



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER Nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.000226/2015-22

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. PECULIARIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE EXIGE QUE O CONTRATADO TENHA CAPACIDADE DE SUPORTAR OS ÔNUS DA CONTRATAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO PAGAMENTO ANTECIPADO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA PRESERVAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A FASE POSTULATÓRIA E DELIBERATIVA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE O ART. 52 E O ART. 58 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLANO PELO JUÍZO PARA ATESTAR A VIABILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

I. A regra é que o fornecedor de bens e o prestador de serviços somente receba o pagamento da Administração após procedimento de execução de despesa orçamentária, que demanda tempo, e faz com que o particular tenha que suportar com recursos próprios o peso do contrato até que seja ultimado o pagamento, o que demonstra a importância da fase de habilitação econômico-financeira nas licitações públicas.

II. O instituto da recuperação é voltado para empresas que possuam viabilidade econômico-financeira, em prestígio ao princípio da função social da empresa.

III. Não cabe confundir duas situações processuais distintas na Lei de Recuperação de Empresas, já que quando a empresa devedora solicita a recuperação judicial e o juiz defere o seu processamento (art. 52, NLRJ), a requerente confessa seu estado de insolvência sem comprovar a sua viabilidade econômico-financeira, que somente se dará com a aprovação ou ausência de objeção ao plano de recuperação, quando o juiz concederá a recuperação em si (art. 58, NLRJ).

IV. Apenas na fase do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, é que existe a recuperação judicial em sentido material, quando os atos tendentes a superar a situação de crise serão efetivamente praticados.

V. Quando a empresa está com sua recuperação deferida, há plausibilidade de que haja viabilidade econômico-financeira, em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas.

VI. Se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório.

VII. A exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda válida como forma do pregoeiro ou da comissão de licitação avaliar a capacidade econômico-financeira, mas não em substituição à certidão negativa de concordata, e sim como um indicativo da situação em que se encontra a licitante.

VIII. A empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

IX. Na recuperação extrajudicial, uma vez homologado o plano, haverá plausibilidade de que a empresa possua viabilidade econômica, sendo condição de eficácia do plano que haja o acolhimento judicial do mesmo.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que

criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos (CPLC), através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I – identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II – promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III – submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Tendo presentes estes objetivos, foi distribuído a este subscritor o processo em epígrafe, que tem objetivo responder indagações a respeito da possibilidade de participação em licitações e consequente contratação de empresas em regime de recuperação judicial.

3. A dúvida a respeito dessa possibilidade foi em grande parte motivada pelo julgamento pela 2ª turma do Superior Tribunal de Justiça da Medida Cautelar nº 23.499/RS, que afastou a exigibilidade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial em licitação, permitindo a participação no certame de empresa em recuperação.

4. Diante desse quadro, surgiram várias dúvidas sobre a possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial em licitações públicas, com destaque para a possibilidade de se exigir a certidão negativa de recuperação judicial nos mesmos moldes da extinta concordata.

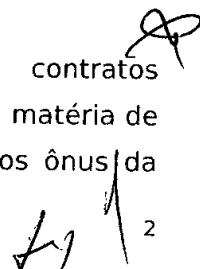
5. A indagação a ser enfrentada pela Câmara Permanente de Licitações e Contratos pode ser assim resumida:

I. É possível a participação de empresas em recuperação judicial em licitações públicas?

6. É o relatório.

I – CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. PECULIARIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE EXIGE QUE O CONTRATADO TENHA CAPACIDADE DE SUPORTAR OS ÔNUS DA CONTRATAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO PAGAMENTO ANTECIPADO.

7. A questão da capacidade econômico-financeira nos contratos administrativos possui especial relevância, tendo a legislação disciplinado a matéria de forma a obter dos licitantes a demonstração de que poderão suportar os ônus da



contratação, dadas as peculiaridades que a lei reservou para efetuar o pagamento pela Administração-contratante.

8. O artigo 27, III, da Lei 8.666, exige que o licitante demonstre sua idoneidade econômica e financeira para suportar os ônus econômicos do contrato administrativo, nos seguintes termos:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
(...)
III - qualificação econômico-financeira;

9. A bilateralidade dos contratos administrativos determina que a Administração somente efetue o pagamento caso o contratado cumpra a sua parte na avença, conforme prevê o art. 476 do Código Civil e § 3º do art. 40 da Lei de Licitações e Contratos (*exceptio non adimpleti contractus*).

10. Além disso, os valores somente serão pagos na medida em que for aferido o correto cumprimento do objeto contratado, na forma como determinam os arts. 62 e 63 da Lei 4320, de 1964, que assim dispõem:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.
(g.n)

11. A LLC ao discriminar no seu artigo 40 o conteúdo obrigatório do edital incluiu, nesse conteúdo, e no inciso XIV do referido artigo, as **condições de pagamento**. Da leitura da letra **a** desse inciso XIV c/c o § 3º do mesmo artigo 40¹, fica evidenciado

¹ Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:(...)
XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

que a Lei distinguiu, na execução contratual, dois momentos distintos e logicamente ordenados: a **data do adimplemento de cada parcela** e a **data do correspondente pagamento**, sendo que esta não deve distar 30 dias daquela².

12. Na letra **b** do dito inciso XIV, a previsão ali contida deixa patente que a execução contratual subordina-se a uma programação de pagamentos em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros da Administração Pública contratante. Tal é explicável, pois a execução orçamentária da despesa pública é ajustável à da receita pública que vai se realizando dia a dia³.

13. A previsão da letra **c** desse inciso XIV traduz garantia ao contratado de que o valor do pagamento de cada parcela será atualizado financeiramente da data do adimplemento à do efetivo pagamento⁴.

14. Por sua vez, a condição de pagamento prevista na letra **d** do dito inciso XIV propugna a obrigação de haver compensações financeiras, para o contratado, e penalizações, à Administração, por eventuais atrasos nos pagamentos, e descontos financeiros, em favor da Administração, por eventuais antecipações de pagamentos, tendo por parâmetro o prazo de pagamento (interstício entre a data do adimplemento e a do efetivo pagamento) de que tratou a previsão da letra **a** do referido inciso XIV.

15. Não cuida essa antecipação de pagamento de pretensa inversão da ordem lógica "adimplemento-pagamento", mas tão somente de aumento daquele prazo, cabendo aí compensação financeira ao contratado e penalidade financeira à Administração, ou redução do mesmo prazo, cabendo, então, em prol da Administração, desconto financeiro do que seria devido de ser pago se efetivamente o fosse na data inicialmente aprazada⁵.

16. Conforme destacou o TCU,

[t]ais preceitos aqui comentados da Lei 8.666/93 [art. 40, XIV] estão plenamente em consonância com as disposições da Lei 4.320/64, em seus artigos 61, 62 e 63 que cuidam das fases da despesa pública, bem como do Decreto n.º 93.872/86, especialmente seus artigos 42 (mesma finalidade do artigo 62 da Lei 4.320/64) **que afirma que o pagamento da despesa só poderá ser efetuado quando ordenado após sua regular liquidação, e o 38, que veda expressamente a inversão daquela ordem "adimplemento-pagamento" e admite, à vista do adimplemento parcelado, o**

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
(...)

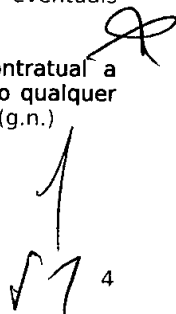
§ 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança. (g.n.)

² TCU - Acórdão 2204/2007 - Plenário.

³ TCU - Acórdão 2204/2007 - Plenário.

⁴ TCU - Acórdão 2204/2007 - Plenário.

⁵ TCU - Acórdão 2204/2007 - Plenário.



Handwritten signature and initials, possibly 'A' and '17', with a small '4' at the bottom right.

pagamento contratual também em correspondentes parcelas, segundo cronograma previsto em edital.⁶ (g.n.)

17. Assim, deve a Administração se abster de efetuar pagamentos sem a necessária contrapartida por parte da contratada, ressalvados os casos em que haja justificativas plausíveis e desde que sejam exigidas as indispensáveis cautelas ou garantias, conforme determina o art. 38 do Decreto 93.872, de 1986, que assim dispõe:

Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

18. Com base nessas premissas, o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União editou a Orientação Normativa nº 37, que bem delimitou a possibilidade de pagamentos antecipados nos contratos administrativos, conforme enunciado que ora colaciono:

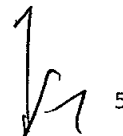
A ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO SOMENTE DEVE SER ADMITIDA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA ADMINISTRAÇÃO, DEMONSTRANDO-SE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, OBSERVADOS OS SEGUINTE CRITÉRIOS: 1) REPRESENTAR CONDIÇÃO SEM A QUAL NÃO SEJA POSSÍVEL OBTER O BEM OU ASSEGURAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, OU PROPICIE SENSÍVEL ECONOMIA DE RECURSOS; 2) EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE LICITAÇÃO OU NOS INSTRUMENTOS FORMAIS DE CONTRATAÇÃO DIRETA; E 3) ADOÇÃO DE INDISPENSÁVEIS GARANTIAS, COMO AS DO ART. 56 DA LEI Nº 8.666/93, OU CAUTELAS, COMO, POR EXEMPLO, A PREVISÃO DE DEVOLUÇÃO DO VALOR ANTECIPADO CASO NÃO EXECUTADO O OBJETO, A COMPROVAÇÃO DE EXECUÇÃO DE PARTE OU ETAPA DO OBJETO E A EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO PELO CONTRATADO, ENTRE OUTRAS.

19. As previsões do art. 40, XIV da LLC são completadas pelo disposto no art. 73 da mesma lei, que trata da fase de recebimento do objeto contratado, distinguindo entre o recebimento provisório e o definitivo, em clara diferenciação com o regime jurídico de direito privado, em que a aceitação da coisa ou do serviço faz presumir sua perfeição, incumbindo àquele que recebeu o bem tomar as providências em defesa de seu interesse⁷.

20. No contrato administrativo, a mera entrega do bem ou a prestação do serviço não induz a aceitação por parte da Administração, que fica suspensa até a concretização do recebimento definitivo, que se processará mediante exames, testes e verificações, podendo ainda haver a rejeição do objeto contratado caso não atenda às previsões do contrato, conforme arts. 73 e 76 da LLC, que merecem ser colacionados:

⁶ TCU - Acórdão 2204/2007 - Plenário.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 1079.



Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;

II - em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:

a) provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;

b) definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.

§ 1º Nos casos de aquisição de equipamentos de grande vulto, o recebimento far-se-á mediante termo circunstanciado e, nos demais, mediante recibo.

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

§ 3º O prazo a que se refere a alínea "b" do inciso I deste artigo não poderá ser superior a 90 (noventa) dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital.

§ 4º Na hipótese de o termo circunstanciado ou a verificação a que se refere este artigo não serem, respectivamente, lavrado ou procedida dentro dos prazos fixados, reputar-se-ão como realizados, desde que comunicados à Administração nos 15 (quinze) dias anteriores à exaustão dos mesmos.

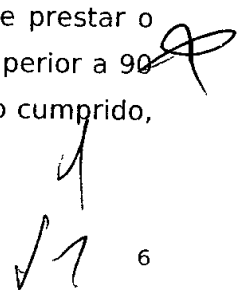
(...)

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.

21. A regra é que o fornecedor de bens e o prestador de serviços somente recebam o pagamento da Administração após **procedimento de execução de despesa orçamentária**, que demanda tempo, e faz com que o particular tenha que suportar com recursos próprios o peso do contrato até que seja ultimado o pagamento.

22. Dessa forma, a liquidação e o pagamento da despesa somente podem ocorrer após o ateste do serviço realizado, normalmente no decorrer do mês posterior à prestação dos serviços. Assim, faz todo sentido exigir das licitantes que tenham recursos financeiros suficientes para honrar a contratação sem depender do pagamento por parte do contratante por certo período. Uma empresa que não tenha esta capacidade quando da realização do processo licitatório, certamente terá dificuldades em cumprir todas as obrigações decorrentes do contrato.

23. Não se pode olvidar outra peculiaridade dos contratos administrativos, que é a determinação legal de que o contratado somente possa deixar de prestar o objeto contratual caso a Administração atrase o pagamento por período superior a 90 (noventa) dias, mitigando de forma contundente a exceção do contrato não cumprido,



situação esta que reforça a necessidade de solidez econômico-financeira, conforme determina o inc. XV do art. 78 da LLC, que assim reza:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
(...)

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

24. Uma empresa que assume compromissos além de sua capacidade econômico-financeira torna-se frágil e certamente terá problemas na administração desses contratos.

25. Percebe-se a importância da habilitação econômico-financeira da licitante para fins de apurar a disponibilidade de recursos econômicos para a satisfatória execução do objeto da contratação.

26. Nesse ponto reside a grande polêmica a respeito da possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial em licitações.

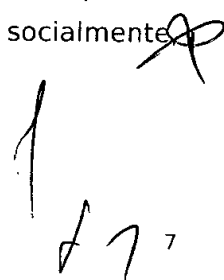
III – DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA PRESERVAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A FASE POSTULATÓRIA E DELIBERATIVA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE O ART. 52 E O ART. 58 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLANO PELO JUÍZO PARA ATESTAR A VIABILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO.

27. A base axiológica do instituto da recuperação judicial está lançada no art. 47 da Lei 11.101, de 2005, conhecida como nova Lei de Recuperação Empresarial e Falência - NLRF, nos seguintes termos:

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**. (g.n.)

28. A NLRF visa alcançar equilíbrio entre os objetivos dos empresários ou da sociedade empresarial e de seus credores, buscando preservar a função social da empresa.

29. A função social da empresa, conforme precisa lição de Rachel Sztajn, está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente

Handwritten signature and initials, possibly 'R. Sztajn' and 'd 7, 7'.

sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio ambiente e à coletividade, e neste sentido é que se busca preservá-la⁸.

30. Esta função social só será preenchida se a empresa for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra da eficiência, dificilmente alguma empresa sobreviverá atuando em mercados competitivos.⁹

31. Entre os mecanismos previstos para alcançar tal fim, a recuperação judicial é primordial para salvaguardar a empresa passível de recuperação, com o saneamento da crise que a envolve, permitindo o prosseguimento da atividade empresarial, com a manutenção do emprego dos trabalhadores, satisfação dos credores, atendendo aos anseios da sociedade de um modo geral.

32. Conforme bem explica Sérgio Campinho, a recuperação judicial, segundo o perfil que lhe reservou o ordenamento jurídico, apresenta-se como o somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra o seu titular – o empresário -, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego, e a composição dos interesses dos credores¹⁰.

33. Na recuperação judicial há efetiva participação de todos os credores representados em assembleia-geral, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor, imprimindo natureza contratual ao instituto, sendo um contrato judicial, com feição novativa¹¹.

34. Não se pode perder de vista que o instituto da recuperação é voltado para empresas que possuam viabilidade, já que nem toda empresa merece ou deve ser recuperada.

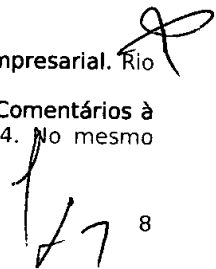
35. Como bem esclarece Fábio Ulhoa Coelho, a reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja nas perdas parciais ou totais de crédito. Em

⁸ SZTAJN, Rachel. **Comentários aos arts. 47 ao 54.** In Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo (coords), **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**, São Paulo: RT, 2005, p. 221.

⁹ SZTAJN, Rachel. *Op. cit.* p. 222.

¹⁰ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 10-11.

¹¹ MARZAGÃO, Lídia Valério. **A recuperação judicial.** In Rubens Approbato Machado (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 94. No mesmo sentido: CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 12.



última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial, o ônus da reorganização das empresas acaba recaindo sobre a sociedade como um todo¹².

36. Por isso, não se pode erigir a recuperação das empresas a um valor absoluto.

37. A ação de recuperação judicial é constitutiva, já que cria nova situação jurídica para o devedor e os credores a ela sujeitos (art. 49, NLR¹³), quer no plano processual (art. 6º, NLR¹⁴), quer no plano de direito material (art. 59, NLR¹⁵).

38. Não cabe confundir, todavia, duas situações processuais distintas na Lei de Recuperação de Empresas, já que quando a empresa devedora solicita a recuperação judicial e o juiz defere o seu processamento (art. 52, NLR), a requerente confessa seu estado de insolvência sem comprovar a sua viabilidade econômico-financeira, que somente se dará com a aprovação ou ausência de objeção ao plano de recuperação, quando o juiz concederá a recuperação em si (art. 58, NLR), cabendo colacionar os dispositivos mencionados:

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

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

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

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – 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.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º

¹² COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito Comercial*, 5ª Edição, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 382.

¹³ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.(...).

¹⁴ Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. (...)

¹⁵ Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.(...)

do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do **caput** deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores.

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

39. Conforme melhor explica Fabio Ulhoa Coelho¹⁶, o processamento da recuperação judicial é dividido em três fases, que podem ser assim destacadas:

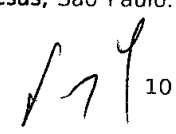
➤ Na **primeira**, que se pode chamar de **fase postulatória**, o empresário individual ou a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento de benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido (art. 52, NLRF).

➤ Na **segunda fase**, a que se pode referir como **deliberativa**, após a verificação do crédito (arts. 7º a 20, NLRF), discute-se e aprova-se um plano de reorganização (art. 53, NLRF). Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício (art. 58, NLRF).

➤ A **derradeira etapa do processo**, chamada **fase de execução**, compreende a fiscalização do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo (art. 63, NLRF).

40. Assim, para a formalização do pedido de recuperação judicial, exige-se o preenchimento de requisitos cumulativos, previstos no artigo 48, da NLRF. Logo, comprovadas tais condições, estará o empresário (individual ou social) legitimado a requerer a recuperação judicial, com petição inicial instruída de acordo com o artigo 51, da NLRF.

¹⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 145.



10

41. Após o deferimento do processamento da recuperação pelo juiz (art. 52), o devedor deverá apresentar o respectivo plano no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação daquela decisão de deferimento. Nos termos do art. 53, o plano de recuperação judicial revelará minuciosamente quais serão as medidas concretas a serem empregadas para solucionar a crise da empresa, de sorte a indicar a sua viabilidade econômica e financeira, conforme dispositivo assim lançado:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, assinado por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei. (g.n.)

42. A publicação da decisão que defere o processamento do pedido de recuperação marca o início do prazo de sessenta dias que a lei qualificou como improrrogável para a apresentação do plano de recuperação.

43. Perceba que na fase postulatória o juízo da recuperação apenas defere o processamento da recuperação judicial (art. 52, NLRF), ao passo que na fase deliberativa, o juiz defere a concessão da recuperação judicial propriamente dita (art. 58, NLRF).

44. Mais uma vez nos socorremos das precisas lições de Fábio Ulhoa Coelho, que explica que o despacho de processamento não se confunde com a decisão concessiva da recuperação judicial. O pedido de tramitação é acolhido no despacho de processamento, em vista apenas de dois fatores: a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. Ainda não está definido, porém, se a empresa devedora é viável. Somente na tramitação do processo, ao longo da fase deliberativa, fornecerá os elementos para a concessão da recuperação judicial¹⁷.

45. Dessa forma, o deferimento da petição inicial não significa a concessão do regime recuperatório judicial, nem a assunção de qualquer compromisso por parte do magistrado em concedê-lo no futuro. O deferimento da petição inicial significa somente a autorização de tramitação do processo, não cabendo avaliar se a requerente está envolvida em crise de superação viável.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 154-155.

46. Pela leitura da Lei de Recuperação de Empresas, aos credores é facultado objetar ao plano de recuperação (art. 55, NLR^F¹⁸), hipótese em que o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano (art. 56, NLR^F¹⁹). Cumpridas as exigências da lei, será concedida a recuperação judicial ao devedor cujo plano não tenha sofrido objeção ou tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores (art. 58). Poderá ainda ser concedida a recuperação se o plano, embora não aprovado nos termos do art. 45²⁰, atingir o número de votos favoráveis dos credores, nas classes respectivas, nos termos previstos no § 1º do art. 58.

47. Segundo o disposto no art. 59, o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50. Este estabelece que “na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do titular da respectiva garantia.”.

48. Na verdade, há uma novação precária, porque a despeito dessa novação, se houver falência, os credores retomam todas as garantias originais. Então, são ressuscitadas as hipotecas e outras garantias de que eram titulares os credores, na dicção do § 2º do art. 61 da NLR^F.

49. **Somente após o cumprimento das exigências legais e desde que o plano de recuperação judicial não tenha sofrido objeções nos termos do artigo 55 da NLR^F, ou que tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores (ou, ainda, se não aprovado, tiver suprida a aprovação por decisão judicial) é que se concederá a recuperação judicial.**

¹⁸ Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei. Parágrafo único. Caso, na data da publicação da relação de que trata o caput deste artigo, não tenha sido publicado o aviso previsto no art. 53, parágrafo único, desta Lei, contar-se-á da publicação deste o prazo para as objeções.

¹⁹ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

§ 1º A data designada para a realização da assembleia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

§ 2º A assembleia-geral que aprovar o plano de recuperação judicial poderá indicar os membros do Comitê de Credores, na forma do art. 26 desta Lei, se já não estiver constituído.

§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

²⁰ Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

50. Concedida a recuperação judicial pela decisão a que se refere o art. 58 dá-se o início da execução do plano aprovado pelos credores, cumprindo-se as obrigações ali ajustadas e sempre sob a fiscalização dos credores e do administrador judicial (artigo 22, II, *a* e *b*, NLRF), que poderão requerer a falência do credor na hipótese de seu descumprimento (art. 61, § 1º, c/c art. 73, IV, NLRF).

51. Pela não apresentação pelo devedor do plano de recuperação no prazo de 60 dias improrrogáveis, ou caso venha a ser rejeitado pela assembleia de credores, será convocada a recuperação judicial em falência (art. 73, II e III, NLRF).

52. Apenas na fase do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, é que existe a recuperação judicial em sentido material, quando os atos tendentes a superar a situação de crise serão efetivamente praticados.

53. **Nesse ponto reside a grande polêmica a respeito da possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial em licitações**, em particular pelo disposto no inc. II do art. 31 da Lei de Licitações:

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

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

54. Percebe-se que não há referência na LLC à recuperação judicial ou extrajudicial, sendo institutos que não se confundem com a antiga concordata, regidos pelo decaído Decreto-Lei nº 7661, de 1945.

55. Não obstante, parte significativa da doutrina sustenta que deve ser aplicada a mesma vedação da concordata à recuperação judicial, já que haveria uma presunção de insolvência do empresário em recuperação.

56. Marçal Justen Filho sustenta que incide a presunção absoluta de inidoneidade sob o empresário devedor em recuperação já que não ostenta qualificação econômico-financeira para a licitação. Tal presunção deve-se ao fato de que, no instante em que pleiteia a própria recuperação em juízo, esse empresário estará confessando sua insolvência²¹.

57. A doutrina ainda traz como justificativa para exigir a certidão negativa de recuperação o disposto no inc. II do art. 52 da NLRF, acima transcrito, que não dispensa certidões negativas da empresa quando contratar com o poder público, considerando o risco peculiar dos contratos administrativos, e que,

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 637.

usualmente, os contratos serão de longo prazo, de execução continuada ou diferida. O risco inerente a tais contratos não deve ser agravado mediante a admissão de o contratante particular ser sociedade cuja existência, a continuidade, é, sabidamente, incerta. Não se trata, no caso de pedido de recuperação, de risco ordinário, e sim dos efeitos negativos da concretização de tal risco.²²

58. Tal tese foi encampada pelo Tribunal de Contas da União, quando do julgamento do emblemático acórdão n. 1214/2013, quando entendeu que mesmo com a mudança legislativa, é plenamente exigível a certidão negativa de recuperação judicial e extrajudicial, conforme excerto que ora colaciono:

55. A esse respeito, o Tribunal já analisou situação semelhante no âmbito do TC 025.770/2009-7. Naquela oportunidade questionou-se exigência de **certidão negativa de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial**. O Tribunal entendeu legítima essa exigência, pois conforme apontado pelo Ministro André Luis de Carvalho, relator daquele processo, **tal certidão "substitui a certidão negativa da antiga concordata em situações surgidas após a edição da lei" (item 24 do voto). Ressalte-se, ainda, que em outras situações o Tribunal se deparou com requisito semelhante e não fez qualquer restrição a respeito (Acórdãos 1.979/2006, 601/2011, 2.247/2011, 2.956/2011, todos do Plenário). Portanto, não vejo óbices para que tal exigência seja feita.** (g.n.)

(...)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan, com o objetivo de apresentar propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

(...)

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

(...)

9.1.10.4 **apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.** (g.n.)

59. Por outro lado, em posicionamento diametralmente oposto, outra parte da doutrina defende que a previsão do artigo 31, II, da LLC, seja reinterpretada e adaptada à luz da nova Lei de Recuperação de Empresa, em particular com a óptica no art. 47, amoldando-se à sua moderna sistemática, conforme lição de Mauro Rodrigues Penteado, que merece ser colacionada:

Coerentemente com a nova solução dada pela Lei 11.101 para a solução da crise econômica das atividades empresariais, parece evidente que a Lei de Licitações está a reclamar adaptação, de molde a que as sociedades que tenham seus Planos de Recuperação concedidos judicialmente também possam participar de licitações

²² SZTAJN, Rachel. Op. cit. p. 258.

realizadas pelo Poder Público, que, em muitos casos, constitui fator importante para que superem as dificuldades por que passam, não havendo motivos para delas afastar unidade empresarial cuja viabilidade e possibilidade de atuar eficientemente no mercado passou pelo crivo daqueles que melhores têm competência para fazê-lo, ou seja, seus credores privados, sob a supervisão do Judiciário, ainda que alguns requisitos adicionais sejam requeridos para compor seus planos, tendo em vista o interesse público.²³ (g.n.)

60. Registre-se que o próprio TCU, no acórdão 8272/2011, da 2ª Câmara, entendeu pela possibilidade de participação em empresa em recuperação judicial em licitação, desde que com plano de recuperação aprovado judicialmente.

61. No âmbito da jurisprudência, foi determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de medida cautelar, a dispensa de apresentação de certidão de recuperação judicial na fase de habilitação econômico-financeira da licitação, entendendo por verossímil que o inc. II do art. 31 da LLC estaria superado pela nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência, conforme precedente que ora colaciono:

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. (...).

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, 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 Lei nº 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 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*.

²³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. A falência em outras leis especiais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Sapiro (Org.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 - Artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

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 periclitamento 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.

(AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014, g.n.)

62. É interessante notar que no caso julgado pelo STJ acima referido, a empresa em questão estaria com seu plano de recuperação devidamente aprovado em assembleia de credores, demonstrando que o processo de recuperação já se encontrava na fase do art. 58 da NLRJ, conforme excerto que merece ser transcrito:

Em que pese os ponderáveis argumentos postos no bem lançado parecer do MP, assim mesmo considero viável a declaração judicial da possibilidade de a empresa em recuperação judicial participar de licitações, no sentido de afirmar que, nos termos do plano de recuperação judicial aprovado em assembléia, não há qualquer restrição a esse respeito. (g.n.)

63. Entendo que deve ser feita a devida distinção entre a situação da empresa que está ainda postulando a recuperação judicial (art. 52, NLRJ), daquela que já está com o plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida (art. 58, NLRJ).

64. As contratações públicas são um grande estímulo à economia, e podem servir para retirar empresários em recuperação da situação de insolvência que se encontram, forte até na premissa que pelas licitações se obtém o desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º da LLC²⁴).

65. Inclusive, os autores que defendem essa possibilidade afirmam que, como a Lei 8666 exige certidão negativa de concordata, e este instituto não existe mais no ordenamento, não há base legal para exigir a certidão negativa de recuperação, que não se confunde com a decaída concordata, tese esta incorporada no acórdão do STJ.

66. Mas, além do estímulo à economia, as contratações públicas visam obter a satisfação dos interesses imediatos da Administração com a seleção da proposta mais

²⁴ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (g.n.)

vantajosa, tendo como objetivo principal manter a continuidade da atividade administrativa, que não pode ficar comprometida.

67. Quando a empresa está com sua recuperação deferida, é plausível que haja viabilidade econômico-financeira, **em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas.**

68. Se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório.

69. **Percebe-se que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda exigível por força do art. 31, II, da Lei 8.666, de 1993, porém a certidão positiva não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira.**

70. Caso a certidão seja positiva de recuperação, caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, sendo recomendável que no próprio edital do certame conste a menção de que será exigido da empresa em recuperação judicial a apresentação de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial.

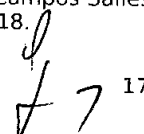
71. Além disso, mesmo a empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido, como sói acontecer com qualquer licitante, deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

72. Dessa forma, é possível a participação em licitações de empresas com recuperação judicial concedida na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, sendo exigível a demonstração da capacidade econômico-financeira da licitante para suportar os ônus da contratação.

III – DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

73. Conforme explica Rachel Sztajn, a recuperação extrajudicial é o negócio consensual entre devedor e uma ou algumas classes de credores, sendo um negócio de cooperação, que gera a repactuação na divisão de riscos, se assemelhando aos negócios plurilaterais²⁵.

²⁵ STAJN, Rachel. **Comentários aos arts. 161-165**, In: Carlos Henrique Abrão e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (coords), **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 418.



74. É, assim, um acordo celebrado entre o devedor e seus credores, com o intuito de negociar dívidas da empresa.

75. O legislador no art. 47 NLRF, ao tratar do instituto da recuperação judicial fixou diversos elementos teleológicos, sem ter trato o instituto da recuperação extrajudicial em seu bojo.

76. A despeito disso, e considerando que o objetivo último da recuperação em sentido lato (judicial e extrajudicial), é do de evitar a decretação da falência do devedor, com fratura dos perfis da empresa (unidade de produção, geração de empregos, pagamento de tributos), os mesmos elementos teleológicos do art. 47 da NLRF são aplicáveis à recuperação extrajudicial²⁶.

77. A Lei de Recuperação de Empresas estabeleceu os requisitos que devem ser preenchidos pelo devedor para propor e negociar com os credores o plano de recuperação extrajudicial a ser submetido à homologação do juízo do lugar do principal estabelecimento. **De um modo geral, são os mesmos requisitos exigidos para o devedor requerer a recuperação judicial**, visto que o art. 161²⁷ faz referência ao art. 48 da nova Lei, com exceção dos previstos nos incisos II e III do art. 48, em face do disposto no art. 161, § 3º^{28 29}.

78. Assim, para o devedor, seja ele empresário individual ou sociedade empresária, poder, após negociar com seus credores, requerer a sua homologação, deve preencher os seguintes requisitos³⁰:

1º) exercer atividade empresarial há mais de dois anos;

2º) não ser falido nem sociedade empresária falida;

3º) se o devedor já tiver sido declarado falido, é preciso que, por sentença, com trânsito em julgado, já tenham sido declaradas extintas as suas obrigações;

4º) não ter pendente, em juízo, pedido de recuperação judicial;

5º) não tenha obtido, há menos de dois anos, recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial;

6º) não ter havido condenação do empresário ou dos administradores ou sócio controlador da sociedade empresária, em crime falimentar.

79. É preciso destacar que a NLRF prevê dois tipos de planos de recuperação extrajudicial, um regido pelo art. 162 e outro pelo art. 163.

²⁶ MILANI, Mario Sergio. **Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 479-480.

²⁷ Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.

²⁸ § 3º O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos.

²⁹ PACHECO, José da Silva. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 428.

³⁰ PACHECO, José da Silva. **Op.cit.**, loc. cit.

80. O primeiro tipo está previsto no art. 162, sendo aquele que engloba apenas os créditos dos credores que a ele aderirem, conforme dispositivo que ora colaciono:

Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.

81. O plano previsto no art. 163 é aquele pelo qual o devedor obtém a adesão de pelo menos três quintos de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos (com garantia real, com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários e/ou subordinados) e, por isso, uma vez homologado, passa a vincular os demais credores minoritários da mesma espécie dos créditos abrangidos, independentemente de adesão³¹, conforme dispositivo assim previsto:

Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

§ 1o O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos previstos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII do caput, desta Lei, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação.

§ 2o Não serão considerados para fins de apuração do percentual previsto no caput deste artigo os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, os quais não poderão ter seu valor ou condições originais de pagamento alteradas.

§ 3o Para fins exclusivos de apuração do percentual previsto no caput deste artigo:

I – o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de assinatura do plano; e

II – não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 deste artigo.

§ 4o Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 5o Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação extrajudicial.

§ 6o Para a homologação do plano de que trata este artigo, além dos documentos previstos no caput do art. 162 desta Lei, o devedor deverá juntar:

I – exposição da situação patrimonial do devedor;

II – as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do caput do art. 51 desta Lei; e

III – os documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir, relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

82. Há, assim, na recuperação extrajudicial dois tipos de planos: um que obriga a quem a ele adere e outro que, independentemente de adesão, cumpridos os requisitos legais será imposto à minoria.

³¹ MILANI, Mario Sergio. Op.cit., p. 586.

83. Uma vez homologado o plano, fica instituída a recuperação extrajudicial, havendo plausibilidade de que a empresa possua viabilidade econômica, sendo condição de eficácia do plano que haja o acolhimento judicial do mesmo:

Art. 165. O plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após sua homologação judicial.

§ 1º É lícito, contudo, que o plano estabeleça a produção de efeitos anteriores à homologação, desde que exclusivamente em relação à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, caso o plano seja posteriormente rejeitado pelo juiz, devolve-se aos credores signatários o direito de exigir seus créditos nas condições originais, deduzidos os valores efetivamente pagos.

84. Cabe o registro de que vários fatores levaram ao desinteresse na recuperação extrajudicial, seja pela exclusão dos débitos trabalhistas e tributários, seja por não acarretar a suspensão de direitos, ações ou execuções, visto que tal disposição foi destinada apenas a recuperação judicial de empresas (art. 6º, § 4º e art. 52, III, NLRF), fato este que é inclusive comprovado pelas estatísticas constantes do levantamento do SERASA, feito nos anos de 2012, 2013 e 2014, que ora colaciono³²:

Análise Mensal			
Instrumento / Porte	mar/13	fev/14	mar/14
Falência Requerida	157	151	132
Micro e Pequena Empresa	88	77	65
Média Empresa	38	31	31
Grande Empresa	31	43	36
Falência Decretada	54	77	60
Micro e Pequena Empresa	47	65	52
Média Empresa	6	6	8
Grande Empresa	1	6	-
Recuperação Jud. Requerida	49	65	53
Micro e Pequena Empresa	22	43	21
Média Empresa	18	19	17
Grande Empresa	9	3	15
Recuperação Jud. Deferida	43	94	47
Micro e Pequena Empresa	19	60	21
Média Empresa	10	29	15
Grande Empresa	14	5	11
Recup. Jud. Concedida	14	14	23
Recup. Extrajud. Requerida	1	1	-
Recup. Extrajud. Homologada	1	-	-

Análise: JAN a MAR			
Instrumento / Porte	jan-mar/12	jan-mar/13	jan-mar/14
Falência Requerida	449	424	407
Micro e Pequena Empresa	253	264	214
Média Empresa	116	103	93
Grande Empresa	80	57	100
Falência Decretada	148	154	184
Micro e Pequena Empresa	116	124	156
Média Empresa	27	25	19
Grande Empresa	5	5	9
Recuperação Jud. Requerida	199	247	179
Micro e Pequena Empresa	104	130	94
Média Empresa	64	77	59
Grande Empresa	31	40	26
Recuperações Jud. Deferida	160	219	182
Micro e Pequena Empresa	72	111	102
Média Empresa	59	70	59
Grande Empresa	29	38	21
Recup. Jud. Concedida	38	42	58
Recup. Extrajud. Requerida	1	2	1
Recup. Extrajud. Homologada	-	2	-

³² <http://noticias.serasaexperian.com.br/pedidos-de-falencia-caem-126-em-marco-revela-serasa-experian/>, consulta em 07/05/2015.

85. Não obstante, para fins de fixação de entendimento, assim como na recuperação judicial, uma vez homologado o plano de recuperação judicialmente, a empresa em recuperação extrajudicial haverá plausibilidade de sua capacidade econômico-financeira, permitindo a sua participação em licitações públicas, devendo demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira, como qualquer licitante.

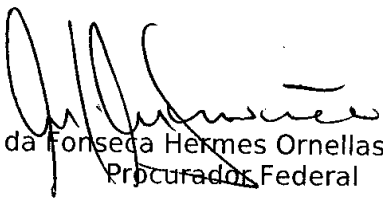
IV – CONCLUSÃO.

86. Desse modo, ante tudo o que foi exposto acima, concluímos que:

- a) sobre a participação da empresa em recuperação judicial em licitações, deve ser feita a devida distinção entre a situação da empresa que está ainda postulando a recuperação judicial (art. 52, da Lei 11.101, de 2005), daquela que já está com o plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida (art. 58, da Lei 11.101, de 2005);
- b) o mero despacho de processamento do pedido de recuperação judicial, com base no art. 52 da Lei 11.101, de 2005, não demonstra que a empresa em recuperação possua viabilidade econômico-financeira;
- c) apenas com o acolhimento judicial do plano de recuperação, na fase do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, é que existe a recuperação judicial em sentido material, com a demonstração da viabilidade econômico-financeira da empresa;
- d) a certidão negativa de recuperação judicial é exigível por força do art. 31, II, da Lei 8.666, de 1993, porém a certidão positiva não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira;
- e) caso a certidão seja positiva de recuperação, caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005;
- f) se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório;
- g) a empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido, como qualquer licitante, deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira;

h) é aplicável à empresa em recuperação extrajudicial, com plano de recuperação homologado judicialmente, a possibilidade de participar em licitações públicas, nos moldes da empresa em recuperação judicial.

Brasília, 12 de maio de 2015.


Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).



Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Fábia Moreira Lopes
Procuradora Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

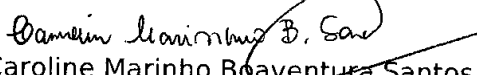

Ana Carolina de Sá Dantas
Procuradora Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Renata Resende Ramalho Costa
Barros
Procuradora Federal

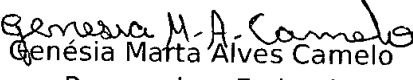
José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal


Eduardo Loureiro Lemos
Procurador Federal


Caroline Marinho Boaventura Santos
Procuradora Federal

Rômulo Gabriel Moraes Lunelli
Procurador Federal

Daniela Silva Borges
Procuradora Federal


Genésia Marta Alves Camelo
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 26 de fev de 2015.


Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 26 de Junho de 2015.



RENATO RODRIGUES VIEIRA
Procurador-Geral Federal



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 94/2015

- I. SOBRE A PARTICIPAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LICITAÇÕES, DEVE SER FEITA A DEVIDA DISTINÇÃO ENTRE A SITUAÇÃO DA EMPRESA QUE ESTÁ AINDA POSTULANDO A RECUPERAÇÃO JUDICIAL (ART. 52, DA LEI 11.101, DE 2005), DAQUELA QUE JÁ ESTÁ COM O PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO E HOMOLOGADO JUDICIALMENTE, COM A RECUPERAÇÃO JÁ DEFERIDA (ART. 58, DA LEI 11.101, DE 2005);
- II. O MERO DESPACHO DE PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COM BASE NO ART. 52 DA LEI 11.101, DE 2005, NÃO DEMONSTRA QUE A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO POSSUA VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA;
- III. APENAS COM O ACOLHIMENTO JUDICIAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO, NA FASE DO ART. 58 DA LEI 11.101, DE 2005, É QUE EXISTE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL, COM A DEMONSTRAÇÃO DA VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA EMPRESA;
- IV. A CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL É EXIGÍVEL POR FORÇA DO ART. 31, II, DA LEI 8.666, DE 1993, PORÉM A CERTIDÃO POSITIVA NÃO IMPLICA A IMEDIATA INABILITAÇÃO, CABENDO AO PREGOEIRO OU À COMISSÃO DE LICITAÇÃO REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA AVALIAR A REAL SITUAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA;
- V. CASO A CERTIDÃO SEJA POSITIVA DE RECUPERAÇÃO, CABERÁ AO ÓRGÃO PROCESSANTE DA LICITAÇÃO DILIGENCIAR NO SENTIDO DE AFERIR SE A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JÁ TEVE SEU PLANO DE RECUPERAÇÃO ACOLHIDO JUDICIALMENTE, NA FORMA DO ART. 58 DA LEI 11.101, DE 2005;
- VI. SE A EMPRESA POSTULANTE À RECUPERAÇÃO NÃO OBTIVE O ACOLHIMENTO JUDICIAL DO SEU PLANO, NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DA SUA VIABILIDADE ECONÔMICA, NÃO DEVENDO SER HABILITADA NO CERTAME LICITATÓRIO;
- VII. A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM PLANO DE RECUPERAÇÃO ACOLHIDO, COMO QUALQUER LICITANTE, DEVE DEMONSTRAR OS DEMAIS REQUISITOS PARA A HABILITAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.
- VIII. É APLICÁVEL À EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, COM PLANO DE RECUPERAÇÃO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE, A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAR EM LICITAÇÕES PÚBLICAS, NOS MOLDES DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.