

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A SUPERAÇÃO DE VETOS ADMINISTRATIVOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA PERSPECTIVA SOCIETÁRIA

André Santa Cruz

Christiano Marques Caldas

A controvérsia atinente à (in)exigibilidade de certidão negativa de recuperação judicial, já suficientemente expressiva no plano da legalidade estrita, adquire contornos ainda mais problemáticos quando a Administração Pública, ultrapassadas as fases de habilitação e julgamento da proposta, decide desclassificar a empresa adjudicatária com fundamento em fatos supervenientes avaliados de maneira subjetiva, não raro marcados por conjecturas e receios desprovidos de base empírica.

Foi justamente esse o pano de fundo do AREsp 2.391.843/SP, em que se discutiu a legalidade da desclassificação de uma sociedade empresária já declarada vencedora do certame, por suposta alteração de sua estrutura societária — notadamente, a homologação de plano de recuperação judicial e a realização de operação do tipo Drop Down. Alegou-se, à guisa de fundamento, que tais circunstâncias comprometeriam a futura execução do contrato, sem que, contudo, se apontasse qualquer elemento concreto que demonstrasse modificação na sua capacidade técnico-operacional previamente reconhecida.

Não se tratava, portanto, de reavaliação objetiva da proposta, mas de juízo administrativo ancorado em presunção de risco. A alegação era de que o ato administrativo, desprovido de motivação adequada, incorreu em vício de legalidade, ao substituir os parâmetros objetivos do edital — e já previamente satisfeitos — por considerações subjetivas, marcadas por juízos valorativos posteriores sobre a solvência, a governança ou a resiliência empresarial da sociedade empresária licitante e vencedora do certame.

Argumentou-se que essa prática viola diretamente o princípio da motivação administrativa, na medida em que exige da autoridade pública não apenas a exposição formal das razões da decisão, mas sua conformidade com critérios objetivos e juridicamente válidos. Não bastaria, portanto, declarar um “temor fundado de inadimplemento futuro”; seria necessário demonstrar, de forma concreta, que houve alteração superveniente de fatos essenciais à habilitação — o que, no caso concreto, sequer teria sido alegado de forma consistente.

Sob a égide da nova Lei nº 14.133/2021, essa constatação ganha densidade adicional. O art. 67 estabelece os critérios legais de habilitação, enquanto o art. 69 delimita os momentos e fundamentos admissíveis para a extinção contratual. Entre a adjudicação e a execução, a desclassificação superveniente é possível apenas em hipóteses excepcionais, cuja verificação exige rigor técnico, respeito à vinculação ao edital e observância da boa-fé procedimental.

A realidade é que a desclassificação posterior à adjudicação, se desprovida de substrato técnico, converte-se em instrumento de insegurança jurídica. Rompe-se com a estabilidade do procedimento, prejudica-se a previsibilidade das relações contratuais e

introduz-se fator discricionário indevido, incompatível com a lógica da administração pública contemporânea, orientada por racionalidade procedimental e eficiência decisória.

No plano teórico, o risco contratual — embora real e juridicamente relevante — deve ser tratado como categoria técnica, mensurável a partir de indicadores objetivos, e não como um conceito ideologizado, suscetível a valorações arbitrárias. A recuperação judicial, quando amparada por plano aprovado judicialmente, supervisionado por administrador judicial e validado por assembleia de credores, não configura um fator de agravamento do risco contratual *per se*. Ao contrário: revela, em regra, a existência de plano concreto de reorganização, cujo cumprimento é monitorado e submetido a controle jurisdicional especializado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme ao reafirmar esses limites. No já referido AREsp 2.391.843/SP, o voto condutor assinalou que não basta ao gestor público apontar eventual preocupação com a saúde financeira da empresa contratada — é imprescindível demonstrar, com base em elementos objetivos e atuais, a efetiva perda das condições de execução contratual. Presunções genéricas não têm lugar num sistema licitatório regido por legalidade estrita e vinculação objetiva.

Na mesma linha, outros precedentes do Tribunal reforçam que o juízo de conveniência não pode se sobrepor aos parâmetros legais de habilitação, sob pena de subverter o regime jurídico das contratações públicas. A Administração, ao contratar, pode exigir garantias, fiscalizar a execução e rescindir contratos inadimplidos. O que não pode — e essa é a chave do debate travado no referido julgamento — é desclassificar ou excluir adjudicatário com base em projeções, especulações ou avaliações morais disfarçadas de razões técnicas.

Esse entendimento se coaduna, ademais, com a função reabilitadora da recuperação judicial, tal como prevista no art. 47 da Lei nº 11.101/2005. A participação em licitações e a celebração de contratos públicos constituem meios legítimos de geração de receita, retomada da regularidade financeira e superação da crise empresarial. Obstruir esse acesso é comprometer, por antecipação, a eficácia da própria política pública de reestruturação, legitimamente consagrada pelo legislador.

É fundamental, portanto, que os órgãos de controle interno e externo se atentem à distinção entre risco justificado e preconceito institucionalizado. A operação de Drop Down, por exemplo, não é, em si, ilícita nem disruptiva: trata-se de reestruturação societária lícita, comumente utilizada como forma de segregação de ativos, alocação de riscos ou reorganização interna. Tomá-la como sinônimo de instabilidade ou fraude equivale a um salto lógico injustificado, incompatível com a racionalidade exigida do administrador público.

Em síntese, a desclassificação superveniente por motivos subjetivos — como o fato de a empresa estar em RJ ou ter alterado sua estrutura societária —, sem prova concreta de impacto na execução contratual, configura afronta ao regime jurídico das licitações públicas, vulnera os princípios da motivação, vinculação ao edital e segurança jurídica, e impõe um retrocesso à política de preservação de empresas viáveis.

Ao delimitar os contornos da autotutela administrativa e reafirmar os limites do juízo discricionário, o STJ, nesse julgado paradigmático relatado pelo Ministro Benedito, sinalizou para a Administração que a proteção do interesse público exige mais do que zelo:

exige legalidade, imparcialidade e aderência estrita ao que a lei efetivamente exige. Nada além disso.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO MECANISMO DE REORGANIZAÇÃO COMPATÍVEL COM A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A evolução legislativa do Direito Empresarial brasileiro, especialmente a partir da promulgação da Lei nº 11.101/2005, operou uma mudança estrutural na forma como se compreende a recuperação judicial. O instituto, concebido como medida excepcional de proteção à empresa em crise, consolidou-se como ferramenta legítima e eficaz de reorganização societária, apta a preservar ativos, manter empregos e viabilizar a continuidade da função social da atividade empresarial. Não se trata mais de um estágio preliminar de falência, tampouco de um atestado de inviabilidade econômica. Ao contrário, a recuperação judicial passou a integrar a lógica contemporânea do mercado, funcionando como medida de transição estruturada e supervisionada, capaz de garantir a solvência futura e restabelecer a confiança dos credores.

Tal compreensão encontra fundamento normativo claro no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, segundo o qual a finalidade precípua do processo de recuperação é a superação da situação de crise econômica da empresa, com vistas à preservação da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores. A estrutura legal não impõe qualquer tipo de limitação à capacidade civil ou empresarial da sociedade submetida ao regime, que continua plena em sua titularidade jurídica, permanecendo apta a celebrar negócios jurídicos, a contratar com o setor privado e, por evidente, a participar de licitações públicas.

Sob a vigência da Lei nº 14.133/2021, que rege as contratações públicas em substituição ao antigo regime da Lei nº 8.666/1993, essa realidade jurídica foi não apenas mantida, mas reforçada por meio da consolidação de princípios como legalidade estrita, ampla competitividade e eficiência procedimental. Em especial, o art. 69 da nova lei dispõe, com objetividade e clareza, que é plenamente admitida a execução contratual por empresas em processo de recuperação judicial, desde que atendidas as condições específicas da licitação e mantidas as garantias de execução do objeto.

Nesse contexto, ganha relevo o silêncio eloquente do legislador ao não incluir, entre os requisitos de habilitação previstos nos arts. 67 a 71 da Lei nº 14.133/2021, qualquer exigência relativa à ausência de processo recuperacional. Trata-se de opção deliberada e coerente com a política pública de reestruturação empresarial: impedir que a recuperação judicial seja convertida, por via transversa, em critério de inabilitação — algo que representaria verdadeira burla ao princípio da legalidade.

Admitir interpretação contrária seria subverter a lógica do sistema normativo. Equivaleria a presumir que o simples fato de uma empresa estar sob supervisão judicial e em processo de reorganização financeira compromete, por si só, sua capacidade técnica, sua integridade institucional ou sua aptidão para executar contratos públicos. Esse raciocínio, além de antijurídico, é antieconômico: condena à marginalização empresas potencialmente viáveis, cuja reorganização foi aprovada por decisão judicial e cujos fluxos

de receita — incluindo os decorrentes de contratos administrativos — são essenciais para o cumprimento do plano de recuperação.

O ordenamento jurídico repele tais presunções abstratas. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, tem reafirmado que a recuperação judicial não pode ser interpretada como sinônimo de risco, tampouco como fundamento legítimo para exclusão sumária de licitantes. No julgamento do REsp 1.826.299/CE, por exemplo, o Tribunal Superior reconheceu a ilegalidade de ato administrativo que desclassificou empresa com base unicamente em sua condição de “recuperanda”, sem qualquer comprovação de inaptidão técnica ou financeira. O julgado afastou expressamente a presunção de inadimplemento futuro e reafirmou a necessidade de motivação concreta e idônea para qualquer medida restritiva adotada pela Administração.

O mesmo entendimento foi reiterado no AgInt no REsp 1.841.307/AM, em que se decidiu que a Administração não detém competência para criar, à margem da legislação, critérios excludentes não previstos expressamente em lei. No caso, a tentativa de vincular a participação em licitação à demonstração de “plena saúde financeira” — em detrimento do critério legal de qualificação econômico-financeira — foi corretamente repelida como abuso do poder regulamentar e violação ao princípio da isonomia.

É forçoso reconhecer que a resistência a essa lógica decorre, muitas vezes, de uma visão equivocada sobre o papel da recuperação judicial no ambiente empresarial. Ainda persiste, em parte da doutrina administrativa e entre setores do corpo técnico do Estado, uma leitura arcaica que associa a recuperação a um estágio terminal da atividade empresarial. Essa percepção ignora o fato de que a RJ, na prática, funciona como medida preventiva à falência, evitando a ruptura abrupta de contratos, a liquidação desordenada de ativos e a desmobilização de unidades produtivas inteiras. Empresas em recuperação continuam gerando empregos, recolhendo tributos e movimentando cadeias produtivas inteiras — inclusive no setor público, onde podem, legalmente, cumprir contratos.

Nesse ponto, é importante destacar que a Lei nº 14.133/2021 não estabelece distinções entre empresas saudáveis e empresas em reorganização no que tange à possibilidade de contratação com o Estado. O que importa, para fins de habilitação, é o cumprimento dos requisitos legais — regularidade fiscal, qualificação técnica e capacidade econômico-financeira. A condição de recuperanda não altera, suspende ou mitiga qualquer desses elementos. A empresa permanece com personalidade jurídica íntegra, seus administradores mantêm poderes de representação e sua atuação no mercado permanece válida e eficaz, salvo se houver decisão judicial específica restringindo tais prerrogativas.

Na perspectiva do Direito Societário, a empresa em recuperação judicial é titular de direitos e obrigações como qualquer outra sociedade empresária. Não há dissolução parcial, não há bloqueio automático de poderes decisórios, não há restrição legal ao exercício da atividade econômica. A eventual alienação de ativos — como ocorre nas operações de Drop Down, comuns no contexto de reorganizações societárias — não compromete, por si, a integridade funcional da empresa, desde que realizada nos termos autorizados pelo plano aprovado judicialmente. Presumir que tais atos esvaziam a capacidade operacional da sociedade é violar não apenas o regime jurídico da recuperação, mas também a lógica empresarial que o embasa.

Ao se permitir, de forma implícita ou explícita, que a mera existência de um processo de recuperação judicial gere exclusão de empresas em licitações, cria-se, na prática, uma cláusula de barreira à margem da lei — e, pior, em conflito com a política pública expressa de reestruturação empresarial. Em termos constitucionais, essa prática colide com os princípios da livre iniciativa, da função social da empresa e da proporcionalidade, comprometendo o equilíbrio entre os interesses da Administração e os direitos fundamentais dos agentes econômicos.

O ponto nodal, portanto, reside na superação definitiva da ideia de que a recuperação judicial constitui fator de desconfiança generalizada. O regime recuperacional não é indulgência institucional nem perdão financeiro. É, antes, uma escolha racional do legislador, orientada por diretrizes de política econômica, que reconhece que empresas em crise podem — e devem — ser preservadas, desde que viáveis, regulares e capazes de retomar sua função produtiva. Nesse esforço, os contratos administrativos não devem ser vistos como riscos a evitar, mas como vetores legítimos de reconstrução da capacidade operacional da empresa.

Impõe-se, com isso, uma mudança de mentalidade administrativa e jurídica. A Administração Pública, em suas diversas esferas, precisa compreender que a segurança jurídica não decorre da exclusão preventiva de agentes econômicos, mas da estabilidade das regras do jogo, do respeito à legalidade estrita e da garantia de que todos os licitantes serão tratados com igualdade, nos termos definidos pela lei. A empresa em recuperação judicial, desde que cumpra os requisitos legais, deve ser admitida, habilitada e contratada — com o mesmo rigor, mas também com os mesmos direitos das demais.

ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM EDITAIS DE LICITAÇÃO

A Lei nº 14.133/2021, ao inaugurar um novo marco jurídico para as contratações públicas, consagra de forma inequívoca a centralidade do princípio da legalidade estrita como limite à atuação discricionária da Administração. No que concerne à habilitação dos licitantes, o art. 67 delimita, de maneira exaustiva, os critérios admitidos: regularidade jurídica, fiscal, trabalhista, qualificação técnica e econômico-financeira. Nenhuma dessas categorias contempla, expressamente ou por analogia, a exigência de que o licitante comprove a inexistência de processo de recuperação judicial. A ausência de previsão normativa específica não configura lacuna, mas manifestação consciente do legislador, que, diante de diretrizes constitucionais como a livre iniciativa, a função social da empresa e o fomento à atividade econômica, optou por não criar barreiras adicionais à participação de sociedades empresárias em reorganização.

É precisamente nesse ponto que reside a primeira irregularidade das exigências que ainda persistem, seja em editais de licitação, seja em pareceres jurídicos ou notas técnicas internas: trata-se de cláusulas excludentes sem qualquer respaldo legal, fundadas em presunções genéricas de risco, e, por isso mesmo, incompatíveis com os postulados da nova ordem licitatória. O gestor público, por mais cauteloso que deseje ser na proteção do interesse público, não possui autorização normativa para inovar no regime de habilitação. Exigir certidão negativa de recuperação judicial, ainda que sob o pretexto de garantir a

execução contratual, constitui violação manifesta à legalidade, à vinculação ao instrumento convocatório e à ampla competitividade — pilares estruturantes da Lei nº 14.133/2021.

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, em especial o acórdão proferido no AREsp 2.391.843/SP, relatado pelo Ministro Benedito, reafirma com clareza essa limitação. No caso, a sociedade empresária licitante, devidamente habilitada e declarada vencedora do certame, foi desclassificada com base na constatação superveniente de que se encontrava em recuperação judicial e havia realizado operação societária do tipo Drop Down. A motivação apresentada pelo ente licitante foi a suposta possibilidade de descumprimento futuro das obrigações contratuais. Contudo, não houve qualquer demonstração objetiva de que a empresa houvesse perdido sua capacidade técnica ou econômico-financeira. A decisão administrativa se ancorou, exclusivamente, em presunção subjetiva de risco — fundamento que, como bem observou o bem fundamentado voto do relator, é incompatível com a racionalidade exigida para atos administrativos que impliquem restrição de direitos.

Esse tipo de construção argumentativa — que transforma a recuperação judicial em marcador automático de inaptidão — inverte o ônus da prova, transfigura o processo licitatório em um julgamento moral e fere a espinha dorsal da legalidade administrativa. Em vez de se pautar pelos critérios legalmente estabelecidos e previamente previstos no edital, o certame passa a operar com base em temores subjetivos e projeções hipotéticas sobre a solvência futura do licitante. O resultado é uma sistemática de exclusão indireta que não encontra amparo em nenhum dispositivo legal, tampouco guarda coerência com a finalidade do instituto da recuperação judicial, que é justamente a de viabilizar a retomada da capacidade de geração de receitas.

Naturalmente, não se desconsidera o dever de cautela que incumbe ao gestor público quanto à boa execução contratual. A preservação do interesse público e a responsabilização por escolhas temerárias fazem parte do núcleo da função administrativa. Ocorre que esse dever não autoriza a Administração a extrapolar os contornos legais, tampouco a substituir critérios objetivos por juízos subjetivos de conveniência. Se a empresa cumpre os requisitos legais de habilitação, não há razão jurídica para vedar sua participação. A recuperação judicial, por si só, não altera a condição jurídica da empresa enquanto sujeito de direito nem interfere, automaticamente, na sua capacidade técnica ou financeira. Logo, não pode ser tratada como critério autônomo de inabilitação.

Importante sublinhar que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, além de juridicamente ilegítima, compromete diretamente a efetividade da política pública de reestruturação empresarial. Ao impedir que empresas em recuperação judicial acessem o mercado de contratações públicas — muitas vezes sua principal fonte de receita —, a Administração Pública não apenas atua em desconformidade com a legislação, como também dificulta o próprio êxito dos planos de recuperação homologados judicialmente. Cria-se, com isso, uma barreira artificial que condena a empresa à insolvência, minando o esforço de reorganização e convertendo a RJ, paradoxalmente, em instrumento de exclusão definitiva do mercado.

A crítica doutrinária a essa prática tem-se intensificado. Parte expressiva da literatura especializada tem apontado que a ausência de proibição legal expressa é, por si só,

elemento suficiente para impedir a criação de novas exigências por via administrativa. Ainda que se busque justificar a exigência de certidão negativa de RJ por meio de interpretações sistemáticas ou analogias com outros institutos, o fato é que a legalidade estrita que rege os processos licitatórios não admite inovações por parte do agente público. A Administração deve agir *secundum legem*, e não *praeter* ou *contra legem*. A criação de exigências não previstas expressamente em lei configura verdadeiro desvio de finalidade.

Na prática, esse tipo de exigência seletiva não apenas compromete a legalidade do certame, como também acarreta sérias consequências para o interesse público. Ao restringir indevidamente o universo de licitantes, o gestor reduz a competitividade, afasta propostas potencialmente mais vantajosas e, com isso, limita a eficiência do processo de contratação. Em setores nos quais a oferta já é escassa — como infraestrutura, saúde, tecnologia da informação —, a exclusão indevida de agentes capazes representa grave desperdício de oportunidade contratual e enfraquece a própria lógica de alocação eficiente de recursos públicos.

Por fim, cabe reiterar que a empresa em recuperação judicial não é presumidamente inadimplente, ineficiente ou desorganizada. Sua condição é, antes, a de uma organização que reconheceu sua crise, aderiu a um plano de reorganização e submeteu-se a rígido controle judicial. Negar-lhe a possibilidade de contratar com o Estado é negar os efeitos do plano judicialmente aprovado. E, mais grave ainda, é ignorar que o próprio art. 69 da Lei nº 14.133/2021 prevê, de maneira expressa, a possibilidade de execução contratual por empresas em processo de recuperação.

A recuperação judicial, em vez de critério de exclusão, deve ser compreendida como sinal de conformidade com o ordenamento jurídico e de tentativa legítima de superação de adversidades econômicas. Transformá-la em estigma administrativo é distorcer os objetivos do legislador e deslegitimar o esforço empresarial pela preservação da atividade produtiva.

Nada autoriza, pois, a exigência de certidão negativa de RJ como pré-requisito à habilitação em licitações públicas. Onde a lei silencia, o intérprete deve calar. E onde a política pública promove a recuperação, não pode o gestor agir como se promovesse a liquidação. Trata-se, no fundo, de assegurar o império da legalidade — e a ela, nem a discricionariedade administrativa, nem o zelo contratual, podem se sobrepor.

CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL E RISCO CONTRATUAL: LIMITES DA DESCLASSIFICAÇÃO SUPERVENIENTE

A controvérsia em torno da exigência indevida de certidão negativa de recuperação judicial em licitações públicas revela apenas a face mais visível de um problema estrutural mais profundo: o uso arbitrário da noção de “risco contratual” como fundamento para desclassificação superveniente de licitantes regularmente habilitados. O episódio analisado no julgamento do AREsp 2.391.843/SP é emblemático nesse sentido, e por isso o voto do Ministro Benedito merece aplausos: após a homologação do resultado do certame e a adjudicação do objeto à empresa vencedora, a Administração Pública optou por sua exclusão com base em um juízo subjetivo de conveniência, escorado na existência

de um plano de recuperação judicial em curso e na realização de uma operação societária do tipo Drop Down.

Não se tratava de reavaliação objetiva das condições de habilitação ou de irregularidade superveniente documental. Tampouco houve demonstração de inadimplemento pretérito ou de descumprimento de qualquer cláusula editalícia. A motivação administrativa se reduziu a uma presunção abstrata de que tais eventos — típicos e lícitos no âmbito empresarial — representariam ameaça futura à boa execução do contrato. Esse tipo de construção, fundada em projeções genéricas e descoladas da materialidade dos fatos, configura, com nitidez, vício de legalidade, por desrespeito direto ao princípio da motivação e por substituição indevida dos critérios objetivos previamente definidos no edital por valorações discricionárias não autorizadas pela lei.

Cumpre ressaltar que o risco contratual, embora inerente à natureza dos contratos administrativos, não é categoria aberta a juízos intuitivos ou moralizantes. Trata-se de conceito técnico, juridicamente delimitado, que deve se pautar por elementos concretos, mensuráveis e relacionados diretamente à capacidade de execução da obrigação assumida. A Lei nº 14.133/2021, ao inovar no tratamento da matriz de riscos contratuais e ao exigir parâmetros claros de habilitação (art. 67), impõe à Administração o dever de se manter dentro dos limites legais — ainda mais quando se trata de decisões que excluem concorrentes do processo licitatório.

A alegação genérica de que uma empresa em recuperação judicial seria, em tese, mais propensa ao inadimplemento futuro, além de carecer de base empírica válida, desvirtua o próprio escopo da política pública de reestruturação empresarial. Conforme previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, o instituto da recuperação judicial tem por finalidade justamente a preservação da atividade produtiva, a manutenção dos postos de trabalho e a satisfação dos interesses dos credores por meio da continuidade da operação empresarial. Negar à empresa em RJ a possibilidade de celebrar contratos com a Administração equivale a negar-lhe o instrumento central de sua recomposição econômica: a geração de receitas. Cria-se, assim, um círculo vicioso institucionalizado — onde a empresa é excluída por estar em crise e permanece em crise porque é sistematicamente excluída.

Sob a ótica da teoria contratual administrativa, a desclassificação superveniente apenas se legitima quando houver alteração objetiva das condições de habilitação, comprovadamente incompatível com a manutenção do vínculo contratual. Fora dessa hipótese, a exclusão posterior à adjudicação rompe com a estabilidade do procedimento licitatório e afronta princípios elementares como a vinculação ao instrumento convocatório, o formalismo procedimental e a segurança jurídica. O novo regime licitatório exige da Administração não apenas motivação, mas motivação juridicamente idônea, pautada por critérios objetivos e previamente estabelecidos.

A decisão do STJ no AREsp 2.391.843/SP, capitaneada pelo voto do Ministro Benedito, reflete esse entendimento. Ao anular a decisão administrativa que excluiu a empresa vencedora, o Tribunal reiterou que a recuperação judicial não é causa automática de inhabilitação, tampouco autoriza a Administração a presumir, sem demonstração concreta, a quebra dos requisitos de habilitação. A operação societária de Drop Down, apontada como elemento de risco, foi corretamente interpretada como instrumento lícito de reorganização patrimonial, e não como evento anômalo ou fraudulento. Ao exigir, para a

validade do ato administrativo, a comprovação efetiva de comprometimento técnico-operacional, o STJ reafirmou que o interesse público não se realiza por meio de exclusões injustificadas, mas por meio da observância rigorosa dos limites legais.

Do ponto de vista institucional, a prática administrativa de desclassificar empresas com base em “percepções de risco” ou “temores fundados” revela-se não apenas ilegal, mas também ineficiente, na medida em que compromete a competitividade do certame, restringe o universo de participantes e gera insegurança jurídica. A exclusão de empresas aptas e interessadas, sem base legal clara, desestimula a participação do setor privado nas contratações públicas, amplifica o risco de judicialização dos processos e fragiliza a credibilidade da atuação estatal. Em um cenário de retração econômica, como o vivenciado atualmente, esse tipo de conduta representa grave retrocesso e afronta aos objetivos consagrados no art. 11, §1º, da Lei nº 14.133/2021, que orienta os contratos administrativos à promoção do desenvolvimento sustentável.

Além disso, a desclassificação arbitrária de empresas em RJ — sob pretexto de precaução contratual — viola frontalmente o dever de imparcialidade do administrador público. O Estado, enquanto contratante, deve pautar suas decisões por critérios técnicos, objetivos e transparentes, e não por juízos morais ou preconceitos velados em relação a determinadas estruturas societárias. A mera existência de um plano de recuperação judicial, ainda que em curso, não autoriza suposições sobre eventual inadimplemento futuro, especialmente quando a empresa demonstra, de forma cabal, capacidade técnico-operacional para executar o objeto contratual.

A atuação legítima da Administração, nesse cenário, não está em presumir a incapacidade futura com base em reorganizações regulares, mas em fiscalizar — com rigor e diligência — o cumprimento efetivo das obrigações contratuais. Caso surjam inadimplementos materiais ou fatos supervenientes relevantes, a rescisão contratual poderá ser adotada com fundamento no art. 137 da Lei nº 14.133/2021. Antes disso, qualquer medida restritiva deve observar os limites legais da habilitação e da adjudicação. A antecipação do inadimplemento, por via presuntiva, compromete não apenas a legalidade, mas também a racionalidade da função administrativa.

O dever de motivação não se resume à exposição formal das razões da decisão — exige congruência entre os fatos, os fundamentos legais e a medida adotada. A decisão do STJ ora comentada, ao declarar a nulidade da desclassificação no AREsp 2.391.843/SP, estabeleceu um marco interpretativo que deve ser observado por todos os entes e órgãos públicos: não se admite exclusão por risco presumido, sem demonstração concreta e motivação qualificada. Essa diretriz impõe a reformulação de práticas enraizadas na cultura administrativa anterior à nova lei de licitações e exige, dos pareceristas, maior rigor técnico na análise da compatibilidade entre reorganizações empresariais e a execução contratual.

Sob esse prisma, é imperativo reconhecer que a recuperação judicial e operações societárias como o Drop Down não representam, por si, nenhum vício jurídico. Ao contrário, são instrumentos legítimos de reestruturação patrimonial e financeira, utilizados amplamente por companhias viáveis que buscam adaptabilidade e resiliência no mercado. Desqualificá-las por essas razões significa punir o exercício legítimo da liberdade empresarial e inviabilizar, na prática, a principal política pública de superação da crise econômico-financeira empresarial no Brasil.

Em síntese, a desclassificação superveniente com base em juízos subjetivos — sem lastro fático e jurídico adequado — configura grave ofensa ao regime das contratações públicas. Mais do que vício de forma, trata-se de ruptura de garantias fundamentais do Estado de Direito, como a segurança jurídica, a boa-fé objetiva e o respeito à função social da empresa. O controle da legalidade, exercido pelo Judiciário no caso em análise, corrige não apenas uma ilegalidade pontual, mas sinaliza o rumo institucional que se espera da Administração Pública contemporânea: agir com zelo, sim — mas sempre dentro dos limites da legalidade e da imparcialidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no AREsp 2.391.843/SP marca um ponto de inflexão relevante na interlocução entre o Direito Administrativo, o Direito Societário, o Direito Falimentar e a política legislativa de preservação da atividade empresarial. Ao declarar a nulidade de ato administrativo fundado em presunções genéricas de risco decorrentes de situação regular de recuperação judicial, o STJ reafirmou, com precisão, que a legalidade permanece como limite intransponível da atuação da Administração Pública, mesmo diante de justificativas revestidas de aparente zelo contratual ou prudência institucional.

Sob a égide da Lei nº 14.133/2021, o princípio da legalidade estrita adquire densidade normativa reforçada. O legislador optou por disciplinar de forma exaustiva e taxativa os critérios de habilitação (arts. 67 a 71), afastando qualquer margem para discricionariedade ampliada por parte do gestor público. O que não está expressamente exigido na lei — ou no edital, dentro dos limites legais — não pode ser objeto de exigência, sob pena de nulidade do ato. Nesse novo arranjo normativo, não há espaço para a inserção de óbices artificiais, cláusulas de exclusão veladas ou avaliações subjetivas de risco que não se baseiem em comprovações objetivas e juridicamente válidas.

Nesse cenário, a recuperação judicial deve ser compreendida, não como indício de incapacidade ou risco presumido, mas como expressão de um mecanismo legítimo de reorganização econômica, reconhecido e regulado pelo ordenamento jurídico. O art. 47 da Lei nº 11.101/2005 estabelece, de forma inequívoca, que a finalidade da recuperação judicial é a superação da crise mediante preservação da empresa, da atividade produtiva, dos empregos e do interesse dos credores. O precedente analisado evidencia que essa finalidade só será alcançada se a empresa em recuperação puder continuar operando regularmente no mercado, inclusive perante a Administração Pública, por meio da celebração de contratos que possibilitem sua recomposição financeira.

A própria Lei nº 14.133/2021, ao prever implicitamente, em seu art. 69, a possibilidade de contratação de empresas em recuperação judicial, reconhece sua aptidão jurídica e econômica para executar contratos administrativos, desde que observados os demais requisitos legais. Esse reconhecimento legislativo não se limita a uma autorização abstrata, mas traduz uma opção normativa pela inclusão da empresa em reestruturação no circuito econômico institucionalizado do Estado, afastando toda e qualquer interpretação restritiva de natureza presuntiva ou discricionária.

A exclusão automática de empresas em recuperação judicial ou a exigência de certidão negativa de recuperação como requisito de habilitação não encontram, portanto, qualquer respaldo legal ou jurisprudencial. Ao contrário, representam verdadeiro ativismo normativo por parte da Administração, vulnerando os princípios da ampla competitividade, da impessoalidade, da isonomia, da vinculação ao edital e da legalidade administrativa. Em ambiente já marcado por retração econômica, concentração de mercado e elevada insegurança institucional, a supressão de *players* viáveis por critérios extralegais não apenas empobrece o universo concorrencial, como compromete a eficiência, a economicidade e a transparência das contratações públicas.

Ademais, a conduta administrativa que presume inadimplemento futuro com base apenas na condição de empresa recuperanda viola o devido processo legal substantivo, ao substituir critérios objetivos por conjecturas desprovidas de lastro técnico e normativo. A exigência de que a empresa licitante demonstre “normalidade jurídica” com base em documentos não previstos em lei, ou se defenda contra presunções abstratas de instabilidade estrutural, inverte o ônus argumentativo do procedimento licitatório, configurando restrição indevida ao seu direito de participar da competição em condições de igualdade.

A atuação do STJ no AREsp 2.391.843/SP, relatado pelo Ministro Benedito, assume, nesse contexto, papel pedagógico: ao anular o ato de desclassificação por ausência de motivação idônea e por violação da legalidade, o Tribunal sinaliza aos gestores públicos que o interesse público não é compatível com exclusões arbitrárias, mas se concretiza precisamente pela inclusão responsável e juridicamente balizada de agentes econômicos regulares. O que se espera do gestor público não é a eliminação sumária de riscos — inevitáveis em qualquer contratação —, mas a gestão racional desses riscos com observância dos princípios constitucionais e legais que regem a atuação estatal.

Nesse cenário, propõe-se a seguinte formulação normativa interpretativa, com vistas à harmonização sistêmica entre o Direito Administrativo, o Direito Societário, o Direito Falimentar e a Lei de Licitações:

“É vedada a exigência, nos procedimentos regidos pela Lei nº 14.133/2021, de certidão negativa de recuperação judicial como requisito de habilitação, bem como a desclassificação de licitante ou adjudicatário com base exclusivamente em sua condição de empresa em recuperação judicial, salvo se demonstrado, de forma objetiva e concreta, o comprometimento das condições de execução contratual.”

Tal enunciado sintetiza a diretriz que deve nortear a atuação administrativa em matéria licitatória: a compatibilidade entre a função pública e a liberdade econômica deve ser construída, não pela exclusão preventiva de agentes em situação jurídica regular, mas pela estrita observância do que efetivamente dispõe a legislação vigente. O gestor que ignora esse comando — seja por zelo desmedido, seja por preconceito institucional — ultrapassa os limites de sua competência e expõe a Administração à nulidade dos atos, ao controle jurisdicional e ao esvaziamento das políticas públicas de desenvolvimento empresarial.

A prevalência da legalidade, da motivação qualificada e da igualdade de condições como pilares do regime licitatório moderno exige, por fim, que os órgãos de controle interno e externo atuem com firmeza diante de práticas administrativas que, sob o disfarce da cautela, perpetuam arbitrariedades incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. A efetividade da Lei nº 14.133/2021 depende, em última análise, da coragem institucional de aplicar a norma como ela é, e não como se teme que ela produza.

Enfim, os autores deste artigo parabenizam o relator do julgado comentado, Ministro Benedito, homenageado nesta obra, pela lucidez e erudição do seu voto, que sem dúvida representa uma judiciosa diretriz interpretativa sobre tema tão atual e relevante.