

MARILZA DAS DORES DE SOUZA

**A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL *VERSUS*  
IMPEDIMENTO PARA A PARTICIPAÇÃO EM  
LICITAÇÃO PÚBLICA**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC/ MG

2014

MARILZA DAS DORES DE SOUZA

**A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL *VERSUS*  
IMPEDIMENTO PARA A PARTICIPAÇÃO EM  
LICITAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Sob orientação do Professor Márcio Xavier Coelho.

FIC/ CARATINGA

2014

“Além do horizonte deve ter  
Algum lugar bonito  
Pra viver em paz  
Onde eu possa encontrar  
A natureza  
Alegria e felicidade  
Com certeza”

Roberto Carlos

Ao meu filho, razão do meu viver e das minhas conquistas.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pois sem ele nada disso seria possível.

Ao meu marido Nilton pela ajuda de sempre.

Aos meus pais que são os responsáveis por minha existência.

À minha irmã Ivani que sempre esteve ao meu lado.

À Professora Márcia Asedias que muito auxiliou nas correções deste trabalho.

Ao meu professor orientador Márcio Xavier que não mediu esforços para a realização desta pesquisa.

A todos o meu muito obrigada!

## RESUMO

Esta pesquisa tem o objetivo de explanar sobre aspectos gerais dos contratos realizados pela Administração Pública, abordando a empresa que esteja em recuperação judicial por culpa exclusiva da administração ante a existência de inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido e a possibilidade de participação em processos licitatórios. Assim sendo, busca-se evidenciar que, ao determinar que o licitante apresente as certidões negativas de débito como documento obrigatório para participação nos processos licitatórios, é imprescindível que faça análise do caso concreto diante da possibilidade da existência de uma garantia jurisdicional adequada ao caso, como uma ação judicial com pedido de liminar a qual possibilitará a participação da empresa no processo licitatório. Se a situação de crise financeira pela qual a empresa se encontra for provocada pela inadimplência da Administração Pública, é de suma importância que permita que essa tenha condições de se reabilitar e atuar no mercado econômico financeiro.

**Palavras-chave:** Recuperação judicial, Licitação, princípio da preservação da empresa.

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I- RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 RECUPERAÇÃO DA EMPRESA.....</b>	<b>13</b>
1.1.1 Recuperação extrajudicial .....	14
1.1.2 Recuperação judicial .....	18
<b>CAPÍTULO II - CONSIDERAÇÕES SOBRE AS LICITAÇÕES.....</b>	<b>23</b>
<b>2.1. PRINCÍPIOS.....</b>	<b>29</b>
<b>2.2. INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO.....</b>	<b>40</b>
<b>CAPÍTULO III- POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS .....</b>	<b>45</b>
<b>3.1. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA .....</b>	<b>49</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

A recuperação judicial tem o condão de permitir que a empresa volte ao cenário econômico financeiro, impedindo que venha a falência. Esse instituto está pautado na permanência e manutenção da empresa que é fonte de muitos empregos e tributos. Salienta-se que nem toda empresa merece ser recuperada, devendo haver a análise do caso concreto e a viabilidade da recuperação.

Trata-se a recuperação judicial de instituto jurídico inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.101/2005.

Nesse intento, o objetivo geral da pesquisa pauta-se em analisar a possibilidade de participação em processos licitatórios à empresa que se encontra em recuperação judicial por culpa exclusiva da Administração Pública ante a existência da inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido.

Quando se fala em inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido, é possível entender tal instituto que se realiza ante o descumprimento do contrato administrativo por parte da administração, deve o particular permanecer na execução do contrato por no mínimo 90 (noventa) dias

Nesse intento, surge o questionamento: A empresa que esteja em recuperação judicial por culpa exclusiva da Administração Pública em decorrência da exceção dos contratos não cumpridos poderia participar dos processos licitatórios nos moldes da Lei 8.666/93?

Embora a Lei 8.666/93, em seu artigo 29, III, exija a regularidade fiscal para a participação em processos licitatórios, bem como a Lei 11.101/05, em seu artigo 52, II, não dispense a apresentação de Certidão Negativa de Débito para contratar com o Poder Público, é cabível por meio de uma garantia jurisdicional, a saber um ação judicial com pedido de liminar, possibilitar uma empresa que esteja em recuperação judicial a participação em processo licitatório, desde que esteja em situação de crise por culpa da Administração Pública a qual é a responsável pela crise econômica da empresa.

Assim sendo, como marco teórico da pesquisa, têm-se as considerações de André Luiz Santa Cruz Ramos que afirma a possibilidade de participação das

empresas em recuperação judicial em certames licitatórios, ante a análise do caso concreto.

Colacionamos ao longo da monografia alguns julgados oriundos de Tribunais de Justiça os quais demonstram a possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial em certames licitatórios, indo ao encontro com o preconizado pela doutrina jurídica brasileira, atentando ao princípio da preservação da empresa e sua manutenção no mercado econômico financeiro.

A pesquisa encontra justificativa ante a existência de ganhos seja no campo jurídico, social e acadêmico. No primeiro caso a relevância jurídica se manifesta a partir da importância da temática, considerando a necessidade de dimensionar a possibilidade de participação da empresa que se encontra em recuperação judicial em processos licitatórios, considerando o fato da existência da culpa exclusiva da Administração Pública para os problemas econômicos da empresa. Desse modo, o ganho jurídico pode ser traduzido nos ensinamentos de doutrinadores e juristas trazidos à baila, os quais representarão grande importância para o mundo acadêmico.

Quanto ao ganho social, a pertinência do tema para sociedade encontra respaldo no fato de ser toda a sociedade envolvida, todos encontram-se subordinados aos atos da Administração Pública, devendo haver um balanceamento nessa relação.

Por derradeiro, o ganho acadêmico do trabalho em tela refere-se à necessidade da pesquisadora em aprofundar os conhecimentos nesse sentido, auxiliando na vida prática profissional futura.

A monografia foi construída em três capítulos distintos: no primeiro deles, intitulado como “Recuperação Judicial” no qual estabelecerá os objetivos e principais pontos trazidos pela Lei 11.101/05.

O segundo capítulo, que recebe o nome de “Considerações sobre Licitações” o qual terá o condão de dissertar sobre o instituto da licitação e seus preceitos, salientando a inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido.

Por fim, o terceiro capítulo foi dedicado à “Possibilidade de participação da empresa em recuperação judicial em procedimentos licitatórios”. Aqui, serão trazidos os argumentos favoráveis à temática, bem como dissertaremos sobre o princípio da preservação da empresa.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Trata-se a recuperação judicial de instituto jurídico inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.101/2005, que é conceituado por Luiz Eduardo de Carvalho da seguinte forma:

Trata-se de instrumento jurídico-processual que, apesar de inserido na inicialmente chamada “lei de falência”, visa justamente evitá-la, razão pela qual, com o desenvolver e evolução das tendências doutrinárias e jurisprudenciais, passou a ser conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falências.<sup>1</sup>

Quando se fala em licitação tem-se a ideia de disputa isonômica ao fim da qual será relacionada a proposta mais lucrativa aos interesses da administração, com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor da licitação, para a prática de obras, serviços, permissões, concessões, compras, alienações e locações, que na definição de Di Pietro pode ser assim entendida:

O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.<sup>2</sup>

Em conformidade com o contido no artigo 78 da Lei 8.666/93, tem-se a denominada inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Luiz Eduardo Vacção da Silva. **O que a recuperação judicial tem a oferecer? Indicações de possíveis soluções ao empresário em crise.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24052>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

<sup>2</sup> Ibidem, p.312.

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;<sup>3</sup>

Fornecendo o conceito de inoponibilidade de exceção tem-se as considerações de Denis Santos: “A esta suspensão da execução do contrato pela parte prejudicada com a inadimplência do outro contratante dá-se o nome de oposição da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).<sup>4</sup>

Ressalte-se que o princípio da preservação da empresa não vislumbra a proteção do empresário, pessoa física em si, e sim, a manutenção da atividade econômica empresarial e conseqüentemente a proteção da sociedade.

O princípio da preservação de empresa não se limite a atender os anseios individuais do empresário, mas sim salvaguardar os interesses da coletividade. Portanto, o princípio da preservação de empresa tem por escopo assegurar que a empresa atinja sua função social. O instituto da preservação da empresa não é focado no interesse individual da pessoa do empresário, mas sim salvaguardar o interesse de toda a coletividade envolta daquela atividade empresarial. É tão somente a partir do pleno desenvolvimento da atividade empresarial que se proporciona tudo aquilo que foi descrito como função social da empresa.<sup>5</sup>

Ante os conceitos mencionados, torna-se mais fácil o entendimento sobre a temática proposta.

---

<sup>3</sup> Ibidem, p.1363.

<sup>4</sup>SANTOS, Denys Carneiro Rocha dos. **Contrato administrativo e a aplicação da exceção do contrato não cumprido**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13368>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>5</sup> BUDNHAK, Gerson Odacir; SANTOS, Silvana Duarte dos. **Princípio da preservação da empresa: um enfoque jurisprudencial**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7220](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7220)>. Acesso em: 26 abr. 2014.

## CAPÍTULO I- RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial das empresas se dá como uma forma inovadora trazida pelo ordenamento jurídico como forma de manutenção da empresa e consequente fonte de renda e empregos e manutenção da economia.

Princípio da recuperação da empresa encontra amparo no instituto da recuperação judicial trazido pela Lei de Falências o qual passaremos a dissertar a partir daqui.

### 1.1 RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

Por meio da recuperação judicial, é possível observar que o legislador atentou-se para a eficiência e a celeridade no cumprimento do plano de recuperação concordado, tal se dá diante da importância e existências de lacunas na lei que podem surgir com inúmeras questões sobre a validade e a adaptação sobre a legalidade de determinadas estruturas de recuperação.

Atentos ao princípio da preservação da empresa a Lei 11.101/2005 explicita a possibilidade de recuperação.

O artigo 2º da referida legislação demonstra em quais casos tal instituto é vedado. Senão vejamos:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II– instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> BRASIL, LEI 11.101\ 95. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 de setembro de 2014

Da simples leitura do dispositivo citado é possível identificar os que não podem participar da recuperação judicial.

### 1.1.1 Recuperação extrajudicial

A empresa pode ser recuperada de duas formas, a saber: judicial e extrajudicial, não devendo os dois institutos se confundir.

No que tange a recuperação da empresa de modo extrajudicial, pode-se entender “em linhas gerais, podemos afirmar que nada mais é que um acordo celebrado entre o devedor e seus credores, com o intuito de negociar dívidas da empresa”.<sup>7</sup>

A Lei 11.101/2005 permitiu que o devedor pudesse ter qualidades especiais para pagar suas dívidas, bem como de poder convidar seus credores para transações e preparação do plano de reestruturação.

A mudança representa um grande progresso, dando condições apropriadas à recuperação de empresas. Como já mencionado, a recuperação extrajudicial é um acordo solenizado entre o devedor e seus credores no domínio privado, que tem a obrigação de ser homologado judicialmente, no momento em todos os credores aderirem ao plano ou de pelo menos três quintos de cada classe de credores sujeitos ao plano.

Conforme disposto no artigo 161 do mencionado diploma legal, para se ter a possibilidade de recuperação extrajudicial, é indispensável o preenchimento dos requisitos constantes no artigo 48 da mesma Lei:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:  
I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;  
II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

---

<sup>7</sup> NASCIMENTO. Sheila Ponciano do. **Uma abordagem do plano de recuperação extrajudicial e o liberalismo econômico do século XVIII**. Revista Jus Vigilantibus, São Paulo, 21.out.2005. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/18122>>. Acesso em: 16 setembro de 2014

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;  
 IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei<sup>8</sup>

Sobressalte-se que, mesmo a legislação mencionada se referir à recuperação judicial, deve também se aplicar a recuperação extrajudicial.

Nesse ponto, pautam-se as considerações de Ricardo B. Santolini.

As regras que se encontram atinentes ao artigo 48 encontram-se nas disposições da recuperação judicial. Todavia, a norma vigente permite que este requisito da recuperação judicial também seja aplicado a recuperação extrajudicial de empresas. Insta mencionar que devem ser preenchidas todas as elementares previstas nos incisos do artigo 48, caso contrário não será possível a concessão do benefício.<sup>9</sup>

Mesmo sendo a recuperação um ato entre o empresário e seus credores, é de suma importância que haja a homologação judicial, nos moldes do artigo 162 da Lei de Falência.” O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.”<sup>10</sup>

Nesse ponto, pautam-se divergências quanto ao pagamento de custas processuais para a essa homologação, sendo o entendimento majoritário jurisprudencial, no sentido de que mesmo estando em liquidação e passando por dificuldades financeiras, a empresa deve arcar com tais custas.

Esse entendimento pode ser verificado na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

<sup>8</sup> BRASIL, LEI 11.101\ 95. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 de setembro de 2014

<sup>9</sup> SANTOLINI, Ricardo. **A recuperação extrajudicial e sua eficiência na sociedade brasileira.** Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo.id=12971&revista\\_caderno=8](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo.id=12971&revista_caderno=8). Acesso em 18 de setembro de 2014

<sup>10</sup> BRASIL, LEI 11.101\ 95. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 de setembro de 2014

A justiça gratuita pode ser concedida a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que haja comprovação da alteração da situação financeira do requerente no curso da demanda. O fato de a agravante encontrar-se em liquidação extrajudicial, por si só, não significa que ela não tenha condições de arcar com as despesas judiciais, visto que somente ao final do procedimento é que será apurada a sua real situação financeira. Logo, independentemente do estado de liquidação extrajudicial, é necessária a comprovação da alegada condição de miserabilidade da agravante para o deferimento da benesses. Tendo a agravante comprovado nos autos que houve alteração na sua situação financeira no curso da demanda e a sua impossibilidade financeira de arcar com as despesas do processo, deve ser a ela deferido os benefícios da justiça gratuita neste momento processual<sup>11</sup>

Observa-se que para o deferimento do benefício da justiça gratuita foi necessário que se comprovasse a situação de miserabilidade da parte.

De acordo com o artigo 164, da legislação falimentar, a homologação do acordo, em âmbito que for judicial necessita ser publicado por meio de edital ou em mídia escrita, como um jornal de grande acessibilidade a toda sociedade, com o fito de averiguar se verdadeiramente todos os credores estão naquele acordo e ainda permitir que qualquer pessoa que for desfavorável aos termos exibidos se manifeste. Desse modo, é necessário expor o entendimento legal do artigo 164, *caput*, da aludida norma:

Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts.162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3o deste artigo. Conforme segue abaixo:

§ 3º Para opor-se, em sua manifestação, à homologação do plano, os credores somente poderão alegar:

I – não preenchimento do percentual mínimo previsto no caput do art. 163 desta Lei;

II – prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 desta Lei, ou descumprimento de requisito previsto nesta Lei;

III – descumprimento de qualquer outra exigência legal<sup>12</sup>

<sup>11</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.04.447664-6/005 0542887-17.2014.8.13.0000 (1) Des.(a) Luciano Pinto. Belo Horizonte. Data de julgamento 28/08/2014. Data de publicação da ementa 09/09/2014

<sup>12</sup> BRASIL, LEI 11.101\ 95. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 de setembro de 2014

Depois que for apresentada a impugnação o devedor tem o prazo para apresentar defesa de tais arguições dentro de cinco dias. Neste caso, é possível observar a existência da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, tendo em vista que o magistrado, antes de proferir sua sentença diante do caso, abre a possibilidade para que a outra parte possa se defender nesses moldes.<sup>13</sup>

Cumprido todo o prazo da impugnação e tendo manifestadas as partes, cabe ao magistrado manifestar-se no presente caso e proferir sua sentença dentro do prazo legal de cinco dias.

Salienta-se que diante da inclusão de informações ou dados que não sejam condizentes com a realidade da situação econômica e dívidas da empresa, é facultado ao juiz que analisa a recuperação extrajudicial indeferir tal pedido como descreve parágrafo sexto, do artigo 164, que se encontra previsto da seguinte forma “Havendo prova de simulação de créditos ou vício de representação dos credores que subscreverem o plano, a sua homologação será indeferida.”<sup>14</sup>

É de suma importância considerar ainda que apenas será reconhecida de fato a recuperação extrajudicial depois que houver a homologação pelo magistrado e decidir o mérito da questão, bem como é preciso a manifestação de algum interessado no que se refere da recuperação extrajudicial do devedor, tendo em vista o disposto no artigo 166, da Lei 11.101/05.

Deste modo, nota-se que o plano de recuperação extrajudicial é uma benesse para que o devedor busque de alguma forma dar cumprimento suas obrigações e não sofrer qualquer tipo de sanção grave do Poder Judiciário, como ocorre no instituto da falência.

Ademais, deve-se notar que, a despeito da recuperação ser analisada extrajudicial, é imprescindível que exista a participação de alguma forma do Poder Judiciário para que tenha seus efeitos entre as partes.

---

<sup>13</sup> SANTOLINI, Ricardo. **A recuperação extrajudicial e sua eficiência na sociedade brasileira.** Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo.id=12971&revista\\_caderno=8](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo.id=12971&revista_caderno=8). Acesso em 18 de setembro de 2014

<sup>14</sup> BRASIL, LEI 11.101\ 95. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 de setembro de 2014

## 1.1.2 Recuperação judicial

Assim como a recuperação extrajudicial, a judicial também encontra amparo na Lei 11.101/05. E, nos moldes do artigo 47 da referida Lei, tem o objetivo de manter a empresa no mercado econômico, possibilitando sua continuidade.

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.<sup>15</sup>

Nota-se, portanto evidenciado não apenas o princípio da continuidade da empresa, mas também da dignidade da pessoa humana quando o legislador se manifesta no sentido da preservação de empregos.

Além de um princípio, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, encontra-se inserido no artigo 1º, III da Constituição da República. Cabe ao Estado oferecer condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social com o fim de manter ordem econômica.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...]  
III - a dignidade da pessoa humana;<sup>16</sup>

<sup>15</sup> BRASIL, LEI 11.101\ 95. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 de setembro de 2014

<sup>16</sup> BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade Mecum*. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2007. p.7.

Por meio dele, tem estabelecido um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de respeitar, de proteger e de promover as condições que viabilizem a vida com dignidade de todos os cidadãos.

Para Luiz Antônio Rizzato Nunes:

A palavra *dignidade* vem do latim *dignitas* que significa honra, virtude ou consideração, razão porque se entender que dignidade é uma qualidade moral inata e é à base do respeito que lhe é devido. “Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência [...]”<sup>17</sup>

Alexandre de Moraes tem a seguinte conceituação do tema:

[...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>18</sup>

Corroborando com esse entendimento Kildare Gonçalves Carvalho preleciona:

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O princípio abrange não só os direitos individuais, mas também os de natureza econômica, social e cultural.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p.49

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.50

<sup>19</sup> GONÇALVES, Kildare Carvalho. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p.181

Ainda, para José Afonso da Silva, “a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”<sup>20</sup>

Percebe-se que o que diferencia o ser humano e faz com que tenha dignidade especial é que ele jamais poderá ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Ou seja, o homem vive para si e para a coletividade.

A partir do momento que legislador constitucional abarcou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, fez com que se conclua que o Estado existe em função de todas as pessoas e não o contrário.

Assim sendo, vida humana deverá ser preservada, cabendo ao Estado estabelecer condições para que os cidadãos a tenham de forma digna em todos os aspectos.

Dentro do conceito de dignidade da pessoa humana, tem-se a ideia de que o cidadão seja resguardado no que tange ao mínimo existencial para a sua vivência. A Constituição da República não o traz expressamente, no entanto, ao interpretar o princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se verificar a sua existência como instrução constitucional.

Para Sidney Guerra, “o mínimo pode ser identificado como o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, inclui como proposta para sua concretização os direitos à educação, saúde, dentre outros.”<sup>21</sup>

Torna-se imprescindível que se julgue a abrangência desse mínimo para que, cada vez mais, se achegue aos ideais concebidos pelo legislador constitucional, ou seja, todos terem concretizado os direitos fundamentais.

Dando condições para que o cidadão viva com um conteúdo mínimo de direitos fundamentais, é possível certificar que o ser humano de qualquer faixa etária seja retirado da indesejável condição de indignidade.

A preservação das empresas e a possibilidade de recuperação judicial permitem a manutenção dos empregos e por consequência a preservação da empresa com sua manutenção no mercado econômico.

---

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.69.

<sup>21</sup> GUERRA, Sidney. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2014.

Nesse contexto, objetivando exatamente permitir o restabelecimento da empresa em crise, o legislador, ao elencar quais os meios poderiam ser aproveitados para a empresa se recuperar, o fez de maneira não extenuante, (esgotante/cansativo) conforme disposto do artigo 50 da Lei 11.101/05.

Senão vejamos o que diz o dispositivo mencionado:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

- I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
- II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
- III – alteração do controle societário;
- IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;
- V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;
- VI – aumento de capital social;
- VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;
- VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
- IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;
- X – constituição de sociedade de credores;
- XI – venda parcial dos bens;
- XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;
- XIII – usufruto da empresa;
- XIV – administração compartilhada;
- XV – emissão de valores mobiliários;
- XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.<sup>22</sup>

Os meios de recuperação judicial são exibidos por meio do Plano de Recuperação Judicial, que é submetido à determinação da Assembleia Geral de Credores. No momento em que houver a aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores, denota-se que as dívidas anteriores foram eliminadas, por

---

<sup>22</sup> BRASIL, LEI 11.101\ 95. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 de setembro de 2014

meio do instituto da novação, sendo que os créditos serão contentados nos moldes então aprovados.

Adverta-se que a aceitação da recuperação judicial reflete em faculdade dos credores e não obrigação. Porém, uma vez aceito, o plano coage a todos os credores, até mesmo aqueles discordantes, conforme redação do artigo 59 da Lei 11.101/05: “O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1o do art. 50 desta Lei.”<sup>23</sup>

É possível observar que o Poder Judiciário não tem qualquer influência na aprovação do plano de recuperação judicial. Seu papel é voltado para verificar a existência dos requisitos legais, e cumprir o determinado no artigo 51 da Lei de Falências e demais procedimentos. Também é função do Poder Judiciário fazer a comunicação da recuperação, no momento em que for aprovado o plano pelos credores. “Seu juízo de valor pode ser exercido única e tão somente na observância da legalidade das propostas aceitas pela assembleia geral, preservando o interesse dos ausentes e garantindo a almejada isonomia.”<sup>24</sup>

Dessa maneira, é possível afirmar que cabe às partes, empresa em recuperação judicial e credores acharem o melhor meio para a viabilização da recuperação judicial da empresa, atendendo a determinações sociais, como a preservação dos empregos e manutenção da dignidade da pessoa humana, mencionados no já citado artigo 47.

---

<sup>23</sup> BRASIL, LEI 11.101\ 95. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 de setembro de 2014

<sup>24</sup> CARVALHO, Luiz Eduardo Vacção da Silva. **O que a recuperação judicial tem a oferecer? Indicações de possíveis soluções ao empresário em crise.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24052>>. Acesso em: 12 setembro 2014.

## CAPÍTULO II - CONSIDERAÇÕES SOBRE AS LICITAÇÕES

De acordo com a Constituição Federal, no artigo 37, *caput* e inciso XXI, estão obrigados à licitação pública tanto pessoas de Direito Público de capacidade política quanto as entidades de suas Administrações indiretas.

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. [...] A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre os ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar como os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.<sup>25</sup>

A lei 8.666/93 no seu artigo 2º exige licitação para obras serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações. Ainda com relação ao 1º artigo dessa lei diz o seguinte:

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.<sup>26</sup>

A licitação possui uma fase interna e uma externa. A interna também conhecida como procedimento é destinada a firmar a intenção da entidade licitante a obter certas informações necessárias a consolidação da licitação. A externa é a fase

---

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.540.

<sup>26</sup> BRASIL, **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. **Vade Mecum** 8 ed. São Paulo: Rideel, 2011, p.1363

da licitação propriamente dita, destinada a selecionar a melhor proposta a celebração do ato ou contrato desejado pela administração.

Na fase interna, determina-se o objeto da licitação, estabelecem-se suas condições, estima-se a ocasional despesa e decide-se pela modalidade apropriada, verifica-se a existência de recurso orçamentário e obtém-se a autorização de abertura e a aprovação do instrumento convocatório.

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A fase interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais a sua à sua abertura: antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A fase externa que se abre com a publicação do edital ou com os convites- é aquela em que já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem a afluir no certame.<sup>27</sup>

O procedimento da licitação inicia-se no órgão interessado, com abertura do processo administrativo correspondente, em que a autoridade competente determina sua realização, determina o seu objeto e indica a fonte de recurso da despesa.

Di Pietro tem a seguinte definição:

Fala-se em procedimento, no direito administrativo, para designar uma série de atos preparatórios de ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento que exige uma sucessão de atos da administração e atos e fatos do licitante<sup>28</sup>

Prossegue a autora com as considerações sobre o procedimento:

O procedimento é mais complexo na concorrência, tendo em vista o maior vulto dos contratos a serem celebrados; é pouco menos complexo na

---

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.540

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007, p.264.

tomada de preço, em que o valor dos contratos é médio; e simplifica-se ainda mais no convite, dando o pequeno valor dos contratos.<sup>29</sup>

Abertura também conhecida como edital é o instrumento pelo qual a administração noticia a abertura da licitação em uma das modalidades, fixa as condições de sua realização e do contrato e convoca os interessados para apresentação das propostas. Age como lei interna da licitação e vincula inteiramente a Administração promotora do evento e os proponentes.

Na visão de Edmir Netto de Araújo, a definição de edital é a seguinte:

A assim chamada fase do “Edital” da licitação (melhor se denominaria fase de “convocação” dos licitantes) é a que, em sentido estrito, realmente inicia a licitação, pois então divulga-se a intenção da Administração em contratar, fixam-se as condições de participação, definem-se os objetos e as condições básicas da licitação e do contrato e propicia-se aos interessados em potencial a oportunidade de conhecimento de todos os dados e elementos disponíveis para a realização desse certame.<sup>30</sup>

A Lei 8666/93 traz algumas observações sobre o edital em seu artigo 40. Senão vejamos:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

- I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;
- II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- III - sanções para o caso de inadimplemento;
- IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

---

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007, p.265.

<sup>30</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p.610.

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;(…) <sup>31</sup>

E, segundo essa mesma Lei, no artigo, 41 é dado o direito ao cidadão de impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes de habilitação, cabendo à administração julgar e responder a impugnação em até três dias úteis.

A minuta do edital tem a obrigação de ser analisada e aprovada por assessoria jurídica da administração pública como diz o artigo 38, da lei 8666/93. O que se publica não é o edital e seus anexos, mas tão-só o seu resumo, chamado de aviso. O aviso deve conter informações gerais sobre a entidade licitante, a notícia da abertura da licitação e o local em que os interessados poderão conseguir o edital. Se existir interesse, a publicação do edital pode ser feita na íntegra.

A habilitação é a segunda fase do procedimento da licitação, em que há a abertura dos envelopes onde estão toda a documentação e sua apreciação, conforme diz o art. 43 da lei 8666/93.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; <sup>32</sup>

Nessa fase, são abertos os envelopes que contem os documentos estabelecidos no edital, que devem ser assinados pelos licitantes presentes e pela comissão. Esse requisito atende aos interesses dos próprios licitantes, pois evita qualquer substituição futura, em benefício ou em prejuízo de outro.

O comportamento da comissão de licitação é preso, tendo em vista que é nula a habilitação de proponente que não acatou ao edital, tanto quanto é nula a inabilitação de licitante que observou em todos os seus termos e condições.

---

<sup>31</sup> BRASIL, **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.1374

<sup>32</sup> BRASIL, **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2011, p.1374

Não se deve confundir a habilitação com julgamento. Após a precisa análise da documentação, a decisão é proferida passando-se para a fase seguinte, mas apenas os que foram considerados habilitados, ou seja, aqueles que acatarem as exigências do edital.

Passada a fase de habilitação tem-se o julgamento e classificação das propostas. Nessa fase da licitação, é onde há o julgamento das propostas, classificando-as pela ordem de preferência, segundo critérios do edital.

O julgamento deve estar de acordo com o edital nos termos legais, já que é um ato vinculado e não discricionário.

Depois de abertas às propostas, devem ser rubricadas pelas partes e lidas em ato público, passando-se a análise de seus conteúdos, avaliação esta que tem a capacidade de ser efetuada imediatamente a, mas normalmente realiza-se em outra data.

Logo após há o julgamento das propostas que deve ser objetivo e realizado de acordo com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatórios, e esse critério deve estar de acordo do artigo descrito abaixo:

Art.45, §1º(...)

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.<sup>33</sup>

Quanto à proposta de preço, não basta ao edital se limitar a referir o menor preço como critério de julgamento. O edital deve, sempre, indicar objetivamente os critérios de aceitabilidade do preço, ou seja, os critérios para verificar se são excessivos ou inexequíveis.

Se todas as propostas forem desclassificadas, a Administração tem a faculdade de fixar os licitantes o prazo de 8 (oito) dias úteis para apresentação de

---

<sup>33</sup> BRASIL, **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2011, p.1377.

outras escoimadas das causas que deram margem a desclassificação, podendo, no caso do convite, ter a diminuição desse prazo para três dias.

A homologação finalizada a fase de julgamento com a ordenação das propostas em ordem crescente, (menor preço), ou decrescente, (maior desconto), de vantagens, cabe a comissão de licitação arranjar um pequeno relatório sobre o procedimento que conste de modo expresso quem é o vencedor e remeter o processo à autoridade superior para deliberação conforme cronologia fixada pelo art.43 VI, da Lei 8.666/93, para que a aludida autoridade homologue o procedimento.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, homologação pode ser assim entendida:

Ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-se a correção jurídica, se esteve conforme as exigências normativas.<sup>34</sup>

Depois de homologada, a autoridade que a realizou passa a ser responsável perante terceiros por todas as consequências e efeitos que derivam da licitação, pois, com sua efetivação, ocorre transferência automática de responsabilidade de todos os atos que procedem da comissão, durante todo o procedimento licitatório, para a autoridade superior, pois com a homologação do resultado, ela, autoridade, confirmada todos os atos da comissão, tornando-os válidos.

Adjudicação é o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual se realizou o certame. A adjudicação é o ato vinculado, já que as únicas hipóteses em que a Administração pode deixar de efetuar a adjudicação são as de anulação ou revogação do procedimento.

A adjudicação produz os seguintes efeitos jurídicos: “a) atribui o direito ao vencedor de não ser preterido na celebração do contrato; b) provoca a liberação dos licitantes vencidos.”<sup>35</sup>

Importante realçar que o adjudicatário não tem direito adquirido à celebração do contrato, mas mera perspectiva de direito. Isso porque, mesmo depois a

---

<sup>34</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**.28ed.São Paulo: Malheiros,2010, p.612.

<sup>35</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p.353.

adjudicação, a Administração não é obrigada a celebrar o contrato, cabendo-lhe considerar a conveniência e oportunidade da contratação.

Se, contudo, existir celebração do contrato com preterição da ordem classificatória, é nula a contratação, dentro do que prescreve o artigo 50 da Lei 8.666/93, passando o adjudicatário a ter direito adquirido de figurar no contrato.

A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento igual, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de pender do direito à contratação, aceita uma prorrogação, por igual período, quando requerido pela parte durante o seu decurso e desde que aconteça motivo aprovado aceito pela Lei 8.666/93 faculta à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento igual no prazo e condições determinados, a convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, até mesmo quanto aos preços atuais de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação.

Depois de sessenta dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes desobrigados dos compromissos adquiridos.

Os atos, sempre vinculados, perpetrados na concorrência, e também sua ordem sequencial, são fundamentalmente os mesmos que comandam a tomada de preços. O convite, a partir da classificação das propostas, segue do mesmo modo o mesmo procedimento.

## 2.1. PRINCÍPIOS

Durante o processo de licitação devem ser observados alguns princípios, tendo em visto o preceituado na Constituição Federal, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O artigo 3º da Lei 8.666/93 expressa quais são os princípios que devem nortear as licitações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.<sup>36</sup>

Esses são os princípios mais comentados na literatura e sobre os quais iremos tratar a partir de agora.

A legalidade é dos princípios basilares, que devem ser observados e utilizados durante o processo de licitação.

Ele nos fala que a Administração Pública não pode se distanciar dos desígnios da lei. Enquanto que o particular tem a liberdade de fazer tudo o que a lei proíbe, a Administração Pública somente tem a permissão de fazer aquilo que a lei lhe autoriza.

Nas licitações, a Administração Pública deve seguir a lei, sendo-lhe negado usar procedimentos ou critérios de apreciação e julgamento que não sejam liberados para as licitações de acordo com o artigo 4º da Lei federal 8.666/93 como descrito abaixo:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.<sup>37</sup>

Aqui é possível observar a existência do princípio da legalidade, ou seja a administração deve fazer aquilo que está prescrito em lei.

Como disse França:

A legalidade impõe a administração pública o respeito aos atos normativos que ela própria expede. Além de não haver a revogação por desuso no

---

<sup>36</sup> BRASIL, **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. **Vade Mecum** Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2011, p.1377.

<sup>37</sup> BRASIL, **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. **Vade Mecum** Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2011, p.1377.

sistema do direito positivo brasileiro, é razoável compreender que as regras gerais constantes desses provimentos vinculam e limitam a ação do gestor público enquanto se encontrarem em vigor.<sup>38</sup>

Ou seja, a legalidade nada mais é do que a impossibilidade de praticar qualquer ato sem que haja cunho legal para a mesma. Pois na administração pública não há vontade pessoal.

E para completar esses dizeres observamos as considerações trazidas por Celso Antônio Bandeira de Melo, o qual expressa:

A licitação pública se constitui num procedimento administrativo que pressupõe uma serie encadeada de atos sequentes, visando alcançar determinado resultados. Este procedimento esta previsto em lei, que contem os passos da licitação, e que deve ser tomando com o devido rigor.<sup>39</sup>

Portanto, quando se faz menção ao princípio da legalidade, pode-se dizer que para que a administração possa atuar, não basta a inexistência de proibição legal, é imprescindível que se tenha determinação legal ou autorização da atuação administrativa na Lei.

Essa é a principal diferença no alcance do princípio da legalidade para os particulares e para a administração pública. Aqueles podem fazer tudo o que a lei não proíbe esta só pode fazer aquilo que expressamente a lei determine ou autorize.

O princípio da impessoalidade rege que a Administração Pública deve ser gerida sem nenhuma distinção entre os cidadãos ou discriminação de qualquer natureza

E como disse Mello na citação abaixo:

O principio da impessoalidade encarece a proscricção de qualquer favoritismo ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta

---

<sup>38</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha França. **A licitação e seus princípios**. Revista Eletrônica De Direito Administrativo, Salvador, nº8, Novembro/Dezembro/Janeiro, 2006-2007, Disponível em <<http://direito.estado.com.br>> Acesso em 27 agosto de 2014

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.79.

neutralidade. Tal principio não é senão uma forma de designar o principio da igualdade de todos perante a administração<sup>40</sup>

Quando se fala em impessoalidade, logo vem em mente o objetivo precípua da administração pública, a qual não deve fazer qualquer tipo de distinção entre as pessoas, visto que é voltada para a sociedade como um todo.

Nesse ponto, tem-se a finalidade da administração, como assevera Marcelo Alexandrino:

Nessa acepção, fala-se, também, em **princípio da finalidade**, considerando um princípio implícito inserido no postulado expresso da impessoalidade. [...] Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei, será **nulo**, por **desvio da finalidade** por não atender ao princípio da impessoalidade. (Grifos do autor)<sup>41</sup>

Muitos associam a impessoalidade com isonomia como na definição de Mello citado por Mello:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimientos. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.<sup>42</sup>

Não cabe a Administração tratar qualquer dos seus administrados com discriminação, ainda que implícita. A pessoalidade não deve existir de modo algum nesse caso, visto a proibição legal existente.

Nas licitações, a impessoalidade deve preponderar. Nesse sentido, pode-se citar Di Pietro:

---

<sup>40</sup> Ibidem, p.84

<sup>41</sup> ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 3 ed. São Paulo: Método,2010, p.13.

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**.28ed. São Paulo: Malheiros,2010, p.84

Todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos de direitos e obrigações, devendo a administração, em suas decisões pessoais do licitante ou vantagens por ele oferecidas, salvo as experiências previstas na lei ou no instrumento convocatório.<sup>43</sup>

A licitação tem o objetivo de selecionar a melhor proposta para a administração, ao lado do princípio da impessoalidade que impede o poder público que contrate somente pessoas do seu interesse.

O princípio da moralidade determina que a administração tenha comportamento que correspondam não somente as leis, mas também que seja ético de acordo com os bons costumes e os padrões de honestidade.

No artigo 3º, da Lei 8.666/93, a moralidade e a probidade administrativa são mencionadas como se fossem princípios distintos. Mas a maioria dos autores associa moralidade e a probidade administrativa como a mesma coisa.

Segundo Di Pietro a lei nº 8.666/93 faz referência a moralidade e a probidade provavelmente porque a primeira embora prevista na constituição, ainda constitui um cargo vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamento ainda não absorvido pelo direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade já tem contornos bem mais definidos no direito positivo.<sup>44</sup>

E Celso Antônio Bandeira de Mello nos diz que o procedimento licitatório terá que se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe para administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte<sup>45</sup>

A publicidade diz respeito não apenas a divulgação do procedimento para conhecimento de todos só interessados, como também aos atos da Administração.

A Administração Pública tem como uma de suas atribuições, a manutenção da transparência de seus atos. O autor José Afonso da Silva assegura que:

A publicidade, como princípio da Administração Pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de

---

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007, p.185.

<sup>44</sup> Ibidem, p.181.

<sup>45</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.86.

seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais<sup>46</sup>

A publicidade dos atos relativos às licitações públicas é exigida em vários pontos da Lei 8.666/93 como podemos perceber no artigo 3º, § 3º, estabelece que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis a sociedade em geral os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Igualmente o artigo 21, no seu inciso I, exige a publicação dos extratos dos editais das concorrências e das tomadas de preço e o parágrafo único do artigo 61º determina a publicação dos contratos e aditamentos.

O artigo 40 VII, exige a indicação dos locais, horário e códigos de acesso dos meios de comunicação à distancia em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos a licitação e as condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento do seu objeto. O § 3º do art. 43 diz que é pública a abertura de envelopes com a habilitação e proposta do licitante.

O artigo 109, §1º, exige a ampla divulgação do registro cadastral e o chamamento, pela imprensa oficial e jornal diário, para a atualização e o ingresso de novos interessados.

Além de tudo isso, o art. 16 determina a publicidade mensal da relação das compras feitas pela Administração Pública de maneira a esclarecer a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação.

Desse modo, verifica-se se imperioso a verificação da publicidade nas licitações, como assevera Carlos Pinto Coelho Motta:

---

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** 29 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2010. p. 145.

O princípio da publicidade preconiza a visibilidade dos atos da administração para viabilizar o exercício pleno do controle por parte da sociedade. Insurge-se esse princípio contra a concepção segredista, instalada na burocracia administrativa, que dificulta o acesso a dados e documentos, proclamando a desnecessidade de motivar os atos.

Assim sendo, ao conclamar o princípio da publicidade, buscou-se permitir a todos os que interessarem o acesso aos atos da administração pública, incluindo nesse rol os referentes às licitações.<sup>47</sup>

Para Marcelo Alexandrino, o direito à igualdade busca viabilizar tratamentos diferenciados que contrarie, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República.

A igualdade é a base fundamental do princípio republicano e da democracia. Tão abrangente é esse princípio que dele inúmeros outros decorrem diretamente, como a proibição ao racismo (art. 5º, XLII), a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX), a proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (Art. 7º, XXXI), a exigência de aprovação previa em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (Art. 37, II), o princípio da isonomia tributária (Art. 150, II) etc.<sup>48</sup>

Quando se fala na garantia do direito à igualdade e seu exercício de forma plena, tem-se aí arraigada a ideia da liberdade, sobretudo, a liberdade de escolha do indivíduo em seus atos.

José Afonso da Silva auxilia o nosso entendimento com a seguinte definição acerca de tal direito: “[...] é a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade [...]”<sup>49</sup>

Igualmente, Marcelo Alexandrino:

---

<sup>47</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.110.

<sup>48</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ed., São Paulo: Método, 2008. p.109.

<sup>49</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** 29 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2010. p.240

A liberdade assegurada no caput do art. 5º deve ser tomada em sua mais ampla acepção. Compreende não só a liberdade física, de locomoção, mas também a liberdade de crença, de escolhas, de convicções, de expressão de pensamento, de reunião, de associação, etc.<sup>50</sup>

A igualdade é um dos alicerces que fundamentam a licitação pública, esse princípio assegura a todos os interessados em contratar com a Administração o direito de competir durante o processo de licitação pública.

A Constituição Federal no artigo 37, inciso XXI, assegura igualdade de condições entre todos os concorrentes “[...] as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, falar em igualdade vai além de dar um tratamento isonômico aos indivíduos:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.<sup>51</sup>

O princípio da igualdade que alguns também chamado de princípio da isonomia é mencionados em diversas vezes na Lei 8.666/93, a começar pelo artigo 3º § 1º, I e II.

O inciso I veda, nas convocações, a existência de cláusulas ou condições que comprometam, diminuam ou frustrem o caráter competitivo das licitações e que estabeleçam preferências ou distinções irrelevantes para o fim do contrato: o inciso II veda tratamento diferenciado entre empresas brasileiras.

Di Pietro nos mostra outros aspectos desse princípio associado a isonomia na Lei 8.666/93:

---

<sup>50</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ed., São Paulo: Método, 2008. p.108.

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.92.

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revelam em outros dispositivos da lei 8666/93; no artigo 30, §5º, é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação; no artigo 42, referente às concorrências de âmbito internacional, em que se procura estabelecer igualdade entre brasileiros e estrangeiros: pelo §1º, “quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro”; pelo § 3º do artigo 42 “as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes às aquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”; [...]<sup>52</sup>

Prossegue a autora:

Pelo 4º, “para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final venda”, e, pelo § 6º, “as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino”, o artigo 90 define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação<sup>53</sup>

Falar em isonomia ou igualdade não significa dar tratamento igual a todos, mas tratamentos iguais aos iguais, como podemos perceber o princípio da isonomia manifesta-se como termo referencial, orientando o agir que conduza à igualdade; e como norma autoriza o Estado a determinadas condutas e confere poder aos particulares para exigí-la. *A priori*, prestigiando o aspecto negativo, todos os que estiverem em condições de igualdade têm o direito de, com igualdade ser tratado.

Através da vinculação ao edital a administração se vê obrigada a obedecer as regras pré-estabelecidas no edital, assim como está consignado no artigo 41 da lei 8.666/93: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada.”

Daí dizer que o ato convocatório funciona como lei interna da licitação, subordinando o gestor público e os licitantes aos seus comandos. O edital é impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação.

---

<sup>52</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007, p.196.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p.196

O edital representa a segurança aos licitantes sobre o que a administração pública pretende como assevera Carlos Pinto Coelho Motta:

O edital há de ser completo, de molde a fornecer uma antevisão de tudo o que possa vir ocorrer no decurso das fases subsequentes da licitação. Nenhum licitante pode vir a ser surpreendido com coisas, exigências, transigências, critérios ou atitudes da Administração, que, caso conhecidas anteriormente poderiam afetar a formação de sua proposta.<sup>54</sup>

E o edital pode apresentar falhas ou inadequação que pode ser corrigido pela administração, através de erratas, mas sempre dando ampla divulgação da mudança.

O artigo 43, e o inciso V da lei 8666/93 exige que o julgamento e a classificação das propostas obedeçam aos critérios do edital. E ainda de acordo com o inciso II do mesmo artigo, devem ser devolvidos fechados os envelopes com as propostas dos concorrentes inabilitados. O art. 48, o inciso I, estabelece que seja desclassificadas as propostas que não atenderem as exigências.

Quando se fala no julgamento do objetivo, diz que o administrador está obrigado a julgar as propostas de acordo com os termos exposto no edital. Tem como objetivo evitar subjetivismo que possa a vir ser usado na escolha das propostas demarcando a margem de valoração pessoal do julgador.

Ao tratar do assunto Di Pietro diz o seguinte:

(...) o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no artigo 45 em cujos termos "o julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgão de controle."<sup>55</sup>

O principio do julgamento objetivo é claro e definido nos artigos 44,45 e 46 da Lei 8.666/93:

---

<sup>54</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.112

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007, p.198.

Art.44-No julgamento objetivo das propostas a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios por estalei.

§1º - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou ator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Art.45-O julgamento das propostas será objetivo devendo a comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-la em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle

Esse princípio direciona o julgamento em consonância com o tipo de licitação a ser seguida e rigorosamente obediente ao edital, que como dito anteriormente, não pode ser obscuro, conter preferências ou quaisquer tipos de critérios tendentes para a classificação das propostas. Na ausência de critérios na licitação, deve-se presumir a de menor preço.

A celeridade surge na nomenclatura de licitações na modalidade convite, tendo em vista se tratar de procedimento ágil diante do curto prazo de publicidade. E com o advento da Lei 10.520/2002 a qual instituiu a modalidade de licitação pregão, passou a ser regra, considerando o fato de que o pregão visa, justamente, à economicidade (preços baixos) com aquisição desburocratizada.

Na definição do princípio, o Tribunal de Contas da União aduz o que se segue:

O princípio da celeridade, consagrado pela Lei nº 10.520, de 2002, como um dos norteadores de licitações na modalidade pregão, busca simplificar procedimentos, de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias. As decisões, sempre que possível, devem ser tomadas no momento da sessão.<sup>56</sup>

Conclui-se, portanto, que o princípio da celeridade surgiu como um dos norteadores da modalidade pregão, objetivando facilitar procedimentos, rigorismos excessivos e formalidades desnecessárias.

---

<sup>56</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO- **Licitações e contratos- Orientações Básicas**. 3 ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p.17.

O princípio da celeridade está diretamente relacionado com a manutenção da eficiência e da igualdade nos procedimentos licitatórios, evitando-se assim que simples processos de compras ou contratações sejam transformados em procedimentos que se prolonguem pela eternidade.

Embora, como dito acima, tenha seu marco inicial nos procedimentos da modalidade pregão, o princípio da celeridade aplica-se a todos os outros procedimentos licitatórios.

A título de exemplo tem-se a modalidade convite, após publicação do edital, no qual a lei não exige a publicidade em jornais no convite, mas após convidados, tem o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a abertura dos envelopes de documentação, normalmente abre-se 2 (dois) dias úteis de prazo para recursos da fase de habilitação.

Após esse prazo, abre-se os envelopes de proposta se novamente abre-se mais 02 dias úteis de prazo para homologação. Nota-se, desse modo, um procedimento célere, o qual visa à eficiência da licitação.

## 2.2. INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Primeiramente, ressalta-se que a Administração Pública está sujeita a um regime típico de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, que lhe entrega propriedades e benefícios, contudo, por outro lado, sujeições e entraves. Entre os diversos princípios que apoiam esse sistema, ganha destaque o da supremacia do interesse público, do qual transcorre a qualidade juridicamente superior daquela em face dos administrados, sendo detentora prerrogativas que admitem atribuir deveres mediante atos unilaterais.

Apesar disso, essa supremacia da Administração sobre o administrado não resulta essencialmente na prescrição de obrigações sobre estes por parte daquela em todas as suas relações jurídicas. Existem casos em que a Administração age em acordo com os anseios dos particulares, por meio de atos administrativos negociais

ou por atos bilaterais, que aparecem pelo requerimento do administrado ou se consolidam com a sua aceitação.

Dentre os atos bilaterais perpetrados pela Administração, está os contratos administrativos, definidos no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93 como: “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.<sup>57</sup>

Logo, os contratos administrativos são diferenciados, fundamentalmente, pelo comparecimento da Administração Pública em um de seus polos, a regência dos princípios da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade do que transcursam algumas características que serão abordadas a seguir.

O Poder Público desenha as diretrizes do contrato, de modo unilateral, haja vista o domínio do interesse público, compondo o instrumento, primeiramente, como anexo do edital de licitação, quando o particular somente manifestará adesão a partir do seu conhecimento do certame, conduzidos pelo Direito Administrativo, ramo do Direito Público, com normas elevadas e derogatórias do direito comum.

Contudo, a Administração pode celebrar contratos sob normas que predominam as questões do direito privado, caso em que a Administração permanecerá em posição de equidade com o particular contratante, denominando-se tal espécie de ‘contrato administrativo atípico’, a título de exemplo tem-se os contratos de locação em que a Administração aparece como locatária.

Essa segunda classe é guiada pelas regras do Direito Privado, a despeito de que, para existir legalidade nos ajustes, tem que se submeterem a apropriadas averiguações precedentes como a licitação, e futuro, como a publicação, as quais são geridas pelo Direito Público.

O descumprimento, total ou parcial do contrato, ocasiona a rescisão, com os efeitos, previstos, no contrato, na lei ou no regulamento.

A inexecução do contrato causa implicações de ordem, civil, administrativa, penal, trabalhista, fiscal, cumulativamente ou não. Cada uma das partes - contratante ou contratado - responde pelas consequências de sua inexecução, que poderá ser total ou parcial.

---

<sup>57</sup> BRASIL, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. ANGER, Anne Joyce [Org.]. **Vade Mecum** Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo. Rideel, 2011, p.569.

É corretamente plausível a responsabilização pessoal dos administradores da Administração direta e indireta e das pessoas jurídicas, que participam da administração pública ou somente são por está controladas direta ou indiretamente, por atos lesivos ao patrimônio público, estando sujeitas de modo óbvio, se for o caso, às prescrições da Lei de Improbidade Administrativa.

O contrato administrativo deve ser fiscalizado, pela Administração Pública, que indicará um representante. Um terceiro pode ser contratado, para ajudar e dar subsídio a informações. O TCU aconselha que essa contratação se concretize, através de licitação. Apesar de que, tal contratação poderá ter a licitação dispensada ou declarada inexigível, tendo por alicerce as hipóteses legais permissíveis. Acrescente-se que o contratado necessitará ainda conservar um preposto no local da obra ou do serviço, o qual precisará ser aceito pela Administração, para representá-lo na execução do contrato.

A rescisão poderá acontecer: por ato unilateral da Administração; de modo amigável, concordando as partes, se apropriada para a Administração e reduzida a termo a ocorrência e, enfim, por determinação judicial.

A *rescisão unilateral* do contrato acontece da preferência que lhe aprovisiona o inciso II do artigo 58. Entretanto, esse comando é atenuado por alguns princípios, de suma importância: rescisão unilateral, somente com permissão legal, nos casos especificados, no inciso I do artigo 79 (incisos I a XII, XVII e XVIII do artigo 78); ampla defesa e o contraditório; por meio de documento escrito; rígida submissão às formalidades legais; motivação, que compreende a fundamentação legal e os motivos que alicerçam a prática desse ato. O inciso XVIII do artigo 78 foi acrescentado pela Lei 9854/99.

A inexecução do contrato pode acontecer por várias razões, assinalando-se a culpa do contratado ou do contratante, a deliberação deste. A lei, não obstante, suavizando o rigor desse princípio - rescisão unilateral - aprova que a contratada explique o atraso e a parada da obra, do serviço ou do fornecimento.

Em alguns casos a rescisão do contrato se dá por decisão judicial, principalmente quando se trata de inopinabilidade de contrato não cumprido.

Os Tribunais têm decidido da seguinte forma:

I. Segundo a Lei nº 8.666, de 1993, a inexecução do **contrato**, por descumprimento de suas cláusulas, por parte da empresa, confere à Administração o direito de rescindir o **contrato**, unilateralmente, na via administrativa, após regular procedimento **administrativo**. II. Resguardado o contraditório e a ampla defesa, na esfera administrativa, a Comissão competente instituída pelo DER/MG, além de constatar atraso no cronograma da execução do objeto contratado, apurou que alguns serviços no trecho próximo a Milho Verde, estavam sendo realizados em desconformidade com as condicionantes ambientais e com as normas editalícias. III. Em havendo descumprimento do ato que determinou a suspensão de toda e qualquer obra realizada pela Contratada no trecho Diamantina - Milho Verde, bem como atraso na obra, houve **rescisão** unilateral do Contrato Administrativo nº PRC 22.108/2009, pelo Poder Público, com amparo no artigo 58, inciso II c/c os artigos 78, inciso XII e 79, inciso I, ambos da Lei nº 8.666, de 1999. IV. Demonstrado, de forma inequívoca, que a rescisão contratual ocorreu exclusivamente por culpa da empresa Contratada, aplica-se a multa contratual de 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato, em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>58</sup>

No caso de demora, na execução do contrato, competirá ao contratante confirmar que a obra, o serviço ou o fornecimento não se completarão no prazo ajuizado. Todos esses atos necessitarão formalizar-se por escrito.

No caso em tela, a inexecução da obra que ocasionou a rescisão unilateral se deu por conta da contratada. No entanto, quando existe o contrário, ou seja, quando a administração deixa de cumprir o que foi pactuado, cabe o acionamento judicial para que o faça

4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público. 5. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Cível* 1985141-84.2010.8.13.0024 (1) Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira Data de Julgamento: 26/03/2013 Data da publicação da súmula: 05/04/2013. Acesso em 25 agosto de 2014

<sup>59</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008. Acesso em 25 agosto de 2014

Daí, configura-se a existência da inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido o dispositivo mencionado traz a previsão de que, antes de 90 (noventa) dias, não cabe ao particular reclamar da demora nos pagamentos. Percebe-se, contudo, que em situações específicas, se o lesado, mesmo antes desse prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força de falta de pagamento, tem ele direito ao rompimento do contrato com culpa da Administração.

### **CAPÍTULO III- POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS**

Conforme demonstrado ao longo da pesquisa, a preservação da empresa se dá em todo o ordenamento jurídico. Quando se fala em licitações, nota-se como requisito a apresentação de certidões negativas de débito como *conditio sine qua non* para a participação dos certames.

Ocorre que em alguns casos a empresa encontra-se passando por dificuldades financeiras tendo na Administração Pública sua maior causadora.

Quando se fala em inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido em face da Administração Pública, é imprescindível que num primeiro momento traga à baila a conceituação de contrato administrativo, que na visão de Maria Sylvia Di Pietro pode ser entendido da seguinte forma:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão-somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.<sup>60</sup>

Desse modo, é possível entender o contrato administrativo como um ajustamento celebrado pela Administração, mediante regras antecipadamente determinadas por ela, objetivando a preservação do interesse público.

Importante ressaltar que a teoria geral do contrato deve ser aplicada da mesma forma seja para os contratos privados ou públicos, entretanto, os contratos públicos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, usando o Direito Privado apenas de modo complementar.

O Poder Público traça as diretrizes do contrato, unilateralmente, considerando interesse público.

---

<sup>60</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p.207.

O regime jurídico administrativo é caracterizado pela concessão de certos benefícios à Administração, ao mesmo tempo em que são atribuídas algumas condições, como a entrega de poderes à Administração, que o põe em posição de supremacia sobre o particular; já as sujeições são aplicadas como limites à atuação administrativa, imprescindível para afiançar o respeito aos desígnios públicos e aos direitos dos cidadãos.

Quando se fala em licitação, tem-se a ideia de disputa isonômica ao fim da qual será relacionada a proposta mais lucrativa aos interesses da administração, com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor da licitação, para a prática de obras, serviços, permissões, concessões, compras, alienações e locações, que na definição de Di Pietro pode ser assim entendida:

O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.<sup>61</sup>

A lei 8.666/93 no seu artigo. 2º exige licitação para obras serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações. Ainda com relação ao 1º artigo dessa lei diz o seguinte:

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.<sup>62</sup>

Quanto às entidades da administração indireta, o artigo 119 da Lei 8.666/93 determina que editem regulamentos próprios, devidamente publicados e aprovados

---

<sup>61</sup> Ibidem, p.312.

<sup>62</sup> BRASIL, **Lei 8.666** de 21 de junho de 1993. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. **Vade Mecum** Acadêmico de Direito. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2011, p.1363

pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados, ficando sujeitos às disposições da lei.

Em conformidade com o contido no artigo 78 da Lei 8.666/93, tem-se a denominada inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:  
XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;<sup>63</sup>

Fornecendo o conceito de inoponibilidade de exceção, tem-se as considerações de Denis Santos: “A esta suspensão da execução do contrato pela parte prejudicada com a inadimplência do outro contratante dá-se o nome de oposição da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).<sup>64</sup>

Ou seja, ante o descumprimento do contrato administrativo por parte da administração, deve o particular permanecer na execução do contrato por no mínimo 90 noventa dias.

Como justificativa, tem-se o princípio da continuidade do serviço público, que proíbe a interrupção do cumprimento do contrato mesmo diante da omissão ou atraso da Administração na execução das prestações a seu cargo.

Ainda, como justificativa, encontra respaldo no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Diante das considerações feitas, questiona-se: A empresa que esteja em recuperação judicial por culpa exclusiva da Administração Pública em decorrência da exceção dos contratos não cumpridos poderia participar dos processos licitatórios nos moldes da Lei 8.666/93?

É preciso advertir que mesmo com a obrigatoriedade de apresentação de Certidão Negativa de Débito para a habilitação em um processo licitatório, é

---

<sup>63</sup> Ibidem, p.1363.

<sup>64</sup> SANTOS, Denys Carneiro Rocha dos. **Contrato administrativo e a aplicação da exceção do contrato não cumprido**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13368>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

aceitável que através de uma garantia jurisdicional, ou seja, uma ação judicial com pedido de liminar, autorizar uma empresa que esteja em recuperação judicial a participação em processo licitatório, desde que esteja em situação de crise por culpa da Administração Pública a qual é a única responsável pela crise econômica da empresa.

Essas considerações vão ao encontro do marco teórico da pesquisa, na qual se toma por base os dizeres de André Luiz Santa Cruz Ramos:

Em nossa opinião para que o dispositivo fosse realmente útil na prática, deveria dispensar a apresentação de certidões negativas em qualquer situação. Afinal, se o devedor for sociedade empresária que tem boa parte de sua receita decorrente de contratação com a Administração Pública, suas atividades estarão seriamente comprometidas. Aliás, pode ser justamente esta a razão de sua crise. O ideal, pois, seria que a regra dispensasse, de forma genérica, a apresentação de certidões negativas para que o devedor exercesse normalmente suas atividades. Neste sentido também, privilegia-se o princípio da preservação da empresa em seu caráter de interesses metaindividuais e dá efetividade ao princípio constitucional da moralidade administrativa.<sup>65</sup>

Percebe-se que tais considerações vão ao encontro do contido no princípio da preservação da empresa, o qual embora não esteja expresso na Constituição Federal, vem regendo as relações econômicas/ empresariais do nosso país.

Ressalte-se que o princípio da preservação da empresa não vislumbra a proteção do empresário, pessoa física em si, e sim, a manutenção da atividade econômica empresarial e conseqüentemente a proteção da sociedade.

O princípio da preservação de empresa não se limite a atender os anseios individuais do empresário, mas sim salvaguardar os interesses da coletividade. Portanto, o princípio da preservação de empresa tem por escopo assegurar que a empresa atinja sua função social. O instituto da preservação da empresa não é focado no interesse individual da pessoa do empresário, mas sim salvaguardar o interesse de toda a coletividade envolta daquela atividade empresarial. É tão somente a partir do pleno desenvolvimento da atividade empresarial que se proporciona tudo aquilo que foi descrito como função social da empresa.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup>RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Editora Gen/Método, 2011, p. 614.

<sup>66</sup> BUDNHAK, Gerson Odacir; SANTOS, Silvana Duarte dos. **Princípio da preservação da empresa: um enfoque jurisprudencial**. Disponível em <http://www.ambito->

Denota-se que tal possibilidade não infringe o contido no princípio da legalidade que reveste os procedimentos licitatórios. Embora o princípio da legalidade diga que a empresa apenas deva fazer aquilo que está prescrito em lei, tal não está sendo contrariado, pois a preservação da empresa deve sobressair considerando a função social da empresa e sua manutenção no mercado econômico financeiro.

Fornecendo o conceito de princípio da legalidade José dos Santos Carvalho Filho, expressa o que se segue:

No campo das licitações o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual exige que a Administração escolha a modalidade certa, que seja clara quanto aos critérios seletivos, que só deixe realizar a licitação nos casos permitidos em lei, que verifique, com cuidado os requisitos da habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.<sup>67</sup>

Portanto, a partir do momento em que o princípio da legalidade instruiu a observância dos requisitos, permitindo, diante do caso concreto a participação do certame licitatório, nos casos em que o judiciário permite a empresa que se encontra em recuperação judicial participar do procedimento, não há que se falar em infração ao contido em tal princípio.

### 3.1. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A partir do século XVIII, em um período pós-revolução industrial estimulada pelo aparecimento das fábricas e a invenção das máquinas a vapor, tem-se o aparecimento da empresa industrial. A partir de então, a indústria volta-se para a

---

juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=7220>. Acesso em: 26 abr. 2014.

<sup>67</sup> FILHO, Jose dos Santos Carvalho Filho **Manual de Direito Administrativo** 12 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2005, p.230.

transformação de a matéria-prima em produtos semiacabados ou acabados, vai perdendo de modo gradativo sua força frente à economia.

Desse modo, passam a surgir novas modalidades de empresa, voltadas, principalmente para a área de prestação de serviços e produção de bens intangíveis. A empresa, dentro de uma concepção tradicional, tal qual como conhecemos, calcada na produção em massa e na divisão do trabalho, tem uma participação cada vez menor no total da atividade econômica.

Em decorrência dessa diversificação, as organizações encontram-se implantadas em um mercado cada vez mais globalizado e competidor. Crescer não é mais uma alternativa, é tática de sobrevivência. Nesse ponto, cresce o mercado virtual, dando lugar a conceitos até então dado como imutáveis.

Não satisfeitos com os riscos normais da atividade empresarial, as organizações encaram a avidez da tributação governamental, alicerçada pela complexidade das legislações tributárias, de dificultoso entendimento e pela elevada carga tributária.

Logo, percebe-se que a manutenção da empresa está diretamente relacionada com a manutenção da função social da empresa. Que pode ser conceituada da seguinte forma: “A função social da empresa representa um conjunto de fenômenos importantes para coletividade e é indispensável para a satisfação dos interesses inerentes à atividade econômica”<sup>68</sup>

No conceito de função social da empresa, é possível perceber que se encontra inserida a ideia de que não deve estar voltada apenas para conseguir lucros, mas, também, devem as empresas estarem voltadas para os reflexos de sua atuação dentro da sociedade, atingindo toda uma coletividade; ou de forma especial, ocasionando efetivação social ao empresário e para todos aqueles que cooperaram para alcançar tal fim.

Sobressalte-se que a função social da empresa não impede uso da forma que melhor aprouver ao seu administrador, não estamos diante de restrições legais.

---

<sup>68</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. **A Função Social da Empresa na Sociedade Contemporânea: Perspectivas e Prospectivas**. Disponível em [http://www.aTTmbito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10318&revista\\_caderno=16](http://www.aTTmbito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10318&revista_caderno=16). Acesso em 16 de setembro de 2014

A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.<sup>69</sup>

Nem sempre as empresas conseguem manter-se no mercado, sendo levadas, em alguns, casos à falência. O instituto da falência passou por transformações em 2005. Assim sendo, a Lei 11.101/05, conhecida como a Lei de Falências, traz em seu bojo o art. 94, I estabelecendo o que se segue:

Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;<sup>70</sup>

Da leitura do dispositivo supra, é possível perceber a existência do princípio da preservação da empresa. Se considerar a função social exercida pela empresa, torna-se coerente e inquestionável a obrigação de mantê-la funcionando, ou seja, é cogente que exista uma estrutura jurídica ativa para sua preservação.

Coadunando com esse entendimento a jurisprudência da emanada do Tribunal de Justiça do Paraná

Conquanto haja situações em que se queira pôr fim à sociedade – muitas vezes por simples conflitos pessoais entre sócios, outras por, de fato, aparentar uma solução inevitável, a única solução legal –, encontrando respaldo legal para concretizar tal vontade, deve-se sempre buscar interpretações benéficas dos dispositivos legais, que possam proteger e garantir o cumprimento do interesse coletivo. Não obstante, é baseado no princípio preservacionista da empresa que surgem o preenchimento de lacunas nas leis e/ou interpretações e, conseqüentemente, soluções novas de modo a preservar a atividade econômica e, com isso, o bem público.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> CARNEIRO, Paloma Torres. **A função social da empresa**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10318&revista\\_caderno=16](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10318&revista_caderno=16). Acesso em 16 de setembro de 2014

<sup>70</sup> BRASIL, Lei 11.101 de 2005. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm). Acesso em 10 de setembro de 2014

<sup>71</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ **APELAÇÃO CÍVEL Nº 452.277-2**, INTEIRO TEOR. Disponível em <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6157825/apelacao-civel-ac-4522772-pr-0452277-2/inteiro-teor-12294646>. Acesso em 12 de setembro de 2014.

Todavia, não se trata de um entendimento unânime, pois há entendimentos contraditórios, como se verifica no julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, senão vejamos:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CERTIDÃO NEGATIVA - CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO - IMPRESCINDIBILIDADE - ART. 52, DA LEI Nº 11.101/2005 E ART. 31, II, DA LEI 8.666/93 - RECURSO DESPROVIDO. De acordo com o art. 52, II, da Lei nº 11.101/2005, ao deferir o processamento da recuperação judicial, o Juiz 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. A Lei nº 8.666/93, em seu art. 31, II, inclui a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata entre os documentos comprobatórios da qualificação econômico-financeira da empresa. Além de contrariar disposições expressas da Lei, admitir que a agravante participasse de licitações ou recebesse valores sem que tivesse de apresentar certidão negativa de falência ou concordata/recuperação judicial ofenderia o princípio da isonomia e o princípio do interesse público, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de liminar.<sup>72</sup>

Tendo em vista que o mercado econômico é dependente da existência e manutenção saudável das empresas, destaca-se a relação entre a Lei de Falências e o princípio da preservação das empresas.

O princípio basilar da LFRE é o da preservação da empresa, especialmente diante dos interesses que em torno dela gravitam. Vale dizer, a empresa é a célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, porque, ao explorar a atividade prevista em seu objeto social e ao perseguir o seu objetivo (o lucro), promove interações econômicas (produção ou circulação de bens ou serviços) com outros agentes do mercado, consumindo, vendendo, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do País, não porque esse seja o seu objetivo final – de fato, não o é –, mas simplesmente em razão de um efeito colateral e benéfico do exercício da sua atividade.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS **AGRAVO DE INSTRUMENTO** – Cv 1.0079.13.004655-4/001 0084034-17.2013.8.13.0000 (1) Data do julgamento 23/04/2013. Acesso em 01 nov. 2014

<sup>73</sup> ANTUNES, José Engrácia. **Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório**. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 29-68, 2005.

Como já mencionado no segundo capítulo dessa pesquisa, nota-se a relação direta entre a preservação da empresa e a manutenção dos empregos e, via de consequência, a preservação da dignidade da pessoa humana, o que corrobora com a razão de ser para a existência da recuperação judicial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de licitação visa a garantir um tratamento igualitário para todos aqueles que pretendem contratar com o Poder Público. Logo, se traduz em um certame que é cheio de requisitos os quais pretendem dar eficiência e eficácia aos atos do Poder Público.

A Constituição da República, em seu artigo 37, define como se dá a licitação e a Lei 8.666/93 estabelece as condições e formas para cada caso específico.

De forma abreviada, o que distingue o contrato administrativo dos demais é a apresentação das chamadas cláusulas exorbitantes, consubstanciadas, que nada mais são que a atuação da Administração Pública como Poder Público, nesse ponto tem-se a inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido.

A Lei 11.101/05 trouxe a possibilidade da recuperação judicial das empresas, ou seja, deu aos empresários a possibilidade de voltar a participar do mercado econômico financeiro de forma ativa.

Tal se deu em conformidade com o princípio da preservação da empresa e da função social que essa exerce dentro da sociedade.

Ao longo da pesquisa, suscitou a possibilidade desse tipo de empresa, que está em recuperação judicial, participar de certames licitatórios, considerando os casos em que a recuperação se dá por culpa exclusiva do Poder Pública ante a existência da inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido, nesse tipo de contrato administrativo.

Sabe-se que os noventa (90) dias existentes nessa cláusula, em alguns casos, é o suficiente para que a empresa deixe de atuar no mercado econômico financeiro.

A jurisprudência não é uníssona nesse sentido, todavia, pugnamos pela possibilidade de participação da empresa que está em processo de recuperação judicial participar de novos certames licitatórios, até mesmo para que possa se restabelecer e continuar procedendo sua função social.

É de suma importância considerar, que esse ato não contraria o princípio da legalidade que também reveste, não apenas os contratos administrativos, mas todo

o procedimento de licitações, pois a não apresentação de certidão negativa não se reveste de ilegalidade.

Desse modo, em concordância com o prescrito pelo princípio da preservação da empresa, aquela que estiver em recuperação judicial, devido a existência da inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido, deve estar apta a participar de novos certames licitatórios e continuar exercendo sua função dentro da sociedade, gerando renda, mantendo os postos de emprego, dentre outros benefícios existentes.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 3 ed. São Paulo: Método, 2010.

ALMEIDA, Maria Christina de. **A Função Social da Empresa na Sociedade Contemporânea: Perspectivas e Prospectivas**. Disponível em [http://www.aTTmbito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10318&revista\\_caderno=16](http://www.aTTmbito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10318&revista_caderno=16). Acesso em 16 de setembro de 2014.

ANTUNES, José Engrácia. **Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório**. Revista Direito GV, v. 1, n. 2, p. 29-68, 2005.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. 3 ed., São Pulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. ANGHER, Anne Joyce [Org.]. Vade Mecum 8 ed. São Paulo: Rideel, 2011

BRASIL, LEI 11.101/05. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 15 de setembro de 2014

BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO- **Licitações e contratos**- Orientações Básicas. 3 ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006,

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **APELAÇÃO CÍVEL 1985141-84.2010.8.13.0024 (1)** Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira Data de Julgamento: 26/03/2013 Data da publicação da súmula: 05/04/2013. Acesso em 25 agosto de 2014

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO **RESP. 910.802/RJ**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJE 06/08/2008. Acesso em 25 agosto de 2014.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ **APELAÇÃO CÍVEL Nº 452.277-2, INTEIRO TEOR**. Disponível em <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6157825/apelacao-civel-ac-4522772-pr-0452277-2/inteiro-teor-12294646>. Acesso em 12 de setembro de 2014.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS **AGRAVO DE INSTRUMENTO** – Cv. 1.0079.13.004655-4/001 0084034-17.2013.8.13.0000 (1)  
Data do julgamento 23/04/2013. Acesso em 01 nov. 2014

BUDNHAK, Gerson Odacir; SANTOS, Silvana Duarte dos. **Princípio da preservação da empresa: um enfoque jurisprudencial.** Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7220](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7220). Acesso em: 26 abr. 2014.

CARNEIRO, Paloma Torres. **A função social da empresa.** Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10318&revista\\_caderno=16](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10318&revista_caderno=16). Acesso em 16 de setembro de 2014

CARVALHO, Luiz Eduardo Vacção da Silva. **O que a recuperação judicial tem a oferecer? Indicações de possíveis soluções ao empresário em crise.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24052>. Acesso em: 27 abr. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007

FILHO, Jose dos Santos Carvalho Filho **Manual de Direito Administrativo** 12.ed Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2005

GONÇALVES. Kildare Carvalho. **Direito Constitucional Didático.** Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

GUERRA, Sidney. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.** Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 28ed.São Paulo: Malheiros,2010

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 24 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos.** 11ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

NASCIMENTO. Sheila Ponciano do. **Uma abordagem do plano de recuperação extrajudicial e o liberalismo econômico do século XVIII.** Revista Jus Vigilantibus, São Paulo, 21.out.2005. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/18122>. Acesso em: 16 setembro de 2014

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Editora Gen/Método, 2011.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

SANTOLINI, Ricardo. **A recuperação extrajudicial e sua eficiência na sociedade brasileira**. Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura & artigo.id=12971&revista\\_caderno=8](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo.id=12971&revista_caderno=8). Acesso em 18 de setembro de 2014

SANTOS, Denys Carneiro Rocha dos. **Contrato administrativo e a aplicação da exceção do contrato não cumprido**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13368>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.