.320/1964. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm> . Acesso em 17 de dezembro de 2016.

PALÁCIO DO PLANALTO. LEI 8.666/93. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 17 de dezembro de 2016.

Parecer 04/2015/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU. Processo nº 00407.000266/2015-22. Advocacia Geral da União

PATROCÍNIO, Daniel Meira do. Os princípios do processo de Recuperação Judicial de empresas. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26577222_OS_PRINCIPIOS_DO_PROCESSO_DE_RECUPERACAO_JUDICIAL_DE_EMPRESAS.aspx>. Acesso em 17 de dezembro de 2016.

RIO DE JANEIRO, TJ. Agravo de Instrumento n. 0045067.37.2010.8.19.0000, Relator Desembargador Reinaldo P. Alberto Filho, 4ª Câmara Cível, j. 11/11/2010

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 152

SÃO PAULO, TJ. Agravo de instrumento n. 0168318-63.2011.8.26.0000, Relator Pereira Calças, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 17/04/2012.

SÃO PAULO, TJ. Agravo de instrumento n. 0372448-49.2010.8.26.0000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 01/02/2011

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 774

SLAIB FILHO. Nagib. Direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P 702

STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1173735 RN 2010/0003787-4

STJ. Conflito de Competência n. 112.392/PE, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Segunda Seção, j. 13/04/2011, DJe de 25/04/2011

STJ. Conflito de Competência n. 112.799/DF, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, j. 14/03/2011, DJe de 22/03/2011

SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio. (org.). Comentários à nova lei de falência e recuperação judicial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 221

SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. P. 17

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. P. 83

TJAM – Ato de 1º Grau, processo nº 0211083.24.2012.8.04.0001, Juiz de Direito Dr. Rosselberto Himenes, 5ª Vara Cível, Julgado em 26/09/2013

Sobre o Autor

Markson Valdo Monte Rocha

Analista Jurídico do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2018). Atualmente, cursa o mestrado acadêmico em Direito pela UFPE, na linha de pesquisa de Jurisdição e Processos Constitucionais. Atuou como professor universitário da Faculdade Santa Helena. Foi intercambista no CADE. Co-autor do livro distribuição e redistribuição de renda - um ideal possível por meio da tributação. Publicou diversos artigos em revistas especializadas.

Índice Remissivo

A

Administração 2, 8, 11, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 53, 54
análise 12, 17, 20, 23, 25, 28, 30, 32, 38, 42, 47, 55

C

certidão 6, 7, 34, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53
cliente 41, 42, 45, 46
comunidade 28, 29, 41
concessão 6, 24, 25, 30, 32, 33
concordata 21, 32, 33, 37, 40, 43, 44, 45, 48, 49, 53
constitucionais 9, 14, 17, 20, 31, 41
crise 8, 9, 10, 20, 24, 27, 29, 30, 32, 33, 43, 46, 49, 51, 52
custo 21, 29, 52

D

débitos 21, 26, 48, 49, 50, 53
desenvolvimento 9, 16, 17, 18, 19, 52
devedor 9, 20, 24, 25, 27, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 50, 51
doutrina 15, 19, 24, 26, 30, 39, 50, 55, 56

E

econômica 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 29, 30, 36, 37, 40, 41, 43, 45, 47, 51, 52, 54, 55, 59
econômico-financeira 6, 8, 9, 20, 21, 22, 23, 25, 32, 33, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 51, 53
empreendedorial 24, 25, 27, 29
empreendedorismo 10
empresa 9, 10, 16, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 41, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57
empresas 9, 10, 15, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 34, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 53, 54, 55, 56
execução patrimonial 41, 44

F

falência 6, 8, 21, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 37, 40, 44, 45, 48, 49, 56, 57

H

habilitação 26, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 53, 55

I

igualdade 39

institucionalista 10, 29

instrumento 10, 21, 22, 32, 39, 40, 46, 56

J

judicial 2, 9, 10, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57

juízo 26, 27, 34, 35, 37

jurídica 12, 13, 18, 19, 31, 39, 40, 44, 48, 57

jurídicas 9, 13, 23

jurídico 14, 18, 19, 29, 31, 52, 53

jurisprudência 35, 42, 44, 46, 50, 54

jurisprudencial 50

jurista 12

L

legislador 20, 23, 26, 28

legislativa 48, 49, 52

legislativo 21, 32

lei 9, 10, 15, 16, 19, 20, 22, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 48, 50, 51, 56, 57

licitação 6, 11, 38, 39, 40, 43, 44, 46, 47, 48, 51, 53, 55

licitações 11, 41, 43, 44, 47, 48, 49, 53

licitantes 11, 38, 39, 40, 53

licitatório 11, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 53, 55

N

negócios 11, 30, 32, 38

O

ordem 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 35, 52, 55

P

patrimonial 27, 32, 33, 34, 41, 44, 59

pessoa 16, 33, 40, 41, 44

princípios 9, 11, 12, 14, 16, 17, 19, 20, 24, 26, 30, 38, 39, 40, 46, 52, 55, 56

processo 9, 10, 11, 13, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 26,

27, 28, 30, 36, 37, 39, 40, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 57

proprietário 18, 33

públicas 11, 43, 45

R

recuperação judicial 9, 10, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 57

S

sistema econômico 12, 13, 14, 20

social 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 29, 30, 34, 41, 43, 48, 51, 52, 54

sociedade 9, 10, 15, 16, 21, 26, 27, 32, 38, 41, 45, 46, 49, 52, 53

socioeconômica 22

STF 45, 46

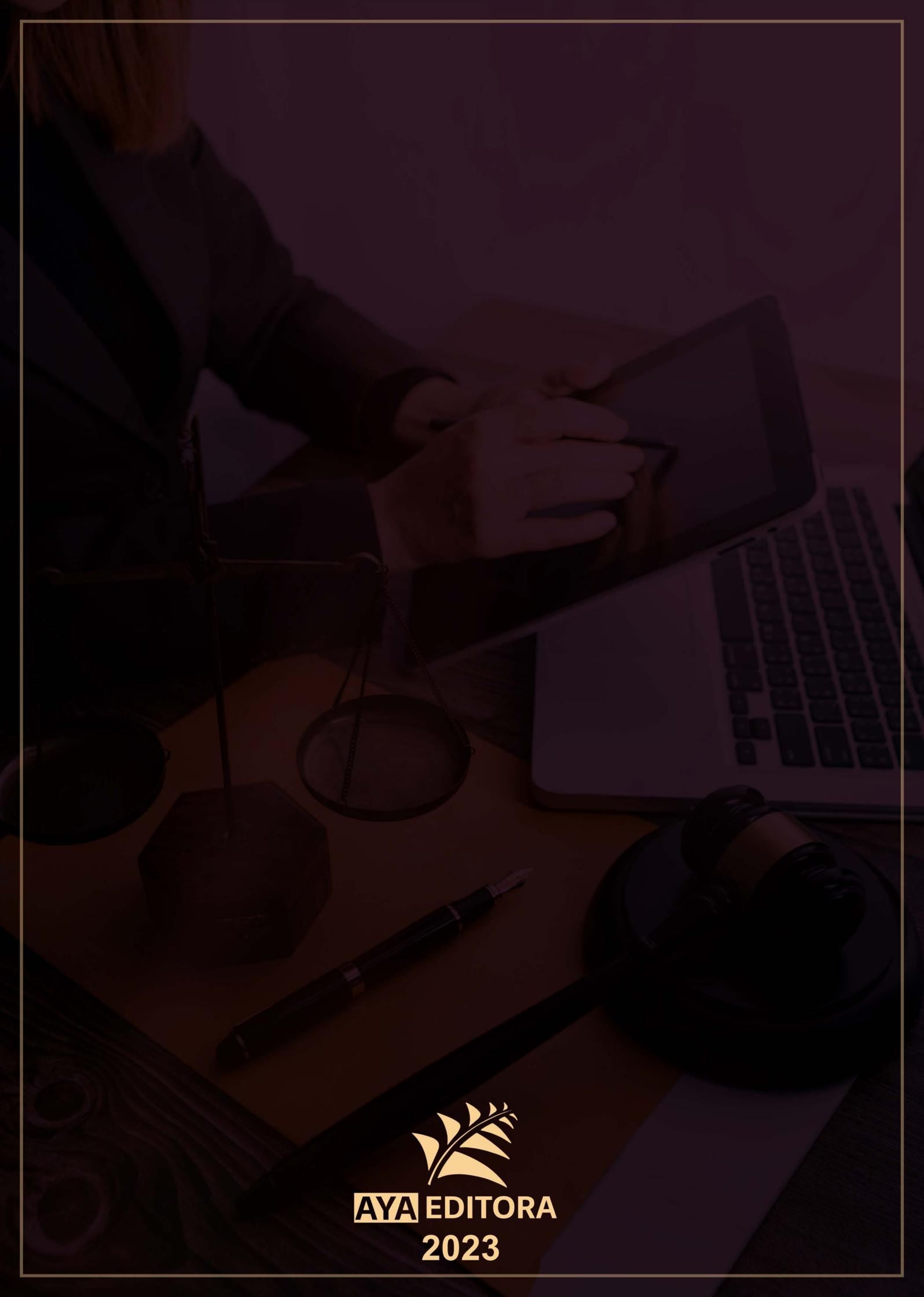
T

tributário 42, 49, 50

tributários 49, 50, 53

V

viabilidade 22, 23, 25, 36, 43, 45, 47



AYA EDITORA
2023