

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
MARGARETH SUZANA TRAVESSONI GOMES

**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E OS EFEITOS DA FALÊNCIA NO
CONTRATO ADMINISTRATIVO: PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Nova Lima
2015

MARGARETH SUZANA TRAVESSONI GOMES

**A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E OS EFEITOS DA FALÊNCIA NO
CONTRATO ADMINISTRATIVO: PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Linha de pesquisa: As sociedades empresárias e suas atividades

Orientador: Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo

Nova Lima

2015

TRAVESSONI GOMES, Margareth Suzana

G633 p A preservação da empresa e os efeitos da falência no contrato administrativo: parcerias público-privadas. Margareth Suzana Travessoni Gomes - Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2015.

98 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Referências: f. 87- 95

1. Preservação da empresa. 2. Falência. 3. Contrato administrativo. 4. Cláusula resolutória expressa. 5. Validade. 6. Realização do ativo. 7. Licitação. I. Gontijo, Vinicius José Marques. II. Faculdade de Direito Milton Campos III. Título

CDU 347.736 (043)
347.72



Dissertação intitulada “*A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E OS EFEITOS DA FALÊNCIA NO CONTRATO ADMINISTRATIVO: PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS*”, de autoria da mestrande **MARGARETH SUZANA TRAVESSONI GOMES**, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo Junior
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Nova Lima, ___ de _____ de, 2015

Ao meu querido esposo, Jairo, pelo incentivo, companheirismo e amor.

AGRADECIMENTOS

À minha querida mãe, pelo constante incentivo aos estudos e pela dedicação infinita.

Ao meu orientador, Professor Doutor Vinícius José Marques Gontijo, grande amigo e mestre incansável, sempre iluminando os caminhos.

Aos professores que estiveram presentes em minha trajetória, colaborando para meu crescimento. A todos, minha eterna admiração e respeito.

RESUMO

Neste trabalho, o objetivo é averiguar a possibilidade de continuidade do contrato administrativo, mais especificamente o contrato administrativo de parceria público-privada, quando da falência da sociedade empresária que celebrou o contrato com a Administração Pública. São analisados os instrumentos normativos que regem os institutos da falência, da licitação e do contrato administrativo, quais sejam, a Lei de Falências, Lei n. 11.101/2005; a Lei de Licitações, Lei n. 8.666/93; a Lei de Concessões, Lei n. 8.987/1995; e a Lei de Parcerias Público-Privadas, Lei n. 11.079/2004. São estudados os princípios que norteiam cada instituto, bem como a possibilidade de conciliação desses princípios em prol do interesse público. Assim, apresenta-se com este estudo uma possibilidade à Administração Pública de preservação do contrato administrativo, considerando os princípios do interesse público e da eficiência administrativa, manifestada na continuidade do serviço público prestado. Ao mesmo tempo, demonstra-se o interesse público também na preservação da empresa, por meio do estímulo à atividade econômica e da geração e manutenção de postos de trabalho. Procurou-se conciliar os princípios de Direito Administrativo e os princípios do Direito Empresarial para a propositura de uma alternativa possível e em conformidade com os diplomas legais em vigor. Concluiu-se pela possibilidade de continuidade do contrato administrativo durante o processo falimentar e após a venda dos ativos da massa, por meio da transferência do contrato administrativo àquele que atender aos requisitos exigidos para a execução do objeto contratual e se comprometer a cumpri-lo em sua integralidade, além de ter oferecido, no processo judicial de realização dos ativos, a melhor proposta pela massa falida.

Palavras-chave: Preservação da empresa. Falência. Contrato administrativo. Cláusula resolutória expressa. Validade. Realização do ativo. Licitação.

ABSTRACT

The Dissertation aims to investigate the possibility of continuity of the administrative contract, specifically the administrative contract of public-private partnership, when occurs the collapse of the society which has entered into an agreement with the Public Administration. Regulatory instruments about the bankruptcy, the bid and the administrative contract are analyzed, such as the Bankruptcy Law, Law n. 11.101 / 2005; the Public Bidding Law, Law n. 8666/93; the Concessions Law, Law n. 8987/1995; and the Law on Public-Private Partnerships, Law n. 11.079 / 2004. The principles that guide each institute as well as the possibility of reconciliation of these principles in the behalf of the public interest are studied. Thus, this study shows a possibility to the Public Administration to preserve the administrative contract, considering the principles of public interest and administrative efficiency, manifested in the continuity of the public service provided. At the same time, it shows up also the public interest in preserving the company, by stimulating economic activity and the generation and maintenance of jobs. It sought to reconcile the principles of administrative law and the principles of business law to bring to light a possible alternative in accordance with the laws in force. The result achieved by the study is the possibility of continuity of administrative contract during the bankruptcy proceedings and after the sale of bulk assets, by transferring the administrative contract to whom that fills the requirements for the execution of the contractual object and commit to stick to it in its entirety, and have offered in the judicial process of realization of assets, the best proposal for the Estate.

Keywords: Company preservation. Bankruptcy. Administrative contract. *Ipso facto* clause. Validity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	A FALÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	10
2.1	Noções de falência no direito brasileiro.....	10
2.2	O princípio da preservação da empresa.....	14
3	OS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE OS CONTRATOS DO FALIDO.....	18
3.1	Os efeitos da falência sobre os contratos bilaterais do falido.....	19
3.2	A paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental na Medida Cautelar 23.499 (REsp.1.471.315).....	28
3.3	O contrato administrativo como contrato bilateral.....	33
4	A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO E O CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.....	37
4.1	O conceito de sociedade de propósito específico e sua evolução no direito brasileiro.....	37
4.2	A sociedade de propósito específico na Lei de Parcerias Público-Privadas.....	40
5	DA VENDA DOS ATIVOS DA FALIDA E A POSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	47
5.1	A arrecadação dos bens na falência.....	47
5.2	A venda judicial dos ativos.....	52
5.3	O procedimento licitatório previsto na Lei n. 8.666/1993.....	63
5.4	A possibilidade de continuidade do contrato administrativo.....	78
6	CONCLUSÃO.....	84
	REFERÊNCIAS.....	88

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação versa sobre o princípio da preservação da empresa e a continuidade do contrato administrativo de parceria público-privada em caso de falência da sociedade de propósito específico.

Com este trabalho, procurou-se averiguar a possibilidade de continuidade do contrato administrativo durante o procedimento falimentar, considerando o que dispõe a Lei n. 8.666/1993 (BRASIL, 1993), sobre a rescisão dos contratos administrativos em caso de decretação de falência da empresa contratante, e o que dispõe a Lei n. 11.101/2005 (BRASIL (2005), sobre o princípio da preservação da empresa e a manutenção dos contratos bilaterais do falido e seu cumprimento em benefício da massa falida.

Buscou-se, também, verificar se é possível que, mantido o contrato administrativo, esse seja arrecadado como parte dos ativos da massa falida e, quando da realização dos ativos, possa ser assumido por aquele que venha a adquirir os ativos da massa falida.

Para a análise dessas questões, fez-se necessário o estudo de institutos do Direito Empresarial e do Direito Administrativo, como a falência, os contratos administrativos e a licitação.

Assim, o primeiro capítulo versa sobre noções de falência no direito brasileiro e sobre o princípio da preservação da empresa e sua importância como vetor hermenêutico que vincula o intérprete da Lei de Falências. Um dos assuntos de relevo no capítulo é o pressuposto da falência, pois procura-se desvendar o que vem a causar a falência de uma sociedade empresária. Desse modo, cuida-se de demonstrar que a falência não significa insolvência econômica, mas, sim, insolvência jurídica, conforme reza a Lei de Falências.

No segundo capítulo, são abordados os efeitos da falência sobre os contratos bilaterais do falido, principalmente sobre seus contratos administrativos. Para esse estudo, é importante uma breve análise sobre o conceito de contrato bilateral, que engloba também o contrato administrativo. Ganha destaque, ainda, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem de certames licitatórios quando os contratos com a Administração Pública constituírem a totalidade da renda da atividade empresarial.

No terceiro capítulo, apresenta-se o conceito de parceria público-privada e a relevância das sociedades de propósito específico para a realização dos contratos administrativos de parceria, conforme dispõe a Lei n. 11.079/2004 (BRASIL, 2004). O exame desses tópicos se mostra de grande valia, uma vez que se analisa a falência de sociedade de propósito específico que celebra contrato de parceria público-privada com a Administração.

Caminhando para o fechamento do trabalho, no quarto capítulo trata-se da realização dos ativos do falido, apresentando o procedimento de arrecadação dos ativos da massa e o procedimento de venda desses ativos. Além disso, é analisado o procedimento administrativo de licitação, seus princípios e suas modalidades. Desse modo, procura-se analisar a venda judicial dos ativos e suas semelhanças ou diferenças com a licitação.

Conclui-se sobre a possibilidade ou não de preservação da empresa por meio da manutenção de contratos administrativos, tanto durante o processo falimentar quanto depois, após a venda dos ativos. Procura-se responder se há possibilidade de novação subjetiva no contrato administrativo de parceria público-privada quando da realização dos ativos sem a promoção de nova licitação pela Administração Pública.

Ressalte-se que o tema é interessante, uma vez que se trata de institutos de Direito Administrativo e de Direito Empresarial, considerando os princípios da supremacia do interesse público e da preservação da empresa. Busca-se, também, identificar a importância do interesse coletivo tanto nas ações praticadas pela Administração Pública quanto na preservação da atividade empresarial, que cumpre o disposto na Constituição quando esta dispõe sobre os princípios gerais que regem a Ordem Econômica.

2 A FALÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

2.1 Noções de falência no direito brasileiro

Para o entendimento do tema, é importante abordar algumas noções sobre o instituto da Falência no direito brasileiro, especialmente seus efeitos nos contratos bilaterais e sua relação com o princípio da preservação da empresa.

O instituto da Falência no Brasil é regulamentado pela Lei n. 11.101/2005 (BRASIL, 2005), que disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária¹.

Sem pretender esgotar todas as questões e minúcias que envolvem a referida regulamentação falimentar, chama-se a atenção neste estudo das normas referentes ao princípio da preservação da empresa, aos contratos bilaterais do falido e à venda dos ativos da massa falida, sendo certo que tais temas permeiam os capítulos subsequentes. Dessa forma, é necessário trabalhar o conceito de falência e as hipóteses de falência da sociedade empresária.

A falência é um instituto jurídico por meio do qual se resolve judicialmente o pagamento de dívidas do empresário e da sociedade empresária. Conforme leciona Simionato (2008, p. 253),

a falência não é um processo, somente. A falência é o instituto jurídico de direito material que confere ao devedor um novo *status jurídico*, ou seja, o de falido. Este novo *status jurídico* decorre de uma sentença *declaratória* de falência. É esta sentença que abre a porta do cadafalso falimentar que persistirá até a sentença de extinção das obrigações do empresário, a qual tem o poder de por fim ao *status jurídico* de falido, com a reabilitação do empresário.

Dessa forma, por meio do instituto jurídico da falência ocorre a arrecadação dos bens do falido para que sejam vendidos e o montante obtido seja distribuído entre os credores para saldar as dívidas. Conforme Vampré (1921, p. 9),

¹ “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor” (BRASIL, 2005).

É uma execução coletiva dos bens do devedor comerciante, à qual concorrem todos os credores para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo resolver o passivo, em rateio, observadas as preferências legais.

Sobre o Direito Falimentar, afirma Lobo (2005, p. 139):

O Direito Falimentar funda-se: a) no valor do crédito; b) na imperiosa necessidade de satisfazer os direitos e interesses dos credores; c) no modo de maximizar o ativo da empresa insolvente, liquidá-lo e rateá-lo entre os credores segundo os cânones da Justiça Comutativa, pois o litígio entre devedor e seus credores é de índole essencialmente privada; d) no fato histórico de a falência ser um ‘mal inevitável e necessário do sistema capitalista’, autêntica ‘válvula de segurança’, que incentiva a eliminação das empresas não competitivas, nem rentáveis, propiciando alcançar um ‘número ótimo de empresas no mercado’; e) na constatação de que manter empresas econômica e financeiramente inviáveis acarreta custos sociais excessivos etc.

Para que a falência seja decretada, é necessário que haja insolvência jurídica, que se assenta no sistema de pressupostos legais dispostos no art. 94 da Lei n. 11.101/2005². Nesse sentido, Simionato (2005, p. 255):

² Art. 94. 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;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

§ 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do *caput* deste artigo.

§ 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar.

O art. 94 da Lei é a representação normativa da natureza jurídica da falência. A fonte da falência advém de expresso texto legal, ao dizer que será decretada a falência do devedor que, (a) sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a quarenta salários mínimos; (b) executado por quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia bens à penhora suficientes dentro do prazo legal; (c) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; (d) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamento ou fraudar credores, negócios simulados ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; (f) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; (g) dá ou reforça garantia para credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; (h) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar seus credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; (i) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Assim, a falência da sociedade empresária tem por base uma ruína jurídica, o que significa que é possível que um empresário, pessoa natural ou jurídica, tenha viabilidade econômico-financeira, mas, ainda assim, tenha sua falência decretada³.

Fazzio Júnior (2012, p. 657) assim discorre sobre o regime jurídico de insolvência da empresa:

Embora a LRE utilize a expressão *crise econômica*, para definir a situação de deficiência patrimonial da empresa, trata-se na realidade de um regime jurídico de insolvência.

Há quem prefira identificar o aspecto econômico da insolvência como situação definida pela impossibilidade de satisfazer a obrigações, ou seja, a seu substrato fático. Outros concentram-se no seu lado processual. Essas

§ 3º Na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

§ 4º Na hipótese do inciso II do *caput* deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

§ 5º Na hipótese do inciso III do *caput* deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

³ A despeito de respeitado, porém minoritário entendimento em contrário, Simionato (2008, p. 261) afirma: “De tudo isso, posso afirmar, sem receio de errar, que *a nova Lei institui o pressuposto da inviabilidade econômica para decretação da falência*. É muito interessante porque de maneira reflexa é como se tivesse retornado ao antigo sistema da cessação de pagamentos, sistema clássico do século XIX na disciplina das leis falimentares na Europa, decisivamente influenciadas pelo ordenamento jurídico francês.”

tendências doutrinárias servem para demonstrar o caráter complexo da falência.

O pressuposto da viabilidade econômico-financeira da empresa é importante para que se possa perquirir sobre a preservação da empresa e a manutenção dos contratos bilaterais da sociedade empresária falida, no caso em tela, o contrato administrativo de parceria público-privada, celebrado pela sociedade de propósito específico, que somente será interessante se a empresa for economicamente viável. De outro modo, não há que se falar em manutenção do contrato administrativo no caso de venda em bloco dos ativos da falida⁴.

Nesse sentido, Franco e Sztajn (2008, p. 285) questionam sobre a preservação da empresa em face da sua possível ineficiência:

Por outro lado é de se indagar em que medida o critério da função social é suficiente para manter uma empresa, sem condições econômicas objetivas de eficiência atuando. Basta, para tanto a aprovação dos credores quanto ao plano apresentado? Têm eles 'expertise' adequada para apreciar a viabilidade da atividade? Não seria de se considerar a possibilidade de danos à esfera subjetiva de outrem, terceiros inocentes que, de boa-fé, ao negociarem com essa empresa podem ser atingidos em seu patrimônio pela sua preservação? Só a manutenção de postos de trabalho é razão suficiente para suportar a ineficiência? E que medida se abole a responsabilidade individual por ato próprio, para onerar aquele que, diligentemente, se permite, sem pena de si mesmo, considerar ser o único responsável por seus sucessos ou fracassos? Justifica-se, perante a equidade, colocar em risco os demais participantes do mercado que podem ser atingidos pela preservação indevida de um organismo falsamente produtor de riquezas? Estas são perguntas para as quais não temos respostas. Contudo, se, quando a empresa é lucrativa, se admite a apropriação dos resultados, parece lógico que quem fica com o bônus deverá suportar eventuais ônus.

O princípio da preservação da empresa traz reflexos diretos na continuidade dos contratos do falido, tema a ser abordado no próximo item.

⁴ A empresa deve ser viável financeiramente para ser preservada. Daí a necessidade de observar o que levou à falência a sociedade de propósito específico.

2.2 O princípio da preservação da empresa

Para que seja possível analisar a manutenção dos contratos da falida é necessário refletir sobre o princípio da preservação da empresa apresentado na vigente Lei de Falências, mais especificamente nos arts 47 e 75⁵.

Antes, porém, é necessário buscar no ordenamento jurídico pátrio o princípio da preservação da empresa, que pode ser encontrado na Constituição Federal de 1988, e até mesmo antes, conforme demonstra Sampaio (2011, p. 49):

O fundamento legal que atraiu a atenção dos juristas para a função social da empresa foi a nova Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei no 11.101/05). Este diploma legal fala expressamente em função social da empresa, em seu art. 47, juntamente com o princípio da preservação da empresa. Apesar de ter se tornado objeto de maior realce com a promulgação da nova Lei de Falências, ainda antes da Constituição de 1988, a função social da empresa estava presente na legislação brasileira. Passou a constar expressamente em nosso ordenamento em 1976, com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404), estando expresso em seu artigo 154.

Dessa forma, pode-se dizer que a Lei de Falências não criou o princípio da preservação da empresa, apenas aclarou o que já era previsto na Constituição de 1988 e em instrumentos normativos anteriores.

Também nesse sentido, quando se fala em função social da propriedade na Constituição de 1988, pode ser incluída a empresa, fazendo com que esta não seja mais vista apenas como uma fonte de lucros, mas como um instrumento de prosperidade na comunidade em que está presente. Dessa forma, Sampaio (2011, p. 51) defende que a Constituição não faz

⁵ “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.

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.” (BRASIL, 2005). Segundo Lobo (2005, p. 109), a recuperação judicial tem por objeto sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária e por finalidades imediatas a preservação dos negócios sociais, a continuidade do emprego e a satisfação dos direitos e interesses dos credores e, por finalidades imediatas, estimular a atividade empresarial, o trabalho humano e a economia creditícia. A recuperação judicial baseia-se nos seguintes princípios: a) conservação e função social da empresa; b) dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho; e c) segurança jurídica e efetividade do direito, conforme se depreende do art. 47.

ressalva em relação à espécie de propriedade que se cingiria à função social; ademais, esgotado está o tempo em que a propriedade era encarada como de livre fruição.

Duguit (2007 *apud* GOMES, 2004, p. 81) e Kataoka (2000, p. 459), citados por Sampaio (2011, p. 52) afirmam ainda:

A função social do direito atua como esteio da manutenção da estrutura social na social-democracia. Assim como a propriedade, a empresa não se presta mais aos interesses individuais, mas à função social que visa o bem-estar coletivo. A nova ordem jurídica impõe à empresa um fazer dirigido a realizar a solidariedade social, ao mesmo tempo em que lhe veda um não-fazer que atente contra a solidariedade, de modo que a solidariedade social deve ser encarada como dever imposto e não mera faculdade. Kataoka afirma que o projeto social, em todo o mundo, está a mudar e consagrar dignidade humana em seu centro, o que se reflete Direito.

Considerando a solidariedade social e a eticidade como fundamentos da função social, uma vez descrita a solidariedade social acima, resta dizer um pouco sobre eticidade, que, conforme Sampaio (2011, p. 54), apoia-se diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

É importante dizer que a Constituição de 1988 dispõe sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma que prevê que todos têm direito à existência digna. Assim, pode-se também dizer que há na Constituição a previsão do princípio da dignidade da pessoa jurídica.

Sobre a existência do princípio da dignidade da pessoa jurídica, Gontijo (2008) demonstra a possibilidade de titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas jurídicas não identificadas como cidadãos, afirmando que não somente existe um princípio constitucional da função social da empresa e um princípio da dignidade da pessoa jurídica, como também o princípio constitucional da preservação da empresa. Dessa forma,

Naturalmente, não há palavras inúteis na lei (e, muito menos, na Constituição de um país – que se presume técnica). Portanto, se o inciso III do art. 1º da Constituição da República tratou da dignidade da pessoa *humana*, o *caput* do art. 170 (inserido no Título ‘Da Ordem Econômica e Financeira’) do mesmo Diploma somente pode se tratar da outra modalidade de pessoa, qual seja: a *jurídica*, quando dispõe sobre a dignidade assegurada (GONTIJO, 2008, p. 155).

Sobre o princípio constitucional da preservação da empresa, Gonçalves Neto (2007), citado por Gontijo (2008, p. 155) afirma:

Nossa Lei Fundamental destaca, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito que adotou, a livre iniciativa (art. 1º, IV), a liberdade de trabalho, ofício e profissão (art. 5º, XIII) e a defesa dos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII). Mais adiante, ao regular a atividade econômica, garante a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego (art. 170 e incisos), e da construção de uma sociedade justa (art. 3º, I). Do conjunto dessas disposições extrai-se o princípio constitucional *da preservação da empresa*, como forma de assegurar seu cumprimento.

Em face dos argumentos apresentados, conclui-se que a Constituição da República traz princípios como a dignidade da pessoa jurídica, a função social da empresa e a preservação da empresa. Pela observação dos aspectos analisados, Gontijo (2008) conclui que a pessoa jurídica tem os direitos da personalidade e os direitos fundamentais compatíveis com seus elementos fático-jurídicos, dentre os quais o de existência digna.

Levando em conta o que foi mencionado, percebe-se, com base na leitura dos arts. 47 e 75 da Lei de Falências, que esta apresentou um novo paradigma ao Direito Falencial, reafirmando o que havia sido previsto na Constituição de 1988 e até mesmo antes, demonstrando que o instrumento jurídico foi além do simples uso da falência para pagamento dos credores.

Por todos os aspectos mencionados, nota-se que há uma preocupação de preservar a atividade econômica tendo em vista a função social da empresa. Conforme leciona Simionato (2008, p. 9),

então, o novo direito falimentar procura estabelecer alguns mecanismos extrajudiciais e judiciais para tentar salvar uma empresa ainda viável do ponto de vista econômico e financeiro. O direito falimentar é necessariamente um ramo do direito voltado para as questões econômicas e seus reflexos no mundo jurídico.

Por isso, a perspectiva exclusivamente liquidatária do direito falimentar passa para a tentativa de salvamento da atividade empresarial, a qual congrega interesses de toda ordem, inclusive políticos. Vale dizer que ao paralelo liquidatário do direito falimentar clássico corresponde ao novo direito falimentar o paralelo teórico da preservação da empresa viável. O princípio da função social da empresa será então o fundamento jurídico da reorganização econômica da empresa, porque a continuidade da atividade

empresarial é o princípio da atividade funcional da empresa, seguindo o perfil funcional e corporativo da empresa previstos no Código Civil italiano de 1942.

Ainda Simionato (2008, p. 122), sobre o preceito disposto no art. 47 da Lei de Falências:

Os magistrados devem se atentar que reside aqui, art. 47 da nova Lei, a fonte de interpretação e aplicação do novo direito falimentar, como norma definidora de deveres, funções e paradigmas de hermenêutica jurídica, devendo fazer valer o interesse público sobre o interesse individual dos credores, e, portanto, repercutindo sobre a análise de viabilidade econômica do plano de recuperação judicial.

Sobre o princípio da preservação da empresa, Lobo (2005, p. 139):

O Direito da Empresa em crise alicerça-se no valor da empresa: a) em funcionamento; b) como entidade produtora e distribuidora de bens e de serviços; c) como mola propulsora do progresso econômico e social do país; d) como fonte geradora de empregos, de riquezas e de impostos, e, ainda, lastreia-se: 1) na função social da empresa e nos múltiplos interesses que gravitam em torno dela; 2) na premissa de que é melhor conservar (as empresas viáveis) do que extingui-las; 3) nos custos financeiros e sociais de construir e desenvolver uma nova empresa para ocupar o lugar da dissolvida; 4) no impacto sobre os agentes econômicos, nacionais e estrangeiros, de quebra de uma unidade produtiva etc.

Dessa forma, nota-se que o princípio da preservação da empresa deve nortear todo o Direito Falimentar, pois trata-se do vetor hermenêutico que vincula o intérprete. É baseando-se na interpretação teleológica que deve prevalecer na Lei de Falências⁶ que devemos analisar a manutenção dos contratos bilaterais do falido, conforme disposto no art. 117 da Lei de Falências⁷.

⁶ A lei de falência impõe interpretação teleológica, diferente de outras normas, nas quais o leitor infere o que está sendo dito.

⁷ Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

§ 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato.

§ 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

3 OS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE OS CONTRATOS DO FALIDO

Antes de adentrar nos efeitos da falência sobre os contratos do falido, é importante fazer breve distinção sobre os contratos unilaterais e bilaterais, tendo em vista que, neste trabalho, os contratos bilaterais são o substrato de todo o estudo. Todavia, a Lei de Falências apresenta tratamento diverso para o futuro dos contratos em caso de falência, a depender se unilaterais ou se bilaterais⁸.

Dessa forma, conforme previsão do art. 77 da Lei de Falências, os contratos unilaterais em que o falido é devedor terão seu vencimento antecipado com a decretação da falência. A Lei de Falências, no art. 118 (BRASIL, 2005), dispõe que esses contratos poderão ser cumpridos se houver interesse da massa falida. Mas a regra, ao contrário do que é previsto para os contratos bilaterais, é que os contratos unilaterais são resolvidos pela falência, e seu cumprimento será exceção, ocorrendo quando houver benefício para a massa falida.

Almeida (2007, p. 181) resume o efeito da quebra sobre os contratos do falido da seguinte forma:

Contratos unilaterais. Relativamente à falência há que se distinguir os contratos unilaterais em: a) contratos unilaterais em que o falido é devedor; b) contratos unilaterais em que o falido é credor.

Os primeiros vencem-se com a declaração da quebra, facultando-se aos credores a habilitação dos seus respectivos créditos. Os segundos não se vencem com a falência, permanecendo inalteráveis, podendo o administrador judicial dar-lhe cumprimento no interesse da massa falida.

Contratos bilaterais. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo administrador, se achar conveniência para a massa.

⁸ Art. 77. A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei.

Art. 118. O administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada.

Assim, Pereira (1999, p. 38) apresenta a distinção entre contratos unilaterais e bilaterais:

Considerado sob o aspecto de sua formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, já que a sua constituição requer a declaração de vontade das pessoas que dele participam de uma ou de outra parte.

Encarados do ângulo de seus *efeitos*, subdividem-se em bilaterais e unilaterais, conforme gerem obrigações para ambos os contratantes ou para um deles somente. Não se pode confundir, portanto, a bilateralidade como elemento constitutivo (bilateralidade como manifestação de vontade) com a bilateralidade das consequências produzidas. O receio de perturbar as noções leva mesmo alguns juristas a repudiarem a ideia de contrato unilateral. Outros evitam o emprego dos adjetivos *bilateral* e *unilateral*, preferindo mencionar a categoria dos *contratos com prestações correspectivas* e a outra dos *contratos com prestações a cargo de uma só parte*, atitude que, deliberadamente e pela mesma razão, adotou o novo Código Civil italiano.

Feitas essas observações, define-se como *unilateral* o contrato que cria obrigações para um só dos contratantes; *bilateral*, aquele que as origina para ambos. No contrato unilateral, há um credor e um devedor; no bilateral, cada uma das partes é credora e reciprocamente devedora da outra. Grifos do autor.

Então, contratos unilaterais são aqueles que geram obrigação para apenas uma das partes, enquanto os contratos bilaterais geram obrigações recíprocas.

Feita essa breve abordagem sobre a diferença entre contratos unilaterais e bilaterais, prossegue-se com o estudo dos efeitos da falência sobre os contratos bilaterais do falido.

3.1 Os efeitos da falência sobre os contratos bilaterais do falido

Para a análise dos efeitos da falência sobre os contratos bilaterais do falido e a consequente manutenção desses contratos, é importante um breve estudo sobre a possibilidade de continuação do negócio do falido, que, conforme dispõe a legislação em vigor, cabe ao juiz, na sentença de decretação de falência, manifestar-se sobre manter a empresa em

funcionamento ou lacrar o estabelecimento comercial, conforme previsto no art. 99, inciso XI da Lei de Falências⁹.

Campinho (2006) apresenta valiosas observações sobre a continuação do negócio do falido, afirmando, conforme a lei, que deverá o magistrado averiguar a conveniência da continuação provisória do negócio do falido, atento para os casos em que a interrupção do negócio poderá gerar irreparáveis prejuízos de ordem econômica e social. Além disso, a continuação do negócio pode proporcionar venda mais bem-sucedida dos ativos da massa falida. Nesse sentido,

⁹ “Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

I – conerá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores;

II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;

III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência;

IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei;

V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei;

VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do *caput* deste artigo;

VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;

VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão ‘Falido’, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei;

IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea *a* do inciso II do *caput* do art. 35 desta Lei;

X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido;

XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;

XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência;

XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores” (BRASIL, 2005).

no direito anterior à Lei n. 11.101/2005 concebia-se a figura jurídica da continuação do negócio do falido (Decreto-Lei n. 7.661/45, artigo 74). Era a ele facultado requerer ao juiz a medida e, uma vez deferida, seria nomeado gerente para prosseguir nas atividades.

A sua realização respaldava-se nos seguintes critérios: (a) acautelamento do patrimônio comercial ou industrial de maiores prejuízos, decorrentes da paralisação da empresa; (b) não ser aconselhável a suspensão inopinada da atividade, tendo um volume de produtos e serviços a acabar; (c) viabilidade da concordata suspensiva.

No sistema atual, a medida não mais se implementa pelo requerimento do devedor. A lei outorga ao juiz o poder de agir de ofício. Deverá o magistrado verificar a conveniência da continuação provisória das atividades do devedor falido, atento ao fato de que, em diversos episódios, brusca cessação da atividade poderá provocar inefáveis prejuízos de ordem econômica e social. Impõem-se sejam avaliadas não apenas as razões de natureza econômica da empresa, mas também as do pessoal dela dependente, como empregados e fornecedores. O que inspira a medida excepcional é a continuação do negócio como fonte de prevenção a dano grave e de difícil ou incerta reparação. Não se pode desconhecer que a repentina paralisação seja, por vezes, desaconselhável. Dela poderá decorrer a perda do aviamento ou do dever de indenizar resultante do não cumprimento de certos contratos, como os de produção e entrega de bens ou produtos, ou, até mesmo, a prestação de determinados serviços. Deflui do artigo 75 da lei a visão da preservação, otimização e utilização produtiva dos bens, ativos e recursos – financeiros, econômicos e de pessoal –, inclusive os intangíveis que se encontram dispostos no exercício da empresa. A isto só se pode em muitos casos atender com o prosseguimento provisório da atividade. Com ela é que se alcançará o desiderato de uma proficiente liquidação do ativo, nela compreendida a alienação da própria empresa ou de suas filiais produtivas, vistas, num ou noutro caso, como unidades de produção viáveis ou que se podem viabilizar pelos recursos e ações do novo titular. A ruína financeira nem sempre vai abalar certas unidades de produção que compõem, como um todo, a empresa.

Recomenda-se sejam elas destacadas, a fim de não serem contaminadas e, com isso, se possa obter um efetivo proveito decorrente da alienação (CAMPINHO 2006, p. 289).

Assim, mantido o negócio do falido em funcionamento, importante destacar que o art. 117 da Lei de Falências prevê que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência. Nesse sentido, Simionato (2008, p. 487) leciona que a regra geral, conforme o revogado art. 43, Decreto-Lei n. 7.661/45, e que permanece a *mens legis* em vigor, é a de que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, “se achar conveniente para a massa”.

Ainda nesse viés, Simionato (2008, p. 490-492), ensina que a conveniência para a massa se manifesta quando a manutenção do contrato servir à redução do passivo da massa falida ou evitar seu aumento, bem como ser importante para a manutenção e preservação dos ativos:

A decretação de falência não produz automaticamente a rescisão do contrato bilateral. Compete ao administrador, na conveniência da massa, dar ou não cumprimento ao respectivo.

Se não houver conveniência para a massa falida o administrador judicial pode não executar total ou parcialmente o contrato, mas a outra parte tem o direito de exigir da massa falida a devida indenização pelas perdas e danos.

Reza a Lei, art. 117, *caput*, que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento *reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou se for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê*. (Importante dizer que a Lei peca na redação, tendo em vista que o Comitê é órgão de caráter facultativo).

Tratando como princípio do Direito Falimentar a não resolução dos contratos bilaterais pela falência, Campinho (2006, p. 338) leciona que a possibilidade e a conveniência do cumprimento do contrato é que determinarão se esse contrato será mantido ou rescindido:

É princípio assente no Direito Concursal que a falência não é causa de resolução de contratos bilaterais. Apesar de não se constituir em motivação legal para a ruptura do vínculo, ela influirá na execução desses contratos. A possibilidade e a conveniência em cumprir ou não a prestação a que estava obrigado o devedor falido, já agora a cargo do administrador judicial, é que determinará a manutenção ou a resolução do contrato. Daí a lei prescrever, em seu artigo 117, *caput*, que ‘os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê’.

No mesmo sentido, Almeida (2007, p. 161) afirma que os contratos bilaterais, ao contrário do que ocorre com os contratos unilaterais, em que o falido é credor, não se resolvem com a falência, podendo ser executados pelo administrador, se este achar de conveniência para a massa.

Sobre o fato de o contrato contemplar cláusula de rescisão em caso de falência, temos posições divergentes sobre a validade da cláusula. Entretanto, o posicionamento adotado neste trabalho é de que, apesar de haver no contrato cláusula que estabeleça sua rescisão em caso de falência, tal cláusula não seria válida, pois devem ser levados em consideração o princípio da preservação da empresa e o interesse da massa na continuidade dos contratos.

Nesse sentido, Lobo (2005, p. 310-311), sobre cláusula contratual resolutiva expressa para caso de falência, argumenta que as normas de Direito Falimentar dispõem sobre interesse coletivo, portanto, não são dispositivas, devendo, então, prevalecer sobre cláusula que versa apenas sobre interesses individualmente considerados:

É muito comum que o contrato preveja sua resolução de pleno direito no caso de quebra de uma das partes, para não se dizer que é raro que tal condição não seja estipulada. Será ela inválida diante da peremptória determinação do *caput* do art. 117 (os contratos bilaterais não se resolvem pela falência...), ou essa regra não é cogente, podendo ceder à vontade dos contratantes? Curioso notar, como o fez Manoel Justino, que a doutrina da LF revogada parece desviar-se dessa *vexata quaestio*. Quem mais longe vai é Trajano de Miranda Valverde, que, contrariamente à precisão que caracteriza suas brilhantes lições, limita-se a asseverar que a validade dessa cláusula ‘é, em princípio, aceita, tanto pela doutrina, como pela nossa jurisprudência’.

Há fundamentos de peso em prol da validade da cláusula: como escreveu Carvalho de Mendonça, ainda sob a égide da lei falimentar de 1908, a disposição se justificaria diante do justo temor quanto à incerteza, à demora e às dificuldades que a falência traz à execução dos contratos. Mas esse temor se afasta com as garantias propiciadas pelo art. 477 do CC, conforme se explicita no item subsequente. Assim, como Manoel Justino, fico com a opinião oposta, e que se acha bem respaldada no aresto do 1º TACSP, relativo à concordata (o que não lhe retira pertinência, pois as disposições do art. 43 da LF de 1945, hoje reproduzidas no artigo aqui examinado, a ela se aplicavam): as normas de uma lei falimentar não são, por natureza, dispositivas, porque visam à proteção de interesses coletivos, inclusive de natureza social. Assim, a regra do art. 177 me parece imperativa, do que deflui a nulidade da cláusula examinada.

Seguindo o entendimento de que as normas falimentares se sobrepõem a possíveis cláusulas contratuais que estabeleçam o rompimento de contratos bilaterais em decorrência da falência, Bezerra Filho (2014, p. 282), reafirmando o caráter público da falência, apesar de estar o Direito Empresarial no campo privado, ensina que a norma falimentar existe para que

um pacto firmado entre particulares não prejudique o interesse público que deve ser resguardado no processo falimentar:

Menciona-se que é comum as partes estabelecerem, em contrato de execução prolongada, cláusula que preveja sua rescisão, resolução ou vencimento, em caso de falência. Essa cláusula não será considerada, porém, se o administrador judicial pretender dar cumprimento ao contrato, na forma do *caput* deste artigo, tendo em vista as características também públicas da falência, embora situado o direito comercial ou empresarial no campo do direito privado. A falência, por se tratar de instituto colocado à disposição dos interessados para afastar do meio comercial aquele empresário que já está falido de fato, assume características que extrapolam o mero interesse privado.

O adágio segundo o qual *jus publicum privatorum pactis mutare non potest* aplica-se aqui para impedir que o pacto entre os particulares, feito quando ainda não havia falência, venha a prejudicar o interesse público a ser resguardado no processo falimentar. Não se perde de vista que o direito falimentar, como parte do direito comercial ou empresarial, está dentro do campo do direito privado. No entanto, o caráter público de vários aspectos do direito falimentar não pode ser negado.

Bezerra Filho (2014, p. 282) cita outros autores que falam sobre o tema, adotando o mesmo viés de pensamento, por meio do qual a falência nunca poderia ser invocada como causa de rescisão do contrato bilateral, seja ele qual for:

Silva Pacheco e Sampaio de Lacerda não enfrentam diretamente a questão, afirmando, porém, o primeiro (Pacheco, *Processo de falência e concordata*, p. 319) que, com a falência, o contrato bilateral não se resolve e que ‘não há de se invocar a falência como causa de rescisão do contrato bilateral, seja ele qual for’. Sampaio de Lacerda (p. 179) afirma igualmente que o administrador judicial pode executar o contrato, que não se resolve com a falência. A jurisprudência não está pacificada. Deborah Kirschbaum, examinando essa previsão de direito de rescisão unilateral, que denomina como ‘cláusula resolutiva *ipso facto*, a entende inaplicável, por configurar estratégia individual do terceiro contratante, que pode dissipar o patrimônio, em prejuízo da possibilidade de recuperação ou da universalidade dos credores’.

Então, é possível dizer que não ocorre a rescisão dos contratos bilaterais no caso de falência porque a norma de Direito Falencial que cuida do tema vai muito além dos interesses particulares dos credores ou dos administradores da massa falida. Conforme ensina Simionato (2008, p. 11) sobre o interesse coletivo que permeia todo o Direito Falimentar,

no direito falimentar fica em segundo plano o interesse particular dos administradores. O interesse coletivo no direito falimentar é a regra, principalmente para não ter liquidada uma empresa, a qual é fonte de riqueza, e que atende ao princípio funcional da atividade empresarial organizada.

Tratando a legislação falimentar como norma de ordem pública que se sobrepõe a normas firmadas por particulares, menciona-se, ainda, Oliveira (2005, p. 471), que afirma que a legislação falimentar constitui norma de ordem pública:

A Legislação Falimentar, assim como todas as regras falimentares, constitui norma de ordem pública e, como tal, cogente. A esse respeito, leia-se a lição de Paulo Nader (*Introdução ao estudo do direito*. 6 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1991. p.160): ‘A lei de ordem pública, ao contrário das que integram a ordem privada, reúne preceitos de importância fundamental ao equilíbrio da sociedade, pois disciplina os fatos de maior relevo ao bem-estar da coletividade. Por tutelar os interesses fundamentais da sociedade, prevalece independente da vontade das pessoas. É cogente e se sobreleva à opinião de todos, inclusive a daqueles a quem beneficia’.

Portanto, além da cogência, a aplicação do artigo se faz necessária para proteger a massa falida e garantir a eficácia do processo de falência. Lembre-se que uma massa falida deficitária poderá comprometer o pagamento dos credores e a recuperação do falido.

Considerando os argumentos apresentados, quanto a possível questionamento sobre autonomia da vontade, *pacta sunt servanta*, que deveria fazer prevalecer a cláusula contratual que determina a rescisão do contrato em caso de decretação de falência ou concessão de recuperação judicial, adota-se posicionamento, neste trabalho, de que, conforme os princípios estabelecidos pela nova ordem social e pela Lei de Falências, tal cláusula não teria sustento.

Assim, o pensamento de que as regras estabelecidas em contrato formam lei entre as partes vem sendo mitigado pela função social do instrumento contratual, principalmente quando o interesse público também está envolvido.

Adotando essa linha de pensamento, Freitas (2012, p. 19) trabalha a relativização da força absoluta dos contratos diante de princípios jurídicos e sociais como a função social e a razoabilidade:

Todavia, dada a dinamicidade das relações sociais, e alicerçado no fato de que o homem é um fim em si mesmo, prescindindo de outros meios para sua

valoração, a força absoluta dos contratos não tem mais acolhimento, devendo, este, se vincular a determinados princípios jurídicos e sociais, como, e.g., a razoabilidade, a função social, a boa-fé, e a paridade das partes. Tais requisitos possuem a capacidade de relativizar a conceituação e interpretação originais do instituto contratual, de forma que ele deixa de ser considerado como algo onipotente, isolado e absoluto, sem interligações com os outros ramos do Direito e fatores sociais e econômicos.

Nesse sentido, a autonomia sem limites instituída pelo *pacta sunt servanda* vem sendo mitigada pelo pensamento jurídico contemporâneo, posto que recobriu, por vezes, inúmeros excessos, inclusive praticados sob o palio da legalidade de sua liberdade contratual e da obrigação de se cumprir de forma estrita o que foi convencionado na epistola contratual. Deste modo, a liberdade contratual, que outrora se vinculava – e tinha seus limites apenas na autonomia da vontade –, atualmente tem, na função social, um estanque da suposta arbitrariedade das/nas relações privadas. A ilicitude das relações contratuais teve sua definição ampliada para açambarcar os atos que se manifestam além dos horizontes da função social do contrato.

Dessa forma, a cláusula que prevê expressamente a resolução dos contratos em virtude da falência ou da recuperação do empresário não pode ser considerada válida, pois vai de encontro à interpretação teleológica que deve ser imprimida à Lei de Falências, não sendo possível romper um contrato sem antes averiguar a possibilidade de sua manutenção pelo empresário e a relevância desse contrato para a preservação da atividade.

Além disso, a validade de tal cláusula fere a função social dos contratos, pois prejudica direitos de terceiros – no caso, os credores – que têm interesse em ver a redução do passivo da massa para melhor satisfação de seus créditos, o que pode ser viabilizado quando os contratos da falida são mantidos.

E, ainda, pode-se questionar a validade da cláusula perante terceiros, haja vista que não será mais o empresário que vai cumprir as cláusulas estabelecidas em contrato, mas a massa falida. Ou seja, ocorre uma substituição em um dos polos do contrato, quando sai o empresário e entra a massa falida para o cumprimento das obrigações.

No mesmo sentido, Freitas (2012, p. 3) conclui que, apesar de comum a cláusula contratual que prevê a rescisão do contrato em caso de falência, a ela não deve ser conferida validade, pois fere a ideia de preservação da empresa que permeia a Lei de Falências, fere direitos de terceiros alheios à relação jurídica, além de a Lei de Falências ser lei especial que deve prevalecer sobre a norma geral que trata de contratos:

É comum se encontrar, no mundo empresarial, contratos que contemplam cláusula prevendo, expressamente, a resolução destes em virtude da falência ou da recuperação do empresário. Ocorre que a principiologia da Lei

11.101/05 estabelece bases cada vez mais condizentes com a dinâmica negocial, que difere, essencialmente, da dinâmica particular, de cunho mais civilista. Entretanto, estas tais cláusulas insistem em se fazerem presentes, fato que ainda divide a doutrina. Muito embora ainda se identifique tal cisão doutrinária em torno do tema, razão não assiste aos que defendem a validade da cláusula, tendo em vista três pilares básicos: a Lei 11.101/05 tem como base proporcionar o maior aproveitamento possível dos ativos do empresário, bem como promover a superação da crise econômico-financeira do devedor com a preservação da empresa, o que seria mitigado caso determinado contrato, que fosse estrutural da atividade, fosse rompido pelo simples fato de se reconhecer a insolvência, sem ao menos se identificar se havia ou não patrimônio que pudesse honrar as dívidas do empresário. Este rompimento poderia até mesmo reduzir as chances de recebimento ou inverter a ordem de prioridades adotada pela própria lei, distorcendo a razão de ser de sua edição; a cláusula resolutória rompe com os princípios da função social do contrato e da empresa, haja vista que prejudica terceiros estranhos à relação jurídica, trazendo a tona a irrestrita autonomia privada, o que não é mais desejável; o entendimento de que a lei especial prevalece sobre a lei geral, liquida a questão, dado que a legislação falimentar deve prevalecer sobre a legislação privada, ou seja, se a lei prevê que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, não há que se buscar entendimento outro no diploma civil. Portanto, é inválida a cláusula de resolução de contrato bilateral no caso de decretação da falência ou de deferimento da recuperação do empresário.

Diante do apresentado sobre a necessidade de manutenção dos contratos da massa falida para a continuidade da atividade empresarial, pode-se dizer que há interesse público na manutenção da atividade empresária e que esse interesse, nas palavras de Simionato (2008, p. 24), pode se manifestar sob duas formas: a primeira, relacionada ao aspecto social da empresa na geração de empregos e renda; a segunda, não tão relevante para o nosso estudo, dada a repercussão na arrecadação tributária.

Nessa linha, Simionato (2008, p. 11), orientado pelas ideias de Rathenau (1917), diz que a empresa não é apenas uma organização de interesses particulares, mas um fator de economia nacional a serviço do interesse público. Nesse sentido,

este deveria ser o centro da nova Lei 11.101, de 2005, o que não se manifestou por completo no texto legal, salvo a disciplina do art. 47 da Lei. Mas tal norma não é suficiente. A aplicação da nova Lei vai requerer, por certo, um Judiciário atento e diligente, fundando suas decisões no espírito da lei, e nem tanto no texto legal, em interpretação literal. Do contrário a reforma tende a ser em vão, sem soluções razoáveis para dar trato à crise econômica da empresa. Aqui vale a equidade.

Dessa forma, apresentaremos no próximo tópico, decisão do Superior Tribunal de Justiça permitindo que empresa em recuperação judicial participe de licitação, o que nos servirá de paralelo para defender a manutenção dos contratos bilaterais do falido com a Administração Pública.

3.2 A paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental na Medida Cautelar 23.499 (REsp.1.471.315)

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada em 19 de dezembro de 2014, negou efeito suspensivo a Recurso Especial, mantendo os efeitos de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual empresa em recuperação judicial fica autorizada a participar de certames licitatórios, sem a apresentação de certidão negativa de falência e concordata prevista no art. 31 da Lei n. 8.666/1993¹⁰, como um dos documentos

¹⁰Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

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

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

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

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para

relativos à qualificação técnico-financeira¹¹, bem como manter contratos em curso com a Administração.

A doutrina e as decisões anteriores sobre a matéria são pelo fiel cumprimento da legislação, devendo a sociedade empresaria apresentar a certidão negativa de falência e concordata. Nesse sentido, Moreira (2012, p. 314), quando fala sobre a exigência da negativa certidão de falência e recuperação judicial do licitante para sua habilitação econômico-financeira; e Justen Filho (2012, p. 546).

A decisão é inédita, conforme descrito no acórdão do AgRg. na Medida Cautelar n. 23.499-RS (2014/0287289-2), que será estudado neste capítulo, ainda aguardando julgamento do REsp. 1.471.315 pelo Ministro prolator do voto vencedor (BRASIL, 2014).

EMENTA: Agravo regimental em medida cautelar. Liminar deferida para conferir efeito suspensivo ao recurso especial admitido. Licitações e contratos. Necessidade de empresa em recuperação judicial apresentar certidão prevista no art. 31, II, da Lei 8.666/93. Questão inédita. Atividade empresarial. Renda totalmente obtida por contratos com entes públicos. *Periculum in mora inverso* evidenciado. Questão inédita. Inexistência dos requisitos ensejadores do deferimento da medida. Agravo regimental provido. Liminar cassada. Extinção da medida cautelar sem julgamento de mérito.

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

2. O Tribunal de origem exarou decisão no sentido de permitir que a agravante, pessoa jurídica em recuperação judicial, continuasse a participar de licitações públicas, ‘sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial’ salientando, para tanto, que essa ‘possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei no 8.666/93, sendo certo que,

correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994) (BRASIL, 1993).

¹¹ “Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal” (BRASIL, 1993).

por estar em recuperação judicial, não seria capaz de apresentar apenas a certidão negativa de falência ou concordata’

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

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

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

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

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

8. Agravo regimental provido, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar (BRASIL, 2014).

Dessa forma, o Ministro Mauro Campbell Marques sustenta:

Examinando detidamente a liminar concedida, vejo que - além de consignar que a requerida era portadora das demais certidões prevista no art. 31 da lei no 8.666/93 – autorizou a requerida a participar de contratos de prestação de serviços e fornecimentos com entes públicos, tanto para a manutenção dos atuais contratos, sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial.

Ou seja, não a permitiu participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos na lei de regência, apenas afastou a apresentação de uma certidão, frisa-se: a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica (BRASIL, 2014).

A decisão também leva em consideração o fato de o sustento da empresa advir de contratos com o poder público, sendo que a impossibilidade de manter ou de firmar novos contratos com a Administração Pública em decorrência do momento temporário de insolvência vivido pela empresa poderia levá-la ao fim definitivo de suas atividades. Dessa forma, podemos citar trecho da decisão, a seguir:

Como bem colocado pelo Tribunal *a quo*, além de a agravante não ser devedora fiscal, nem tributária, conforme documentos *apud actus*, focou sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100 % de sua fonte de receitas (fls. 16/17).

Assim, não há dúvidas quanto ao fato de, persistindo o deferido da medida liminar em tela, quando do julgamento do recurso especial, haverá grandes possibilidades da pessoa jurídica não mais existir, porquanto, impossibilitada de dar prosseguimento à suas atividades comerciais (BRASIL, 2014).

Percebe-se que a decisão se vale do princípio da preservação da empresa para autorizar que a sociedade empresária participe de processos licitatórios, afirmando ser esse princípio o norte de todo o direito falimentar estabelecido pela Lei n. 11.101/2006. É o que pode ser visto no voto vista da Excelentíssima Senhora Ministra Assusete Magalhães:

Em face de precedentes deste Tribunal, que tem interpretado normas concernentes à empresa em recuperação judicial com os olhos voltados para o princípio da preservação da empresa em tal situação, consagrado no art. 47 da Lei 11.101/2005.

[...].

Vê-se, pois, que, interpretando o assunto, à luz do princípio da preservação da empresa em recuperação judicial, previsto no art. 47 da Lei 11.101/2005, a Corte Especial do STJ desobrigou a empresa de apresentar certidão negativa de débitos tributários – exigida pelo art. 57 da Lei 11.101/2005 e pelo art. 191-A do CTN – para o deferimento da recuperação judicial, enquanto não houver lei específica autorizando o seu parcelamento, para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos arts. 6o, § 7o, da aludida Lei 11.101/2005 e 151, VI, do CTN.

De igual forma, a Quarta Turma do STJ, quando da apreciação do REsp 1.173.735/RN, reafirmou a referida orientação, no sentido de ser desnecessária a comprovação de regularidade tributária de empresas em recuperação judicial, em virtude da ausência de legislação específica, a reger o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária, bem como para

recebimento de valores por serviços prestados, como se vê da ementa do julgado: [...] (BRASI, 2014).

Dessa forma, mantendo os efeitos de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos n. 70054779087, que apresenta os seguintes fundamentos:

O princípio da preservação da empresa, inclusive positivado no art. 47 da Lei n. 11.101, recomenda justamente o posicionamento de viabilizar que a atividade empresarial seja preservada, fonte que é de riquezas para a sociedade, movimentando a economia, gerando receitas tributárias e sendo fonte de empregos, sem falar nos produtos e serviços mantidos à disposição de todos quantos deles necessitem.

[...].

É fato que aquilo que não é proibido está permitido, em se tratando de direito privado e de direitos disponíveis. Porém, e como foi ponderado pela empresa em recuperação, o simples fato dessa condição, às vezes, pode causar dificuldade ou exclusão em procedimentos licitatórios, quando não deveria essa restrição ocorrer.

Por esse motivo é que buscou esse reforço argumentativo com a chancela do juízo processante da recuperação judicial, para que a empresa em recuperação possa demonstrar, nas licitações de que participar, que está autorizada a fazê-lo.

É fato, nos termos do parecer do MP, que essa anuência “em tese” não resolverá situações futuras e específicas onde, eventualmente, possa ocorrer uma exclusão de participação do processo licitatório por esse motivo. A própria agravante já juntou vários precedentes em que outras empresas em recuperação precisaram ajuizar até mesmo mandados de segurança para assegurar o seu direito de participar de licitações, o que foi reconhecido.

De qualquer sorte, em que pese o ineditismo da questão, considero relevante a declaração solicitada, atendo à relevante função social da empresa e ao princípio legal de sua preservação (BRASIL, 2014).

Assim, percebe-se que decisões foram proferidas levando em consideração a importância de se manter a atividade empresarial, possibilitando que quando a sociedade empresarial ou empresário apresentarem viabilidade econômica possam continuar participando de certames licitatórios e manter seus contratos com a Administração em curso, de modo que consigam permanecer em funcionamento e possam se reerguer economicamente.

3.3 O contrato administrativo como contrato bilateral

Conforme estudado nos itens anteriores, o fato de a sociedade empresária vir a pedir recuperação judicial ou ter sua falência decretada não pode configurar um motivo para que os contratos bilaterais celebrados pela sociedade em crise sejam desfeitos, haja vista a disposição do art. 117 da Lei de Falências (BRASIL, 2005).

Dessa forma, convém destacar os contratos administrativos, que também são contratos bilaterais, regidos pela teoria geral dos contratos, mas que apresentam normativo específico para contemplar peculiaridades de Direito Administrativo.

Conforme apresentado neste trabalho, contratos bilaterais são aqueles que, compostos em seu plano de existência por duas manifestações de vontade, criam, no plano da eficácia, obrigações recíprocas para ambas as partes.

Nesse sentido, conceituando o contrato administrativo como contrato bilateral, Meirelles (2002, p. 181) descreve o contrato administrativo como bilateral, formal, oneroso, comutativo e *intuitu personae*:

O contrato administrativo é sempre *bilateral* e, em regra, *formal*, *oneroso*, *comutativo* e realizado *intuitu personae*. Com isto se afirma que é um acordo de vontades (e não um ato unilateral e impositivo da Administração); é *formal* porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é *oneroso* porque remunerado na forma convencional; é *comutativo* porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuitu personae* porque exige a pessoa do contratado para sua execução. Dentro desses princípios, o contrato administrativo requer concordância das partes para ser validamente efetivado; remuneração de seu objeto; equivalência nos encargos e vantagens; e cumprimento pessoal da obrigação assumida pelo contratado para com a Administração.

Ainda sobre o contrato administrativo, pode-se dizer que, apesar de a Administração ser parte no contrato, não há que se falar em perda da qualidade consensual do instrumento, é o que se conclui da fala de Meirelles (2002, p. 182):

O fato de a Administração participar da relação negocial com prerrogativa de Poder Público não desnatura o contrato, nem lhe retira a natureza consensual; apenas qualifica o ajuste como *contrato público* regido por normas próprias de *Direito Público*, exatamente para atender ao *interesse público* na convenção que se estabelece entre as partes. Não nos parece

necessário pedir-se outros elementos distintivos do contrato administrativo, pois a só presença da Administração, *com supremacia estatal*, infunde natureza pública ao ajuste. Daí por que disse Jèze que há contrato administrativo propriamente dito quando as partes, por uma razão expressa, pela forma dada ao ajuste, pela modalidade da prestação pedida ao contratante, ou por qualquer outra manifestação da vontade da Administração, ficam submetidas ao regime especial do Direito Público.

Dessa forma, o contrato administrativo pode ter cláusulas estabelecidas entre os contratantes, como flexibilização de cláusula para que, em caso de recuperação judicial ou falência da sociedade empresária, não haja a resolução imediata do contrato, que poderia continuar a ser executado se para o bem do interesse público e para a persecução do princípio da preservação da empresa.

A Lei de Licitações, Lei n. 8.666/1993, dispõe, no inciso IX do art. 78, que é motivo para rescisão do contrato a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil¹², sendo facultado à Administração a rescisão por ato unilateral e escrito.

¹² “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

- I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- IV – o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- V – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
- VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
- VII – o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
- VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;
- IX – a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
- X – a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- XI – a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
- XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;
- XIII – a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;
- XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;
- 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

Entretanto, conforme visto neste trabalho, deve-se considerar a possibilidade de a Administração manter o vínculo contratual para que seja preservado o interesse público e alcançado o princípio constitucional da preservação da empresa, que também pode ser considerado interesse público, tendo em vista a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica.

Assim, defende-se neste trabalho que a despeito de a Lei de Licitações fazer previsão expressa de que o contrato administrativo poderia ser rescindido em caso de falência ou insolvência civil, essa norma teria sido superada, visando atender ao interesse público refletido na preservação da empresa.

E mais que isso, pode-se levar em consideração que a Lei de Falências, que sobreveio à Lei de Licitações, ambas legislações específicas que apresentam dispositivos de direito público, conforme estudado neste trabalho, dispõe sobre a viabilização do princípio constitucional da preservação da empresa.

Sobre o conflito de normas que tratam da mesma matéria, há critérios estabelecidos para a solução de tais antinomias. Conforme ensina Bobbio (2010, p. 250), existem três regras para a solução de antinomias, quais sejam, o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade. O critério cronológico é aquele com base no qual de duas normas incompatíveis prevalece aquela sucessiva. O critério hierárquico é aquele com base no qual de duas normas incompatíveis prevalece aquela hierarquicamente superior. O critério da especialidade é aquele com base em que de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a especial.

O caso em tela apresenta duas normas de mesma hierarquia, e ambas as normas são de caráter especial, uma vez que tratam de temas específicos, quais sejam, as regras para licitação e o procedimento de falência. O que as difere é o tempo em que foram produzidas e

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;

XVI – a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (Incluído pela Lei n. 9.854, de 1999) (BRASIL, 1993).

entraram em vigor. A Lei de Licitações é de 21 de junho de 1993, enquanto a Lei de Falências é de 9 de fevereiro de 2005, quase doze anos depois.

Desse modo, seria possível inferir que a legislação posterior apresentou enfoque mais amplo ao que se pode chamar de “interesse público”, pois demonstrou que o interesse público também pode ser alcançado quando se preserva a geração de empregos e a circulação de renda.

Sobre o princípio da supremacia do interesse público, Carvalho (2009, p. 70) ensina:

Destarte, sempre que o objetivo perseguido pelo administrador não corresponder ao interesse da coletividade, não há que se falar em interesse público e muito menos em princípio da supremacia. A única superioridade que se entende legítima é aquela pertinente ao interesse comum do conjunto de cidadãos em relação ao interesse individual de cada uma das pessoas que integram uma dada sociedade.

Conclui-se que a manutenção dos contratos administrativos de empresa em crise também pode ser uma forma de manifestação do interesse público, significando ganhos para a coletividade e para a Administração.

4 A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO E O CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A sociedade de propósito específico (SPE), uma forma de associação para o desenvolvimento de objetivos determinados, foi legalmente concebida no Brasil com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, em seu art. 981, parágrafo único¹³. Importante ressaltar que a sociedade de propósito específico não constitui nova forma societária, mas, sim, organiza-se sob as formas societárias já existentes no direito brasileiro.

Neste capítulo, tratamos do conceito de sociedade de propósito específico e de sua utilização na contratação das parcerias público-privadas, que constituem objeto de nosso estudo. Importante ressaltar que a sociedade de propósito específico pode ser utilizada em outras circunstâncias também importantes, como na recuperação judicial de empresas¹⁴, mas neste trabalho abordaremos apenas sua utilização nas parcerias público-privadas.

4.1 O conceito de sociedade de propósito específico e sua evolução no direito brasileiro

A sociedade de propósito específico teve seu marco legal com o advento do Código Civil de 2002, que em seu art. 981, parágrafo único, dispõe sobre a celebração do contrato¹⁵ de sociedade por pessoas que se obrigam a contribuir reciprocamente com bens e

¹³ “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.” (BRASIL, 2002)

¹⁴ SIMIONATO (2008, p. 150, sobre a sociedade de propósito específico utilizada em recuperação judicial: “De maneira acertada o legislador estabelece que poderá ser constituída sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos devidos, os ativos do devedor. Portanto, a sociedade de propósito específico receberia, via dação em pagamento, bens que constituirão seu ativo e, por conseguinte, determinarão a participação societária dos sócios. Caberá, então, à nova sociedade honrar o passivo, acertando novas condições com os credores remanescentes. Esta sociedade tem como finalidade precípua recuperar economicamente a empresa, e posteriormente alienar suas participações societárias. É uma sociedade que obtém seu lucro na exploração da atividade empresarial, mas acima de tudo na sua alienação futura em favor de outros grupos empresariais.”

¹⁵ Carvalhosa (2009) apresenta crítica ao termo “contrato” utilizado no art. 981, dizendo ter ocorrido uma impropriedade técnica, pois ao se falar em contrato, olvida-se da sociedade estatutária.

serviços para o exercício de atividade econômica, que pode ser restrita à "realização de um ou mais negócios determinados", havendo distribuição dos resultados entre si.

Pode-se concluir que a característica determinante de uma sociedade de propósito específico é que sua constituição se dá para cumprir um negócio específico, previamente determinado, e que, quando concluído tal propósito, haverá, conseqüentemente, a dissolução¹⁶ da sociedade de propósito específico. Outra característica é sua capacidade de isolar o seu objeto do patrimônio e atividades de seus sócios, o que constitui uma de suas vantagens.

A sociedade de propósito específico não constitui nova forma societária no direito brasileiro. Ela é uma maneira pela qual pessoas físicas ou jurídicas podem se unir para a realização de um propósito específico, e para tanto poderá ser adotada qualquer forma societária prevista em lei. Dessa forma, podemos ter uma sociedade de propósito específico que adota a forma de sociedade limitada, ou forma de sociedade anônima, podendo até mesmo haver venda de ações dessa sociedade no mercado de valores mobiliários.

Apesar de ter sido legalmente autorizada por meio do Código Civil de 2002, a sociedade de propósito específico já era conhecida no direito brasileiro. É o que analisa Guimarães (2002, p. 135), quando menciona que a primeira previsão de estrutura semelhante à sociedade de propósito específico no Brasil ocorreu em Portaria n. 107, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), em 1967, dispondo sobre a criação de um ente dotado de personalidade jurídica, sob forma de sociedade comercial, com o objetivo de realizar a venda de madeiras para o exterior.

A primeira referência de uma norma cogente prevendo a criação de uma estrutura símile à SPE no Brasil se encontra consubstanciada na Portaria 107, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), a qual instituiu o chamado consórcio societário, determinando que a conjugação empresarial visando a venda, no exterior, das mercadorias ali elencadas se fizesse mediante a criação de um ente, dotado de 'personalidade jurídica, revestindo a forma de sociedade comercial, organizada por instrumento público ou particular e com seus atos constitutivos arquivados na repartição ou órgão competente'.

¹⁶ Conforme ensina Penteadó (2000, p. 61), "a configuração da *fattispecie* extintiva começa a delinear-se, pois, com a verificação de uma causa de dissolução, que é o seu fato prodrômico, a saber, um ato ou negócio jurídico de regra instantâneo, que gera efeitos imediatos no seio do mecanismo societário (o estado de liquidação). O uso indiscriminado do termo 'dissolução', para além de seu sentido estrito, embora conferindo-lhe conotação mais abrangente, por englobar as fases que vão desde a ocorrência do evento dissolutório até a extinção, não deve turvar a compreensão de seu real significado técnico-jurídico, que aparece com nitidez na vigente lei acionária brasileira".

A Lei n. 8.987/1995 (BRASIL, 1995), ao permitir a constituição de empresas, antes da celebração do contrato de permissão ou concessão pelo licitante vencedor, se assim determinar o poder concedente, está disciplinando hipótese de sociedade de propósito específico.

No mesmo sentido, o Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 (BRASIL, 1999), que dispõe sobre o regulamento do Imposto de Renda, trata de sociedade de propósito específico ao isentar do imposto de renda os ganhos de capital na alienação de participações acionárias de propriedades de sociedades criadas pelos Estados, Municípios ou Distrito Federal, com o objetivo de sanear as finanças de seus controladores.

Existem outras normas legais que, apesar de não tratarem especificamente sobre a sociedade de propósito específico, trazem institutos que a ela se assemelham.

Mas foi com a Lei n. 10.406/2002, o já citado Código Civil (BRASIL, 2002), que se tratou de consolidar formalmente a figura da sociedade de propósito específico no direito brasileiro.

Após sua materialização pelo Código Civil de 2002, outros diplomas legais fizeram previsão de utilização da sociedade de propósito específico, como a Instrução Normativa CVM n. 408/2004 (CVM, 2004), que menciona expressamente a sociedade de propósito específico, quando trata das demonstrações contábeis de companhias abertas, que devem incluir as entidades de propósito específico, quando estas estiverem sob controle societário ou econômico da sociedade aberta; e também a Lei n. 11.101/2005 (BRASIL, 2005), chamada Lei de Falências, que em seu art. 50, inciso XVI, faculta a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor, como meio de recuperação judicial.

Dentre esses citados diplomas, entrou em vigor a Lei n. 11.079/2004 (BRASIL, 2004), a chamada Lei de Parcerias Público-Privadas, na qual a sociedade de propósito específico exerce papel fundamental e sobre o qual trataremos mais detidamente a seguir.

4.2 A sociedade de propósito na Lei de Parcerias Público-Privadas

A parceria público-privada (PPP), espécie nova de contrato administrativo de concessão de serviço ou obra pública e prestação de serviços, reflexo da tendência mundial de flexibilização na relação entre os segmentos público e privado da economia, constitui, na atualidade, grande instrumento de ação do Estado, o que atrai a percepção de influência do Direito Empresarial como medida de realização dos objetivos institucionais.

Di Pietro (2005, p. 85) trata as formas de concessão de serviço público como formas de privatização, pois são meios utilizados para transferir atribuições para o setor privado, reduzindo o tamanho do Estado. Conforme leciona a autora,

ainda que as concessões se façam por contrato administrativo, portanto regidas pelo direito público, e ainda que o poder público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e fixe a tarifa ou outra forma de remuneração, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que costumam ser apontados como formas de emperrar a atuação da Administração Pública direta e indireta.

Nesse sentido, a parceria público-privada, regida por lei específica, qual seja, Lei n. 11.079/2004, constitui forma inovadora de contratação, que permite à Administração a realização de obras e prestação de serviços públicos de forma menos onerosa e mais eficiente. Estabelecida em novos princípios de gestão, merece a realização de estudo dos diplomas legais aplicáveis e da empresa que explora atividade na forma de parceria público-privada.

A parceria público-privada envolve, por um lado, a utilização de recursos privados para que o Estado atinja seus objetivos e, por outro, possibilita ao setor privado a atuação em atividades cuja prevalência sempre fora do setor público. Uma das principais características do mecanismo da parceria é a garantia prestada pelo setor público ao setor privado sobre suas possibilidades de retorno, mecanismo até então não previsto na legislação que trata das concessões comum.

Segundo Gasparini (2005, p. 380), a parceria público-privada pode ser conceituada como

um contrato administrativo de concessão de serviço ou de obra pública, por prazo certo e compatível com o retorno do investimento, celebrado pela Administração Pública com certa entidade privada, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade adotada, destinado a regular a implantação ou gestão de serviços mesmo com a execução de obras, empreendimentos ou outras atividades de interesse público.

Ensina Motta (2007, p. 185):

Finalmente, em destaque especial, mencione-se a já consagrada sigla PPP – Parceria-Público Privada, ou *Public-Private Partnership* – que abrange modos e técnicas específicas de parcerias ou acordos entre o governo e organizações do setor privado que buscam prover às comunidades equipamentos de infraestrutura pública e serviços relacionados.

Tais parcerias caracterizam-se pelo compartilhamento de investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos. As condições de seu estabelecimento e formalização podem variar, mas normalmente incluem o financiamento, projeto, construção, operação e manutenção de equipamentos e serviços de infraestrutura pública.

Hoje, as PPP são adotadas, estudadas ou objeto de interesse em inúmeros países. A lógica subjacente da instalação de parcerias resume-se no fato de que tanto o setor público como o privado apresentam características únicas, que resultam, para cada um, em vantagens específicas relativas a determinados aspectos do serviço ou projeto a ser implementado. Os acordos de parceria mais bem sucedidos aproveitam as qualidades de ambos os setores no estabelecimento de relacionamento complementares.

As PPP são definidas, em geral, por quatro elementos intercorrentes: *o papel e as responsabilidades do setor público; as competências e a prática tecnológica do setor privado; os recursos fiscais; e o capital privado.* (Grifos do autor)

Para que haja a celebração do contrato de parceria público-privada, certas diretrizes devem ser observadas, conforme disposto no art. 4º da Lei 11.049/2004¹⁷, sendo que tais diretrizes, além de ratificar as missões do Estado, garantem a atratividade ao

¹⁷ “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (BRASIL, 2004).

particular para contratar com o Estado, tendo em vista a menção à repartição de riscos e sustentabilidade econômica do projeto.

Importante salientar que não é possível a celebração de contratos de parceria público-privada quando o valor do contrato for inferior a R\$ 20.000.000,00, quando o período de prestação do serviço for inferior a cinco anos ou quando o contrato tiver como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

A lei prevê duas formas de parceria-público privada, chamadas “contrato administrativo de concessão” na modalidade patrocinada ou na modalidade administrativa. Em ambos os casos, pode haver em conjunto com a prestação de serviço realizada pelo parceiro privado, a execução de obras.

O contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada consiste na concessão de serviços públicos ou de obras públicas; para remuneração do parceiro privado há tarifa cobrada dos usuários e contraprestação pecuniária do parceiro público¹⁸. Conforme leciona Di Pietro (2005, p. 161),

a concessão patrocinada é uma concessão de serviço público sujeita a regime jurídico parcialmente diverso da concessão de serviço público comum, ordinária ou tradicional, disciplinada pela Lei n. 8.987/95. É a própria lei que o diz no conceito, já transcrito, contido no art. 2º, §1º. E é o que resulta também do §3º do mesmo dispositivo, quando estabelece que “não constitui parceria público-privada, a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

A *contrario sensu*, será parceria público-privada quando envolver essa contraprestação.

A partir dessa constatação, o conceito de concessão patrocinada pode ser dado tomando por base o próprio conceito de concessão de serviço público contido no item 5.2. Ou seja, é possível definir concessão patrocinada como

¹⁸ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (BRASIL, 2004).

o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

A concessão patrocinada é aquela que opera com atividades que não são autossustentáveis apenas pela tarifa cobrada dos usuários, sendo necessária a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado.

Um exemplo de contrato de concessão patrocinada é na área de infraestrutura rodoviária, a PPP Rodovia MG-050, em Minas Gerais (RODOVIA..., 2014). O objeto do projeto de parceria público-privada da MG-050 compreende a exploração da Rodovia MG-050, em trecho determinado, mediante a prestação do serviço pela concessionária. O projeto de parceria público-privada da MG-050 prevê a recuperação, ampliação e manutenção da rodovia até 2032. Os investimentos previstos nesse projeto são da ordem de R\$ 650 milhões.

Já a modalidade de concessão administrativa é aquela em que o parceiro privado presta serviços para uso direto ou indireto da Administração Pública, mas é remunerado apenas com contraprestação pecuniária do parceiro público. Di Pietro (2005, p. 169), sobre a concessão administrativa, ensina que o conceito lega peca pela falta de clareza, mas pode-se concluir que

um primeiro dado do conceito legal é o que diz respeito ao objeto do contrato, que é a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, podendo ou não abranger a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens. Resulta claro que o objeto principal é a prestação de serviço.
[...].

A forma de remuneração, na concessão administrativa, é fundamentalmente a contraprestação paga pela Administração, por uma das formas previstas no artigo 6º da Lei n. 11.079/2004.

Evidentemente, não há impedimento a que o concessionário receba recursos de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados, até porque o inciso V do artigo 6º, ao falar em ‘outros meios admitidos em lei’, deixa claro que a indicação das formas de contraprestação não é taxativa.

O que não existe, na concessão administrativa, é tarifa cobrada do usuário porque, nesse caso, haveria concessão patrocinada. Por essa razão, o objeto do contrato só poderá ser serviço administrativo (atividade-meio) ou serviço social não exclusivo do Estado.

Um exemplo de concessão administrativa é a PPP Complexo Penal realizada em Minas Gerais (COMPLEXO..., 2014). Essa parceria público-privada tem como objetivo a construção e a gestão de complexo penal. O contrato foi assinado em 16 de junho de 2009, prevendo um prazo de dois anos para a construção do empreendimento, e a gestão prisional por parte da concessionária no período de 25 anos, até 2036, podendo ser prorrogável até o limite de 35 anos, ou seja, até 2044. O valor estimado do contrato é de R\$ 2.111.476.080,00.

Para que sejam celebrados os referidos contratos administrativos, ocorre um processo licitatório prévio, previsto na lei como modalidade concorrência, e o vencedor desse certame, para contratar com a Administração, deve constituir sociedade de propósito específico, que ficará incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, conforme dispõe a Lei n. 11.079/2004, em seu art. 9º¹⁹.

Para a constituição dessa sociedade de propósito específico é necessário seguir as normas estabelecidas na Lei 11.079/2004, e embora não haja muita clareza quanto aos sócios da sociedade de propósito específico, em pesquisas realizadas, conclui-se que pode sim haver participação do poder público como sócio da sociedade de propósito específico juntamente com o parceiro privado, apesar de isso não ser o mais comum.

O que mais acontece no cenário de contratos de parceria público-privada, é a constituição de sociedade de propósito específico apenas por entes privados, conforme podemos notar nas parcerias realizadas pelo Estado de Minas Gerais, como na já citada PPP – Rodovia MG 050, PPP Complexo Penal, PPP Uai e PPP Mineirão.

Sempre que houver participação do poder público como acionista da sociedade de propósito específico, isso deverá estar previsto no edital da parceria público-privada, inclusive

¹⁹ “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4o deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento” (BRASIL, 2004).

estabelecendo em qual percentual acontecerá essa participação. Se o parceiro público participar da sociedade de propósito específico como sócio, isso implica diminuição do investimento pelo parceiro privado, mas, também, aporte de capital pelo poder público, que deve analisar o caso concreto e avaliar a conveniência de sua participação como sócio.

Em caso recente, em parceria público-privada realizada para ampliação de aeroportos, foi constituída sociedade de propósito específico com participação do poder público, por meio da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), que tem 49% de participação no capital da sociedade de propósito específico.

Dessa maneira, para que haja participação do poder público na sociedade de propósito específico, será avaliada a necessidade de controle do empreendimento pelo poder público, bem como a quantia de investimento que será realizado, pois, se para a constituição da sociedade de propósito específico for exigido capital muito alto, pode ser necessário, para ampliar a viabilidade do projeto, que o poder público participe para sociedade de propósito específico, com o objetivo de aporte de capital.

Considerando tudo isso, ainda deve ser observada a vedação trazida pelo § 4º do art. 9º da Lei n. 11.049/2004 (BRASIL, 2004), que proíbe a Administração Pública de ser titular da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico, a não ser em casos de eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público quando do inadimplemento de contratos de financiamento. Esse dispositivo visa, segundo pensamento de alguns autores, evitar que a sociedade de propósito específico se transforme disfarçadamente em uma empresa pública ou sociedade de economia mista.

A sociedade de propósito específico sobre a qual se está tratando pode ser constituída sob a forma de sociedade anônima, permitindo a lei negociação de valores mobiliários no mercado de capitais, o que possibilita captação de recursos externos para o empreendimento, potencializando suas chances de sucesso.

Apesar de na lei ser feita menção apenas à sociedade anônima, não há restrição de a sociedade de propósito específico ser constituída sob a forma de sociedade limitada ou qualquer outra forma prevista em lei, devendo ser observadas as regras do edital de licitação da parceria público-privada.

O parceiro privado pode realizar a transferência do controle da sociedade de propósito específico, desde que autorizada expressamente pela Administração Pública, nos

termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.987/1995 (BRASIL, 1995).

Importante salientar que a sociedade de propósito específico, formada para realização de projetos de parceria público-privada, deve cumprir as regras de governança corporativa, bem como adotar contabilidade de demonstrações financeiras padronizadas.

Após esse estudo simplificado da sociedade de propósito específico constituída para a realização do objeto do contrato de parceria público-privada, cumpre dizer que essa exigência é feita com a finalidade de separar o patrimônio e as obrigações dos sócios que compõem a sociedade de propósito específico do patrimônio e das obrigações da sociedade de propósito específico, pois isso traz mais segurança ao empreendimento, além de preservar o interesse público.

Assim, a constituição de sociedade de propósito específico, para implantar e gerir objeto de parceria público-privada, apresenta muitas vantagens da forma como foi prevista na Lei n. 11.049/2004, e a segregação de bens e obrigações é apenas uma delas, conforme foi dito quando mencionada a possibilidade de transferência da sociedade de propósito específico a seus financiadores, o que possibilita a continuidade da prestação de serviços e sua reestruturação financeira; a repartição dos riscos ente o parceiro público e o parceiro privado, que pode ser mais bem compreendido quando o poder público é sócio da sociedade de propósito específico; dentre outras vantagens.

No capítulo seguinte, continua-se com o estudo da possível falência da sociedade de propósito específico que contratou a parceria público-privada, e como se dá o procedimento de arrecadação de bens da falida e a realização dos ativos da massa, bem como faz-se uma breve comparação da venda judicial dos ativos com o procedimento licitatório descrito na Lei de Licitações.

5 DA VENDA DOS ATIVOS DA FALIDA E A POSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

5.1 A arrecadação dos bens na falência

Diante do exposto nos capítulos iniciais, percebe-se que a linha adotada neste trabalho apresenta como base fundamental o princípio da preservação da empresa. Dessa forma, o princípio da preservação da empresa foi considerado para a manutenção do negócio do falido, para a continuidade dos contratos bilaterais da massa falida, e agora, também, será determinante para a análise da venda dos ativos da massa falida, o que proporcionará a continuidade da atividade empresarial.

Assim, a continuação das atividades do falido durante o processo falimentar poderá proporcionar a continuidade das atividades também após a venda dos ativos da massa falida. Isso garante o respeito aos princípios que envolvem o interesse coletivo, como o princípio da função social do contrato e da propriedade, o princípio da dignidade da pessoa humana e jurídica e o princípio da preservação da empresa.

Nesse sentido, Almeida (2007, p. 146) sobre a continuação do negócio do falido:

Objetivando a preservação da empresa, a Lei de Falências, no seu art. 99, XI, faculta ao juiz decidir pela continuação das atividades do falido, com o administrador judicial. A *continuação das atividades do falido* tem caráter provisório e, a rigor, dar-se-á quando plenamente viável, ensejando, outrossim, a alienação da própria empresa, ou de unidades produtivas, a teor do que dispõe o art. 140, I e II, da Lei Falimentar. (Grifo do autor)

Mas, antes de tratar da venda judicial dos ativos, é importante verificar o processo de arrecadação e custódia dos bens do falido. Quando sobrevém a sentença que decreta a falência, um de seus principais efeitos é retirar o falido da administração de seus bens²⁰.

²⁰ “Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a

Dessa forma, a sentença já apresenta nomeação do administrador judicial que deve dar prosseguimento aos negócios do falido.

Assim que o administrador judicial assina o termo de compromisso, imediatamente deve proceder à arrecadação de bens e documentos e à avaliação dos bens arrecadados²¹. Importante frisar que a arrecadação dos bens revela-se o momento mais importante de toda a falência, pois é através de uma arrecadação bem feita e de grande monta que a massa falida, mais robusta, poderá garantir aos credores mais chances de satisfação de seus créditos.

A realização dos ativos, tópico que será estudado detidamente neste trabalho, depende diretamente da correta arrecadação dos ativos. Dessa forma, somente haverá um processo de arrecadação de ativos bem-sucedidos após adequada arrecadação de bens. Assim ensina Campos Filho (2006, p. 211):

A arrecadação de bens constitui um dos atos principais da falência, sendo de responsabilidade do administrador judicial o levantamento de todos os bens, direitos e ações que irão compor, afinal, a massa falida, de expressão material, também conhecida como massa falida *objetiva*. O acervo patrimonial, titularizado pelo falido, responderá, mediante a alienação dos bens que o integram, pela satisfação dos credores no processo falimentar. (Grifo do autor)

Sobre a importância do processo de arrecadação e guarda dos bens, livros e documentos do falido, Almeida (2007, p. 221) apresenta posicionamento de que tão rigoroso é o processo de arrecadação que, inclusive, bens de terceiros que se encontram em poder do

massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis” (BRASIL, 2005).

²¹ “Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias.

§ 1º Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade daquele, podendo o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens.

§ 2º O falido poderá acompanhar a arrecadação e a avaliação.

§ 3º O produto dos bens penhorados ou por outra forma apreendidos entrará para a massa, cumprindo ao juiz deprecar, a requerimento do administrador judicial, às autoridades competentes, determinando sua entrega.

§ 4º Não serão arrecadados os bens absolutamente impenhoráveis.

§ 5º Ainda que haja avaliação em bloco, o bem objeto de garantia real será também avaliado separadamente, para os fins do § 1º do art. 83 desta Lei” (BRASIL, 2005).

falido são arrecadados, assegurando-se, a seus legítimos proprietários, reavê-los mediante o *pedido de restituição* ou por via dos *embargos de terceiro*.

Tendo isso em mente, o administrador judicial, principal órgão da falência, deve atuar de maneira mais diligente possível, impedindo que os bens do falido desapareçam e evitando que haja desvalorização dos ativos da massa.

Bertoldi (2009, p. 814) discorre sobre a importância da diligência do administrador na arrecadação dos bens:

A realidade demonstra que, com a declaração da quebra, se não forem tomadas medidas para resguardar o patrimônio do falido, rapidamente esse patrimônio se deteriora em decorrência, muitas vezes de seu abandono ou até mesmo por atividade ilícita praticada por credores, falido ou terceiros. Sendo assim, com a arrecadação é que se torna plenamente conhecido o patrimônio do devedor, cabendo ao administrador sua guarda e conservação.

Sobre a guarda dos bens arrecadados, também de responsabilidade do administrador, que pode atribuí-la a pessoa de sua confiança, podendo até mesmo o falido ou seus representantes serem nomeados depositários dos bens, deve-se alertar para a possibilidade de responder por prejuízos que podem ser causados à massa caso a guarda dos bens não seja bem desenvolvida. Nesse sentido, Bezerra Filho (2014, p. 280):

Deve, assim, o administrador tomar todos os cuidados para que a pessoa a quem atribuir o encargo de guarda e conservação seja pessoa idônea e de sua confiança, ante a possibilidade de vir a responder por eventuais prejuízos que possam ser causados à massa em caso de dano aos bens ou desaparecimento de algum deles.

Também um dos efeitos da decretação da falência é que ficam suspensas todas as ações e execuções individuais dos credores sobre direitos e interesses relativos à massa falida, sendo também arrecadados pelo administrador judicial os bens penhorados, apreendidos ou sequestrados. Dessa forma, se manifesta Simionato (2008, p. 598):

Com a falência ficam suspensas todas as ações e execuções individuais dos credores sobre direitos e interesses relativos à massa falida, e são igualmente arrecadados os bens penhorados, apreendidos ou sequestrados, cumprindo ao magistrado deprecar, a requerimento, às autoridades competentes a entrega dele, ressalvando aqueles que já têm data certa para alienação em praça, com

dia definitivo para arrematação, e o produto da alienação entre em favor da massa falida, não do credor, porque está sujeito a rateio.

Sobre o lacre do estabelecimento comercial, já foi visto neste estudo que compete ao juiz, na sentença que decreta a falência, manifestar-se sobre a continuidade das atividades do falido. Defende-se, neste trabalho, a continuidade do negócio do falido sempre que houver viabilidade econômico-financeira, o que, como dito, corrobora o princípio da preservação da empresa e faz cumprir sua função social. Ainda assim, mesmo quando seja determinada a continuidade das atividades do falido, pode ocorrer a lacração provisória do estabelecimento, com o objetivo de que seja viabilizada a arrecadação dos bens do falido. A finalidade da lacração é justamente tornar o processo de arrecadação o mais produtivo possível. Dessa forma, em alguns casos, pode haver lacração do estabelecimento sem, contudo, impedir a continuação das atividades da massa falida.

Sobre a avaliação dos bens arrecadados, que deve ser providenciada pelo administrador judicial, também deve ser conduzida com o máximo de diligência possível, pois uma avaliação mal feita pode levar muitos prejuízos à massa de credores. Nesse sentido, Bertoldi (2009, p. 821):

A avaliação deverá levar em conta o estado de desgaste dos bens, seu valor de reposição e todas as demais características que devam influenciar na exata estimação dos mesmos. O administrador deverá ser diligente quanto a esse aspecto, pois, se acaso houver avaliação incorreta, os bens poderão ser vendidos por valores inferiores ao real, impingindo-se prejuízo à massa de credores, ou ainda, poderá ocorrer a inviabilidade da venda diante da estimação acima de parâmetros de mercado, fato que também contraria o interesse dos credores, pois dificultará a liquidação do ativo.

A avaliação dos bens deve ser feita de modo individual, considerando cada bem isoladamente, bem como deve ser realizada a avaliação em bloco dos ativos, o que interessa mais neste trabalho, tendo em vista a possibilidade de continuidade dos negócios do falido quando os ativos são vendidos em bloco. Desse modo, o adquirente poderia dar prosseguimento aos contratos do falido, o que está conforme ao princípio da preservação da empresa. Bertoldi (2009, p. 822) discorre sobre a avaliação dos bens no sentido de revelar a importância da avaliação em bloco, e no sobrevalor econômico que se verifica com a união de todos os bens, pois fica mantida a capacidade de geração de riqueza. Dessa forma:

Referida avaliação deverá ser feita tanto de forma individual, considerando cada um dos bens pertencentes ao falido, como também a avaliação do conjunto dos bens que, de forma agregada, podem resultar num sobrevalor – o chamado aviamento, também conhecido pela expressão *goodwill of a trade* (do Direito anglo-saxão), trata-se do sobrevalor verificado com a reunião de todos os bens (materiais, imateriais e pessoais) integrantes do estabelecimento comercial que, agrupados, passam a representar um valor econômico maior que aquele considerado se avaliados individualmente, na medida em que, quanto melhor administrados os elementos integrantes do estabelecimento, maior será sua capacidade de gerar riquezas. Essa capacidade deverá ser apropriada para efeitos de avaliação do conjunto de bens de forma a trazer o máximo de proveito para a massa falida. Trata-se da chamada ‘avaliação em bloco’, que acaba por considerar o eventual aviamento que ainda acompanha o falido.

O resultado da arrecadação realizada pelo administrador judicial é o auto de arrecadação. Previsto no art. 110 da Lei de Falências²², ele deve ser composto pelo inventário e pelo laudo de avaliação de bens. Caso não seja possível realizar a avaliação dos bens no ato da arrecadação, será concedido o prazo de trinta dias após a entrega do auto de arrecadação para a finalização da avaliação. Entretanto, se a empresa for de grande porte e não for possível proceder à avaliação em trinta dias, não restará outra opção ao juiz a não ser conceder mais prazos conforme a complexidade do trabalho de avaliação.

Após o breve estudo sobre a arrecadação dos bens do falido, sua guarda e avaliação, dá-se continuidade ao trabalho com o estudo a realização do ativo na falência, que aqui terá significado muito maior do que apenas dar aos credores o que lhes é devido.

²² “Art. 110. O auto de arrecadação, composto pelo inventário e pelo respectivo laudo de avaliação dos bens, será assinado pelo administrador judicial, pelo falido ou seus representantes e por outras pessoas que auxiliarem ou presenciarem o ato.

§ 1º Não sendo possível a avaliação dos bens no ato da arrecadação, o administrador judicial requererá ao juiz a concessão de prazo para apresentação do laudo de avaliação, que não poderá exceder 30 (trinta) dias, contados da apresentação do auto de arrecadação.

§ 2º Serão referidos no inventário:

I – os livros obrigatórios e os auxiliares ou facultativos do devedor, designando-se o estado em que se acham, número e denominação de cada um, páginas escrituradas, data do início da escrituração e do último lançamento, e se os livros obrigatórios estão revestidos das formalidades legais;

II – dinheiro, papéis, títulos de crédito, documentos e outros bens da massa falida;

III – os bens da massa falida em poder de terceiro, a título de guarda, depósito, penhor ou retenção;

IV – os bens indicados como propriedade de terceiros ou reclamados por estes, mencionando-se essa circunstância.

§ 3º Quando possível, os bens referidos no § 2º deste artigo serão individualizados.

§ 4º Em relação aos bens imóveis, o administrador judicial, no prazo de 15 (quinze) dias após a sua arrecadação, exhibirá as certidões de registro, extraídas posteriormente à decretação da falência, com todas as indicações que nele constarem (BRASIL, 2005).

5.2 A venda judicial dos ativos

Nesta parte do trabalho, delinea-se o procedimento de venda dos ativos da massa falida, que tem início logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência²³. Dessa forma, entende-se por realização a transformação de bens em dinheiro. Conforme ensina Roque (2005, p. 265), em termos de Direito de Recuperação da Empresa, a realização é o ato pelo qual os bens que formam a massa falida serão alienados para a apuração do numerário destinado à satisfação dos credores. Dessa forma, liquidação e realização teriam o mesmo sentido: a saída da contabilidade da massa falida dos bens e a entrada do correspondente valor financeiro.

A realização do ativo pressupõe prévia arrecadação e avaliação dos bens do falido. Bezerra Filho (2014, p. 316) se manifesta sobre o tema dizendo que se os bens forem arrecadados e ainda dependem de avaliação (§ 1º do art. 110), não se poderá dar início à realização do ativo, sendo necessário aguardar que, além do auto de arrecadação, seja juntado ao feito o laudo de avaliação.

Nesse aspecto, a Lei n. 11.101/2005 inovou no ordenamento jurídico, ao prever que a realização dos ativos ocorreria logo após o pronto o auto de arrecadação, pois no Decreto-Lei n. 7.661/1945²⁴ era necessário aguardar a verificação dos créditos e a tramitação do inquérito judicial. Requião (1991, p. 312) sobre o início da liquidação, afirma que, sabendo-se, pois, da situação patrimonial da falência e o montante dos créditos concorrentes e mais os encargos e dívidas da massa, com a publicação do relatório do síndico e do quadro geral de credores, inicia-se a fase da liquidação.

De modo ainda mais claro, Lacerda (1996, p. 213):

Inicia-se a realização do ativo e, pois, propriamente a liquidação, quando o síndico apresenta seu relatório, após a publicação do quadro geral de credores (art. 63, XIX), havendo já decorrido o prazo para que o falido

²³ “Art. 139. Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo” (BRASIL, 2005).

²⁴ “Art. 114. Apresentado o relatório do síndico (art. 63, n. XIX), se o falido não pedir concordata, dentro do prazo a que se refere o art. 178, ou se a que tiver pedido lhe fôr negado, o síndico, nas quarenta e oito horas seguintes, comunicará aos interessados, por aviso publicado no órgão oficial, que iniciará a realização do ativo e o pagamento do passivo” (BRASIL, 1945).

apresentasse proposta de concordata, sem que o tenha feito, haja a mesma sido negada. A liquidação far-se-á, então, por meio de aviso que será publicado no órgão oficial nas quarenta e oito horas seguintes (art.114), mesmo que o pedido de concordata não possa ser formulado por haver sido recebida a denúncia ou a queixa (art. 114, parágrafo único). O prazo para a liquidação é marcado pelo juiz, devendo o síndico iniciá-la imediatamente (art. 115).

A inovação trazida pela Lei n. 11.101/2005 é fundamental, pois demonstra, mais uma vez, o princípio da preservação da empresa como vetor teleológico de interpretação do instrumento normativo. Sabe-se que a realização do ativo é muito importante tanto para o falido quanto para os credores, pois é por meio do sucesso dessa operação que o falido poderá extinguir suas obrigações e se reabilitar para a prática da atividade empresarial, e os credores terão seus créditos alcançados. E pode-se acrescentar mais um diferencial ao processo de realização na Lei de Falências, qual seja, a preservação da atividade empresária.

Campos Filho (2007, p. 275) discorre sobre o avanço apresentado pela Lei n. 11.101/2005 e pela reafirmação do princípio da preservação da empresa da seguinte forma:

A Lei n. 11.101/2005 introduz substancial inovação com o intuito de imprimir celeridade aos procedimentos de alienação dos bens da massa. É significativo, nesse contexto, a disposição contida no art. 139, ao estabelecer que a realização será iniciada logo após a arrecadação dos bens. O próprio art. 75 da Lei de Recuperação e Falência, inaugurando o Capítulo V – que contém a disciplina da falência – prevê que a mesma tem por objetivo preservar a utilização produtiva dos bens, seus ativos e recursos produtivos, aí incluídos os intangíveis da empresa.

Sobre a primazia da eficiência e celeridade trazida pela Lei n. 11.101/2005 ao processo de realização de ativos, Bernardi (2005, p. 475) ensina:

As probabilidades dos credores receberem seus créditos aumentam ou diminuem, em grande medida, em função dos resultados da realização do ativo, o que revela a importância desse procedimento. Da mesma forma, o sucesso da realização do ativo interessa ao falido, tendo em vista que a maior disponibilidade de recurso aumentará as chances para que este requeira a extinção de suas obrigações e a consequente reabilitação para o exercício da atividade empresarial. Além das vantagens que a maximização da realização traz aos credores e ao falido, também constitui valor relevante para a proteção ao crédito público, uma vez que permite maior segurança ao mercado, contribuindo para a redução dos riscos e representando fator de redução dos juros – o que é um dos principais objetivos da nova legislação.

Por todos esses motivos, a maximização do ativo esteve entre as grandes preocupações do legislador, o que se evidencia a partir do relatório apresentado pelo Senador Ramez Tebet na ocasião de análise do então Projeto de Lei na Câmara n. 71 de 2003. Referido relatório coloca esse objetivo como um dos doze mais importantes princípios a serem adotados na legislação falimentar. Conforme destacou o Senador, “a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.

Nesse sentido, logo no art. 139 percebe-se que a atual Lei inova em comparação com a legislação falimentar revogada, de forma a atender o princípio acima mencionado. Esse dispositivo permite o início dos procedimentos relativos à realização do ativo logo após a arrecadação dos bens, independente do procedimento de verificação dos créditos. A título de comparação, vale a pena mencionar que a lei revogada apenas a realização do ativo depois de concluída a etapa cognitiva, e, portanto, após o término do procedimento de verificação de créditos e do inquérito judicial, quando se verificava o momento processual oportuno para o pedido de concordata suspensiva. Todos esses procedimentos, que necessariamente antecediam a realização do ativo, demandavam muito tempo e isso fazia que a realização do ativo fosse diferida no tempo por vários anos após a declaração da falência do devedor. À exceção dos bens cuja venda era urgente, o que incluía os de fácil deterioração ou os que não podiam ser guardados sem risco ou grande despesa, os bens arrecadados não podiam ser vendidos, e permaneciam sob a guarda do síndico, ou pessoa por ele designada. Esse sistema, além de dificultar a administração da massa, causava prejuízos a todos os interessados em razão da evidente desvalorização causada ao ativo arrecadado, que permanecia inutilizado durante todo esse período.

Diante do exposto, Bernardi (2005, p. 475) conclui que, ao permitir a alienação dos bens logo de início, a nova lei viabiliza maior celeridade ao processo falimentar e evita a desvalorização dos bens que compõem a massa falida, assim como as despesas inerentes à sua guarda.

No sentido da importância da venda em bloco dos ativos da empresa, a vigente Lei de Falências estabelece ordem de preferência para a realização do ativo, conforme dispõe o art. 140²⁵.

²⁵ “Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

- I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;
- II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;
- III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

Dessa forma, Lobo (2005, p. 375), escrevendo sobre a posição de que a Lei de Falências apresenta ordem de preferência para a liquidação de bens da empresa, sugerindo que a ordem posta na lei é decrescente em termos de interesse legislativo – o que demonstra que a lei se preocupou com a preservação da atividade empresária também neste momento, pois, além de tentar agregar valor à massa falida, preocupa-se com a importância de uma venda em bloco, tendo em vista que isso viabilizaria a continuidade da atividade empresária por seu comprador –, afirma:

As alternativas devem se entendidas como opção de política legislativa, em que se ordena, da mais desejável para a menos desejável, em ordem direta, os limites para a decisão do administrador judicial, balizando-a. A escolha por qualquer das alternativas, embora não haja menção na lei, deverá ser justificada, fundamentada, dado o interesse dos credores no resultado da liquidação. A lei se preocupa com a eficiência na medida em que parte do pressuposto de que a venda da organização predisposta para exercer determinada atividade reduz custos; como segunda opção, prefere-se a venda de conjunto de ativos, igualmente organizados e funcionalizados sobre a venda de ativos isolados. Percebe-se a tentativa de agregar mais valor ao processo de venda dos bens.

Adquirir o conjunto de bens necessários e suficientes para, em curto espaço de tempo, retomar a atividade é a solução ideal quando o interessado conhece o setor, pode usar os equipamentos que são adequados para o que pretende, sem ter de encomendá-los, fazer testes; pode contar com mão de obra treinada, que domina o processo produtivo, enfim, as vantagens superam o preço, talvez mais elevado, que venha a pagar pelos bens. É o que se denomina alienação da empresa (inciso I).

Em vista dos argumentos apresentados, Lobo (2005, p. 376) conclui que privilegiar a venda dos ativos em bloco é priorizar sua preservação como unidade de produção:

Preferir a venda da empresa(bloco de bens organizados para o exercício da atividade empresária), isto é, todos os estabelecimentos, entenda-se,

IV – alienação dos bens individualmente considerados.

§ 1º Se convier à realização do ativo, ou em razão de oportunidade, podem ser adotadas mais de uma forma de alienação.

§ 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro-geral de credores.

§ 3º A alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos.

§ 4º Nas transmissões de bens alienados na forma deste artigo que dependam de registro público, a este servirá como título aquisitivo suficiente o mandado judicial respectivo” (BRASIL, 2005).

representa dar prioridade à sua preservação como unidade de produção, diferente do que ocorre na venda de estabelecimentos ou ativos isolados. Quem adquire o todo, como se explicou antes, considera que é mais valioso receber a organização.

O art. 140 da Lei de Falências estabelece quatro formas para a realização do ativo, em ordem de preferência, sendo: I) alienação da empresa²⁶, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II) alienação da empresa, com venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III) alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV) alienação dos bens individualmente considerados. Batalha (2007, p. 201) menciona que o objetivo é a preservação do *going concern value* da empresa funcionando, que significa a expectativa positiva, em termos econômicos, e podemos acrescentar também sociais, da manutenção da empresa.

Conforme se conclui da leitura e interpretação não somente do art. 140, mas de toda a Lei de Falências, há preocupação com a valorização da atividade empresarial e sua manutenção. O objetivo é promover a sucessão na empresa. Nesse sentido, o § 3º do art. 140 dispõe sobre a transferência de contratos específicos, quando reza que a alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos (BRASIL, 2005).

O que fica claro aqui é que, para a continuação da atividade empresária, a manutenção de contratos é necessária. Assim, quando ocorre a alienação da empresa em bloco, conforme dispõe a lei, há sucessão nos contratos que mantêm aquela atividade empresarial funcionando. O que ocorre é cessão de posição contratual, como bem ensina Lobo (2005, p. 380):

²⁶ Conforme leciona Peixoto (2009, p. 968), o termo “empresa” aqui utilizado nada tem a ver com o do art. 966 do Código Civil, motivo pelo qual Bernardi (2005), criticando sua utilização nos n. I e II do art. 140, leciona: “Em respeito à terminologia constante do Código Civil, melhor teria sido utilizar apenas o termo estabelecimento e não empresa. Isso porque o termo empresa é usado juridicamente com o sentido de atividade econômica, e, portanto, trata-se de um fato jurídico. O que se aliena é o estabelecimento. Conforme dispõe o art. 1.142 do CC, estabelecimento é o complexo de bens organizado para o exercício da empresa pelo empresário ou pela sociedade empresária, ao qual devem se acrescentar os direitos que o empresário adquire no exercício da empresa, a partir das relações que estabelece com clientes e fornecedores e que, juntamente com os bens, constitui a base para a condução de sua atividade econômica”. Nesse sentido, Peixoto (2009) prossegue dizendo que, na verdade, poderia o legislador excluir dos incisos em apreço, sem qualquer prejuízo para o entendimento do texto, a expressão “alienação de empresa”, já que o estabelecimento pressupõe uma unidade produtiva capaz de atender ao mercado de bens ou serviços, estando implícito no seu conceito a clientela ou o direito à clientela.

A disposição do § 3º ao art. 140 tem a preservação das operações como foco. A continuidade da atividade se estende à continuidade de certos contratos. O Código Civil traz dispositivo que destaca a função social do contrato. Trata-se do art. 421, cuja redação é: ‘A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’.

Negócio jurídico central no exercício da empresa, a cessão de posição contratual é negócio jurídico em que a manifestação do contratante que permanece é a regra. Essa regra vem excepcionada nesse § 3º, que destaca e valoriza a preservação da atividade. A imposição de manter vínculo que, antes, ligava A e B, agora entre A e D, por exemplo, visa a garantir a continuação da atividade que, se antes era exercida por B e agora o é por D, não perde sua função socioeconômica. Bastaria esse argumento para que se explicasse a razão da excepcionalidade.

Conforme trabalhado em capítulo anterior desta dissertação, na legislação antes vigente era atribuição do síndico da falência manifestar-se sobre a manutenção de contratos do falido. Entretanto, a vigente Lei de Falências trata o assunto de modo diverso, dispondo que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados se houver interesse para a massa. Dessa forma, os contratos mantidos são de relevância para que seja dada continuidade à atividade empresarial durante o processo de falência, e, certamente, também serão relevantes após a venda dos ativos da massa falida para que seja dada continuidade aos negócios.

Lobo (2005, p. 381), considerando a relevância dos contratos para a manutenção da atividade, aduz:

Na legislação anterior cabia ao síndico manifestar-se sobre a manutenção de contratos entre o falido e terceiros. Faltava disposição que transferisse a posição contratual do falido para o adquirente de bens da massa, tal como agora. Agora, será analisada a relevância do contrato para a atividade, o que poderá ser compreendido quando houver impossibilidade de manter a atividade na ausência do contrato.

Importante ressaltar que, quando ocorre a venda dos ativos, não são repassadas dívidas da massa, sendo que a cessão de posição contratual é o único tipo de obrigação que o adquirente assume. É o que apresenta Peixoto (2009, p. 969):

De qualquer forma, cumpre salientar deverem ser alienados e transferidos apenas os ativos, representados por bens, corpóreos ou incorpóreos, direitos e, eventualmente, também contratos, sendo esta a única hipótese em que o adquirente assumirá, também obrigações, mas não débitos. É que a venda se

destina, nos termos do art. 140, n. I, exatamente à obtenção de recursos para a liquidação do passivo, declarado e admitido na massa, ressaltando-se que, se a receita auferida não for suficiente para pagar a totalidade dos créditos, o saldo será distribuído entre os credores proporcionalmente e de acordo com a classificação de seus créditos.

Também nesse sentido, Almeida (2005, p. 266) fala sobre o objeto da aquisição esta livre de quaisquer ônus, inclusive trabalhistas ou tributários:

A venda da empresa, envolve, obviamente, o(s) estabelecimento(s) em bloco, convindo acrescentar que a sua aquisição é, sob a nova legislação, *livre de qualquer ônus*, não havendo falar em sucessão, inclusive trabalhista ou tributária, *ex vi* do disposto no art. 141, II, da Lei Falimentar. Na eventualidade de o arrematante adquirir a empresa e, persistindo na sua atividade, conservando os mesmos empregados do falido, estes (os empregados) serão admitidos mediante novos contratos de trabalho, sem que se possa falar em sucessão trabalhista. (Grifo do autor)

As disposições legais que tratam dessa matéria estão no art. 141 da Lei da Falências²⁷.

Uma vez estudadas as formas de alienação do ativo da massa falida, ou seja, como são organizados os bens para a venda, passa-se ao tema dos modos ou procedimentos que o legislador previu para efetivar a realização do ativo, conforme descrito no artigo 142 da Lei de Falências²⁸.

²⁷ Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo;

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

§ 1º O disposto no inciso II do *caput* deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior” (BRASIL, 2005).

²⁸ “Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades:

I – leilão, por lances orais;

II – propostas fechadas;

III – pregão.

§ 1º A realização da alienação em quaisquer das modalidades de que trata este artigo será antecedida por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com 15 (quinze) dias de antecedência, em se tratando de

Dessa forma, pode-se afirmar que a Lei dispõe sobre três formas de alienação de bens, quais sejam, leilão, proposta fechada ou pregão, devendo o juiz, ouvindo o administrador judicial e o comitê de credores, se houver, optar por aquela que melhor alcance a otimização do ativo. Entretanto, a Lei faculta a escolha de outras modalidades, se for conveniente para a massa. É o que reza os arts. 144²⁹ e 145³⁰ da Lei de Falências, por meio dos quais fica autorizado o juiz a autorizar outra modalidade de alienação do ativo diversa das previstas no art. 142, desde que haja motivos justificados e requerimento fundamentado do administrador judicial ou do comitê de credores. Do mesmo modo, poderá o juiz determinar outra modalidade de alienação do ativo aprovada em assembleia geral de credores.

Campos Filho (2006, p. 279) discorre sobre a possibilidade de escolha de outro modo de realização do ativo, sempre no interesse da massa falida:

bens móveis, e com 30 (trinta) dias na alienação da empresa ou de bens imóveis, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da venda.

§ 2º A alienação dar-se-á pelo maior valor oferecido, ainda que seja inferior ao valor de avaliação.

§ 3º No leilão por lances orais, aplicam-se, no que couber, as regras da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 4º A alienação por propostas fechadas ocorrerá mediante a entrega, em cartório e sob recibo, de envelopes lacrados, a serem abertos pelo juiz, no dia, hora e local designados no edital, lavrando o escrivão o auto respectivo, assinado pelos presentes, e juntando as propostas aos autos da falência.

§ 5º A venda por pregão constitui modalidade híbrida das anteriores, comportando 2 (duas) fases:

I – recebimento de propostas, na forma do § 3º deste artigo;

II – leilão por lances orais, de que participarão somente aqueles que apresentarem propostas não inferiores a 90% (noventa por cento) da maior proposta ofertada, na forma do § 2º deste artigo.

§ 6º A venda por pregão respeitará as seguintes regras:

I – recebidas e abertas as propostas na forma do § 5º deste artigo, o juiz ordenará a notificação dos ofertantes, cujas propostas atendam ao requisito de seu inciso II, para comparecer ao leilão;

II – o valor de abertura do leilão será o da proposta recebida do maior ofertante presente, considerando-se esse valor como lance, ao qual ele fica obrigado;

III – caso não compareça ao leilão o ofertante da maior proposta e não seja dado lance igual ou superior ao valor por ele ofertado, fica obrigado a prestar a diferença verificada, constituindo a respectiva certidão do juízo título executivo para a cobrança dos valores pelo administrador judicial.

§ 7º Em qualquer modalidade de alienação, o Ministério Público será intimado pessoalmente, sob pena de nulidade” (BRASIL, 2005).

²⁹ “Art. 144. Havendo motivos justificados, o juiz poderá autorizar, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidades de alienação judicial diversas das previstas no art. 142 desta Lei ” (BRASIL, 2005).

³⁰ Art. 145. O juiz homologará qualquer outra modalidade de realização do ativo, desde que aprovada pela assembleia geral de credores, inclusive com a constituição de sociedade de credores ou dos empregados do próprio devedor, com a participação, se necessária, dos atuais sócios ou de terceiros.

§ 1º Aplica-se à sociedade mencionada neste artigo o disposto no art. 141 desta Lei.

§ 2º No caso de constituição de sociedade formada por empregados do próprio devedor, estes poderão utilizar créditos derivados da legislação do trabalho para a aquisição ou arrendamento da empresa.

§ 3º Não sendo aprovada pela assembleia geral a proposta alternativa para a realização do ativo, caberá ao juiz decidir a forma que será adotada, levando em conta a manifestação do administrador judicial e do Comitê ” (BRASIL, 2005).

Sempre no interesse da massa e, em última análise, dos credores, a lei faculta a possibilidade de alienação de bens por outras formas que não as apenas previstas no art. 142. Nesse sentido, havendo motivos justificados, expostos pelo administrador judicial ou pelo comitê de credores, se houver, o juiz poderá autorizar que a alienação judicial se dê por qualquer outra forma, segundo o art. 144.

Coelho (2007, p. 376) justifica essa abertura legal tendo em vista a dinâmica dos mercados e a possibilidade de otimizar os recursos da massa falida:

A dinâmica do mercado de empresas e de negócios em geral recomenda que o direito positivo não restrinja de modo absoluto a matéria, porque formas não previstas e realização do ativo podem revelar-se mais interessantes aos objetivos de otimização dos recursos da massa que as balizadas pelas regras de venda ordinária.

Independentemente da modalidade escolhida, a venda será precedida de publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com quinze dias, tratando-se de bens móveis, e com trinta dias, tratando-se da alienação da empresa ou bens imóveis.

Importante ressaltar que a intimação do Ministério Público para atuar como fiscal da lei é obrigatória, sob pena de nulidade de todo o processo. Simionato (2008, p. 634) se manifesta pela irrecusável importância da participação do Ministério Público no processo:

Ao magistrado compete verificar a forma da alienação, se obedece aos rigores legais. Neste momento de alienação de ativos da massa falida é importantíssima a fiscalização colocada a efeito pelo membro do Ministério Público, para coibir eventuais fraudes orquestradas entre credores e eles mesmos, ou entre alguns credores e o administrador judicial, fraudando os interesses da massa, combinando valores quando das propostas fechadas, oferta por preço vil, apropriação de valores recebidos quando da alienação de bens etc.

Pode-se ir ainda mais além sobre a importância da participação do Ministério Público no momento da realização dos ativos da massa, pois esse órgão tem como uma de suas missões institucionais a defesa do interesse público. E, conforme visto neste trabalho, o princípio da preservação da empresa é também interesse público, no sentido de que a manutenção da atividade empresária promove a função social da empresa, a geração de empregos e a circulação de riquezas.

Sobre a primeira modalidade de venda do ativo expressa na Lei de Falências, o leilão por lances orais, que é um procedimento público, com presença obrigatória do membro do Ministério Público, cuja sequência procedimental pode ser resumida da seguinte forma, nas palavras de Fazzio Júnior (2005, p. 352):

- edital de convocação para o leilão público em jornal de ampla circulação;
- prazo do edital de 15 (quinze) dias de antecedência (bens móveis) e 30 (trinta) dias (empresa ou bens imóveis);
- intimação pessoal do representante do Ministério Público, sob pena de nulidade;
- alienação e leilão público pelo maior lance, ainda que inferior ao valor da avaliação;
- impugnação pelos interessados em 48 (quarenta e oito) horas da realização do leilão;
- decisão das impugnações em 5 (cinco) dias;
- agravo de instrumento pelo impugnante que se sentir prejudicado.

Quanto à venda por propostas fechadas, a liquidação do ativo acontecerá por meio de envelopes lacrados, a serem abertos pelo juiz, no dia, hora e local determinados no edital, com a presença do membro do Ministério Público. Vencerá a melhor proposta, levando-se em consideração o preço mínimo determinado por avaliação feita por perito.

Sobre a possibilidade de retratação após o oferecimento da proposta, a doutrina majoritária entende que a proposta constitui efetiva declaração de compra, sendo, portanto, irretratáveis³¹, conforme lições de Sztajn (2005, p. 393):

A proposta fechada constitui uma declaração de compra, de oferta efetiva, não de simples promessa, pelo que o lançador ou licitante estará vinculado à sua declaração. Entregues os envelopes, as propostas são vinculativas, não se admitindo retratação ainda que os envelopes não tenham sido abertos. Não parece admissível que as propostas contenham cláusula especial de arrependimento ou retratação.

Tanto são irretratáveis as propostas apresentadas que na modalidade seguinte, descrita a seguir, o ofertante da maior proposta fica obrigado a arcar com a diferença

³¹ Peixoto (2009, p. 987) apresenta opinião diversa, dizendo que, de fato, a proposta, em princípio, vincula o proponente. Entretanto, no caso, tem ela como destinatário o juiz, de tal forma que, nos termos do art. 428, IV, do Código Civil (BRASIL, 2002), até que lhe seja entregue, na audiência destinada à abertura das propostas, lícita é, a nosso ver, a retratação, mesmo porque nenhum prejuízo trará a quem quer que seja, já que, inclusive, seu conteúdo, assim como o das demais, até então, é desconhecido.

verificada em caso de sua ausência ao certame e tendo sido vencedora proposta de valor inferior àquela por ele oferecida, pois a natureza jurídica da proposta é de declaração de compra.

Na alienação no modo pregão, inovação trazida pela Lei n. 11.101/2005, há uma mistura das duas modalidades descritas acima, o leilão e a modalidade propostas fechadas. Na primeira fase, os interessados apresentam suas ofertas em envelopes lacrados. Os envelopes serão abertos e escolhidas as melhores propostas, que deverão corresponder a, no mínimo, 90% da melhor proposta. Dessa forma, na segunda fase, são chamados os proponentes das melhores propostas, conforme descrito, e a disputa prosseguirá no modo de leilão.

Campos Filho (2007, p. 278) assim se pronuncia sobre a modalidade de pregão:

O pregão, modalidade de alienação sem previsão correspondente no sistema da lei anterior, caracteriza-se pela junção das propostas fechadas com o leilão por lances orais. A lei diz que constitui modalidade híbrida das outras duas e que comporta fases distintas: a) o recebimento de propostas fechadas, na forma prevista no mesmo art. 142; b) o leilão por lances orais, 'de que participarão somente aqueles que apresentarem propostas não inferior a 90% (noventa por cento) da maior proposta ofertada' [...] (art. 142, § 5º, II). A venda por pregão, segundo o § 6º, será regida pelas regras constantes em seus incs. I, II e III. Assim, recebidas e abertas as propostas fechadas, o juiz ordenará a notificação dos ofertantes, cujas propostas correspondam, no mínimo, a 90% da maior proposta ofertada, para que compareçam ao leilão. O valor de abertura do leilão será o da maior proposta fechada entre os ofertantes presentes e que será considerada como lance. Se o ofertante da maior proposta fechada não comparecer ao leilão, e não havendo lance igual ou superior ao valor por ele oferecido na proposta, a diferença será cobrada pelo administrador judicial, constituindo a respectiva certidão do juízo título executivo.

Conclui-se, então, que a Lei de Falências fez previsão das modalidades pelas quais pode ser realizado o ativo da massa falida, abrindo opções para que seja adotado outro modo, se conveniente para massa, sendo devidamente justificado. Explica Peixoto (2009, p. 983):

A lei especifica 3 formas de alienação de bens – leilão, proposta fechada ou pregão –, devendo o juiz, segundo orientação do Comitê e ouvido o administrador judicial, optar por uma delas. Portanto, acrescentou a Lei n. 11.101/2005 a forma de pregão, não prevista no Dec.-Lei n. 7.661/2005. Outrossim, é possível que a forma seja escolhida de conformidade com os bens a serem alienados, não impondo, a nosso ver, o dispositivo que apenas uma se aplique a todas as vendas, mesmo porque, como por diversas

salientado, o objetivo primordial será sempre a otimização da realização do ativo ou a obtenção da maior quantidade de recursos possível.

Dessa forma, passa-se ao estudo de como é feita a contratação com a Administração Pública, para que se possa avaliar a possibilidade da manutenção do contrato administrativo após a realização dos ativos em bloco, sendo preservada a atividade empresarial e a continuidade das operações.

5.3 O procedimento licitatório previsto na Lei n. 8.666/1993

Para a continuidade do trabalho, é importante o estudo do instituto da licitação, os princípios que o regem e as normas que lhe são aplicáveis. Dessa forma, passa-se ao conceito de licitação e sua finalidade.

Licitação é um instituto usado pela Administração Pública quando se relaciona com particulares para a aquisição ou alienação de bens e para a obtenção de serviços. O instituto da licitação está previsto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal³² e regulamento por legislação específica, como a Lei n. 8.666/1993³³ e a Lei n. 11.079/2004³⁴.

Conforme conceito apresentado por Dallari (2003, p. 2), citando Laso (1978, p. 9), a licitação pode ser definida como um procedimento relativo ao modo de celebrar determinados contratos, com o objetivo de buscar pessoa que ofereça à Administração condições mais vantajosas após a análise de propostas feitas por interessados chamados à seleção.

³² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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 (BRASIL, 1988).

³³ Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências (BRASIL, 1993).

³⁴ Lei n.11.079 de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2005, p. 224) conceitua licitação considerando a natureza jurídica do instituto e seu objetivo, que é a sua *ratio essendi*, de maneira a ser procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Sundfeld (1995, p. 15) conceitua a licitação como procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público.

No sentido de ser a licitação um procedimento que permite à Administração a escolha de proposta mais vantajosa para o interesse público, Mello (2002, p. 466) define licitação como um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

A licitação tem natureza jurídica de procedimento administrativo com fim seletivo, tendo em vista que antecede a celebração de um contrato pela administração, de acordo com Barros (2009, p. 134), um procedimento administrativo de eleição daquele com quem a Administração irá contratar em melhores condições.

Percebe-se que a licitação e o contrato administrativo estão diretamente relacionados, pois a licitação leva à celebração de um contrato administrativo. Mas resta responder à questão sobre o porquê de se usar o instituto da licitação, o que leva à necessidade desse instituto. Para a resposta a esse questionamento, Meirelles (2002, p. 25) define licitação como

o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato se seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aso que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para execução de obras e serviços, compra de matérias e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente.

Desse modo, pode-se afirmar que uma das finalidades da licitação é permitir que todos os interessados participem do certame em pé de igualdade, garantindo tratamento isonômico aos licitantes. Da mesma forma, também tem como finalidade proporcionar à Administração a escolha da melhor proposta, tendo em vista a os princípios basilares do regime jurídico administrativo, trabalhados por Mello (2012, p. 70), quais sejam, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade dos interesses públicos.

Faria (2004, p. 208) vai além e menciona, ainda, que a licitação pode impedir a escolha direcionada, que privilegia alguns em detrimento de muitos:

Pelo procedimento licitatório, além de se pretender a melhor proposta entre o universo de fornecedores, procura-se evitar escolha indesejada de fornecedores por apadrinhamento político, por amizade ou por outros meios de corrupção. É para se evitar as escolhas subjetivas e casuísticas que a lei prescreve a necessidade da publicação, do tratamento isonômico e do julgamento objetivo das propostas e documentos de habilitação, além de outras formalidades.

Após o estudo do conceito de licitação e sua finalidade, é o momento de dedicar parte deste trabalho ao estudo dos princípios que regem a licitação, pois são eles que demonstram a importância do instituto e o que realmente se deseja alcançar com seu uso. Mello (2002, p. 629) define os princípios como alicerce de um sistema, em que a violação de um princípio é mais grave que a violação de uma norma, pois a desatenção ao princípio não ofende apenas um mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. Assim, para ele, princípio é:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Os princípios explícitos que regem a licitação estão dispostos no art. 3º da Lei n. 8.666/1993³⁵ e no art. 14 da Lei n. 8.987/1995³⁶, e podem ser elencados como legalidade,

³⁵ “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

publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, impessoalidade, probidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo das propostas, dentre outros que lhe possam ser aplicados, pois não há uniformidade entre os doutrinadores quando se trata de indicação dos princípios que informam a licitação.

O princípio da legalidade está previsto no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, quando prevê que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, e para a Administração, ainda mais específico, pois a Administração só pode agir conforme a lei autoriza ou nos limites legais (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Meirelles (2012, p. 291), o princípio da legalidade ou procedimento formal que se aplica às licitações dispõe que a Administração deve observar as leis e os regulamentos que tratam sobre o tema, estando vinculada às exigências legais desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento das propostas.

Carvalho Filho (2005, p. 230) leciona que o princípio da legalidade aplicado às licitações se impõe para que o administrado observe as regras que a lei traçou para o procedimento licitatório:

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 se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais. (Grifo do autor)

moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei n. 12.349, de 2010) § 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei n. 12.349, de 2010)

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991” (BRASIL, 1993).

³⁶ “Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório” (BRASIL, 1995).

O art. 4º da Lei n. 8.666/1993³⁷ apresenta a garantia aos licitantes da observância do procedimento legal, norma que decorre do princípio da legalidade, e protege os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos.

Entretanto, Meirelles (2002) lembra que o princípio do procedimento formal não deve ser levado às últimas consequências a ponto de se fazer exigências descabidas ou invalidar atos que não tenham causado qualquer prejuízo à Administração. Nesse sentido, afirma:

O princípio do *procedimento formal*, todavia, não significa que a Administração deva ser “formalista” a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta nulidade onde não houve dano para qualquer das partes – *pas de nullité sans grief*, no dizer dos franceses (MEIRELLES, 2002, p. 29).

O princípio da publicidade, previsto no inciso XXXIII do art. 5º³⁸, *caput* do art. 37 da Constituição Federal, garante que todos têm direito de receber informações dos órgãos públicos, e que a Administração deve dar transparência a seus atos para que todos possam conhecê-los e impugná-los, caso viciados ou em desacordo com a legalidade.

Conforme ensina Carvalho (2009, p. 185), é a publicidade que torna possível o efetivo controle dos atos administrativos e assegura a transparência necessária para se tentar contornar os riscos inerentes ao sigilo. E continua dizendo que o agente público exerce o poder de titularidade alheia, devendo à sociedade prestar contas da forma pela qual cumpriu o referido *munus*. Ainda nesse sentido,

³⁷ “Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm 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.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública” (BRASIL, 1993).

³⁸ Hoje regulamentado pela Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011, a chamada Lei de Acesso à Informação, que estabelece meios para o exercício do direito à informação, dispondo sobre diretrizes para a Administração Pública, como a publicidade como regra e o sigilo como exceção (BRASIL, 2011).

Inúmeros são os dispositivos constitucionais que consagram a publicidade nos diversos atos estatais. O art. 5º, XXXIII, determina que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Ademais, o art. 5º, XIV, da Constituição assegura a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional e o art. 5º, XXXIV, garante a todos, independente do pagamento de taxas, direito de petição ao Poder Público em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, bem como obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direito e esclarecimento de situações pessoais.

Desse modo, o princípio da publicidade é princípio constitucional expresso e também está expressamente disposto na Lei de Licitações, figurando como princípio específico do procedimento licitatório, qual seja, o princípio da publicidade dos atos da licitação. Carvalho (2009, p. 186), sobre o princípio da publicidade na Lei de Licitações, discorre:

Também a Lei Federal n. 8.666/93 que veicula normas gerais de licitações e contratos administrativos estabelece, em inúmeros dispositivos, mecanismos de concretização da publicidade obrigatória, senão vejamos: art. 21, I (obrigatoriedade da publicação do resultado do edital em datas prefixadas); art. 39 (previsão de audiência pública no caso de licitações que envolvem valores vultosos); art. 61, § único (publicação de extratos de contratos e convênios); art. 109, §1º (publicação e intimação para atos decisivos como habilitação, julgamento, anulação, rescisão, revogação); artigo 25, § 2º (exige que os preços registrados sejam publicados trimestralmente para orientação da Administração na imprensa oficial), além de outros dispositivos, como o art. 4º, parte final; art. 34, § 1º; art. 40, VIII; art. 43, § 1º e art. 53, § 4º, da Lei n. 8.666. É certo que, malgrado a publicidade permeie todo o procedimento licitatório, não se aplica ao conteúdo das propostas, até o momento de sua abertura. Além dessa restrição lógica, decorrente da necessidade de se resguardar o teor da proposta, mantendo a competitividade e a lisura do certame, os demais atos deverão ter a sua publicidade assegurada, com livre acesso de terceiros e comunicação aos licitantes interessados a propósito dos atos que lhe sejam pertinentes.

Pode-se concluir que a publicidade é um dos princípios dominantes da licitação, não sendo possível, nunca, uma licitação sigilosa ou secreta.

O princípio da igualdade, também previsto no texto constitucional, é um dos princípios norteadores da licitação que garante a todos tratamento isonômico e, no caso do

certame licitatório, procedimento seletivo sem discriminação entre os participantes, permitindo também à Administração, também, a escolha da proposta mais vantajosa.

Di Pietro (2002, p. 302) descreve o princípio da igualdade como um dos alicerces da licitação:

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

Ainda nesse sentido, Meirelles (2002, p. 30), afirma que o que veda o princípio da igualdade entre os licitantes é a quebra de isonomia entre os participantes, por meio do estabelecimento de cláusulas cujo objetivo é favorecer alguns, caracterizando desvio de poder da Administração Pública. Isso enseja a anulação de editais e a nulidade de contratos resultantes de editais que contenham cláusulas que comprometem o caráter competitivo do certame. Assim, Meirelles (2002, p. 30):

A igualdade entre os licitante é princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) –, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, §1º). Mas o princípio em exame não impede que a Administração estabeleça *requisitos mínimos de participação*, desde que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público, em conformidade com o previsto nos arts. 27 a 33 da Lei n. 8.666, de 1993.

Desse modo, a despeito do princípio da igualdade, pode a Administração fazer exigências para a comprovação de aptidão técnica do licitante, não sendo consideradas discriminatórias exigências que comprovem a capacidade econômico-financeira ou a experiência do licitante na execução do serviço ou obra licitado. Nos casos de licitações para a celebração de parcerias público-privadas, essas exigências ficam ainda mais evidentes, tendo em vista a grande quantidade de recursos financeiros envolvidos e a complexidade do que é licitado por meio da Lei n. 11.079/2004.

Outro princípio que também rege as licitações é o princípio da impessoalidade. Igualmente previsto no art. 37 da Constituição (BRASIL, 1988), ressalta, mais uma vez, a finalidade pública que deve reger os atos praticados pela Administração, que têm por finalidade o alcance do interesse público. Isso significa que a Administração não deve agir de modo a beneficiar interesses particulares, devendo buscar sempre o interesse da coletividade.

Nesse viés, Carvalho (2009, p. 180) afirma que, por meio do princípio da impessoalidade, é afastada qualquer discriminação ou privilégio indevido:

Sendo assim, o princípio da impessoalidade parte da ideia básica de objetividade capaz de excluir quaisquer favores ou perseguições desleais. Outrossim, requer que promova a independência da atuação pública em relação a todas as particularidades individuais irrelevantes para o exercício da competência administrativa. Ao se exigir um agir impessoal, afastam-se quaisquer discriminações ou privilégios indevidos, seja em favor do beneficiário da atuação administrativa, seja em favor do agente público integrante do quadro de pessoal do Estado.

Outro sentido dado ao princípio da impessoalidade é o que apresenta Silva (2000, p. 647), quando leciona que a impessoalidade também impede que comportamentos dos agentes públicos sejam imputados ao servidor, devendo ser imputáveis aos órgãos ou entidades administrativas, que são os autores institucionais do ato. Esse viés busca impedir que se confundam Estado e agente, conseqüentemente, não permitindo favoritismos ou perseguições na esfera pública.

Intimamente ligado ao princípio da isonomia e do julgamento objetivo das propostas, prevê o princípio da impessoalidade nas licitações que a Administração deve pautar suas decisões por critérios objetivos, sem considerar condições pessoais dos licitantes ou vantagens que possam ser por eles oferecidas. De acordo com Di Pietro (2002, p. 305):

O princípio da impessoalidade aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

Assim, Faria (2004, p. 209) também discorre sobre o princípio da impessoalidade na licitação afirmando que essa deve ser sempre voltada para o interesse coletivo, buscando atender aos interesses da Administração:

Consiste, este princípio, na ideia de que a Administração deve estar sempre voltada para o coletivo, para o interesse geral, e não para o interesse individual. As licitações devem ser realizadas visando a atender aos interesses da Administração. Ao agente administrativo não é lícito promover licitação e contratar determinado objeto com finalidade de beneficiar o vendedor ou privilegiar determinadas categorias de servidores. As compras ou as alienações destinadas a beneficiar pessoas individualizadas ou grupos são passíveis de nulidade.

O princípio da probidade ou moralidade, descrito no texto constitucional como princípio autônomo, exige que o administrador pautar sua conduta por princípios éticos.

Conforme ensina Carvalho Filho (2005), o princípio da moralidade está intimamente ligado ao princípio da impessoalidade acima descrito. Isso porque,

sem dúvida, tais princípios guardam íntima relação entre si. No tema relativo aos princípios da Administração Pública, dissemos que se pessoas com idêntica situação são tratadas de modo diferente, e, portanto, não impessoal, a conduta administrativa estará sendo ao mesmo tempo imoral. Sendo assim, tanto estará violado um quanto o outro princípio (CARVALHO FILHO, 2005, p. 230).

Agir conforme o princípio da moralidade significa observar valores como lealdade, boa-fé, veracidade, atuar com zelo quanto aos valores profissionais. Justen Filho (2012, p. 78), diz que o princípio da moralidade administrativa resulta da conjugação de dois conceitos básicos, quais sejam, a supremacia do interesse público e a boa-fé. E da observância desses conceitos, as ações da Administração sempre seriam pautadas por valores morais para o alcance do interesse coletivo.

Carvalho (2005, p. 118) discorrendo sobre o princípio da moralidade administrativa, conforme o entendimento de Delgado (1993), afirma:

A obediência ao princípio da moralidade administrativa impõe ao agente público que revista todos os seus atos das características de boa-fé, veracidade, dignidade, sinceridade, respeito, ausência de emulação, de fraude e de dolo. São qualidades que devem aparecer, de modo explícito, em

todos os atos administrativos praticados, sob pena de serem considerados viciados e sujeitos aos efeitos da nulidade.

O princípio da moralidade está descrito no rol de princípios que devem reger as licitações, e não poderia ser diferente. Afinal, tudo o que se deseja com o certame licitatório é uma competição justa, que proporcione tratamento isonômico entre os concorrentes, e que permita à Administração a melhor proposta possível para a realização do interesse público. Nesse sentido, Barros (2009, p. 88):

O princípio da moralidade exige da Administração que esta não haja apenas de forma lícita, mas também consoante a moral, os bons costumes, justiça, equidade e a ideia de honestidade, integridade de caráter e honradez. Como esse princípio encontra previsão constitucional (arts. 5º, LXXIII; 37, *caput* e § 4º, com texto alterado pela Emenda Constitucional n. 19/98), a Administração Pública está obrigada a observá-lo em seus atos, inclusive nas licitações. A própria Lei n. 8.666/93, em seus artigos 89 a 99, prevê as penalidades para os casos de improbidade nas licitações. O princípio da moralidade tem exigência expressa no art. 3º da Lei n. 8.666/93.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, enumerado no art. 3º da Lei de Licitações (BRASIL, 2005), dispõe que, uma vez estabelecidas as regras para a realização do certame licitatório, elas devem ser estritamente observadas do início ao fim do procedimento, bem como na execução do contrato que dele decorreu.

Meirelles (2002, p. 35) define o princípio da vinculação ao edital da seguinte maneira:

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive, para o órgão ou entidade licitadora. (Grifo do autor)

Desse modo, pode-se dizer que o edital é lei entre as partes e deve ser observado tanto pela Administração quanto pelos licitantes, configurando garantia para ambas as partes. É o que afirma Carvalho Filho (2005, p. 232):

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

O edital também apresenta minuta do contrato que será firmado entre a Administração e o licitante vencedor, conforme disposto no art. 11 da Lei n 11.079/2004³⁹, que deverá ser observado conforme exige o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Esse fato é de grande relevância para este trabalho, tendo em vista que o contrato será observado, nos mesmo termos, por quem o der continuidade, tanto o administrador da massa falida, quanto aquele que venha a adquirir os ativos da massa falida e dê continuidade aos negócios do falido. Ademais, prevê o inciso II do art. 27 da Lei n. 8.987/1995⁴⁰, que aquele que pretende assumir o contrato administrativo deve se comprometer a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Previsto no art. 3º da Lei de Licitações (BRASIL, 2005) e também no *caput* de seu art. 45⁴¹ de modo expresso, o princípio do julgamento objetivo significa que o julgamento

³⁹ “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

II – (VETADO);

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado (BRASIL, 2004).

⁴⁰ “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá:

I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor” (BRASIL, 1995).

⁴¹ “Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo 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” (BRASIL, 2005).

das propostas deve ser feito de modo objetivo, 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 que tanto licitantes quanto órgãos de controle possam aferi-los.

Nesse viés, Faria (2004, p. 212) ensina que o princípio visa evitar que o licitante seja surpreendido com critérios subjetivos desconhecidos até o momento do julgamento e que as decisões tomadas valendo-se de critérios subjetivos são passíveis de nulidade. No mesmo sentido, Medauar (2003, p. 94) afirma que o princípio do julgamento objetivo significa a observância dos critérios previamente fixados no edital. O princípio afasta a discricionariedade na escolha das propostas e reduz a margem de valorização subjetiva.

Meirelles (2002, p. 36), sobre o princípio do julgamento objetivo, afirma:

O princípio do *julgamento objetivo* afasta o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a se aterem ao critério prefixado pela Administração, levando sempre em consideração o interesse do serviço público, os fatores qualidade, rendimento, eficiência, durabilidade, preço, prazo, financiamento, carência e outras condições pertinentes pedidas ou admitidas pelo edital. (Grifo do autor)

Seguindo a mesma linha de pensamento, Carvalho Filho (2005, p. 233):

O princípio do julgamento objetivo é corolário da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, qualquer surpresa para os participantes da competição. Nesse sentido, é incontrastável o art. 45 do Estatuto.

Quis o legislador, na instituição do princípio, descartar subjetivismos e personalismos. E isso não apenas no julgamento final, mas também em todas as fases onde exista espécie de julgamento, de escolha, de modo que os atos da Administração jamais possam ser ditados por gosto pessoal ou favorecimento.

Após o estudo dos princípios que regem a licitação, passa-se a tratar de maneira breve sobre as modalidades de licitação e, mais detalhadamente, sobre a modalidade concorrência, que se aplica para a celebração de contratos de parceria público-privadas.

Assim, a Lei de Licitações, em seu art. 22⁴², aponta as modalidades de licitação possíveis no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e, em legislação esparsa, o pregão. A modalidade ser usada será de acordo com o tipo de objeto que se deseja licitar, com a finalidade do certame licitatório. Pois como alerta Dallari (2003, p. 80), a obrigatoriedade da licitação nasce de princípios gerais (isonomia e vantagem para a Administração); e para que um procedimento seja considerada como licitatório, deve apresentar requisitos de igualdade, publicidade e observância às condições estabelecidas no edital, e cada modalidade apresenta características fundamentais, que a definem.

A legislação também auxilia na escolha da modalidade quando estabelece a faixa de valores estimados para a contratação e qual modalidade deve ser utilizada em cada faixa,

⁴² Art. 22. São modalidades de licitação:

- I – concorrência;
- II – tomada de preços;
- III – convite;
- IV – concurso;
- V – leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

§ 9º Na hipótese do parágrafo 2º deste artigo, a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital” (BRASIL, 1993).

conforme dispõe o art. 23⁴³ da Lei de Licitações. Desse modo, a concorrência será utilizada para celebração de contratos de grande monta; a tomada de preço, para contratos com valores intermediários; e o convite, para objetos licitados de pequeno valor. O concurso é modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico. O leilão serve a alienações feitas pela Administração.

Outro critério para a distinção das modalidades de licitação é o que se refere à forma de cada um dos procedimentos. Assim, Dallari (2003, p. 81) define a concorrência como modalidade que apresenta o maior chamamento possível a interessados, que comprovarão sua idoneidade ao longo do procedimento licitatório, demandando grande publicidade do edital. Já a tomada de preços é o chamamento genérico que se dirige a contratantes determinados, cuja idoneidade já foi comprovada, exigindo-se publicidade suficiente para alcançar esse grupo específico de participantes. O convite é a modalidade que se dá mediante convocação específica por carta-convite a contratantes determinados, presumidamente idôneos, que exige publicidade suficiente para o cumprimento do princípio da isonomia. O concurso se destina à contratação de serviço técnico ou trabalho artístico, ocorrendo mediante chamamento de um número indeterminado de pessoas que aceitem a remuneração previamente estabelecida no edital. Já o leilão é modalidade especificamente destinada à alienação de bens previamente avaliados, sendo convocado número indeterminado de participantes, que apresentarão lances para arrematar os bens oferecidos no edital, devendo ser antecedido de grande publicidade. O pregão, modalidade mais recente, é destinado à aquisição de bens e serviços comuns, caracterizada pela apresentação de lances e propostas sucessivas em sessão pública, sendo averiguada a idoneidade apenas do concorrente que houver apresentado a melhor proposta.

Considerando esses aspectos, passa-se ao estudo mais detido da modalidade concorrência, aquela utilizada para contratação de contratos de parceria público-privadas, que,

⁴³ “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I – para obras e serviços de engenharia:

- a) convite – até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços – até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços – até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência – acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)” (BRASIL, 1993).

segundo Di Pietro (2002, p. 324), é a modalidade que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital; daí suas características básicas, quais sejam, ampla publicidade e universalidade.

A publicidade do edital, na modalidade concorrência, deve ser feita com, no mínimo, trinta dias de antecedência, salvo quando a licitação for da modalidade “melhor técnica”, ou “melhor técnica e preço”, ou, ainda, quando o contrato contemplar o serviço a ser realizado em empreitada integral. Nesse caso, o prazo passa a ser de quarenta e cinco dias. Os prazos descritos estão previstos no art. 21⁴⁴ da Lei de Licitações.

Quanto à característica da universalidade, significa a faculdade de participação de qualquer interessado que preencha os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução do objeto. A qualificação dos licitantes será averiguada na fase de habilitação preliminar do procedimento licitatório, sempre exigida, tendo em vista o caráter mais

⁴⁴ “Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I – no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II – no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III – em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I – quarenta e cinco dias para:

a) concurso;

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’;

II – trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea ‘b’ do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’;

III – quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea ‘b’ do inciso anterior, ou leilão;

IV – cinco dias úteis para convite.

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas” (BRASIL, 1993).

formalista desse procedimento e os recursos mais elevados a serem investidos pela Administração.

Desse modo, conforme ensina Carvalho Filho (2005, p. 251), concorrência é a modalidade de licitação adequada às contratações de grande vulto. Exatamente porque os recursos envolvidos são mais elevados, é a modalidade que apresenta maior rigor formal e exige mais divulgação, podendo dela participar qualquer interessado que demonstre possuir os requisitos de qualificação fixados no edital, que serão aferidos na fase de habilitação da licitação.

Então, superada a fase de publicação do edital e a apresentação dos interessados, passa-se à fase de habilitação, momento em que a Administração analisa a aptidão daqueles que se interessaram pelo certame para o cumprimento do contrato que se propõe. Devem ser comprovadas idoneidade jurídica, técnica e financeira, não podendo a Administração fazer exigências descabidas, mas exigir apenas o que for indispensável ao cumprimento das obrigações, de acordo com o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Desse modo, licitação apresentará, em seu instrumento convocatório, os requisitos que devem ser preenchidos pelos interessados, conforme o objeto que está sendo licitado. Não há requisitos mínimos estabelecidos em lei; há cada objeto e suas especificidades, exigindo dos interessados determinadas qualificações em conformidade com o caso concreto.

Após o que foi apresentado sobre a realização dos ativos e sobre o procedimento licitatório, cumpre averiguar se é possível, quando da venda dos ativos, que o adquirente vencedor na venda judicial dê continuidade ao contrato administrativo da falida. Para isso, procede-se a um estudo comparativo da venda judicial e da licitação, para verificar se os princípios que regem a licitação são atendidos quando ocorre a realização dos ativos em juízo.

5.4 A possibilidade de continuidade do contrato administrativo

Diante do exposto nos itens anteriores, percebe-se que a realização judicial dos ativos apresenta muitas semelhanças com o procedimento licitatório descrito nas Leis n. 8.666/1993 e n. 11.079/2004. A venda judicial dos ativos preza pela publicidade e pela

competitividade, buscando a divulgação da venda judicial para o máximo de concorrentes possível e o alcance da melhor proposta pelo conjunto de bens que está sendo vendido.

Desse modo, os princípios da legalidade, publicidade, igualdade entre os concorrentes, impessoalidade, probidade, julgamento objetivo das propostas podem ser identificados em ambos os procedimentos, uma vez que os dois atendem ao disposto em legislação; prezam pela publicidade e pela igualdade de condições entre os interessados; são fiscalizados em sua execução – no caso da venda judicial dos ativos tem-se a obrigatoria participação do Ministério Público como fiscal da lei, sendo sempre escolhida a melhor proposta para o caso concreto.

É importante, entretanto, o questionamento sobre a continuidade do contrato administrativo de concessão administrativa ou vinculada por aquele que apresentou a melhor proposta na compra da massa falida. Seria possível que o adquirente dos ativos da massa desse continuidade ao contrato administrativo até então executado pela massa falida? Seria mesmo necessário que o Estado procedesse à nova licitação para dar continuidade ao objeto da parceria público-privada?

Neste estudo, pondera-se que se abriu para o Estado uma nova possibilidade, qual seja, a continuidade do contrato pelo adquirente da massa falida, nos termos da Lei n. 8.987/1995, que se aplica à Lei de Parcerias Público-Privadas. O art. 3º⁴⁵ da Lei n. 11.079/2004 dispõe sobre a aplicabilidade das normas da Lei n. 8.987/1995 às concessões patrocinadas e às concessões administrativas descritas na lei de parcerias público-privadas.

⁴⁵ “Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa” (BRASIL, 2004).

Nesse sentido, o art. 27⁴⁶ da Lei n. 8.987/1995 reza que é possível, com anuência da Administração, a transferência do contrato de concessão a interessado que preencher as exigências de qualificação necessárias para a execução do objeto contratual e se comprometer a cumprir as cláusulas contratuais⁴⁷. Assim, se o interessado estiver apto a prosseguir com o contrato, a Administração, observando a conveniência e a oportunidade pode anuir com a transferência da concessão. A discricionariedade do ato de anuir deve ser exercida observando-se os princípios que regem a Administração Pública, quais sejam, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Mello (2003, p. 36) afirma, em seu estudo sobre discricionariedade, que a liberdade do administrador no caso concreto é limitada, devendo adotar a única providência adequada na situação de fato.

Nesse caso, observando o princípio do interesse público que se manifesta no interesse do Estado em estimular a economia, dar continuidade ao serviço público que está sendo prestado, o que reflete o princípio da eficiência que deve reger as ações da Administração, o poder público tem um poder-dever de anuir na cessão da concessão e optar por dar continuidade ao serviço que está sendo devidamente prestado.

Batista Júnior (2004, p. 243) trabalha o princípio constitucional da eficiência administrativa e apresenta como um de seus aspectos a continuidade na prestação dos serviços públicos. Assim, a interrupção na prestação dos serviços públicos traz lesão apreciável à satisfação das necessidades coletivas a cargo da Administração Pública, sendo a continuidade um pressuposto do Estado Social eficiente. Dessa forma,

⁴⁶ “Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá:

I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor” (BRASIL, 1995).

⁴⁷ Há Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 2.946-1) contra o art. 27 da Lei n. 8.987/1995, porém há presunção de constitucionalidade das normas em vigor. A referida ADI está pendente de julgamento há mais de onze anos, dessa forma, o art. 27 está em vigor e é presumido constitucional: “**Decisão:** O Procurador-Geral da República propõe a presente ação direta de inconstitucionalidade, em que pede a suspensão da eficácia do artigo 27 da Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995, que prevê a caducidade da concessão quando ocorrer a ‘transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente’. 2. Como se depreende, a matéria é relevante. Assim sendo, recomenda-se a aplicação à espécie do rito previsto no artigo 12 da Lei 9868, de 10 de novembro de 1999. 3. Colham-se as informações da autoridade requerida e, em seguida, ouçam-se, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República. Intime-se. Brasília, 30 de julho de 2003. Ministro Maurício Corrêa Presidente [BRASIL, 2003].

a ausência da consideração desse aspecto legitimaria a própria admissão da inércia da Administração Pública, isto é, a sua inaplicação permitiria a aceitação do retardamento ou do impedimento à realização do bem comum. Se a atuação administrativa é um dever/poder legal imposto pelo ordenamento jurídico, é de imaginar que ela não pode ser interrompida sem ofender o ordenamento que a estabeleceu e determinou. Se isso é verdade, a Administração Pública deve tomar todas as medidas necessárias para afastar os óbices e obstáculos ao regular exercício das atividades postas sob a competência da Administração Pública, a descontinuidade, assim, é uma quebra do dever de atuar, de perseguir sempre o bem comum.

Deve-se considerar, também, o art. 12⁴⁸ da Lei n. 11.079/2004, que dispõe sobre o certame licitatório a ser seguido na contratação das parcerias público-privadas. O referido dispositivo prevê que a licitação deve seguir as regras estabelecidas pela Lei de Licitações e que pode ser realizado com propostas econômicas fechadas, seguidas de lances orais, o que muito lembra a modalidade pregão para realização dos ativos prevista na Lei de Falências.

Ademais, prevê a Lei de Falências, em seu art. 144, que o juiz pode adotar modalidade diversa para a realização dos ativos, para atender motivos justificados. Ora, na intenção de conciliar os princípios de direito empresarial e direito administrativo, o juiz pode adotar procedimentos que favoreçam a continuidade da atividade empresarial, atendendo ao interesse público manifestado na preservação da empresa e na eficiência do serviço público.

⁴⁸ “Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;

b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

III – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou

b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz;

IV – o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

§ 1º Na hipótese da alínea b do inciso III do *caput* deste artigo:

I – os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances;

II – o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

§ 2º O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital” (BRASIL, 2004).

Dessa forma, o juiz poderia estabelecer fase preliminar de habilitação dos interessados em adquirir a massa e determinar a publicação do edital de pregão com mais de trinta dias, em alusão ao disposto na Lei de Parceria Público-Privadas.

Desse modo, para que o interessado estivesse apto a adquirir a massa falida e dar continuidade ao contrato administrativo, ele deveria apresentar as mesmas qualificações técnicas e financeiras exigidas pelo edital de licitação que foi feito antes da contratação da parceria público-privada, conforme dispõe o art. 27 da Lei n. 8.987/1995. O juiz e o membro do Ministério Público fariam as avaliações, e aqueles interessados que estivessem aptos, poderiam ter suas propostas julgadas. Assim, o juiz estabeleceria uma fase de habilitação preliminar de interessados, como ocorre no procedimento licitatório.

Após devidamente habilitados, seria dado prosseguimento à realização judicial dos ativos da massa para o alcance da melhor proposta. Importante ressaltar que, nesse caso, não haveria mais que se falar em melhor proposta para a Administração, pois aquele que oferecesse a melhor proposta para a compra da massa falida estaria se comprometendo a dar prosseguimento ao contrato administrativo nos termos em que fora realizado anteriormente, conforme previsto no art. 27 da Lei 8.987/1995.

Dessa maneira, haveria a realização de certame judicial para a venda dos ativos da massa, com publicidade, competitividade e adequada escolha do parceiro, que daria continuidade à atividade empresarial e ao contrato administrativo.

Interessante a lição de Simionato (2008, p. 27), quando escreve sobre o objetivo do legislador falimentar:

É imperioso ressaltar que o objetivo do legislador falimentar é exatamente fornecer mecanismos para que a empresa em crise seja incorporada por outras. O legislador sabe muito bem que diante de um país como o Brasil seria extremamente difícil, do ponto de vista econômico e financeiro, que uma empresa pudesse se salvar apenas se socorrendo de empréstimos bancários, diminuindo custos, ou com redução de pessoal. Num capitalismo imaturo como o brasileiro estas hipóteses praticamente não existem.

Considerando o que foi dito, o que se propõe neste trabalho é uma via para a preservação da empresa e continuidade de prestação de serviços públicos, atendendo aos princípios que regem o Direito Administrativo e o Direito Empresarial, sem perder o foco na

preservação do interesse público. O que se procura é uma opção célere, eficiente e que atenda ao interesse público.

Assim, entende-se que, ainda que exista na Lei n. 8.987/1995 possibilidade de transferência da concessão a terceiro, essa norma tem de ser interpretada no bojo do complexo normativo que rege a matéria, especialmente à luz de preceitos constitucionais que exigem a realização de prévio procedimento competitivo e respeito a princípios fundamentais, como o princípio da isonomia, bem assim daqueles que regem a conduta administrativa. Desse modo, entende-se que a solução proposta dá ainda mais sentido ao art. 27 da Lei n. 8.987/1995, tendo em vista que para que se dê a transferência da concessão a terceiro será realizado procedimento prévio de disputa, com publicidade e igualdade de condições entre os concorrentes aptos à execução do contrato.

Importante ressaltar que o edital deve apresentar a possibilidade de substituição do contratante, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

6 CONCLUSÃO

Considerando o que foi apresentado nesta dissertação, permite-se fazer certas considerações.

No segundo capítulo, após trabalhar o instituto da falência e o princípio da preservação da empresa, concluiu-se que o instrumento normativo que disciplina o procedimento falimentar, a Lei n. 11.101/2005, apresenta nova visão dos processos de recuperação e falência de empresas, no sentido de primar pela continuidade da atividade empresarial.

Isso demonstra que o legislador seguiu os princípios constitucionais que regem a ordem econômica, considerando a preservação da empresa como um desses princípios norteadores e estabelecendo mecanismos que viabilizem a continuidade da atividade empresarial. Em vários artigos da Lei n. 11.101/2005 fica muito claro a importância da preservação da empresa e os modos pelos quais isso pode ser viabilizado – por exemplo, quando se propõe como primeira opção a venda em bloco dos ativos do falido e quando se dispõe que os contratos bilaterais não se rompem pela falência.

No terceiro capítulo, ao estudar os efeitos da falência nos contratos do falido, percebeu-se a necessidade de manutenção dos contratos bilaterais para a continuidade do negócio, conforme o princípio da preservação da empresa apresentado no capítulo anterior. Daí o art. 117 da Lei de Falências ser claro ao dispor que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência.

A partir desse artigo, procedeu-se à análise sobre o possível conflito dessa norma com cláusula contratual que dispuser de maneira contrária e até mesmo com dispositivo normativo contrário previsto na Lei de Licitações, no art. 78, inciso IX. A Lei de Falências trata de matéria de ordem pública e apresenta o princípio da preservação da empresa como manifestação do interesse público em estimular a economia e dar continuidade à prestação dos serviços públicos. Desse modo, conclui-se que a norma falimentar se sobrepõe a cláusulas contratuais que tratem o tema de maneira diversa e que se sobrepõe também à norma prevista na Lei de Licitações, pois é posterior a esta.

Assim, ainda que uma empresa venha a falir, seus contratos bilaterais não se resolvem pela falência, podendo ser cumpridos pelo administrador em benefício da massa

falida. Além disso, tratando-se de contratos administrativos, dos quais advém a totalidade dos recursos da atividade empresarial, também não deverão ser rescindidos, de modo que, sendo devidamente cumpridas as cláusulas contratuais, haverá a contraprestação do Estado e a continuidade da atividade empresarial e dos serviços prestados.

No quarto capítulo, tratou-se da sociedade de propósito específico e do contrato administrativo de parceria público-privada. Os temas foram de suma importância para o trabalho, pois permitiram averiguar se é possível a continuidade do contrato de concessão administrativa ou de concessão patrocinada após a falência da sociedade de propósito específico.

Assim, conforme as diretrizes apresentadas no terceiro capítulo, ainda que seja decretada a falência da sociedade de propósito específico, não será resolvido o contrato administrativo para que seja atendido o princípio da preservação da empresa e haja a continuidade do serviço prestado. Nesse sentido, sendo o contrato administrativo de parceria público-privada a principal fonte de recursos da sociedade empresária, fica claro que sem ele não é possível a continuidade da atividade empresarial, sendo necessário mantê-lo para que se alcance a preservação da empresa.

Foi nesse sentido decisão inédita proferida pelo Superior Tribunal de Justiça sobre possibilidade de participação em licitação de empresa em recuperação judicial que tiver como principal fonte de recurso contratos firmados com a Administração Pública. Ora, a sociedade de propósito específico, na hipótese deste estudo, foi criada para celebrar contrato específico com a Administração. É esse o seu propósito. Mais certo ainda que esses contratos sejam mantidos para que seja possível a continuidade da atividade da sociedade.

No quinto capítulo, foram estudados os procedimentos de realização dos ativos da massa falida e de licitações. Por meio desse estudo foi possível identificar as semelhanças entre os procedimentos e o atendimento a princípios como publicidade, igualdade de condições e julgamento objetivo para a escolha da melhor proposta.

O que se desejava responder com essa análise é se seria possível a continuidade do contrato administrativo por aquele que adquire a massa falida em bloco. Se o procedimento apresentado para a venda judicial dispõe de publicidade e competitividade que permitam a escolha de contratante apto a prosseguir com o contrato.

Concluiu-se, por fim, que foi aberta uma nova possibilidade para a Administração Pública dar continuidade aos serviços públicos prestados, sendo possível a aplicação do art.

27 da Lei n. 8.987/1995 e a transferência do contrato de concessão para interessado que atenda às qualificações técnicas e financeiras exigidas e se comprometa a cumprir o contrato estabelecido.

Importante frisar que, para a Administração, quando da realização do certame licitatório que resultou no contrato administrativo a ser continuado, houve a escolha da proposta mais vantajosa para atender ao interesse público. Dessa forma, já houve, em momento anterior, a escolha da melhor proposta para a Administração, o que se refletiu no contrato administrativo. O que se propõe neste trabalho é a continuidade de contrato que estabeleceu as melhores condições para a Administração. Só será possível a transferência do contrato administrativo àquele que se comprometer a cumprir integralmente as cláusulas contratuais previstas.

Além disso, essa transferência se daria após um procedimento amplamente publicizado e que permite a concorrência de interessados em pé de igualdade, sendo vencedor aquele que oferecer a melhor proposta pela massa falida.

Propõe-se, ainda, que, para atender ao disposto no art. 27 da Lei n. 8.987/1995, no tocante à qualificação exigida para a execução do contrato, seja estabelecida fase de habilitação prévia, seguindo as normas do edital que precedeu a realização do contrato administrativo, quando serão avaliados os interessados pelo juiz e pelo fiscal da lei.

Desse modo, antes da transferência do contrato administrativo de concessão patrocinada ou administrativa, haveria o procedimento de venda judicial dos ativos, que permitiria não somente a escolha da melhor proposta pelos ativos da massa falida, como permitiria a escolha adequada do novo parceiro do Estado.

Importante lembrar que esse estudo foi realizado levando em consideração os princípios constitucionais da preservação da empresa, do interesse público, da publicidade, da isonomia, da eficiência e da legalidade.

Por todos esses aspectos, concluiu-se que há mais uma possibilidade dada à Administração para o atendimento dos princípios da supremacia do interesse público e da eficiência administrativa. Quando da falência do contratante, além de ser facultado à Administração encampar o contrato, chamar o segundo classificado na licitação realizada anteriormente ou até mesmo realizar outro certame licitatório, ela pode seguir um caminho igualmente viável e possível que atenda ao princípio da preservação da empresa e ao interesse

público, qual seja, a continuidade do contrato administrativo pelo adquirente dos estabelecimentos em bloco da massa falida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. In: BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Nelson Sílvia; RODRIGUES NETTO, Marina Labate de. **Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BERNARDI, Ricardo. 2005. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BERTOLDI, Marcelo Marco. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da nova lei de recuperação de empresas e falências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo/ Manoel Justino Bezerra Filho. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988, com Emendas Constitucionais. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 abr. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mar. 1999. Disponível em: <<http://www18.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Decretos/Ant2001/1999/Dec300099.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 jul. 1945 (revogado pela Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.049, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 9 abr. 015.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 9 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 9 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun.

1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 23.522-RS (2014/0292491-5) Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Requerente: Ibrowse-Consultoria e Informática Ltda. Advogado: Marcelo Gama Proença Fernandes. Requerido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 19 nov. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153646378/medida-cautelar-mc-23499-rs-2014-0287289-2>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.946-1/DF. Requerente.: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Advogado: Advogado-Geral da União: Congresso Nacional Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 30 jul. 2003. **Diário do Judiciário**, Brasília, 5 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2147534>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, José Augusto Dias de; TIM, Luciano Benetti (Org.). **Estudos sobre parcerias público-privadas**/ São Paulo: IOB Thomson, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 9-2-2005**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM n. 408, de 18 de agosto de 2004**. Dispõe sobre a inclusão de Entidades de Propósito Específico (EPE) nas demonstrações contábeis consolidadas das companhias abertas. Disponível em: <www.cvm.gov.br/legislacao/anexos/inst/400/inst408.pdf>. Acesso em:

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CRUZ, Antônio Augusto Bello Ribeiro da. **A sociedade de propósito específico: uma visão sob a ótica da personalidade jurídica e da limitação de responsabilidade**. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 208-223, jan./mar. 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Granada: Comares, 2007.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FREITAS, André Hostalácio. **A validade ou não da cláusula expressa de resolução de contrato bilateral em caso de decretação de falência ou do deferimento das recuperação do devedor**. 2012. 78 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato de boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 149, p. 151-158, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUIMARÃES, Leonardo. A SPE – Sociedade de propósito específico. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 125, p. 129-138, 2002.

IMHOP, Cristiano. **Lei de falências e de recuperação de empresas e sua interpretação jurisprudencial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, p. 459.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**: com a adaptação ao novo Código de Processo Civil de 1973, pela Lei n. 6.014 de 27.12.1973. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra: “A teoria da empresa em si”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 128, p. 199-223, out./dez.

LOBO, Jorge. Recuperação judicial In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique de (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILANI, Mario Sergio. **Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas de Minas Gerais. *Transferência dos direitos do contratado para terceiros e o princípio da vinculação ao edital*. Consulta – Município – Contrato público – Transferência dos direitos do contratado para terceiros – Impossibilidade – Previsão editalícia em contrário – Princípio da vinculação ao edital – Inexistência de discricionariedade. Consulta n. 837.532. ASSCOM. TCEMG. Relator: Ministro Gilberto

Diniz. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais** v. 79, n. 2, ano abr./maio/jun. 2011. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1241.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e contratos administrativos: Lei n. 8.666/1993: teoria e questões**. Brasília: Alumnus, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico (Lei n. 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei n. 11.127/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol *et al.* (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: MP, 2006.

PEIXOTO Euler da Cunha. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação de sociedades**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários às leis de PPPs, dos consórcios públicos e das organizações sociais**: Leis n. 11.079/2004, 11.107/2005 e 9.637/98. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de direito comercial**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODOVIA MG-050.4. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-rodovia-mg-50>>. Acesso em: 10 maio 2015.

ROQUE, Sebastião José. **Direito de recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 2005.

SAMPAIO, Tereza Carolina Castro Biber. **Empresa e discurso na contemporaneidade: análise interdisciplinar do princípio da preservação da empresa**. 2011. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. **La licitación pública**. 4. ed. atual. por Daniel H. Martins. Montevideo: Acali, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1995.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOLEDO, Margherita Coelho. **A sociedade de propósito específico no âmbito do direito empresarial brasileiro**. 2009. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2009. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2009.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique de (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VAMPRE, Spencer. **Tratado elementar de direito commercial**. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1921. v. 3.