

A PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

THE PROHIBITION OF PARTICIPATION OF COMPANIES IN JUDICIAL RECOVERY IN PUBLIC BIDDING AND THE VIOLATION TO THE PRINCIPLE OF LEGALITY.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto¹

Resumo: Com o surgimento do Estado Moderno, formulação política que nos foi legada pelo liberalismo político – e que foi sua sustentação – o princípio da legalidade tornou-se uma das bases de todo o sistema de regulação do poder. Ao se proclamar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” adota-se um sistema de estrita legalidade, do que resultará que a relação do governo com o povo será “per lege” e “sub lege”. Considerando tais premissas, mostram-se equivocadas decisões administrativas e judiciais que, adotando interpretações extensivas de restrições de direitos (portanto não expressamente previstas em lei), impedem a participação de empresas privadas submetidas ao regime de recuperação judicial em licitações públicas, o que contraria todo o espírito da lei brasileira de regência. O que se vê em situações como esta é, mais uma vez, permitir que um juiz ou uma autoridade administrativa substitua a manifestação política de um parlamento, colocando em risco a democracia e seus mecanismos.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Legalidade. Ativismo Judicial. Democracia. Licitações Públicas. Recuperação Judicial.

Abstract: With the emergence of the Modern State, a political formulation that was left to us by political liberalism - and that was its support - the principle of legality became one of the bases of the whole system of regulation of power. Proclaiming that "no one shall be obliged to do or not to do anything other than by law" adopts a system of strict legality, from which it will turn out that the government's relationship with the people will be "per lege" and "sub lege". Considering these premises, misleading administrative and judicial decisions that, by adopting extensive interpretations of rights restrictions (thus not expressly provided by law), impede the participation of private companies is under judicial reorganization in public biddings, which runs counter to all spirit of Brazilian law of regency. What is seen in situations like this is, once again,

¹ Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto. Mestre e Doutor em Direito (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC (UNIVALI) e do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

to allow a judge or administrative authority to replace the political manifestation of a parliament, putting at risk democracy and its mechanisms.

Keywords: Constitutionalism. Legality. Judicial Activism. Democracy. Public bids. Judicial Reorganization.

INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado Moderno nos legou a ideia de submissão da vontade do detentor do poder ao previsto em lei, compreendida como norma geral e abstrata, construída a partir de regras previamente determinadas. Um governo submetido a leis e exercido por leis (governo “per lege” e governo “sub lege”). É bem verdade que tal compreensão atravessou longos anos, que serviram para sua consolidação, apresentando-se de várias formas e classificadas a partir do que se pretende destacar. No que diz respeito ao seu conteúdo material, em determinado momento se apresentou com características e compreensões mais liberais; em outro, com características mais sociais. Já no aspecto formal, em certo ponto se apresentou como um estado legislativo de direito, em outro como um estado constitucional de direito.

Contudo, o que se vê é que, ainda que transitando entre diversos modelos, um elemento sempre esteve presente e de modo crescente em importância: o princípio da legalidade, que pode ser resumido na cláusula constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal).

E é a partir dessa compreensão que se pretende abordar uma situação específica: a da proibição, por decisões administrativas e judiciais, de participação de empresas submetidas ao regime de recuperação judicial em licitações públicas.

A abordagem se dá a partir de considerações sobre o princípio da legalidade, com foco no inciso II do art. 31 da Lei 8.666/93, no qual está dito que “A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: [...] II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo

distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física”. Isso porque tal dispositivo detalha o que é necessário para a habilitação dos interessados no item ali mencionado, mas se refere, apenas e tão somente, a empresas em falência ou concordata, nada dizendo a respeito das empresas em recuperação judicial.

Dai a indagação: é possível ao intérprete (em decisão administrativa ou judicial) estender às empresas em recuperação judicial tal exigência que, caso não atendida, acarretará na proibição de sua participação no certame? Isso não viola o consagrado e consolidado princípio da legalidade?

1. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

1.1. O Estado de Direito liberal e o Estado de Direito Social.

De início é preciso fixar que a concepção de “Estado de Direito” que se utilizará aqui é aquela apresentada por Luigi Ferrajoli e atribuída a Norberto Bobbio, que se refere a duas situações: governo *sub lege*, ou submetido a leis, e governo *per lege*, ou exercido mediante leis gerais e abstratas².

Sua exata compreensão passa pelo reconhecimento de que seu ponto fundamental reside no poder, elemento que une as duas expressões, base de sua origem, o que se evidencia ao se examinar o poder político. Se para os adeptos do direito natural o elemento central do direito era a justiça, para os juspositivistas será a coação, manifestação do poder estatal, resultado de sua soberania e decorrente do pacto social³.

Afinal, se os homens – ao reconhecer que no estado de natureza a vida organizada é impossível (*homo hominis lupus*) – abrem mão de sua

² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Ed. Trotta, Madrid, 1995, p.856.

³ Isso, porém, não significa afirmar que os jusnaturalistas não entendessem a coatividade como elemento característico do Direito, apenas não lhe conferiam o mesmo peso. Consideravam a justiça como elemento central do Direito, característica minimizada pelos juspositivistas clássicos que, como já visto, o compreendiam mais como coação e menos como o que é (ou deveria ser) o justo. Mas, apesar dessa diferença entre o caráter valorativo e o caráter de autoridade, em um ponto concordavam: tanto para uns como para outros, a coação (o poder) tinha papel instrumental de grande importância na realização dos fins do Direito (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007. p. 116).

autonomia para reconhecer um estado de sociedade civil com limitações, só a coação bastaria para justificar o poder do Estado, organizado sob a forma de “Estado de Direito”. Assim, “Estado” e “Direito” se tornam inseparáveis com ênfase especial para a importância que assume o império da lei, vez que para que ocorra o Estado de Direito, fundamental será que o poder esteja submetido ao Direito, o que somente poderá ocorrer se houver um Estado onde esse mesmo poder esteja regulado e controlado por lei.

Dessa forma, pode-se definir o Estado de Direito como o Estado de Direito racional, isto é, o Estado que realiza os princípios da razão, para a vida em comum dos homens, tal como estavam formulados na tradição da teoria do Direito racional, e apresenta como características principais: 1) a renúncia a toda e qualquer ideia de um objetivo pessoal do Estado, já que seu objetivo é o interesse de todos os indivíduos; 2) a limitação das tarefas do Estado à liberdade e à segurança da pessoa e da propriedade; e, 3) a organização do Estado e a regulação de sua atividade segundo princípios racionais que giram em torno do reconhecimento de direitos básicos de cidadania (liberdades em geral), igualdade jurídica, garantia da propriedade, independência dos juízes, governo responsável e império da lei elaborada com participação da representação popular⁴.

Sem desconsiderar a importância da impessoalidade e da limitação das tarefas do Estado sustentada pelos liberais, a verdade é que – dos três aspectos mencionados – o último deles merece um destaque especial. Isso porque para a existência de um verdadeiro Estado de Direito é fundamental que o poder esteja submetido ao Direito, o que somente ocorrerá se houver um Estado em que ele, o poder, e a sua atividade, estiverem regulados e controlados pela lei. Daí o acerto em se afirmar que *“El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el ‘imperio de la ley’: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la voluntad general”*⁵.

Fixadas as bases, duas foram as formas pelas quais o Estado de Direito se apresentou: Estado de Direito Liberal e Estado de Direito Social. E ainda que se possam identificar elementos comuns entre essas duas formas, é

⁴ BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000.p.20.

⁵ DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3ª ed. Madrid: Taurus, 1998. p.29.

necessário estabelecer as diferenças entre o Estado de Direito, surgido no Século XIII, quando se deu o processo de organização dos territórios europeus, e o Estado de Direito Liberal decorrente do processo revolucionário ocorrido ao final da idade média e que inaugura a modernidade.

Frise-se que a relação entre essas duas categorias é de gênero e espécie⁶, afinal o liberalismo, conjunto de ideias que sustentou este Estado de Direito Liberal, adotou com todas as suas forças a ideia de império da lei, introduzindo uma nova compreensão de Constituição. Será esse o documento que expressará o império da lei, já que tudo estará submetido à Constituição, lei maior do Estado.

Com isso, o controle do poder político ocorre por seu intermédio, expressão maior do “império da lei”, sendo ainda por meio da Constituição que se evidencia a conexão entre Direito e poder. E isso ocorre porque: 1) o poder do Estado se exerce através do esquema estabelecido na Constituição; e 2) o poder social se faz estatal segundo os caminhos estabelecidos também pela Constituição, cabendo ainda ressaltar que as funções do Estado adquirem um significado especial, já que são exercício de poder, *“no de mero poder, sino de poder ejercido con arreglo a normas jurídicas, que está organizado por normas jurídicas y que actúa según y en virtud de normas jurídicas”*⁷.

Contudo, e apesar da forte base teórica desses postulados, ocorreu que o Estado de Direito Liberal levado a extremos deu origem a graves problemas, com especial ênfase para os de ordem social. Embora o individualismo associado a uma base de apoio escorada por uma sociedade burguesa-capitalista tenha possibilitado ao Estado Liberal sustentar um dos seus pontos fortes, a defesa intransigente da propriedade e sua colocação como “direito inviolável e sagrado” (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do

⁶ Há uma tendência a identificar “Estado de Direito” com “Estado Liberal”, o que pode ser explicado não só porque os fatos históricos que dão origem a um e a outro são os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante. Assim, apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado de Direito Social, o que se verá mais adiante (CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. I. p. 93).

⁷GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984. p.109.

Cidadão), de todas as suas insuficiências, não há dúvida de que esse fator desencadeou a maior delas.

Isso porque uma proclamação desse porte, em um contexto capitalista, gerou uma deficiente proteção aos direitos e liberdades daqueles que não eram proprietários, que nem mesmo direito a voto tinham, de modo que, a lei – que teoricamente era para ser vontade geral e expressão da soberania popular – tornou-se vontade de um pequeno grupo e expressão da “soberania nacional”⁸.

A partir daí surgiram outros problemas relacionados ao esvaziamento produzido pela influência juspositivista presente no Estado Liberal desde a sua formação. Foi através dele que se produziu a ideia de redução de Direito à lei, o que contribuiu para a construção do novo modelo político dotado de um instrumento materializado e não metafísico.

O resultado foi uma grande perda de substância do Estado, que se converteu em uma mera fórmula política vazia que poderia ser aplicada a todo e qualquer tipo de organização política. E, em função do distanciamento e da opção por ser uma fórmula vazia sem substância, o Estado de Direito Liberal chega ao final do Século XIX, com um quadro social dos mais desagradáveis em relação aos níveis de miséria e fome, indicando claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social.

E com o objetivo de superar as dificuldades apresentadas pelo Estado de Direito Liberal, surge como alternativa o modelo do Estado de Direito Social, formulação que intenta adaptar as bases do primeiro para nele incluir os direitos sociais revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Para tanto, sustentou-se que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um poder executivo forte, bem administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar a atividade econômica e social e construir um estado de bem estar social (*welfare state*).

Com isso, novas funções viriam a ser reservadas aos Estados, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes como na visão meramente liberal. Passariam a incorporar e declarar direitos sociais, prestações impostas ao Estado, que deveriam ser realizadas em favor dos mais desfavorecidos, o

⁸ DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. p.42.

que representa, sem dúvida alguma, uma grande transformação na estrutura do antigo Estado Liberal.

Contudo, isso não foi suficiente, já que – passados alguns anos de sua implementação – duas reações foram mortais para essa forma de manifestação do Estado de Direito: de um lado a reação marxista, a qual proclamou ser o Estado um instrumento de dominação e a necessidade de uma ditadura do proletariado; de outro, o Estados Totalitários, que transporta o poder para uma elite que se sobrepõe à massa e não mais uma classe social.

Desse modo, evidencia-se a fraqueza teórica de suas bases, deixando claro que o Estado Social não era superação alguma do Estado Liberal, mas sim um ideário onde os defeitos deste último ficaram apenas disfarçados, o que se atribuiu principalmente à fungibilidade ideológica própria e típica do Estado de Direito decorrente de sua adesão ao Positivismo Jurídico com a redução do Direito à lei. Em uma frase: o Estado de Direito tornou-se, a partir daí, uma fórmula vazia, aplicável a todo e qualquer Estado⁹.

Assiste-se então ao esgotamento do Estado de Direito como modelo base, o que dá espaço para o surgimento de uma nova concepção onde, além da vinculação formal, o Estado de Direito poderia oferecer uma vinculação substancial ao exercício do poder.

1.2. O Estado Constitucional de Direito.

É com a compreensão da necessária vinculação formal e material das normas com a Constituição, que se constrói a ideia de que é possível conceber-se duas formas de “Estado de Direito”: uma em sentido fraco (apenas formal) e outra em sentido forte (também substancial)¹⁰. Na primeira ele será apenas e

⁹ Elias Díaz acrescenta: “a pesar de todas sus protestas demogógicas y ‘revolucionárias’, la verdad es que el facismo continúa siendo capitalismo. Su crítica al individualismo y al abstancionismo liberal no alcanza y no pretende alcanzar el centro de esos mecanismos, que no es outro que ese capitalismo y esa burguesía. Al contrario, lo que hace es eliminar el obstáculo que para éste había llegado a representar el liberalismo a causa de la posible evolución y apertura de los sistemas liberales hacia la democracia y el socialismo. Evolución y apertura, en gran parte, impuesta por las exigencias de la nueva clase, el proletariado” (DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**, 1998, p. 57).

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, Ed. Trotta, Madrid, 1995. p.856.

tão somente um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos, ao passo que na segunda (sentido forte ou substancial), ele será entendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo¹¹.

A partir dessa separação se torna possível buscar a transformação necessária para a superação da anterior ideia de Estado de Direito e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento, já que essa divisão (a par das alterações na Teoria do Estado e na Teoria do Direito) importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade¹².

Importante registrar que, na visão de Ferrajoli, Estado de Direito em sentido forte ou substancial não é o mesmo que Estado Constitucional de Direito, já que a existência do primeiro não exige a presença de uma Constituição formal. Requer sim a submissão da lei a princípios normativos ligados às liberdades fundamentais e à separação de poderes, o que pode ocorrer sem a presença de uma Constituição. Contudo, de qualquer sorte, o que se têm é que mudam, em consequência, as condições de validade das leis, já que se tornam “*dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales*”¹³.

Subjacente a tudo isso há outra transformação que decorre diretamente do constitucionalismo rígido: a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só em

¹¹ Nas palavras de FERRAJOLI, no caso do primeiro (formal), designa ele “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”, ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa “sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos” (FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *In: Neoconstitucionalismo(s)*. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.p. 13).

¹² FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho, p.14.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho, p.18.

relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

Adota-se um constitucionalismo compreendido como um modelo de Estado de Direito em sentido forte ou substancial (para usar as palavras de Luigi Ferrajoli). Nele se evidencia a inegável centralidade da Constituição como resultado da convergência de duas tradições jurídicas. De um lado, como regra do jogo da competência social e política, guarda o acordo de mínimos que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos a fim de que sejam eles, em um espaço democrático e igualitário, *“quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico”*¹⁴. De outro, a compreensão da Constituição como a encarnação de um projeto político bem articulado, geralmente como o programa diretivo de uma empreitada que visa à transformação social e política¹⁵.

Essas duas concepções refletem os dois grandes momentos de construção do constitucionalismo ocidental e agora aparecem juntas, podendo-se afirmar que, se é correto que, no primeiro caso, o objetivo da Constituição seja determinar quem manda, como manda e até onde vai seu poder – em outras palavras, se o objetivo é o controle absoluto do poder –, no segundo caso, é condicionar o que deve ser objeto do exercício do poder de mando, ou seja, qual é a orientação política para as matérias nela previstas¹⁶.

O resultado disso será um constitucionalismo voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito. Para tanto, afirmará o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse

¹⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y poderación judicial. *In*: **Neosconstitucionalismo (s)**. CARBONELL, Miguel (edición). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005, p. 124.

¹⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y poderación judicial, 2005, p. 125.

¹⁶ Segundo as palavras de Luis Prieto Sanchís: “sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta donde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias” (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y poderación judicial 2005, p. 126).

processo¹⁷, processo que – ao seu final – se apresentará como um autêntico “câmbio genético” do antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito¹⁸.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS LACUNAS

Como visto acima, percebe-se com clareza que, a partir da construção do Estado de Direito e da superação dos regimes absolutistas antes existentes, seja fundado em bases liberais, seja fundado em bases sociais, o fato é que nunca se dispensou o princípio da legalidade. A compreensão de que a lei é o elemento central de toda e qualquer forma de controle do poder político, nunca esteve afastada da visão daqueles que construíram o Estado Moderno.

Se antes, no estado legislativo de direito, tal se mostrou insuficiente, a solução jamais passou pelo abandono da legalidade, mas sim pelo seu considerável reforço, procedendo-se uma migração dos direitos fundamentais: da lei (em sentido estrito) para a Constituição, documento dotado de supremacia e de rigidez, fórmula que coloca os direitos a salvo da maioria, dando outro sentido à democracia.

Além disso, é preciso recordar que, das vantagens que o princípio da legalidade oferece, a mais evidente é a uniformização das situações em que poderá ser atendido, já que a previsão constitucional de Direito não alcança todas as hipóteses para seu exercício. Trata-se de uma impossibilidade técnica insuperável. O longo caminho entre a previsão abstrata e a realidade do Direito tem sido marcado por uma série de detalhes que, caso não observados atentamente, podem resultar na criação de situações de concessão em casos inadequados ou de negativa em casos merecedores. A igualdade também deve ser prestigiada e a isso igualmente serve o uso da lei como mecanismo de regulação do poder.

Em síntese: com a retomada das constituições tem-se um modelo de direito em que não só a existência das normas está vinculada a sua forma de

¹⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2ª ed. Campinas: Millennium Editora, 2006. p.20.

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**..Tradução de Monica de Sanctis Vaina. São Paulo: Saraiva, 2011.p.33.

produção, mas também os critérios substanciais de reconhecimento de sua validade, os quais estão colocados, artificialmente, pelo próprio direito positivo.

Mas se de um lado isso é certo e constatado pela simples análise do sistema, não menos verdade é a crescente inserção dos princípios constitucionais e a abertura proporcionada por eles no sistema normativo-positivista. É o que tem sido chamado de “problema do pan-principiologismo”, onde ocorre o “crescimento criativo de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo convenientemente o nome de princípios, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar”¹⁹.

Vale dizer: a objetividade que se procurou obter com o positivismo jurídico, e suas principais características (identificação do que é direito com o que esta previsto em lei, impessoalidade e normas gerais e abstratas), perdeu-se com a adoção de uma lógica principialista, possibilitadora de uma enorme margem interpretativa, nem sempre acompanhada da legitimidade para tanto.

Em função disso é que vários autores passaram a identificar riscos na adoção do que tem sido chamado de “constitucionalismo de princípios”, os quais podem ser assim sintetizados: adoção de uma espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo conhecido como cognotivismo ético; enfraquecimento do papel normativo das constituições e, portanto, da hierarquia das fontes e, por fim, “o ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação da jurisdição”²⁰.

E é nesse cenário que surge um segundo ponto a ser analisado: quem, e como, preencherá as lacunas do sistema normativo?

Tal questão, nas primeiras versões do Estado de Direito, não era efetivamente um problema. Afinal, na compreensão dos liberais revolucionários e sua ferrenha fuga do absolutismo, além de negarem a existência de lacunas

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.67

²⁰ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**, 2012. p.27.

(para tanto basta ver o art. 4º, do Código Civil Francês de 1804), entendiam que o Juiz era um “escravo da lei”, com sua atividade totalmente limitada pela separação de poderes.

Nas palavras de Chain Perelman, tal retrata uma concepção que:

[...] identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor. A doutrina da separação dos poderes é ligada à uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por sua vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora ²¹.

Mais à frente o mesmo autor destaca:

Ora, o artigo 4 do Código de Napoleão, ao proclamar que o Juiz não pode recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, obriga-o a tratar o sistema de direito como completo, sem lacunas, como coerente, sem antinomias e como claro, sem ambiguidades que dêem azo a interpretações diversas. Somente diante de um sistema assim é que o papel do juiz seria conforme à missão que lhe cabe, a de determinar os fatos do processo e daí extrair as consequências jurídicas que se impõe, sem colaborar ele próprio na elaboração da lei ²².

Assim, tem-se como consolidado que, efetivamente, somente na vigência de um Estado Constitucional de Direito – com sua abertura interpretativa determinada pelo reconhecimento normativo dos princípios – é que tal questão emergiu.

Tal fato, ainda, veio adensado por outra constatação. Vivemos em sociedades crescentemente complexas, especialmente no que se refere a demanda pelo reconhecimento de direitos. Daí deriva uma falta de consenso no parlamento, o que se reflete na produção de textos normativos dotados de elevado grau de abertura interpretativa. Isso faz surgir, em lugar do “grande sábio” legislador, um “grande sábio” judicial, não raro acompanhado de um “paternalismo judiciário”, já que o juiz é que se torna (ou se coloca) como o protagonista maior na concretização daquele direito constitucionalmente previsto, apesar das dúvidas a respeito de sua legitimidade para tanto.

²¹ PERELMANM Chain. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1999. p. 32.

²² PERELMANM Chain. **Lógica Jurídica: nova retórica**, 1999. p.34.

Aliado a isso, assiste-se a uma padronização do discurso político, vale dizer, torna-se cada vez mais difícil identificar diferenças entre os políticos ou governantes que se apresentam. A impressão que se tem é que todos dizem a mesma coisa e apostam suas diferenças apenas e tão somente (não que não sejam importantes) em modelos gerenciais. E para que se dê o consenso, necessária a aproximação das teses opostas, o que resulta na abertura do texto legal, relegando ao intérprete/aplicador a missão de dar contornos mais específicos ao direito normatizado.

Não penso, importante dizer também, que tal movimento seja de todo negativo. Ao contrário, não é nenhum absurdo afirmar que diversos direitos, especialmente os direitos sociais, jamais seriam implementados sem decisões judiciais impondo sua concretização. E é por esta razão que há de se reconhecer a existência de um irreduzível espaço de discricionariedade na atividade jurisdicional.

Mas, voltando à questão das lacunas – e seu confronto com o princípio da legalidade – Norberto Bobbio já alertava que nem sempre é deferido ao interprete preencher as lacunas do sistema legal. Ao tratar delas, o autor foi claro ao destacar que existem dois tipos de lacunas: próprias e impróprias, sendo que as do primeiro tipo são as lacunas do sistema ou dentro do sistema, ao passo que as do segundo tipo (impróprias), derivam “*da comparação do sistema real com o sistema ideal*”. E prossegue:

Num sistema em que cada caso não-regulamentado faz parte da norma geral exclusiva (como é geralmente um código penal, que não admite extensão analógica) não pode haver outra coisa além de lacunas impróprias. O caso não-regulamentado não é uma lacuna do sistema porque só pode pertencer à norma geral exclusiva, mas, quando muito, é uma lacuna que diz respeito a como deveria ser o sistema. Temos a lacuna própria somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não-regulamentado pode ser encaixado tanto numa como na outra²³.

A importância da distinção aparenta evidente. Isso porque existem inúmeras situações de direitos normativamente reconhecidos que apresentam lacunas claramente impróprias, as quais buscam a complementação do sistema pela compreensão do que seria o sistema ideal de que fala Bobbio. E prossegue o mestre italiano:

²³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5ª ed., Editora Universidade de Brasília: Brasília, 1994, p. 143.

[...] o que têm em comum os dois tipos de lacunas é que designam um caso não-regulamentado pelas leis vigentes num dado ordenamento jurídico. O que as distingue é a forma pela qual pode ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas, e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete²⁴.

Assim, entender que todas as lacunas podem e devem ser preenchidas por métodos hermenêuticos, especialmente pela tão usada analogia ou ainda, por uma simples e abstrata aplicação de princípios constitucionais, independentemente de previsão legal, abre a possibilidade de confrontação com o princípio da legalidade que, como demonstrado, não convive adequadamente com alargamentos indevidos do objeto de sua regulamentação. A pretensão maior do Estado Constitucional de Direito, especialmente com seu aliado inseparável que é o positivismo jurídico, é a de que a democracia somente se realiza quando fundada em normas gerais e abstratas pautadas na manifestação da vontade popular.

3. LICITAÇÕES E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1. As licitações públicas e o princípio da legalidade

Partindo-se da premissa que a democracia se realiza desde que fundada em normas gerais e abstratas, e que o princípio da legalidade não convive satisfatoriamente com alargamentos indevidos do objeto de sua regulamentação, é que o ordenamento jurídico brasileiro prevê forma e procedimento próprio para contratações públicas.

Como bem afirma Rafael Bielsa, para que a Administração Pública possa exercer sua atividade multiforme, vale-se de contratos de serviços e bens de terceiros, por tal motivo, sua causa jurídica, baseada numa situação fática, é sempre parte essencial dos contratos²⁵. Ou seja, não poderia a lei deixar a escolha do fornecedor ou prestador de serviços a critério exclusivo do gestor.

A Constituição Federal ao tratar da matéria deferiu a competência privativa para “normas gerais de licitação e contratação” à União Federal (art.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 1994, p. 144.

²⁵ BIELSA, Rafael. **Derechi administrativo**, T. II, Buenos Aires, Dapelma, 1955. p. 157

22, XXVII, CFRB), estipulando, ainda, a obrigatoriedade de licitação conforme previsão contida no art. 37, inciso XXI:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A norma reguladora, no ordenamento pátrio, é a Lei Federal n. 8.666/93, de 21.6.93, que instituiu o Estatuto dos Contratos e Licitações, prevendo normas gerais, princípios, modalidades, procedimento, considerado, nas palavras de Carvalho Filho, como “fonte legislativa primária disciplinadora das licitações”, cuja natureza jurídica é de procedimento administrativo com um fim (de interesse público) seletivo²⁶.

Ao delinear a fase de habilitação para participação das empresas em certames licitatórios, a Lei de Licitações elencou documentos exigíveis para o certame e que devem, nos termos delineados pela Constituição Federal, restringir-se à “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

São cinco os aspectos possíveis previsto na Lei que aferem a habilitação dos candidatos: 1) habilitação jurídica, 2) qualificação técnica, 3) qualificação econômico-financeira, 4) qualificação fiscal e trabalhista e 5) cumprimento do disposto no inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal²⁷.

Em síntese, o primeiro item se refere à regularidade formal do candidato e sua possibilidade jurídica de participação no certame; o segundo item é meio descrito pela lei para aferir a aptidão operacional e técnica do licitante para a execução contratual; o quarto item elenca os documentos necessários a comprovar que o pretense contratado esta quite com suas obrigações fiscais e o quinto item trata da vedação de trabalho do menor ²⁸

Quanto ao terceiro item citado acima, qual seja, a qualificação econômico-financeira, a Lei, em seu artigo 31, no que toca ao aspecto que aqui

²⁶ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 238 e 240.

²⁷ Art. 27 da Lei 8.666/93.

²⁸ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 2014, p. 289/290

nos interessa, limitou a documentação relativa qualificação econômico-financeira a balanços patrimoniais e demonstrações contábeis, garantia da proposta e certidão negativa de falência ou concordata. Lá esta dito:

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

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

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

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Aliás, segundo a doutrina,

*exige-se dos licitantes, entre outras, a qualificação econômico-financeira, que será composta por um conjunto de dados e informações condizentes com a natureza e as características/especificidades do objeto, capazes de aferir a capacidade financeira da licitante, em relação aos compromissos que terá que assumir, caso lhe seja adjudicado o contrato. Portanto, a qualificação econômico-financeira objetiva verificação da capacidade econômica do particular, de forma que fique resguardada a existência de condições suficientes e compatíveis com a posterior execução contratual*²⁹.

Trata-se de fase subjetiva do processo licitatório. Nas palavras de Helly Lopes Meirelles, com a qualificação econômico-financeira busca-se aferir a "capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato"³⁰. A referida exigência tem como claro objetivo garantir à Administração Pública contratar empresas que estejam aptas ao cumprimento das obrigações impostas.

Em nenhum momento, todavia, como se pode observar, a lei elencou a recuperação judicial como vedação à participação nos certames, tratou apenas da necessidade de certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física.

²⁹ CHARLES, Ronny. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 7. Ed. Salvador: JusPodvm, 2015; p. 371-372.

³⁰ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993 p. 130.

Para que se possa melhor compreender a indevida restrição de participação de empresas em recuperação judicial nas licitações públicas, importante entender como se dá o instituto no nosso ordenamento jurídico.

3.2. A recuperação judicial no Brasil

A recuperação judicial no Brasil surgiu com a Lei n. 11.101/05, denominada “Nova Lei de Falências”, que veio a substituir o Decreto-Lei n. 7.661/45 vigente por sessenta anos e regulando o processo falimentar no país.

A citada lei (Lei n. 11.101/05) incorporou no seu teor uma “tendência moderna de tentar inicialmente recuperar a empresa, apresentando mecanismos para tanto”³¹. A norma trouxe, então, hipóteses de recuperação judicial, extrajudicial e falência, com considerável atraso, visto as principais nações já desde a década de 70, possuírem em seus sistemas jurídicos, mecanismos de enfrentamento da crise empresarial.

Ainda no incipiente projeto de lei que originou a nova Lei de Falências – Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003 - ficou nítido o propósito de propiciar à atividade empresarial um instrumento que lhe outorgasse segurança e agilidade visando impulsionar o crescente ambiente econômico no país³².

A Lei 11.101/05 trouxe duas modalidades de recuperação: a judicial e a extrajudicial.

Ao tratar da recuperação judicial a lei dispõe que:

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

Gladston Mamede leciona que com essa definição legal, a recuperação judicial visa proteger: “(1) a preservação da empresa, (2) sua função social e (3) o estímulo a atividade econômica.”³³.

³¹ CLARO, Calor Roberto. **Recuperação Judicial: sustentabilidade e função social da empresa**. São Paulo: LTR, 2009, p. 153.

³² **SENADO FEDERAL. Comissão de Assuntos Econômicos. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005**. Parecer n. 543. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 10.3.19.

³³ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2014. p.123.

É, pois, uma medida de cunho pré-falimentar, que pode ser pleiteada, nos termos do disposto no art. 96, inciso VII da Lei, até o decênio legal para defesa de um pedido de falência.

Por conseguinte, é utilizada pela empresa em crise visando evitar a decretação da falência, permitindo que o legitimado crie e apresente a certos grupos de credores um plano de reestruturação de débitos e atividades empresariais. Assim, a empresa reconhece a sua incapacidade de continuar a exercer suas atividades, tendo no mecanismo de recuperação judicial a possibilidade de “promover a superação do estado de crise econômico-financeira, tais como a reestruturação das dívidas, a alteração do controle acionário, a readequação do ativo patrimonial e reorganização societária, entre outras”³⁴.

A recuperação extrajudicial da empresa esta prevista nos artigos 161 a 167 da Lei aqui referenciada. Gladston Mamede ao conceituar o instituto, ensina que

Trata-se de mais uma expressão da compreensão da recuperação da empresa como um assunto ao qual o Estado é convocado apenas acessoriamente, para garantir estabilidade e exequibilidade ao que for deliberado, bem como para assegurar que a dimensão coletiva, assemblear, da tomada de decisão, impeça que a vontade arbitrária, isolada, de um ou alguns possa atuar a dos demais e, principalmente, contra os princípios da preservação da empresa e sua função social.³⁵

É procedimento concursal, de ordem preventiva, que possui fase preambular espontânea de contratação, e outra, ou final, submetida à formalização judicial.

Ressalva-se ainda, pela relevância, que diferentemente da extinta concordata, prevista no Decreto-lei n. 7.661/45 a qual comportava, em síntese, apenas o perdão parcial dos débitos, a dilação dos prazos de pagamentos ou a combinação de ambas as hipóteses como medidas; a recuperação judicial, instituída pela Lei 11.101/05, veio agregada a diversas formas de evitar a falência empresarial, como por exemplo: 1) concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, 2) transformação, cisão, fusão ou incorporação da sociedade, 3) trespasse ou arrendamento do estabelecimento, 4) venda parcial de bens, 5) redução

³⁴ RAMMÊ, Adriana Santos. **Recuperação Judicial & Dívidas Tributárias: a preservação da empresa como fundamento constitucional de ajuda fiscal**. 2013, p.88.

³⁵ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. 2014. p.212.

salarial, compensação de horas e redução de jornada, 6) alteração de controle acionário, 9) aumento de capital social³⁶.

Nos Estados Unidos denomina-se tal concessão como “*cram down*”, cujo modelo tem como principal característica impedir injusta discriminação entre credores, atuando o Estado diretamente na tentativa de recuperar a empresa, com intuito de ver o retorno das atividades e satisfazendo sua capacidade lucrativa e atingindo sua finalidade social.

Elucidados tais preceitos, será analisado como as decisões judiciais a administrativas, adotando interpretações extensivas de restrições de direitos (portanto não expressamente previstas em lei), impedem equivocadamente a participação dessas empresas em recuperação judicial nas licitações públicas, contrariando todo o espírito da lei brasileira de regência. O que, por conseguinte, coloca em risco a democracia e seus mecanismos, vez que se permite que um juiz ou uma autoridade administrativa substitua a manifestação política de um parlamento.

4. A INDEVIDA RESTRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Como já destacado, além de se constituir em base de todo o ordenamento jurídico atendendo a lógica do Estado Democrático e Constitucional de Direito, o princípio da legalidade se manifesta em todas as áreas abrangidas pela normatização, até mesmo nas relações privadas. Nas relações com o poder público, com mais razão e evidência, sua presença é fundamental, posto que além de impedir a violação da impessoalidade, promove a igualdade nos tratos das questões da “*res publica*”.

Nas precisas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o comando emitido pelo inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal, no que diz respeito a essa matéria, significa dizer que “[...] *a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar*

³⁶ BRASIL, Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e a sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/lei/l11101.htm. Acesso em: 10/3/19.

*obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei*³⁷.

Atento a isso, a questão que aqui se pretende colocar diz respeito a algo que, além de fazer emergir todo o conjunto conceitual que envolve nossa estrutura política, e que faz desaparecer a possibilidade de um simples equacionamento dada a complexidade do tema, põe em relevo os fundamentos do Estado Constitucional de Direito.

Ao tratar dos requisitos de participação das empresas em certames licitatórios, como visto, a Lei 8.666/93, e no que toca ao aspecto que aqui nos interessa, em seu artigo 31 tratou da proibição que tem fundamentado a proibição de participação de empresas em recuperação judicial.

Ora, não há dúvida de que referida exigência tem como claro objetivo garantir à Administração Pública contratar empresas que estejam aptas ao cumprimento das obrigações impostas, de modo que a verificação do aspecto técnico e econômico-financeiro através da apresentação dos referidos documentos mostra-se indispensável para tal finalidade.

Mas aqui é que surge um necessário questionamento: que da lei de licitações, cumprindo o comando constitucional, decorre a impossibilidade de participação em procedimento licitatório de empresas que estejam em falência ou concordata, não há dúvida. Mas pode daí decorrer que tal vedação alcance também empresas em recuperação judicial?

Minha conclusão é que não. Afinal, a lei que disciplina a recuperação judicial, como acima delineado, é posterior à Lei de Licitações, daí porque obviamente seria impossível a esta última fazer tal previsão, não cabendo aqui o uso de analogia ou de qualquer outro mecanismo de complementação interpretativa.

Como já visto e seguindo a lição de Norberto Bobbio, estamos diante de uma lacuna do tipo imprópria, posto que seu preenchimento se dá a partir do que se entende como o sistema ideal, mas que não foi previsto pelo legislador. Aqui, não há como simplesmente se incluir a recuperação judicial por analogia, entendendo-se que tal situação se equipara (ou se iguala) a concordata ou falência. Linhas atrás já se destacou as diferenças entre tais institutos, não

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 65.

sendo possível entender-se que somente ocorreu uma mera substituição.

Além disso, inviável o uso da analogia. Para tanto, recorde-se a doutrina de Carlos Maximiliano, enfático ao apontar que

[...] em matéria de privilégios, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia. [...] Quando o texto contém uma enumeração de casos, cumpre distinguir: se ela é taxativa, não há lugar para o processo analógico; se exemplificativa apenas, dá-se o contrário, não se presume restringida a faculdade do aplicador do direito. A própria linguagem indica, em geral, a conduta preferível, não raro as palavras – só, somente, apenas e outros similares deixam claro que a enumeração é taxativa³⁸.

Portanto, trata-se de uma norma restritiva de direito, não havendo condições que uma pretensa concorrente de certames públicos ser prejudicada pelo acréscimo, por analogia, de uma exigência - repita-se - não prevista em lei.

E mais, mesmo que assim não fosse, a analogia (ou o paradigma para a lógica) é forma de integração do direito que atende a sua vocação para expandir-se além dos casos expressamente regulamentados. Mas para que isso ocorra, é essencial que haja uma semelhança relevante.

Nas palavras de Bobbio,

para que se possa tirar a conclusão, quer dizer, para fazer a atribuição ao caso não-regulamentado das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências³⁹.

Não é isso o que ocorre entre a recuperação judicial e a concordata, institutos completamente diferentes.

Como visto anteriormente, a concordata era concedida pelo juiz como um "favor legal", desde que atendidos os requisitos previstos no Decreto-lei n. 7.661/45, na qual se permitia apenas o perdão parcial dos débitos e/ou a dilação dos prazos de pagamentos.

Já a recuperação judicial, considerada de caráter contratual e, portanto, mais flexível, visa precipuamente a preservação da empresa e da sua função

³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 174.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 1994, p. 153.

social, dispondo de inúmeros recursos para evitar a decretação da falência, incluindo métodos diversos daqueles previstos em lei que não afrontem a norma de ordem pública, a moral, a boa-fé e a função social do contrato, entre elas.

Valido aqui, relembrar o conceito legal que de acordo com o art. 47 da Lei n. 11.101/05:

"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".

Como se vê, o benefício da recuperação judicial está diretamente relacionado à observância dos princípios da preservação da empresa e da sua função social, de modo a proporcionar não só a continuidade da atividade negocial, mas também que os interesses metaindividuais de trabalhadores, consumidores e demais pessoas relacionadas - e afetadas - sejam plenamente considerados face a uma situação de crise econômico-financeira. Afinal,

"o princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais dos trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial"⁴⁰.

Logo, é evidente o contraste entre os dois institutos, pois enquanto a concordata preocupava-se principalmente com o direito dos credores, possuindo poucas opções para assegurar ao devedor a continuação da atividade empresarial, a recuperação judicial apresenta-se como um instituto mais flexível, dando maior liberdade aos credores e aos empresários definirem os meios mais eficazes para recuperarem a empresa em crise, assegurando a observância dos princípios acima mencionados.

Também por isso, inviável o uso da analogia.

Por fim, não se desconhece a regra prevista no art. 52, inciso II, da Lei de Recuperação Judicial:

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

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 2014, p. 80.

[...]

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

No entanto, entendo que referido texto legal não pode ser interpretado no sentido de estar a empresa em recuperação judicial proibida de contratar com o Poder Público. Pelo contrário, a norma em questão visa assegurar que a Administração Pública tenha plena ciência da recuperação judicial no momento da contratação, servindo apenas como forma de controle da situação econômico-financeira da empresa licitante, e não de requisito excludente.

Ademais, vale acrescentar que, "*estando a contratada em processo de recuperação judicial, é dever do contratante assumir uma postura mais ativa na fiscalização, com a demonstração de que a execução do contrato não está sendo comprometida em virtude da circunstância de o contratado estar em recuperação judicial*"⁴¹

Por fim, importante dizer que diferente não tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, colegiado responsável pela uniformização interpretativa do direito federal comum:

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

8. Agravo regimental provido, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar." (AgRg na MC 23.499/RS, rel. Ministro Humberto Martins, rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18.12.14). (grifei)

Por fim e mais recente:

⁴¹ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4. Ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 250.

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

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele

prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça' (Enunciado Administrativo n. 2).

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

3. À luz do princípio da legalidade, 'é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa' (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO

GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

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

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada

dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função

social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

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

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial." (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018).

Por tudo isso, obstar a participação de pessoa jurídica em recuperação judicial em certames licitatórios, viola o princípio da legalidade. Outrossim, vai de encontro com o proposto pelo próprio instituto, implicando no agravamento da crise financeira da empresa sob o regime de recuperação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto acima, é claro que a partir da construção do Estado de Direito e da superação dos regimes absolutistas antes existentes, seja fundado em bases liberais, seja fundado em bases sociais, nunca se dispensou o princípio da legalidade. A compreensão de que a lei é o elemento central de toda e qualquer forma de controle do poder político, nunca esteve afastada da visão daqueles que construíram o Estado Moderno.

Se antes, no estado legislativo de direito, tal se mostrou insuficiente, a solução jamais passou pelo abandono da legalidade, mas sim pelo seu considerável reforço, procedendo-se uma migração dos direitos fundamentais: da lei (em sentido estrito) para a Constituição, documento dotado de supremacia e de rigidez, fórmula que coloca os direitos a salvo da maioria, dando outro sentido à democracia.

Além disso, é preciso recordar que, das vantagens que o princípio da legalidade oferece, a mais evidente é a uniformização das situações em que poderá ser atendido, já que a previsão constitucional de Direito não alcança todas as hipóteses para seu exercício.

Todavia, a objetividade que se procurou obter com o positivismo jurídico, e suas principais características (identificação do que é direito com o que esta previsto em lei, impessoalidade e normas gerais e abstratas), perdeu-se com a adoção de uma lógica principialista, possibilitadora de uma enorme margem interpretativa, nem sempre acompanhada da legitimidade para tanto.

Fato é que vivemos em sociedades complexas, em especial no que concerne a demanda pelo reconhecimento de direitos. Daí deriva uma falta de consenso no parlamento, que se reflete na produção de textos normativos dotados de elevado grau de abertura interpretativa. Isso faz surgir, em lugar do “grande sábio” legislador, um “grande sábio” judicial, já que o juiz é que se coloca como o protagonista maior na concretização daquele direito constitucionalmente previsto, apesar das dúvidas a respeito de sua legitimidade para tanto.

Entender que todas as lacunas podem e devem ser preenchidas por métodos hermenêuticos, especialmente pela tão usada analogia ou ainda, por uma simples e abstrata aplicação de princípios constitucionais,

independentemente de previsão legal, abre a possibilidade de confrontação com o princípio da legalidade que, como demonstrado, não convive adequadamente com alargamentos indevidos do objeto de sua regulamentação.

A partir dessa compreensão é possível verificar que a proibição, por decisões administrativas e judiciais, de participação de empresas submetidas ao regime de recuperação judicial em licitações públicas, viola o consagrado e consolidado princípio da legalidade.

Isso porque, com foco no inciso II do art. 31 da Lei 8.666/93, no qual detalha o que é necessário para a habilitação econômico-financeira dos interessados nos certames públicos, se refere, apenas e tão somente, a empresas em falência ou concordata, nada dizendo a respeito das empresas em recuperação judicial. Portanto, por se tratar de uma norma restritiva de direito, não pode uma pretensa concorrente ser prejudicada pelo acréscimo, por analogia, de uma exigência - repita-se - não prevista em lei.

Não é, pois, dado ao intérprete (em decisão administrativa ou judicial) estender às empresas em recuperação judicial tal exigência sob pena de violação ao consagrado e consolidado princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTAS CITADAS

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.

BIELSA, Rafael. **Derechi administrativo**, T. II, Buenos Aires, Dapelma, 1955.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000.

BRASIL, Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e a sociedade empresária.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2ª ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.
- CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 7. Ed. Salvador: JusPodvm, 2015.
- CLARO, Calor Roberto. **Recuperação Judicial: sustentabilidade e função social da empresa**. São Paulo: LTR, 2009.
- COELHO, Fabio Uihôa. **Curso de Direito Comercial: direito da empresa**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. I.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3ª ed. Madrid: Taurus, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. *In: Neoconstitucionalismo(s)*. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4. Ed., São Paulo: Malheiros, 2016.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense: 2009.
- MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- PERELMANM Chain. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

RAMMÉ, Adriana Santos. **Recuperação Judicial & Dividas Tribuárias: a preservação da empresa como fundamento constitucional de ajuda fiscal**. Curitiba: Juruá, 2013.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y poderación judicial. *In: Neosconstitucionalismo (s)*. CARBONELL, Miguel (edición). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

SENADO FEDERAL. **Comissão de Assuntos Econômicos**. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**..Tradução de Monica de Sanctis Vaina. São Paulo: Saraiva, 2011.