

# COMO O CRÉDITO DO DIP FINANCING SE COMPATIBILIZA COM O DIREITO DE RETENÇÃO CAUTELAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL?

## Resumo

Esta pesquisa explora o impacto das retenções cautelares em obras públicas sobre os planos de recuperação judicial das contratadas, especialmente quanto aos seus contratos de *dip financing*. Analisa como a retenção pode influenciar a viabilidade financeira dos projetos e a eficácia da recuperação judicial, bem como o respectivo tratamento jurídico nos Estados Unidos e as principais diferenças em sua aplicabilidade no Brasil.

Palavras-chave: Dip financing. Retenção cautelar. Glosa. Recuperação judicial.

## Abstract

This research explores the impact of cautional retention in public works on the judicial recovery plans of contractors, particularly regarding their dip financing contracts. It analyzes how retention can influence the financial viability of projects and the effectiveness of judicial recovery, as well as the respective legal treatment in the United States and the key differences in its applicability in Brazil.

Keywords: Dip financing. Cautional retention. Disallowance. Court-supervised restructuring.

## INTRODUÇÃO

O direito administrativo brasileiro, alicerçado em princípios e institutos tradicionais, incorpora elementos que conferem à Administração pública uma gama de prerrogativas excepcionais, dentre os quais se destaca a retenção cautelar. Este instituto, inserido no contexto das cláusulas exorbitantes, permite ao Estado garantir o cumprimento das obrigações contratuais e resguardar-se contra riscos associados ao inadimplemento por parte do contratado. A retenção cautelar, por sua natureza, busca assegurar que os compromissos assumidos sejam efetivamente cumpridos, conferindo à Administração um mecanismo de proteção adicional na execução dos contratos administrativos.

Contudo, o direito empresarial tem experimentado inovações significativas, particularmente em consonância com as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Dentre essas inovações, o *dip financing* (financiamento para devedores em recuperação) proporcionou às sociedades empresárias em dificuldades financeiras uma alternativa para garantir a continuidade das operações durante o processo de recuperação judicial. Ele oferece condições privilegiadas de financiamento, permitindo que as companhias obtenham recursos essenciais para sua reestruturação, enquanto respeitam as regras estabelecidas pelo processo recuperacional.

Parte-se como problema central de pesquisa que a coexistência e aplicação conjunta dos institutos tradicionais do direito administrativo, como a retenção cautelar, com as modernas práticas do direito empresarial, como o "dip financing", tem gerado complexidades no cenário jurídico e empresarial brasileiro. Adota-se como hipótese a eventual existência de mecanismo tradicional do direito recuperacional no Brasil cuja aplicação conjunta com o *dip financing* ainda não esteja juridicamente harmonizada.

A partir de uma metodologia de pesquisa comparada documental, busca-se a revisão dos principais institutos recuperacionais da OCDE, a partir do *Chapter 11* dos Estados Unidos, para a identificação das principais diferenças nas normas administrativistas e recuperacionais brasileiras. Objetiva-se, conseqüentemente, estudar se há, e, em caso afirmativo, qual seria, o instituto brasileiro de aplicação não adaptada à importação do *dip financing*.

## **1 A SISTEMÁTICA DAS GLOSAS E RETENÇÕES CAUTELARES EM OBRAS PÚBLICAS**

Em uma perspectiva administrativista tradicional, o contrato administrativo é marcado pela existência de um regime jurídico especial, com maior incidência das regras de direito público, as quais estabelecem prerrogativas para a Administração contratante. Logo, as partes não são colocadas em situação de igualdade.

Há uma relação verticalizada, na qual são conferidos ao Estado privilégios que o colocam em patamar diferenciado em face do particular que com ele contrata. São as chamadas

“cláusulas exorbitantes”<sup>1</sup>, que constituem poderes conferidos pela lei à Administração no manejo contratual e extrapolam os limites típicos do direito privado.

Dentre as referidas cláusulas cita-se a rescisão contratual unilateral por interesse público e por culpa da contratada, bem como a possibilidade de glosas em decorrência de vícios de qualidade ou quantidade na execução dos serviços. Especificamente quanto às últimas, consistem na ação de rejeitar ou descontar um valor apresentado em um documento fiscal ou na execução de um contrato administrativo.

Isso pode ocorrer quando a Administração Pública identifica que o valor apresentado pelo contratado não está de acordo com as condições estabelecidas no contrato ou com a legislação vigente. Em outras palavras, a glosa é uma forma de correção de valores pagos ou a pagar, muitas vezes relacionada a despesas que não foram comprovadas adequadamente ou que não são aceitáveis conforme os termos do contrato.

As glosas podem ocorrer, exemplificativamente, em caso de despesas não previstas ou não autorizadas no contrato, falta de documentação adequada que comprove a execução do serviço ou fornecimento do bem, ou mesmo diante de valores acima do limite estipulado no contrato.

Em determinados momentos, entretanto, é possível a ocorrência de urgências administrativas que exijam a adoção das medidas acautelatórias do erário. Na eventualidade de existirem pagamentos pendentes, mostra-se possível a retenção cautelar de pagamentos por serviços já executados, com vistas a fazer frente a eventuais multas e/ou prejuízos apurados no processo administrativo de responsabilização de fornecedores<sup>2</sup>.

A mencionada prática consiste em, cautelarmente, reter valores correspondentes a pagamentos futuros, com vistas a viabilizar eventual ressarcimento, cuja necessidade será apurada no respectivo processo de responsabilização ou encontro de contas.

---

1 As cláusulas exorbitantes têm a sua aplicabilidade explicada em DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos**. Revista Interesse Público, v. 15, n. 82 (nov/dez 2013). P. 15. Disponível em <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/O-papel-dos-Tribunais-de-Contas-no-controle-dos-contratos-administrativos.pdf>, acesso em 02 ago 2024.

2 A sistemática de retenções cautelares é explicada em DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos**. Revista Interesse Público, v. 15, n. 82 (nov/dez 2013). P. 17. Disponível em <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/O-papel-dos-Tribunais-de-Contas-no-controle-dos-contratos-administrativos.pdf>, acesso em 02 ago 2024.

Conseqüentemente, a retenção cautelar é uma medida adotada pelo Poder Público para assegurar o cumprimento de obrigações contratuais pelo contratado.

Ela consiste na retenção de uma parte do pagamento devido ao contratado, com a finalidade de garantir que todas as condições do contrato sejam atendidas e que não haja inadimplemento por parte daquele. Pode ser realizada para cobrir riscos, garantir a execução das garantias contratuais ou assegurar que eventuais pendências sejam resolvidas. Para tanto, deve-se demonstrar a motivação, com a probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e reversibilidade dos efeitos da decisão.

No Estado de Goiás a retenção cautelar possui tratamento específico na Lei Estadual n. 22.089/2023:

Art. 6º Com base no poder geral de cautela administrativo, para evitar prejuízos ao Erário, poderão ser realizadas retenções cautelares quanto a valores objeto de investigação e análise, caso em que, após as devidas apurações, contraditório e ampla defesa, a retenção cautelar poderá ser convertida em glosa ou, se for o caso, cancelada, gerando a liberação do valor ao contratado, salvo se houver outro motivo que impeça o pagamento.

Como medida acautelatória instrumentalizadora da proteção ao erário, acerca do instituto da retenção cautelar é recomendável que seja precedida de contraditório substancial, bem como efetivada mediante decisão administrativa devidamente fundamentada.

Contudo, se o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo concreto recomendar a retenção independentemente de prévia consulta ao contratado, a sua realização decorre do próprio poder-dever de cautela da Administração, sem prejuízo do contraditório diferido, imediatamente subsequente ao ato de retenção cautelar. Pela própria natureza da medida acautelatória, contudo, é adequada a decisão administrativa devidamente fundamentada, que demonstre por quais razões não é possível/recomendável seja franqueado o contraditório prévio.

A fundamentação do referido ato administrativo deve em especial observar as suas principais consequências práticas. A retenção cautelar pode ocasionar atrasos na conclusão das etapas do projeto ou na entrega final, dado que o contratado pode necessitar de tempo adicional para ajustar seu planejamento financeiro e operacional. Tais atrasos podem comprometer a cronologia do empreendimento e a entrega ao cliente, podendo resultar em penalidades ou problemas relacionados ao cumprimento dos prazos contratuais.

Ademais, a interrupção ou desaceleração dos trabalhos pode levar ao incremento dos custos devido a despesas adicionais com armazenamento de materiais, manutenção da obra ou necessidade de recontração de pessoal. Conseqüentemente, o aumento dos custos gerais do projeto pode ser indevidamente transferido para a Administração Pública, ou mesmo resultar em disputas sobre os custos adicionais envolvidos.

A retenção também pode gerar dificuldades financeiras para o contratado, especialmente se este contar com os pagamentos retidos para cobrir custos operacionais, salários e outras despesas. A sociedade empresária pode enfrentar problemas de solvência, afetando não apenas o empreendimento atual, mas também a sua viabilidade financeira futura.

Quanto a este último aspecto, é possível que a contratada, que já esteja em recuperação judicial, tenha o seu plano recuperacional prejudicado pelas retenções cautelares. Além disso, é possível ainda que os créditos decorrentes dos pagamentos pela execução da obra sirvam como garantias pra investidores, no juízo da própria recuperação judicial.

Logo, apesar de o Estado em regra não submeter os seus créditos ao concurso de credores nem participar em regra do plano de recuperação judicial, a retenção cautelar durante a execução de um contrato administrativo pode influir significativamente na sua execução. O impacto dessa influência será apreciado no capítulo seguinte da presente pesquisa.

## **2 TRATAMENTO JURÍDICO DO DIP FINANCING NO BRASIL: principais influências teóricas**

O direito recuperacional brasileiro tem experimentado recentes alterações com o propósito de aproximação com o modelo dos países do bloco da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esse movimento tem como objetivo principal promover maior eficiência e efetividade nos processos de recuperação judicial e falência, estimular a confiança dos investidores e melhorar o ambiente de negócios no Brasil.

Objetiva-se mediante a referida aproximação a redução da duração e complexidade dos processos de recuperação judicial, tornando-os mais rápidos e menos burocráticos. Também se busca tornar o ambiente de negócios mais atraente para investidores internacionais, alinhando-se com padrões globais de práticas de previsibilidade e segurança jurídica para investidores e credores.

Essas reformas buscam criar mecanismos que incentivem a recuperação ao invés da falência, com a proteção de certos créditos e a facilitação de acordos com credores. Para tal desiderato, foram incorporados aspectos de leis de insolvência mais modernas e flexíveis observadas em países da OCDE. A nova legislação permite planos de recuperação semelhantes aos modelos de *Chapter 11* dos Estados Unidos, no qual a sociedade empresária pode continuar operando enquanto renegocia suas dívidas. Dentre os seus exemplos, destaca-se o *debt in possession financing*, ou *DIP financing*.

Estuda-se, no presente capítulo, dentre os instrumentos de soergimento empresarial, a modalidade de financiamento *DIP financing*, e conseqüentemente a sua relação com as retenções cautelares dos contratos administrativos.

A modalidade de financiamento em análise neste caso se direciona a sociedades empresárias em recuperação judicial e objetiva suprir a sua falta de caixa com a inserção de dinheiro novo (*fresh money*) para o custeio de fornecedores, verbas trabalhistas, despesas operacionais, administrativas e congêneres. Dessa forma, viabiliza-se a manutenção das atividades empresariais e, concomitantemente, asseguram-se as condições necessárias à observância do plano de recuperação. Pode objetivar, por exemplo, o prosseguimento da execução de uma obra pública<sup>3</sup>.

A sua incorporação formal ao ordenamento jurídico brasileiro ocorreu em 2020 mediante a Lei nº 14.112/2020. Outrossim, é a redação do art. 69-A da Lei nº 11.101/2005, introduzida pela Lei nº 14.112/2020:

Art. 69-A. Durante a recuperação judicial, nos termos dos arts. 66 e 67 desta Lei, o juiz poderá, depois de ouvido o Comitê de Credores, autorizar a celebração de contratos de financiamento com o devedor, garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante, para financiar as suas atividades e as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos. (Incluído pela Lei n.º 14.112, de 2020).

---

<sup>3</sup> A literatura jurídica elucida que: "[...] nessa modalidade de financiamento, a recuperanda mantém a posse e controle dos bens ou direitos dados em garantia, para que a empresa possa se manter operante. Com isso, é possível suprir a falta de fluxo de caixa para cobrir as despesas operacionais, de reestruturação e de preservação do valor dos ativos [...]"

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Curitiba: Juruá, 2021. P. 193.

O *debt in possession* possui regulamentação do instituto e procedimento no *Chapter 11 bankruptcy* dos Estados Unidos. Neste modelo há maior prioridade do *DIP* sobre as demais dívidas da recuperanda<sup>4</sup>, mas preservado o direito de ser escutado de todos os seus credores<sup>5</sup>:

(a) The Securities and Exchange Commission may raise and may appear and be heard on any issue in a case under this chapter, but the Securities and Exchange Commission may not appeal from any judgment, order, or decree entered in the case. (b) A party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may raise and may appear and be heard on any issue in a case under this chapter. (Pub. L. 95–598, Nov. 6, 1978, 92 Stat. 2629.)

(a) A Comissão de Valores Mobiliários poderá levantar e comparecer e ser ouvida sobre qualquer questão em um caso sob este capítulo, mas a Comissão de Valores Mobiliários não poderá apelar de qualquer sentença, ordem ou decreto proferido no caso. (b) Uma parte interessada, incluindo o devedor, o administrador, um comitê de credores, um comitê de detentores de títulos patrimoniais, um credor, um detentor de títulos patrimoniais ou qualquer administrador de escritura, poderá levantar e comparecer e ser ouvido em qualquer questão em um caso sob este capítulo.

(tradução nossa)

Por outro lado, o modelo francês possui maior rigidez ao buscar evitar o seu uso fraudulento (*soutien abusif*), orientando uma prioridade dos créditos do Estado sobre o *debt in possession*<sup>6</sup>.

No Brasil, a literalidade da Lei 11.101/2005, após as mudanças introduzidas em 2020, não permite uma definição definitiva de uma aproximação com o modelo dos Estados Unidos ou da França. Afinal, não prevê aprioristicamente a relação entre o crédito do *DIP* e os outros extraconcursais<sup>7</sup>. Isto é, aqueles não subordinados ao processo de recuperação judicial ou falência de uma sociedade empresária. Esses créditos possuem uma prioridade especial no que diz respeito ao pagamento em comparação com os créditos concursais, que são aqueles que são submetidos às regras e procedimentos do processo de recuperação ou falência.

---

4 Liu, L. **Subnational Insolvency**: cross-country experiences and lessons. World Bank. 2008. P. 20

5 UNITED STATES. **Bankruptcy Code**, Title 11, Chapter 11. 1978. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-11>. Acesso em: 18 ago. 2024.

6 Assim explica POMERLANDO, M.; SHOW, W.; BANK, W. **Corporate Restructuring**: lessons from experience. World Bank. 2005. p. 130.

7 Como bem explicado em DE QUEIROZ, Bruna Pamplona. **O (des)incentivo ao financiamento às empresas em recuperação judicial no Brasil**: uma análise econômica comparativa com o modelo norte-americano de dip financing. Florianópolis: UFSC. 2020. Dissertação de mestrado. P. 130.

Paralelamente à ausência de definição específica de prioridade entre os créditos, há o O § 7º-B do art. 6º da Lei n. 11.101/2005, alterado em 2020, estabelecendo a exclusão dos créditos da Fazenda Pública da Recuperação Judicial. É o seu teor:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

[...]

§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Em regra, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos (art. 49, caput, da Lei nº 11.101/2005). Desta forma, iniciada a recuperação, os credores receberão conforme o plano.

A Fazenda Pública possui prioridade de ser solvida, pois seus créditos constituem receitas que custeiam o funcionamento do Estado, conseqüentemente viabilizando o atendimento ao interesse público primário. Assim sendo, entende-se que o crédito tributário ou não tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a sua natureza ou tempo de constituição<sup>8</sup>.

---

8 Reconhece-se que há jurisprudência histórica do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sentido aparentemente diverso, especialmente da 3ª e a 4ª Turmas do STJ, que julgam temas atinentes ao direito privado (Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 144.157 - SP (2015/0296252-0). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 28/06/2016.)

Contudo, o posicionamento não era unânime. A aparente divergência entre os entendimentos pretéritos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi submetida à Corte Especial do STJ para uniformização da jurisprudência mediante o Tema n. 987 de Recursos Repetitivos: "Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária". Contudo, o próprio STJ reconheceu a perda superveniente do objeto em razão da modificação legislativa trazida pela Lei 14.112/20, em seu art. 60, parágrafo 7o, citado no capítulo anterior deste Parecer Jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça atualmente entende que a Lei nº. 14.112/2020 alterou a Lei nº. 11.101/2005 e deixou consignado, expressamente, que a execução fiscal não se suspende pelo deferimento da recuperação judicial, bem como, que o juízo da execução fiscal tem competência para determinar os atos de constrição judicial sobre os bens da empresa recuperanda, a exemplo da decisão a seguir referenciada (STJ – REsp: 1931633 GO 2020/0200214-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/08/2021, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/08/2021). Tal questão também já foi objeto de decisão do STJ em conflito de competência (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 181.190 - AC (2021/0221593-7), Relator MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe: 07/12/2021).



Por outro lado, não se ignora que o Juízo da Recuperação Judicial possui competência para substituir os atos de constrição decretados pelo Juízo da Execução Fiscal caso tenha-se recaído sobre os bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial.

Compete, portanto ao juízo universal apenas a definição dos bens que deverão ser substituídos, a depender do reflexo da constrição sobre a manutenção da atividade empresarial. Esta constrição está adstrita aos bens de capital, segundo a literalidade da Lei de Recuperação e Falência.

Todavia, os créditos da Fazenda Pública decorrentes dos contratos de obras públicas não são bens de capital em sentido estrito<sup>9</sup>. Contudo, não se ignora que o contrato de *DIP* possui relevância substancial para o soerguimento empresarial e à própria execução da obra, de tal maneira que eventuais glosas poderão influir na sua execução. A depender da hipótese, pode ser considerado um dinheiro “afetado” à obra pública.

Assim sendo, ainda que os créditos da Fazenda Pública não se submetam ao juízo da recuperação judicial, o impacto das suas retenções cautelares sobre o Plano Recuperacional, bem como sobre a própria obra pública, e outras eventualmente afetadas, seria questão afeta aos limites da sua jurisdição.

Dessa maneira, apesar de os créditos do *DIP* não constituírem bens de capital em sentido tradicional, o seu regime jurídico específico sob tutela do juízo da recuperação judicial atrai a sua competência para decidir sobre a matéria. Logo, eventuais retenções cautelares e glosas realizadas neste contrato mas não decorrentes dele próprio, ou do período que posterior ao deferimento da recuperação judicial, deveriam, a partir dessa premissa, ser submetidas ao crivo do juízo universal, para a deliberação especificamente acerca da constrição.

Contudo, tem-se identificado na presente pesquisa decisões judiciais que analisam o impacto das retenções cautelares sobre o contrato *DIP*, afastando-as em desfavor do erário, sem previamente o próprio Estado ter participado da tomada de decisão de aprovação do referido contrato<sup>10</sup>.

---

9 O STJ já teve a oportunidade de afastar a pretensa equiparação entre o dinheiro e bens de capital no (REsp n. 1.758.746/GO, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/9/2018, DJe de 1/10/2018.)

10 O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás assim já decidiu:  
Por outro lado, no que tange ao pedido de suspensão da realização de novos bloqueios sobre importâncias decorrentes dos contratos em questão, tenho que razão assiste à Requerente. Primeiramente, a se considerar que os bloqueios noticiados recaem sobre quantias relativas a contratos

Verificou-se que a incompatibilidade mais substancial entre o direito recuperacional brasileiro e as práticas do *Chapter 11* dos Estados Unidos decorre da não submissão dos créditos da Fazenda Pública ao concurso de credores. Este fenômeno cria uma interpretação pelo juízo recuperacional que equivale à ausência de participação efetiva da Fazenda Pública no plano de recuperação judicial.

A legislação brasileira, ao isentar tais créditos da sujeição ao processo geral de recuperação, gera um quadro no qual a Fazenda Pública não é considerada como parte integrante na negociação e reestruturação das dívidas da empresa. Esta lacuna resulta em um tratamento desigual das dívidas públicas em comparação com os créditos privados, prejudicando a eficácia do *dip financing* e a harmonia entre os institutos tradicionais do direito administrativo e as práticas empresariais modernas. Portanto, a participação da Fazenda Pública

---

de DIP Financing autorizados por este Juízo, há que se lhes garantir a devida segurança jurídica, bem assim o cumprimento das decisões judiciais. Além disso, em se tratando a LOCTEC de empresa em recuperação judicial, quaisquer atos constritivos sobre seus bens devem ser apreciados pelo juízo recuperando, a fim de se averiguar a essencialidade do bem e o impacto sobre as atividades econômicas da empresa, de modo a não comprometê-las e, conseqüentemente, a preservação da empresa e de sua função social e, ainda, o cumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, o que não foi observado pelo órgão público. Ademais, observa-se que os bloqueios noticiados impactam a regular execução das obras públicas a que se referem os contratos administrativos em questão, quais sejam a restauração e recuperação de Rodovias Estaduais Pavimentadas - Programa Rodovia Reconstrução, Grupo III, das Rodovias GO010, trecho Goiânia/Entr. BR-330, GO-010, trecho Entr. GO-330 / Entr. GO-139 (Vianópolis), GO-330, trecho Entr. BR-060 (Anápolis)/Entr. GO-010, GO-415, trecho Entr. BR060/Goianópolis/Entr. GO-010 e os serviços de Terraplanagem e Pavimentação Asfáltica da Rodovia GO-447/112, no trecho Divinópolis/Entr. GO-118 (Monte Alegre), logo, obras de relevante interesse público. Ante a fundamentação exposta, DEFIRO parcialmente o pedido da Requerente PAVIENGE ENGENHARIA LTDA. pelo que determino à GOINFRA que suspenda, imediatamente, todos os bloqueios realizados em desfavor da Requerente quanto aos valores oriundos dos Contratos Administrativos de ns. 294/2014-AD-GEJUR e 299/2014-ADGEJUR, celebrados com a empresa LOCTEC ENGENHARIA LTDA., bem como que se abstenha de realizar quaisquer novos bloqueios, sem prévia deliberação deste Juízo. Confiro à presente decisão força de ofício para fins de que se dê à GOINFRA ciência dos termos desta decisão. (Protocolo 0391837-48.2016.8.09.0011, 4º Vara Cível)

Assim também, em sede de recurso, apreciou a questão: Em proêmio, convém salientar que aqui não se discute a natureza dos créditos bloqueados pela agravante, mas tão somente, a competência para a prática e/ou controle de legalidade de atos expropriatórios incidentes sobre o patrimônio de devedor em recuperação judicial que é privativa do juízo recuperacional. Deste modo, mister ressaltar que compete ao juízo recuperacional a execução do controle sobre os atos constritivos patrimoniais de empresa em recuperação judicial. Com efeito, os créditos da fazenda pública, fiscais tributários ou não, estão fora do alcance do concurso de credores, no entanto, é assegurada a competência do juízo concursal para, mediante cooperação jurisdicional, promover controle ulterior das medidas constritivas. Logo, andou bem a magistrada a quo ao consignar que “em se tratando a LOCTEC de empresa em recuperação judicial, quaisquer atos constritivos sobre seus bens devem ser apreciados pelo juízo recuperando, a fim de se averiguar a essencialidade do bem e o impacto sobre as atividades econômicas da empresa, de modo a não comprometê-las”. Assim, não há que falar-se em incompetência do juízo da recuperação judicial. (Agravo de Instrumento n. 5430459-04.2022.8.09.0011)

no momento de formalização do plano recuperacional e do contrato de financiamento em análise poderia em tese solucionar a lacuna normativa em apreço.

### **3 O *RIGHT TO BE HEARD* E OS CRÉDITOS DA PRÓPRIA FAZENDA PÚBLICA**

No capítulo pretérito foi desenvolvida a diferenciação entre a concursabilidade do crédito e os efeitos da sua execução sobre o plano de recuperação judicial. Os créditos do Estado, tributários ou não tributários em regra não se submetem ao plano de recuperação, mas os efeitos de eventual retenção cautelar podem impactar significativamente o plano recuperacional.

Por tal razão têm se verificado decisões judiciais contrárias à retenção cautelar sobre créditos que objetivem solver o contrato *debt in possession*. O juízo da recuperação judicial, em outras palavras, analisa a probabilidade do direito, o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e a reversibilidade dos efeitos da decisão e considera a tomada de decisão do administrador público inadequada, suspendendo os seus efeitos.

A garantia de a Fazenda Pública não submeter os seus créditos ao plano de recuperação judicial passa a possuir um efeito contrário – o de uma “não garantia”. Afinal, não possui a oportunidade de aprovar a modalidade de financiamento especial (por não participar do concurso de credores) mas pode ser afetada pela decisão que suspende os efeitos de uma retenção cautelar administrativa.

A assincronia na importação do instituto do *DIP* ao direito brasileiro, com relação aos Estados Unidos, no presente caso, reside na referida impossibilidade de manifestação do Estado sobre a garantia de créditos financiados pelo adimplemento das obras públicas.

Adota-se o texto do *Chapter 11 Bankruptcy*, com breve citação a seguir<sup>11</sup>:

(a) The Securities and Exchange Commission may raise and may appear and be heard on any issue in a case under this chapter, but the Securities and Exchange Commission may not appeal from any judgment, order, or decree entered in the case. (b) A party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may raise and may appear and be heard on any issue in a case under this chapter. (Pub. L. 95–598, Nov. 6, 1978, 92 Stat. 2629.)

(a) A Comissão de Valores Mobiliários poderá levantar e comparecer e ser ouvida sobre qualquer questão em um caso sob este capítulo, mas a Comissão de Valores Mobiliários não poderá apelar de qualquer sentença, ordem ou

---

11 UNITED STATES. **Bankruptcy Code**, Title 11, Chapter 11. 1978. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-11>. Acesso em: 18 ago. 2024.

decreto proferido no caso. (b) Uma parte interessada, incluindo o devedor, o administrador, um comitê de credores, um comitê de detentores de títulos patrimoniais, um credor, um detentor de títulos patrimoniais ou qualquer administrador de escritura, poderá levantar e comparecer e ser ouvido em qualquer questão em um caso sob este capítulo.  
(tradução nossa)

No contexto do *Chapter 11 bankruptcy* nos Estados Unidos, o conceito de *right to be heard* (direito de ser ouvido) refere-se ao direito das partes interessadas, incluindo credores, acionistas e outros tomadores de decisão, de participar e expressar suas opiniões sobre o processo de recuperação judicial. Este direito é um componente fundamental do devido processo legal, assegurando que todas as partes envolvidas tenham a oportunidade de apresentar suas posições e ser ouvidas antes que o tribunal tome decisões que possam afetar seus interesses.

A aplicabilidade do *right to be heard* ocorre, por exemplo, mediante a participação em audiências, apresentação de objeções e propostas, e o direito de revisar documentos e relatórios, incluindo o plano de reorganização, declarações financeiras e a própria proposta de financiamento.

O Estado possui o direito de ser escutado no contexto do *Chapter 11 bankruptcy* nos Estados Unidos, embora sua participação e papel possam variar em comparação com outros tomadores de decisão. O conceito de *right to be heard* (direito de ser ouvido) se aplica a todas as partes interessadas no processo de falência, incluindo o próprio Estado.

O Internal Revenue Service (IRS) e agências estaduais de receita podem apresentar reivindicações e objeções, especialmente se afetarem seus créditos tributários. Elas têm o direito de participar das audiências e reuniões de credores, nas quais podem expressar preocupações e discutir o tratamento de suas dívidas, segundo a própria literalidade do *Chapter 11 Bankruptcy*.

A participação do Estado brasileiro no processo de formalização do *dip financing*, enquanto contratante e possível credor presente e futuro da recuperanda, possui relevância para garantir que os interesses relacionados aos contratos administrativos sejam devidamente resguardados. O direito de ser escutado antes da formalização desse financiamento permite que a administração pública avalie e intervenha nas condições propostas, assegurando que não haja prejuízo às garantias estabelecidas em contratos administrativos.

Este procedimento pode evitar que acordos de financiamento comprometam as garantias de retenções cautelares destinadas à proteção dos interesses públicos. A inclusão do Estado na discussão sobre o *dip financing* contribui para uma abordagem equilibrada, na qual as

necessidades de recuperação empresarial são ponderadas com as exigências contratuais e garantias administrativas.

O poder de veto da Administração Pública em relação ao contrato de *dip financing* pode ser implementado como uma ferramenta de controle para assegurar que as retenções cautelares e outras garantias contratuais sejam devidamente consideradas. O Estado, na qualidade de contratante, deve avaliar o impacto do contrato de financiamento sobre as retenções cautelares em contratos administrativos, ajustando suas ações conforme o contexto específico do processo de recuperação.

Rememora-se que o não exercício do poder de veto não deve ser interpretado como uma preclusão dos direitos da administração pública, mas como uma razão para que o contrato de financiamento seja levado em consideração no processo decisório sobre as retenções cautelares, garantindo que estas não sejam aplicadas de forma desinformada ou inadequada. Desta forma, assegura-se que as garantias administrativas permanecem eficazes e pertinentes ao estado financeiro da sociedade empresária em recuperação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo investigou a complexa interação entre os institutos tradicionais do direito administrativo brasileiro, como a retenção cautelar, e as práticas modernas do direito empresarial, com enfoque no *dip financing*, à luz do contexto jurídico e empresarial atual.

A hipótese formulada indicava a possibilidade que mecanismos tradicionais do direito recuperacional brasileiro ainda não estivessem juridicamente harmonizados com o *dip financing*, originário do *Chapter 11* dos Estados Unidos. A análise documental e comparativa dos principais institutos recuperacionais da OCDE revelou que, de fato, existem discrepâncias significativas entre os modelos, especialmente no que tange à integração dos créditos da Fazenda Pública no processo de recuperação judicial.

Constatou-se que a incompatibilidade mais notável reside na não submissão dos créditos da Fazenda Pública ao concurso de credores, o que é interpretado pelo juízo recuperacional como uma ausência de participação da Fazenda Pública no plano de recuperação. Esta situação tem causado confusão e dificuldades na aplicação do *dip financing* no Brasil, uma vez que o Estado não participa substancialmente do processo de recuperação como se observa em outros sistemas jurídicos.

Diante dessa realidade, conclui-se que uma possível solução da referida incompatibilidade consistiria em a Fazenda Pública possuir um direito de veto sobre o contrato de *dip financing* antes de sua formalização no Brasil. A inclusão desse direito de veto garantiria uma harmonização mais eficiente entre os institutos tradicionais e as práticas empresariais modernas, promovendo uma recuperação judicial mais equitativa e juridicamente coesa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 144.157 - SP** (2015/0296252-0). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 28/06/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 181.190 – AC** (2021/0221593-7). Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. 07/12/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1931633-GO** 2020/0200214-3, Relatora: Ministra Nancy Andrihi. 09/08/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.758.746-GO** 2020/0200214-3, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 01/10/2018.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Curitiba: Juruá, 2021. P. 193.

DE QUEIROZ, Bruna Pamplona. **O (des)incentivo ao financiamento às empresas em recuperação judicial no Brasil: uma análise econômica comparativa com o modelo norteamericano de dip financing**. Florianópolis: UFSC. 2020. Dissertação de mestrado. P. 130.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos**. Revista Interesse Público, v. 15, n. 82 (nov/dez 2013). Disponível em <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/O-papel-dos-Tribunais-de-Contas-no-controle-dos-contratos-administrativos.pdf>, acesso em 02 ago 2024.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Agravo de Instrumento n. 5430459-04.2022.8.09.0011**. Relator Jeova Sardinha de Moraes. 2022.

LIU, L. **Subnational Insolvency**: cross-country experiences and lessons. World Bank. 2008.

POMERLANDO, M.; SHOW, W.; BANK, W. **Corporate Restructuring**: lessons from experience. World Bank. 2005.

UNITED STATES. **Bankruptcy Code**, Title 11, Chapter 11. 1978. Disponível em:  
<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-11>. Acesso em: 18 ago. 2024.