

Superior Tribunal de Justiça

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 23.499 - RS (2014/0287289-2)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA
ADVOGADOS : MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES E OUTRO(S)
MARCELO NEDEL SCALZILLI E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR DEFERIDA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. NECESSIDADE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APRESENTAR CERTIDÃO PREVISTA NO ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO INÉDITA. ATIVIDADE EMPRESARIAL. RENDA TOTALMENTE OBTIDA POR CONTRATOS COM ENTES PÚBLICOS. *PERICULUM IN MORA INVERSO* EVIDENCIADO. QUESTÃO INÉDITA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. LIMINAR CASSADA. EXTINÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

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

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

Superior Tribunal de Justiça

5. O fato de o pleito deduzido no especial não encontrar amparo em qualquer precedente desta Corte, somando à tese adotada, em situações similares, no sentido de relativizar as exigências documentais, previstas em lei, para que empresas em recuperação judicial possam lograr êxito em seu plano recuperatório, afastam, da espécie, o *fumus boni iuris*.
6. Não resta evidenciada a alegação de ser o provimento assegurado pela instância *a quo* genérico com efeito *erga omnes*. O Tribunal *a quo* não autorizou a recorrida a participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos na lei de regência. Afastou a apresentação de uma certidão: a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.
7. O *periculum in mora* não foi demonstrado, pois o agravado não foi capaz de demonstrar o perecimento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualiza-se na espécie, possível ocorrência de *periculum in mora inverso*, pois, tendo a agravante focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100 % de sua fonte de receitas, a subsistência da liminar em tela poderá comprometer a sua existência.
8. Agravo regimental provido, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar .

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:;

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sr. Ministra Assusete Magalhães, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, dando provimento ao agravo regimental, a Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques. Vencidos os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin."

Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Presidente) os Srs. Ministros Og Fernandes e Assusete Magalhães.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2014.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator

Superior Tribunal de Justiça

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 23.499 - RS (2014/0287289-2)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
AGRAVANTE : **IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA**
ADVOGADOS : **MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES E OUTRO(S)**
MARCELO NEDEL SCALZILLI E OUTRO(S)
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA contra decisão monocrática de minha relatoria que apreciou pedido de liminar em medida cautelar ajuizada com o objetivo de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto com o objetivo de reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado (fl. 13, e-STJ):

"Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Possibilidade de a empresa em recuperação judicial continuar participando de licitações públicas. Ausência de vedação legal expressa. Recurso provido."

Contra o acórdão acima indicado foram opostos embargos de declaração, rejeitados nos termos da seguinte ementa (fl. 23, e-STJ):

"Embargos de declaração. Recuperação judicial. Possibilidade de participação da empresa recuperanda em processos licitatórios. Inocorrência de contradição ou omissão. A alusão feita no julgado era para a admissão em abstrato, o que não vincula o ente público 'a priori'. Embargos rejeitados."

A decisão agravada concedeu a liminar pleiteada na cautelar, nos termos da seguinte ementa (fl. 154, e-STJ):

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO – RESP 1.471.315/RS. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA. EQUIVALÊNCIA, OU NÃO, DO CONCEITO DE CONCORDATA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO CONTROVERTIDA. LIMINAR QUE DECLARA

Superior Tribunal de Justiça

EFEITOS PARA PARTE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 468 E 472 DO CPC. FUMUS BONI IURIS. RISCO DE USO DA TUTELA PRECÁRIA CONCEDIDA PELA ORIGEM. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO DA LIMINAR."

Descreve a parte agravante que é empresa do ramo de soluções de tecnologia, com foco comercial dirigido ao setor público. Alega estar submetida à recuperação judicial e, assim, postulou judicialmente que não se aplicaria a vedação prevista no art. 31, II da Lei n. 8.666/93 às empresas sob tal regime. Por seu argumento jurídico, não seria vedada a participação das empresas sob o rito da recuperação judicial em licitações, por falta de previsão legal estrita. Logo, a vedação atingiria somente empresas em concordata ou falência, uma vez que não haveria previsão legal estrita. Ainda, que deveria haver axiologia do art. 47 da Lei n. 11.101/2005 para derivar a possibilidade. Ainda, alega que não seria possível o debate na via processual originária, pois o *decisum* da origem teria como fonte decisão interlocutória no processo de recuperação judicial. Por fim, sustenta que não haveria violação ao art. 468 do Código de Processo Civil, uma vez que a Primeira Vara Cível de Esteio (RS) seria o juízo universal de recuperação judicial (fls. 168-184, e-STJ).

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

Dispensada a oitiva da agravada.

É, no essencial, o relatório.

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 23.499 - RS (2014/0287289-2)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LIMINAR. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. ART. 31, II DA LEI 8.666/93. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTE SOB RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TEMA NÃO DEFINIDO PELA JURISPRUDÊNCIA. TUTELA VOLUNTÁRIA QUE OBRIGA ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICOS A ACATAR A EMPRESA COMO LICITANTE. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 468 E 472 DO CPC. EVIDENCIADA. *FUMUS BONI IURIS* EXISTENTE. AUSÊNCIA DE RISCO DA LIMINAR CONTRA A EMPRESA. LIBERDADE PARA POSTULAR EM JUÍZO EM SITUAÇÕES PONTUAIS. RISCO DA TUTELA SUSPensa AO INTERESSE PÚBLICO. *PERICULUM IN MORA* EVIDENCIADO. LIMINAR MANTIDA.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão na qual foi concedida liminar em medida cautelar ajuizada para atribuir efeito suspensivo ao REsp 1.471.315/RS, onde se debate a extensão interpretativa do art. 31, II da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) para definir se as empresas sob recuperação judicial seriam obstadas de participar em certames. Também, há debate preliminar sobre os limites da coisa julgada, uma vez que a tutela da origem permitiu que a empresa pudesse participar de quaisquer licitações, sem que fosse parte na lide órgão ou entidade da administração pública que estivesse licitando.

2. O primeiro tema do recurso especial e da cautelar sobre a aplicação, ou não, da restrição de participar em licitações às empresas sob recuperação judicial (art. 31, II da Lei de Licitações e Contratos, Lei n. 8.666/93) é evidentemente controvertido. A lacuna formal no inciso II do art. 31 existe, todavia, não há pacificação na jurisprudência sobre qual deva ser a solução. O tema será resolvido somente quando da apreciação do recurso especial, portanto.

3. O segundo tema diz respeito à extensão da coisa julgada. Como indicado no *decisum* agravado, o acórdão da origem teria violado os artigos 468 e 472 do Código de Processo Civil, uma vez que não é possível obrigar todos os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta do Estado do Rio Grande do Sul e dos seus municípios a acatar a participação da empresa em licitações por decorrência de uma decisão em jurisdição voluntária no processo em curso no juízo universal de recuperação judicial.

Superior Tribunal de Justiça

4. A violação aos limites da lide é evidenciado pelos termos da sentença do magistrado de primeira instância: "*O que, em verdade, quer a empresa autora é que se conceda medida liminar contra ente público, obrigando este a manter contratos ou a permitir a participação em novas licitações, dispensando a apresentação de documentos que a lei exige. Ora, se deferida tal medida aqui, estar-se-ia decidindo contra pessoa que não é parte neste feito. Assim, se houver empecilhos para que a empresa requerente se mantenha contratando ou participe de novas contratações, deve, caso a caso, pleitear o que entender cabível e, desde já saliento, que não será nestes autos. Ademais, entendo como descabida a concessão de uma liminar genérica, qual seja, a autora participar de toda e qualquer licitação ou manter os contratos em andamento. Deve ser analisado cada caso concreto, quando se apresentar uma situação determinada*" (fl. 15).

5. Em razão dos fundamentos indicados nos tópicos anteriores, em cognição não exauriente no cerne da controvérsia, visualizo o *fumus boni iuris* para que seja dado efeito suspensivo ao acórdão da origem até o deslinde do mérito no Superior Tribunal de Justiça.

6. O *periculum in mora* está evidente, pois o uso de uma tutela genérica para participação em certames poderia induzir perturbação nos processos administrativos, com um debate sobre a validade da tutela judicial que poderia atrapalhar o cotidiano da administração estadual e municipal, em razão de atrasos, com nítido prejuízo ao interesse público. De modo reverso, a liminar não veda que a empresa requerida possa postular - por meios específicos - a sua participação em certames licitatórios pontuais.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Deve ser mantida a decisão agravada que concedeu a liminar para que fosse outorgado efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o REsp 1.471.315/RS, suspendendo a execução do julgado ao até o deslinde da controvérsia.

Superior Tribunal de Justiça

Transcrevo a fundamentação do *decisum* agravado (fls. 155-159, e-STJ):

"Deve ser deferido pedido de liminar.

É possível inferir da leitura dos autos que a empresa IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA., nos autos de uma recuperação judicial, requereu uma medida liminar para que lhe fosse outorgada autorização para participar em licitações e prover serviços e produtos – por meio de contratos – com o poder público.

*O Juízo de primeira instância negou o pleito. A magistrada de piso consignou ser impossível outorgar o provimento de forma genérica. Argumentou que uma decisão judicial com tal pedido deve apenas produzir efeitos *inter pars* e que não pode obrigar entes públicos ou órgãos que não fazem parte da lide a aceitar a participação da empresa. Em suma, que a coisa julgada não poderia fazer efeitos contra terceiros e, assim, o provimento judicial seria inútil (fls. 11-12, e-STJ).*

Contudo, em sede de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul houve por conceder a antecipação de tutela e, assim, prover o pedido, argumentando que o teor do art. 31, II, da Lei n. 8.666/93 deveria ser lido com base no art. 47 da Lei n. 11.101/2005. Assim, não havendo proibição legal para participação de empresas em recuperação judicial nas licitações, não seria possível uma leitura extensiva do instituto da concordata para abranger a referida situação.

Argumento, ainda, que a tutela genérica seria possível, a despeito do opinativo do Ministério Público Estadual. Transcrevo (fls. 20-21, e-STJ):

'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.

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

Por esse motivo é que buscou esse reforço argumentativo com a chancela do juízo processante da recuperação judicial, para que a empresa em recuperação

Superior Tribunal de Justiça

possa demonstrar, nas licitações de que participar, que está autorizada a fazê-lo.

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

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

A presente medida cautelar – e o paralelo recurso especial – estão fundamentados em dois temas. O primeiro tema seria a violação do art. 31, II, da Lei n. 8.666/93 e do art. 47 da Lei n. 11.101/2005, pois a vedação legal à participação de empresas como licitantes, prevista no indicado dispositivo da Lei de Licitações e Contratos, seria extensível às situações de recuperação judicial. O segundo seria a negativa de vigência aos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil, uma vez que não seria possível outorgar a medida pedida, de cunho genérico.

Aprecio os dois temas.

Há uma possível controvérsia em relação ao tema da possibilidade de participação em licitações de empresas sob recuperação judicial. Todavia, inexistente debate no STJ sobre o segundo tema e, assim, não é possível indicar que a interpretação do art. 31, II, da Lei n. 8.666/93 à luz do art. 47 da Lei n. 11.101/2005 seja límpida para permitir que as empresas em recuperação judicial – forma ampla e genérica – possam participar de certames.

É certo que a controvérsia sobre direito não elide a possibilidade de que haja liquidez e certeza no direito. No entanto, cabe notar que o teor da Lei n. 8.666/93 é bem claro ao fixar a vedação às empresas sob concordata de participar em licitações. Transcrevo:

'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

Superior Tribunal de Justiça

física;'

Portanto, não é possível inferir que haja o direito líquido e certo da empresa a garantir a tutela, como foi adjudicado pelo Tribunal de origem. O acórdão da instância a quo inclusive frisa a ausência de precedentes.

Em linha continuidade: há a fumaça do bom direito perseguido pelo Ministério Público Estadual, uma vez que ela não existia na origem e, logo, não deveria ter concedida a antecipação de tutela, com eventual violação do art. 273 do Código de Processo Civil.

No que tange ao segundo tema, não há como deixar de identificar a complexidade em se outorgar uma medida precária – típica dos provimentos de cautela – que declare o direito da requerida à participação em quaisquer eventuais licitações públicas, a despeito de estar sob recuperação judicial.

O provimento possui cunho genérico e induz a possibilidade de que a declaração seja entendida como erga omnes, o que seria descabido por violar os arts. 468 e 472, ambos do Código de Processo Civil. Transcrevo-os:

'Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

(...)

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.'

Desta ordem de questões, julgo relevante manter a agregação de efeito suspensivo, tal como havia sido determinado pelo Tribunal de origem. É que antes da apreciação da admissibilidade, houve a extensão de tal efeito por decisão do 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Transcrevo (fls. 54-59, e-STJ):

'Busco o requerente agregar efeito suspensivo ao Recurso Especial interposto do acórdão que deferiu a liminar na ação de recuperação judicial, possibilitando à empresa continuar participando de licitações.

(...)

Pois bem.

A Lei nº 8.666/93, no seu artigo 31, inciso II, estabelece:

Superior Tribunal de Justiça

'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;'

Da leitura do dispositivo, percebe-se que a lei permite à Administração Pública que exija das licitantes que demonstram sua capacidade financeira, a fim de verificar a real capacidade para executar o objeto do contrato.

(...)

Tais exigências têm função instrumental, ou seja, visam a assegurar o interesse público ou, pelo menos, reduzir o risco de não ser o mesmo atendido.

O fato de a empresa ter formulado pedido de recuperação judicial pressupõe a insolvência da mesma, não possuindo, *tem tese*, qualificação econômico-financeira para contratar com o Poder Público.

Nesse sentido, entendo ser imprescindível a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, tendo em vista o princípio da legalidade que, quando envolve direito público, diferentemente do direito privado, prevê que tudo aquilo que não é permitido é proibido.

(...)

Assim, permitir que a referida empresa participe de certames não só coloca em risco a possibilidade de cumprimento do contrato, como viola o princípio da legalidade.'

Assim, vejo o fumus boni iuris e o periculum in mora, tal como alegado pela parte requerente."

Reitero o ponto de vista antes indicado, com mais argumentos.

Início pelo *fumus boni iuris*.

Um dos temas do recurso especial e da cautelar - aplicação, ou não, da restrição de participar em licitações às empresas sob recuperação judicial (art. 31, II da Lei de Licitações e Contratos, Lei n. 8.666/93) - é evidentemente controvertido. A lacuna formal no inciso II do art. 31 da lei existe. A questão é se a vedação às empresas

Superior Tribunal de Justiça

em concordata e falência pode ser estendida àquelas sob recuperação judicial. **A jurisprudência não está pacificada sob o tema.**

Se o tema acima é controverso, não há o direito evidente de que a empresa possa participar. **Também, existe - de modo inverso - plausibilidade no argumento do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que não há jurisprudência sobre a interpretação.**

Não obstante, é importante frisar que o tema apenas poderá ser resolvido quando da apreciação do recurso especial, uma vez que as medidas cautelares não possuem extensão cognitiva apta a geração de um pronunciamento exauriente.

O outro tema é a extensão da coisa julgada dada ao acórdão da origem. Como indicado no *decisum* agravado, noto que o acórdão da origem tende a violar os artigos 468 e 472 do Código de Processo Civil, que transcrevo:

'Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

(...)

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.'

O acórdão do Tribunal de origem transcreveu a decisão da Primeira Vara Cível de Esteio (Rio Grande do Sul) que - no curso do seu processo de recuperação judicial - apreciou pedido para que lhe fosse outorgada tutela judicial universal para declarar seu direito à participação em licitações, de forma genérica.

O magistrado de primeira instância considerou que o pleito deveria ser indeferido, uma vez que seria impossível. Transcrevo seus fundamentos (fl. 15, e-STJ):

"(...) Do pedido da parte requerente às fls. 645/652: A questão trazida pela autora não pode ser decidida nestes autos. O que, em verdade, quer a empresa autora é que se conceda medida liminar contra ente público, obrigando este a manter contratos ou a permitir a participação em novas licitações, dispensando a apresentação de documentos que a lei exige. Ora, se deferida tal medida aqui, estar-se-ia decidindo contra pessoa que não é parte neste feito. Assim, se houver empecilhos para que a empresa requerente se mantenha contratando ou participe de novas contratações, deve, caso a caso, pleitear o que entender cabível e, desde já saliente, que

Superior Tribunal de Justiça

não será nestes autos. Ademais, entendo como descabida a concessão de uma liminar genérica, qual seja, a autora participar de toda e qualquer licitação ou manter os contratos em andamento. Deve ser analisado cada caso concreto, quando se apresentar uma situação determinada. A situação, guardada as devidas peculiaridades, é o mesmo caso do pedido de busca e apreensão dos servidores já veiculado mais de uma vez e indeferido para que se processasse neste feito. Ocorre que não pode a requerente transformar este processo no palco de solução de todos os seus problemas. Para cada caso que tiver que ser solucionado, a empresa deverá veicular suas pretensões pelos meios apropriados. Assim, INDEFIRO o pedido de fls. 645/652. (...)"

De fato, conceder a tutela pedida aparenta violar os limites da coisa julgada. Não é possível obrigar todos os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta do Estado do Rio Grande do Sul e dos seus municípios a acatar a participação da empresa por decisão do juízo universal de recuperação judicial.

Isso pode ensejar a violação frontal ao teor dos artigos 468 e 472 do Código de Processo Civil. No mais, o tema foi prequestionado, uma vez que consta do acórdão recorrido, por meio de transcrição, além de ter havido o pronunciamento no acórdão de que isso não seria óbice à tutela postulada (fl. 21, e-STJ):

"(...)

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

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

(...)"

Bem se vê pelas transcrições acima que não existe - ainda - a limpidez do direito das empresas em recuperação judicial poderem participar de licitações. Tal tema será analisado no mérito do recurso especial que está em processamento. Porém, em sede da presente cautelar, basta notar que é nítido - pelo prisma formal - que o julgado da origem viola o Estatuto Processual, pois cria obrigações para entidades e órgãos

Superior Tribunal de Justiça

públicos que não foram chamados à lide.

O *fumus boni iuris* do pleito de suspensão na execução é claro.

A alegação de perigo reverso na demora é infundada. Transcrevo (fl. 183, e-STJ):

"Com efeito, diante do acolhimento do pedido cautelar deduzido pelo Ministério Público, a ora postulante ficou impedida de participar de licitações e contratar com o Estado. Nesse contexto, uma parte substancial do faturamento da empresa está inviabilizada, eis que se trata de uma sociedade que atua amplamente no segmento público. Há vários certames de que a ora requerente não poderá participar, alguns deles ainda em curso, conforme os documentos já juntados aos autos pela agravante. Há a previsão de novos editais para breve.

Enfim, é preciso que se mantenha a possibilidade da empresa participar desses procedimentos licitatórios, de modo que ela se reorganize financeiramente e viabilize a sua recuperação judicial, em benefício de todos, especialmente dos empregados da requerente."

O próprio acórdão da origem bem frisou que seria necessário haver o combate pontual contra objeções à participação da empresa em licitações, em razão de estar em recuperação judicial.

A liminar concedida não proíbe ou veda a sua participação. Ela tão somente não permite que o título judicial da origem seja usado contra órgãos e entidades públicos que não participaram da lide.

Logo, o *periculum in mora* corre contra o interesse público e não contra o particular, que pode postular - ainda - tutelas específicas para defender a sua participação em licitações.

Em suma, identifico o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, tal como trazidos pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, deve ser mantida a liminar concedida para atribuir efeito suspensivo ao REsp 1.471.315/RS.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 23.499 - RS (2014/0287289-2)

VOTO-VENCEDOR

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR DEFERIDA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. NECESSIDADE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APRESENTAR CERTIDÃO PREVISTA NO ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO INÉDITA. ATIVIDADE EMPRESARIAL. RENDA TOTALMENTE OBTIDA POR CONTRATOS COM ENTES PÚBLICOS. *PERICULUM IN MORA INVERSO* EVIDENCIADO. QUESTÃO INÉDITA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. LIMINAR CASSADA. EXTINÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

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

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

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

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

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

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Cuida-se agravo regimental em medida cautelar, que deferiu liminar nos termos da seguinte ementa:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO – RESP 1.471.315/RS. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA. EQUIVALÊNCIA, OU NÃO, DO CONCEITO DE CONCORDATA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO CONTROVERTIDA. LIMINAR QUE DECLARA EFEITOS PARA PARTE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 468 E 472 DO CPC. *FUMUS BONI IURIS*. RISCO DE USO DA TUTELA PRECÁRIA CONCEDIDA PELA ORIGEM. *PERICULUM IN MORA*. DEFERIMENTO DA LIMINAR."

Sua Excelência, Ministro Humberto Martins, deferiu a liminar pleiteada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, ao argumento de - apesar de não haver posicionamento no âmbito desta Corte de Justiça quanto ao direito de empresas em recuperação judicial participar de licitações, "*não é possível indicar que a interpretação do art. 31, II, da Lei n. 8.666/93 à luz do art. 47 da Lei n. 11.101/2005 seja límpida para permitir que as empresas em recuperação judicial – forma ampla e genérica – possam participar de certames.*"

No entender do relator, a Lei n. 8.666/93, em seu art. 31, é bem clara ao fixar a vedação às empresas sob concordata de participar em licitações, assim não seria possível inferir que haja o direito líquido e certo da empresa a garantir a tutela, como foi adjudicado pelo Tribunal

Superior Tribunal de Justiça

de origem.

Aduz, ainda, estar presente a fumaça do bom direito perseguido pelo Ministério Público Estadual, uma vez que ela não existia o direito perseguido na origem e, logo, não deveria ter concedida a antecipação de tutela, com eventual violação do art. 273 do Código de Processo Civil.

Sustentou que o provimento assegurado pelas instâncias de origem seria de cunho genérico, pois não é possível conceder à ora agravante o direito de participar em quaisquer eventuais licitações públicas, a despeito de estar em recuperação judicial.

Peço vênia a Sua Excelência, Ministro Humberto Martins, mas ousou discordar de suas razões e o faço pelos argumentos a seguir aduzidos.

Primeiramente, cumpre destacar que a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a concessão de provimento liminar em medidas cautelares reclama a satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

No que concerne ao primeiro, para que a medida tenha êxito, faz-se mister que o direito alegado no recurso seja plausível, encontrando amparo em entendimentos deste Superior Tribunal, bem como que sejam preenchidos os pressupostos de admissibilidade indispensáveis ao seu conhecimento.

Em relação ao segundo, o requerente deve demonstrar a possibilidade de perecimento de seu direito, demonstrando a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao feito, sob pena de graves prejuízos.

Considerando-se as peculiaridades do caso e não obstante os fundamentos do aresto atacado, verifica-se, *prima facie*, não visualizo a existência dos requisitos ensejadores da medida.

A empresa IBROWSE CONSULTORIA E INFORMATICA LTDA, irredimida com o fato de o juiz dos autos da recuperação judicial ter indeferido pedido liminar que a autorizasse a participar de procedimentos licitatórios, ajuizou agravo de instrumento perante o Tribunal *a quo*, pelo qual lhe foi deferido o direito de "*continuar participando de licitações públicas.*"

Superior Tribunal de Justiça

Salientou a Corte de origem que a requerida **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**. Assim, deferiu a liminar por entender que, além de a Lei nº 11.101 não exigir a apresentação dessa certidão e ser a antiga concordata instituto diferente, o simples fato de estar em recuperação judicial não poderia ceifar o seu direito de fazer parte de procedimentos licitatórios e dar continuidade aos contratos em curso.

A propósito, cita-se os termos do deferimento liminar:

"[...] autorizo a sua participação em contratos de prestação de serviços e fornecimentos de serviços com entes públicos, tanto para a manutenção dos atuais contratos, participando de licitações, **sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial, até porque sequer prevista na redação literal do art. 31, II, da Lei de Licitações.**"

Pois bem, o cerne da controvérsia está em saber se empresa em recuperação judicial estaria 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.

Como bem colocado pelo nobre relator, esta Corte de Justiça não possui posicionamento a respeito do tema em questão.

É bem verdade, que **em outra situação - examinando documentos necessários para fins de parcelamento de dívida fiscal, esta Corte relativizou a obrigatoriedade de apresentação de documentos por parte de empresas sujeitas à Lei nº 11.101/2005**. 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, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).*

Cita-se a ementa do julgado proferido no Resp 1.173.735/RN, Rel. Min. Luis Felipe

Salomão:

DIREITO EMPRESARIAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO E MONTAGEM DE INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM A PETROBRAS. PAGAMENTO DO SERVIÇO PRESTADO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DA EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTS. 52 E 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

2. Segundo entendimento exarado pela Corte Especial, 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, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

3. Dessarte, o STJ, para o momento de deferimento da recuperação, dispensou a comprovação de regularidade tributária em virtude da ausência de legislação específica a reger o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. Nessa linha de inteligência, por óbvio, parece ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público.

4. Na hipótese, é de se ressaltar que os serviços contratados já foram efetivamente prestados pela ora recorrida e, portanto, a hipótese não trata de dispensa de licitação para contratar com o Poder Público ou para dar continuidade ao contrato existente, mas sim de pedido de recebimento dos valores pelos serviços efetiva e reconhecidamente prestados, não havendo falar em negativa de vigência aos artigos 52 e 57 da Lei n. 11.101/2005.

5. Malgrado o descumprimento da cláusula de regularidade fiscal possa até ensejar, eventualmente e se for o caso, a rescisão do contrato, não poderá haver a retenção de pagamento dos valores devidos em razão de serviços já prestados. Isso porque nem o art. 87 da Lei n. 8.666/1993 nem o item 7.3. do Decreto n. 2.745/1998, preveem a retenção do pagamento pelo serviços prestados como sanção pelo alegado defeito comportamental. Precedentes.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

Da análise dos autos, não vislumbro, ao menos em juízo de cognição sumária que essa

Superior Tribunal de Justiça

via processual permite, o requisito do *fumus boni juris*, consubstanciado na probabilidade de êxito do recurso ordinário, haja vista que, além de a pretensão nele deduzida não encontrar amparo em qualquer precedente, como exposto acima, em situações similares esta Corte tem orientação no sentido de relativizar as exigências documentais, previstas em lei, para que empresas em recuperação judicial possam lograr êxito em seu plano recuperatório.

Ouso também discordar do argumento de que o provimento assegurado pela instância *a quo* seria genérico e induziria à possibilidade de o pleito deferido ter efeito *erga omnes*.

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

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

E mais, entre o deferimento da antecipação de tutela pelo Tribunal *a quo*, cuja confirmação ocorreu em 31/7/2013, até a sua suspensão no âmbito do STJ decorreu-se mais de dezesseis meses, o que de plano demonstra a inviabilidade da sugestão ofertada pelo juiz singular no sentido de ser dever da agravante postular, casuisticamente, pelo deferimento da medida *sub examine*.

Nessa ordem de ideias, entendo que não há *fumus* na espécie e, ademais, o provimento assegurado pela instância *a quo* só teria cunho genérico se tivesse garantido à empresa a participação sem apresentação de quaisquer outras certidões. Como não o fez, não resta evidenciado, nem o alegado cunho, nem tampouco a possibilidade de efeito *erga omnes* da guereada decisão.

No que concerne a comprovação do *periculum in mora*, entendo que o agravado não foi capaz de demonstrar o periclitamento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualizo na espécie,

Superior Tribunal de Justiça

possível ocorrência de *periculum in mora inverso*.

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

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

Considerando estar em sede de juízo de cognição sumária, teço considerações apenas a respeito dos requisitos ensejadores da medida, reservando meu posicionamento a respeito do tema quando do julgamento apelo especial.

Ante o exposto, **voto pelo provimento do agravo regimental, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar .**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2014/0287289-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **MC** **AgRg na**
23.499 / RS

Números Origem: 00006560220138210014 01411300003559 1411300003559 6560220138210014
70054779087

PAUTA: 02/12/2014

JULGADO: 02/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQUERIDO : IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA
ADVOGADOS : MARCELO NEDEL SCALZILLI E OUTRO(S)
MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : IBROWSE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA
ADVOGADOS : MARCELO NEDEL SCALZILLI E OUTRO(S)
MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao agravo regimental, no que foi acompanhando pelo Sr. Ministro Herman Benjamin e o voto divergente do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, dando provimento ao agravo regimental, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Og Fernandes, pediu vista dos autos a Sra. Ministra Assusete Magalhães."

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 23.499 - RS (2014/0287289-2)

VOTO-VISTA

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Cuida-se de Agravo Regimental, interposto por IBROWSE - CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA., contra decisão prolatada pelo ilustre Ministro Humberto Martins, Relator do feito, que, em Medida Cautelar ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, deferiu liminar, para outorgar efeito suspensivo ao REsp 1.471.315/RS, suspendendo a execução do acórdão de origem, até que haja o deslinde da controvérsia, conforme elucida a ementa do **decisum** impugnado:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO – RESP 1.471.315/RS. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA. EQUIVALÊNCIA, OU NÃO, DO CONCEITO DE CONCORDATA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO CONTROVERTIDA. LIMINAR QUE DECLARA EFEITOS PARA PARTE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 468 E 472 DO CPC. *FUMUS BONI IURIS*. RISCO DE USO DA TUTELA PRECÁRIA CONCEDIDA PELA ORIGEM. *PERICULUM IN MORA*. DEFERIMENTO DA LIMINAR" (fl. 154e).

Sustenta a agravante, em síntese, que se encontra submetida a processo de recuperação judicial, nos termos da Lei 11.101/2005, em tramitação na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul.

Alega que, assim, requereu, ao Juízo de Primeiro Grau, no âmbito do procedimento de recuperação judicial, autorização para a participação em certames licitatórios e consequente contratação com a Administração Pública, "afastando-se, portanto, uma possível incidência do art. 31, II, da Lei de Licitações" (fl. 169e).

Deduz que, indeferido o pleito, foi interposto Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que acolheu a "pretensão recursal em referência, autorizando a ora requerente a participar de certames licitatórios e contratar com o poder público, mesmo estando em recuperação judicial" (fl. 169e).

Acrescenta que o Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, **a**, da CF/88, asseverando que: "(a) a decisão impugnada pelo apelo teria eficácia **extra partes**, eis que alcança os entes públicos com os quais a requerente eventualmente contratará, de modo que teria ocorrido, no caso, o desrespeito aos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil; (b) quanto ao mérito, a possibilidade de uma empresa em recuperação judicial participar de certames licitatórios

e contratar com a administração envolve violação ao art. 31, II, da lei 8.666/93 e ao art. 47 da Lei n. 11.101/2005; e (c) diante da ausência dos pressupostos autorizadores da antecipação da tutela, teria ocorrido, na espécie, a violação ao art. 273 do Código de Processo Civil" (fls. 169/170e).

Defende que o art. 31, II, da Lei 8.666/93 "precede em muitos anos o advento da nova Lei de Falências que introduziu a figura da recuperação judicial no direito brasileiro e modificou substancialmente os vetores hermenêuticos que pautam a atividade de empresas em situação de insolvência temporária" (fl. 171e), ressaltando que o referido dispositivo legal trata do instituto da concordata, que em muito difere da recuperação judicial.

Acentua que a finalidade essencial da recuperação judicial, contrariamente ao que acontecia com a concordata, consiste no pleno restabelecimento da atividade empresarial, consoante disposto no art. 47 da Lei 11.101/2005.

Invoca precedente desta Corte (REsp 1.173.735/RN), que "ênfatisou a alta carga axiológica de que se reveste o art. 47 da lei n. 11.101/2005, apontando que a referida norma legal orienta o intérprete a tentar buscar, de todas as formas lícitas, a sobrevivência da empresa, removendo os óbices fáticos e jurídicos que impeçam o alcance desse escopo" (fl. 172e).

Ressalta que, "conforme se pode extrair de maneira inequívoca dos autos do REsp n. 1.471.315/RS, quase a totalidade das receitas da ora requerente advém de contratos públicos" (fl. 174e), razão pela qual "impedir-se a empresa de participar de certames licitatórios ou de contratar com o Estado significa trazer um enorme ônus para o seu funcionamento, praticamente inviabilizando o prosseguimento de suas atividades e tornando inócua a própria recuperação judicial" (fls. 174/175e).

Afirma que o acórdão proferido pela Justiça Estadual não envolve antecipação dos efeitos da tutela, pois "trata-se de mero ato decisório de caráter interlocutório emanado de um procedimento de recuperação judicial provido de um rito bastante específico" (fl. 177e).

Assevera que a Primeira Vara Cível de Esteio/RS, onde tramita e foi deferida a recuperação judicial da ora requerente, constitui o juízo universal para as controvérsias jurídicas relativas à empresa, nos termos do art. 6º da Lei 11.101/2005, e, nesse sentido, "não há qualquer violação à coisa julgada ou ao alcance das decisões judiciais na espécie, notadamente pela circunstância de que o provimento jurisdicional buscado pela ora postulante possui natureza declaratória e foi acolhido pelo juízo provido de atribuição para tanto" (fl. 181e).

Aduz que o **periculum in mora** consiste na impossibilidade de a recorrente participar de procedimentos licitatórios, a fim de viabilizar sua reorganização financeira e sua recuperação judicial, em benefício de todos, especialmente dos empregados da requerente.

Pede, por fim, o provimento do Agravo Regimental, "com a conseqüente reforma da decisão que outorgou eficácia suspensiva ao recurso especial interposto pelo

Superior Tribunal de Justiça

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul" (fl. 184e).

Acompanhou o Relator – que negou provimento ao Agravo Regimental – o Ministro HERMAN BENJAMIN, deles divergindo os Ministros MAURO CAMPBELL MARQUES e OG FERNANDES, que deram provimento ao Regimental.

Pedi vista dos autos, de forma a permitir um melhor exame da controvérsia.

Para melhor compreensão do tema, cumpre transcrever o seguinte trecho do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto pela empresa ora agravante:

"Para melhor compreensão dos fatos, transcrevo a decisão objeto do presente recurso:

Vistos. Do pedido do Administrador Judicial: Não procede a alegação de que o edital teria sido publicado de forma errônea quanto aos prazos. No edital foram os credores intimados para, no prazo de 15 (quinze) dias apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados, a contar do término do prazo deste edital. Outrossim, a NOTIFICAÇÃO vista ao final do edital, por óbvio, somente passará a correr quando publicado o novo edital, qual seja, aquele previsto no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 11.101/05. Por fim, o fato de o prazo da intimação dos credores para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados, contar do término do prazo deste edital, que foi de 30 dias, por igual não traz nenhuma ilegalidade. Todo edital tem um prazo, findo o qual é que se inicia a contagem dos prazos legais. Ademais, ainda que se adotasse pensamento contrário, ou seja, que o edital não teria que conter prazo, esta determinação somente veio a beneficiar aos credores, já que seu prazo de 15 dias passou a contar do término do prazo do edital. Indefiro, portanto, o pedido do Sr. Administrador. Do pedido da parte requerente fls. 645/652: **A questão trazida pela autora não pode ser decidida nestes autos. O que, em verdade, quer a empresa autora é que se conceda medida liminar contra ente público, obrigando este a manter contratos ou a permitir a participação em novas licitações, dispensando a apresentação de documentos que a lei exige. Ora, se deferida tal medida aqui, estar-se-ia decidindo contra pessoa que não é parte neste feito. Assim, se houver empecilhos para que a empresa requerente se mantenha contratando ou participe de novas contratações, deve, caso a caso, pleitear o que**

entender cabível e, desde já saliento, que não será nestes autos. Ademais, entendo como descabida a concessão de uma liminar genérica, qual seja, a autora participar de toda e qualquer licitação ou manter os contratos em andamento. Deve ser analisado cada caso concreto, quando se apresentar uma situação determinada. A situação, guardada as devidas peculiaridades, é o mesmo caso do pedido de busca e apreensão dos servidores já veiculado mais de uma vez e indeferido para que se processasse neste feito. Ocorre que não pode a requerente transformar este processo no palco de solução de todos os seus problemas. Para cada caso que tiver que ser solucionado, a empresa deverá veicular suas pretensões pelos meios apropriados. Assim, INDEFIRO o pedido de fls. 645/652. Intimem-se.

E, a seguir, transcrevo a minha decisão, como relator, ao conceder liminar no presente recurso:

Vistos.

Postula o agravante que lhe seja concedida liminar, negada na decisão recorrida, para que continue contratando com pessoas jurídicas de direito público, e participando de licitações, sem apresentar as certidões negativas de débitos fiscais, por ser uma empresa em recuperação judicial, em face do princípio da preservação da empresa.

A Lei de Licitações determina no seu art. 31, II, que a empresa para participar do certame exiba certidão negativa de falência ou de concordata. Com a superveniência da Lei n. 11.101, ficou controvertida a questão da empresa em recuperação judicial, situação nova não prevista na lei anterior. O agravante juntou precedentes no sentido da possibilidade de uma empresa em recuperação judicial participar de licitações, em casos concretos, específicos, onde houve decisões judiciais em processos onde os entes públicos participaram.

A Lei de Falência e Recuperação Judicial, na exegese do seu art. 52, II, não dispensa a empresa das negativas de débitos fiscais e tributários para a contratação com o Poder Público. Ou seja, uma empresa em recuperação judicial, mas com situação tributária e fiscal regular, pode participar de licitações.

Essa é a situação da agravante, que apesar de ser empresa em recuperação, não é devedora fiscal e tributária. Assim, há

fundamento jurídico razoável para a concessão da liminar que postula, ou seja, a verossimilhança do direito invocado, já que pretende justamente uma decisão que possa ser invocada para a manutenção dos contratos que mantém com entes públicos e também declaração de que não há impedimento pelo Juízo que processa a recuperação judicial da empresa, para ela participar de futuras licitações.

Como se vislumbra da documentação acostada aos autos, a empresa agravante, em recuperação judicial, focou a sua atividade empresarial em contratos com entes públicos, constituindo-se em 100% da sua fonte de receitas. O simples fato de estar em recuperação judicial, por si só, não se afigura, em tese, motivo relevante e determinante para que não possa manter os contratos atuais e participar de futuras licitações. A Lei de Licitações, como já dito, por ser anterior a Lei n. 11.101, não exige a apresentação dessa certidão negativa, e a antiga concordata é instituto diferente da recuperação, para esse efeito.

Logo, só por isso, não se pode presumir risco de insolvência ou de quebra da empresa, a colocar em risco o erário público, numa atual ou futura contratação. Esse risco muitas vezes pode ser igual ou inferior ao de qualquer outra contratação com qualquer outra empresa, muitas das quais falem na vigência de contratos com entes públicos.

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

E, considerando a máxima de que em direito privado aquilo que não é proibido é permitido, concedo a liminar postulada, para o efeito de declarar que o juízo processante da recuperação judicial IBROWSE CONSULTORIA & INFORMATICA LTDA., por esta instância recursal, e de acordo com o plano de recuperação judicial proposto, autoriza a sua participação em contratos de prestação de serviços e fornecimento de serviços com entes públicos, tanto para a manutenção dos atuais contratos em curso como para futuras contratações, participando de licitações, sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial, até porque sequer prevista na redação literal do art. 31, II, da Lei de Licitações e pelos

fundamentos acima expostos.

Deixo de decidir de modo monocrático, por ser relevante o fundamento jurídico deste recurso e por ser matéria inédita no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não havendo precedentes sequer no STJ, motivo pelo qual é prudente que a decisão seja do Colegiado.

Por tudo isso, defiro a liminar postulada, nos termos acima expostos.

Por último, e não menos importante, o parecer do MP nesta Câmara:

2. O agravo não merece provimento.

Com efeito, embora a questão seja nova nesta Câmara, o pedido, smj, deve ser afastado pela total improcedência, usando-se também argumentos inclusive encontrados na própria interposição recursal e ainda, nos autos do processo de recuperação judicial, mais especificamente na proposta do plano de recuperação.

Ora, postula o agravante postula “a permissão para participar de processos licitatórios de todas as espécies, bem como de seguir atuando nos contratos já existentes ou que porventura vier a conquistar, bem como receber os valores que lhe forem devidos pela realização das obras licitadas, contratadas ou já realizadas, não sendo necessário para tanto, a apresentação das certidões negativas tributárias de quaisquer espécies.”

Em verdade, a decisão vergastada é sucinta, mas pontua com percuciência a impossibilidade de deferir o pedido e, por consequência, pede-se vênua para reproduzi-la, em parte, neste parecer, a fim de solver a questão:

“(…) O que em verdade, quer a empresa autora é que se conceda medida liminar contra ente público, obrigando este a manter contratos ou a permitir a participação em novas licitações, dispensando a apresentação de documentos que a lei exige.

Ora, se deferida tal medida aqui, estar-se-ia decidindo contra pessoa que não é parte neste feito.

Assim, se houve empecilhos para que a empresa requerente se mantenha contratando ou participe de novas contratações, deve, caso Ca caso, pleitear o que entender cabível e, desde já saliento, que não será nestes autos.

Ademais, entendo como descabida a concessão de uma liminar

genérica, qual seja, a autora participar de toda e qualquer licitação ou manter os contratos em andamento. Deve ser analisado cada caso concreto, quando se apresentar uma situação determinada (...)"

Com efeito, a tese da lacuna legislativa com relação à lei de licitações no que diz com a recuperação judicial é argumentação que não tem qualquer importância para o deslinde do feito.

De outra banda, questão do juízo universal e a economia processual e econômica verificada pela recuperanda em caso de deferimento da liminar não têm qualquer respaldo jurídico, pois a toda evidência, a participação ou não em licitação não será objeto de demanda no juízo universal da falência, eis que o ente público a quem cabe observar a legalidade dos requisitos e do certame possui foro próprio. Com razão a sentenciante quando, em outras palavras, reconheceu o caráter genérico do pedido e, ainda que assim não fosse, mas dissesse respeito ao preenchimento de requisitos para a licitação, não seria no âmbito do juízo falimentar a sede desta discussão.

Aliás, quase todas as decisões trazidas à colação para elucidar a questão (exceto uma decisão proferida em Vara Empresarial de SP-fl. 70 "in fine" (data vênua) foram exaradas quando em situações pontuais, nas Varas da Fazenda Pública de SP e RJ, Vara Federal (em Processo de Mandado de Segurança), decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Espírito Santo(fl. 72), em sede de negativa de participação em certame.

Na verdade, não há, em concreto, qualquer negativa à recuperanda de continuidade nos contratos administrativos já firmados, nem tampouco qualquer decisão exigindo a certidão negativa legalmente prevista. O pedido, em síntese, traz um carga declaratória genérica que se mostra, smj, impossível juridicamente de ser deferida no âmbito do juízo falimentar, pois a exigência do requisito que pretende ver afastado não é matéria afeta a este, senão a questão a ser vertida no bojo de Mandado de Segurança ou Ação Própria direcionada contra o ente público que exigir tal requisito impedindo a recuperando de participar de certame licitatório ou outros contratos administrativos.

Neste ponto, repita-se, mostra-se juridicamente impossível esta liminar genérica de caráter declaratório e que traz em seu bojo um "passe livre" para afastar requisito legal que somente ao ente público

cabe avaliar e que, como bem mencionado na decisão, é estranho à presente demanda.

Destarte, não se verifica dano irreparável no presente feito, até porque, também no plano de recuperação, há uma proposta, à fl. 51, para obviar a participação em algumas licitações, em caso de impossibilidade de apresentação documental:

“(...) Outra forma de execução destas licitações é através da modalidade SCP- sociedade por conta de participação, onde por algum motivo de exigência documental a Ibrowse não possa concorrer com a licitação, sendo que neste caso a empresa entra como sócio investidor (...)”.

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.

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

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

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

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

VOTO NO SENTIDO DO PROVIMENTO DO RECURSO" (fls. 14/21e).

Destacam-se, ainda, os seguintes fundamentos do aresto dos Embargos de Declaração:

"O sentido e o alcance da decisão desta 6ª. Câmara Cível foi em abstrato, em tese, não vinculando "a priori" algum ente público com relação ao qual a empresa em recuperação possa participar de licitação pública.

O conteúdo do provimento jurisdicional ora questionado tem eficácia declaratório, e não constitutiva ou condenatória. Por isso, não feriu direito de terceiros que não podem ser afetados pela coisa julgada.

Isso significa que, na prática, pode um ente público não permitir a participação da empresa em recuperação judicial em processo licitatório, por estar nessa condição. Todavia, a empresa poderá exibir o acórdão deste TJRS, o qual declarou simplesmente que a empresa não está proibida de participar de licitações nos termos do plano de recuperação judicial que foi aprovado na assembléia de credores e homologado pelo Poder Judiciário.

Eventualmente, poderá a empresa em recuperação judicial necessitar ajuizar mandado de segurança para participar de licitação e aí o Poder Judiciário apreciará o caso concreto, sem que o acórdão em questão tenha efeito vinculante.

Quanto ao questionamento de que licitação é matéria de direito público e que se permite o que a lei não proíbe, vale dizer que, nesse caso, não há no direito pátrio lei que proíba expressamente uma empresa em recuperação judicial de participar de licitação.

A fundamentação do voto deste relator disse que, do ponto de vista do direito societário e empresarial, as regras são de direito privado e a empresa pode participar de licitação porque não está proibida. Sob a ótica da administração pública, é óbvio que as regras são de direito público, mas não cabe no julgamento em questão inferir o que o administrador deve ou não fazer, porque **se declarou apenas "em tese" uma liberdade à empresa e não uma obrigação ao ente público abstrato.**

Aliás, ainda na vigência da antiga lei falimentar de 1945, podiam as empresas em concordata participar de licitações (vide ANTONIO ROQUE CITADINI, Comentários à Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. São Paulo: Max Limonad, 1996).

O próprio Tribunal de Contas da União de há muito tempo assim vem entendendo (TCU, TC 015.759-7, Min. Luciano Brandão, 31.07.1986, DOU de 27.08.1986, p. 12.858).

E sucedem-se diversos julgados do TJSP e do TJMG, além da própria decisão do TCE do Espírito Santo, todas permitindo esse tipo de participação.

O que importa é analisar o caso concreto, não só o ponto abstrato de certidão positiva ou negativa de recuperação judicial em curso, mas principalmente a certidão da capacidade econômico-financeira da empresa. Ou seja, o que calha é a empresa comprovar que tem condições econômicas e financeiras de executar o objeto licitado.

O contrário viola o art. 47 da Lei n. 11.101, que constitui o princípio da preservação da empresa, e o próprio princípio da igualdade, tirando do mercado as empresas em recuperação judicial cuja prática empresarial habitual decorra da participação em licitações públicas e no fornecimento de produtos e serviços aos entes públicos.

Ou seja, pensar o contrário significaria ferir de morte as empresas que atuam nesse mercado, porque se entrassem em recuperação judicial, e não pudessem mais participar de licitações públicas, melhor seria então que pedissem falência de uma vez.

De qualquer sorte, não vejo que o acórdão em questão tenha sido contraditório ou omissivo, senão que fiz os esclarecimentos acima para contribuir no sentido de deixá-lo mais claro e compreensível em face das dúvidas e questionamentos deduzidos pelo Ministério Público.

VOTO NO SENTIDO DA REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS" (fls. 24/26e).

Como sabido, o cabimento da Medida Cautelar está condicionado à presença concomitante de seus dois pressupostos autorizadores, quais sejam, o **periculum in mora** e o **fumus boni juris**, que devem estar cristalinamente demonstrados.

No que se refere ao **fumus boni juris**, buscando a parte a atribuição de efeito suspensivo a Recurso Especial, tal requisito está relacionado diretamente à probabilidade de êxito do recurso interposto.

Examinei atentamente o processo e entendo que, em sede de cognição sumária, não se pode afirmar quanto à probabilidade de êxito, no Recurso Especial, da tese de violação ao art. 31, II, da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

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

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por

balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

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

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

Trata-se de questão nova, relativa à possibilidade de o art. 31, II, da Lei 8.666/93 alcançar também a empresa em recuperação judicial, controvérsia que apenas poderia ser deslindada no julgamento do Recurso Especial, em face de precedentes deste Tribunal, que tem interpretado normas concernentes à empresa em recuperação judicial com os olhos voltados para o princípio da preservação da empresa em tal situação, consagrado no art. 47 da Lei 11.101/2005.

Com efeito, a Corte Especial do STJ, ao apreciar questão análoga, mas não idêntica, no REsp 1.187.404/MT, afastou a necessidade peremptória de apresentação de certidões negativas de débitos fiscais para a homologação do Plano de Recuperação da sociedade em crise, depois de aprovado em Assembleia-Geral de Credores, e para o conseqüente deferimento da recuperação judicial da empresa requerente, com base no entendimento de que o art. 57 da Lei 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das diretrizes traçadas pelo legislador para o novo instituto da recuperação judicial e as respectivas dívidas tributárias, como se colhe do seguinte trecho do voto do Relator, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, *in verbis*:

"3. Analisando a questão pelo ângulo do direito concursal, penso que a solução para o caso concreto deve observar que, no caso da recuperação judicial da empresa, esta não pode ser observada a partir da amesquinhada visão de que o instituto visa a proteger os interesses do empresário, em detrimento de outros não menos legítimos.

Na verdade, o valor primordial a ser protegido é o da ordem econômica, bastando analisar com mais vagar os meios de recuperação da empresa legalmente previstos (como, por exemplo, os incisos III, IV, V, XIII e XIV do art. 50 da LRF), para se perceber que, em alguns casos, é exatamente o interesse individual do empresário que é sacrificado, em deferência da preservação da empresa como unidade econômica de inegável utilidade social.

Cumpra sublinhar também que, em se tratando de recuperação judicial, a nova Lei de Falências traz uma norma-programa de densa carga principiológica, constituindo a lente pela qual devem ser

interpretados os demais dispositivos.

Refiro-me ao art. 47, que serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

Com feito, a hermenêutica conferida à Lei n. 11.101/05, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma.

Vale dizer, em outras palavras, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que - além de não fomentar - inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores.

Por essa ótica, como já se percebe, a interpretação literal do art. 57 da LRF e do art. 191-A do CTN inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto.

Isso porque, em regra, com a forte carga de tributos que caracteriza o modelo econômico brasileiro, é de se presumir que a empresa em crise possua elevado passivo tributário, quando não a verdadeira causa da deblaque.

Assim, a exigência peremptória de regularidade fiscal dificulta, ou melhor, impede, o benfazejo procedimento da recuperação judicial, o que não satisfaz o interesse nem da empresa nem dos credores, incluindo aí o Fisco, uma vez que é somente com a manutenção da empresa economicamente viável que se realiza a arrecadação, seja com repasse tributário direto da pessoa jurídica à Fazenda Pública, seja indiretamente, como, por exemplo, por intermédio dos tributos pagos pelos trabalhadores e das demais fontes de riquezas que orbitam uma empresa em atividade.

Em sede doutrinária e em parceria com Paulo Penalva Santos, observamos o seguinte:

Sem um equacionamento do passivo tributário, não é possível, na maioria dos casos, recuperar a sociedade empresária em dificuldades. Os fatos demonstram que a suspensão do pagamento de tributos no primeiro sinal de crise permite a sobrevivência da sociedade empresária por mais tempo, tendo em vista que a carga tributária atingiu patamares que

desestimulam o investimento de risco em várias atividades produtivas (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 152).

Portanto, uma legislação vocacionada ao saneamento financeiro de empresa em crise não estaria completa - correria mesmo o risco de ser inócua - se não contemplasse providências especiais para o crédito tributário; se não lhe conferisse um tratamento harmônico com o sistema, vale dizer, solução que não exaspere a situação de crise empresarial no que concerne às dívidas para com o Fisco.

É bem verdade que o crédito tributário não se submete ao Plano de Recuperação, de nítido jaez negocial, porque não é possível à Fazenda Pública transacionar com seu direito, fazendo as vezes de credor particular.

Porém, nem por isso o legislador descurou-se da sensível problemática do peso da dívida tributária das empresas em crise, e um dos mecanismos encontrados pela Lei n. 11.101/2005 para equacionar essa questão, em harmonia com o sistema tributário - além do afastamento da sucessão tributária (art. 60, parágrafo único) -, foi o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária da empresa submetida à recuperação judicial, nos termos do que dispõe o art. 68:

Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

4. Com efeito, o art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

Ressalte-se que, muito embora o art. 68 da Lei n. 11.101/2005 possa sugerir que é faculdade da Fazenda Pública e do INSS a concessão do parcelamento da dívida, mercê da fórmula "poderão deferir", a interpretação que melhor se harmoniza com o sistema de recuperação judicial é no sentido de constituir um direito do contribuinte em recuperação o

parcelamento do crédito tributário, nos termos do que dispõem os §§ 3º e 4º do art. 155-A do CTN:

Art. 155-A. O parcelamento **será concedido** na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

[...]

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 4º **A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial**, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Deveras, o direito de o contribuinte em recuperação empresarial obter o parcelamento da dívida tributária é alicerçado no dever do Estado de estimular, como principal credor, o soerguimento da empresa, dever cuja justificativa hospeda-se em princípios de ordem constitucional, como o da função social da propriedade e da capacidade contributiva, corolário do princípio da isonomia substancial em matéria tributária, para que não seja conferido tratamento igualitário e indiscriminado a todos os contribuintes, como se todos se equivalessem.

Nessa mesma ordem de ideias, afirmo na relatoria do AgRg no CC n. 110.764/DF que "a tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime de recuperação judicial das empresas, especialmente o art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que estejam em situação de recuperação judicial, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade".

O parcelamento tributário, portanto, sendo causa de suspensão da exigibilidade do crédito, é hipótese suficiente para a consecução de certidões positivas com efeitos de negativas, nos termos do que dispõe o art. 206 do CTN; circunstância que permite ao contribuinte a observância plena do que dispõe o art. 57 da Lei n. 11.101/2005.

Nesse particular, colaciono, uma vez mais, a lição de Paulo Penalva Santos:

Lei geral de parcelamento, referida no § 4º do art. 155-A do CTN, é a Lei 10.522/2002, que dispõe apenas no art. 10 que os débitos de qualquer natureza com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta meses, a critério exclusivo da autoridade fazendária. Mas essa lei não supre a norma específica para parcelamento de sociedades em recuperação judicial referida no § 3º do art. 155-A do CTN, pois o contribuinte não tem sequer direito ao parcelamento em sessenta meses, tendo em vista que esse prazo é fixado a critério exclusivo do fisco. Além disso, o art. 11, § 1º, da Lei 10.522/2002 dispõe que a concessão do parcelamento fica condicionada à apresentação prévia de garantia real ou fidejussória suficiente para o pagamento do débito. Parece evidente que a lei geral de parcelamentos não representa um direito efetivo ao devedor de obter o parcelamento, mas sim uma faculdade da Fazenda Pública que fixa a seu critério o prazo e examina as garantias que devem ser apresentadas. Logo, a Lei 10.522/2002 não pode ser aplicada às empresas em recuperação judicial. Cumpre destacar que também não há leis estaduais e municipais disciplinando a matéria. Portanto, concluímos no sentido da ausência normativa completa acerca da disciplina do parcelamento para as empresas em recuperação.

Ante o exposto, embora o parcelamento seja um direito dos contribuintes em recuperação judicial, o exercício desse direito enfrenta sérios obstáculos. A primeira dificuldade é que tais contribuintes sofrem diversas execuções fiscais em que lhe são cobradas as dívidas em atraso. A constrição de bens em tais procedimentos, embora rechaçada pelo STJ, é frequente e impede que estas empresas exerçam o seu direito ao parcelamento, levando à ineficácia do 3º do art. 155-A do CTN. Além disso, a inexistência de leis específicas de cada ente político dispendo sobre o parcelamento em sede de recuperação judicial apenas torna mais difícil que os contribuintes usufruam deste direito.

Na esfera federal, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado 245, de 2004, que, em atendimento ao disposto no art. 155-A, § 3º, dispõe sobre esse direito de parcelamento do devedor em recuperação judicial. Note-se que o art. 14 do Projeto de Lei 245/2004 altera a redação do art. 57 da Lei 11.101/2005 para adaptá-lo ao direito do devedor ao parcelamento:

Art. 14. Os artigos 57 e 73 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, passam a vigorar com seguinte redação:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela

assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 sem objeção de credores, o devedor apresentará, em 30 (trinta) dias, comprovação do pagamento ou da suspensão da exigibilidade dos débitos tributários, nos termos dos arts. 151, 155-A, 205 e 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Aliás, o próprio art. 191-A do CTN faz referência expressa ao art. 151 do CTN, o qual, por sua vez, reconhece a suspensão da exigibilidade da obrigação tributária pelo parcelamento.

Assim, **enquanto não for editada lei específica sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedores em recuperação judicial, parece evidente a impossibilidade de aplicação do disposto no art. 57 da Lei 11.101/2005 e no art. 191-A do CTN no sentido de exigir a prova da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.**

Conforme previsto expressamente no art. 4º do Projeto de Lei 245/2004, tal regra aplica-se a todos os débitos tributários e previdenciários, inscritos ou não em dívida ativa do INSS e na PGFN (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 167-168).

Confira-se também, na mesma linha do entendimento acima exposto, o magistério do ilustre tributarista Hugo de Brito Machado (Divida Tributária e Recuperação Judicial da Empresa. in. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 120, São Paulo: Dialética, setembro de 2005).

Ademais, com absoluto acerto foi aprovado o Enunciado n. 55 na I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ, segundo o qual:

O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art.191-A do CTN.

Portanto, o acórdão recorrido alinha-se ao entendimento ora proposto, razão pela qual deve ser mantido.

Recentemente, a Terceira Turma decidiu no Recurso Especial n. 1.053.883/RJ:

De fato, a partir das premissas analisadas, a recuperação judicial e a via executiva fiscal deveriam seguir paralelas, de modo que uma jamais interferiria na outra. Esse foi cenário idealizado pelo legislador, ao prever expressamente em

diversos dispositivos a independência entre as duas vias. Entretanto, há oportunidades em que as circunstâncias concretas impõem o contato e a interferência mútua entre essas duas vias. Nessas hipóteses, o julgador deve ter a sensibilidade e a razoabilidade para reconhecer a excepcionalidade da situação, que também deverá ser decidida, ainda que com o afastamento temporário de regras, como decidido no acórdão do REsp nº 1.166.600/RJ.

Naquela assentada, esta Corte Superior considerou possível a suspensão indireta do processo executivo fiscal, em decorrência da negativa de transferência de valores para garantia de juízo, com vistas à viabilização do plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente. Portanto, inegável que a decisão de homologação do plano refletiu ainda que indiretamente no direito de crédito da União.

(Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/6/2013, acórdão pendente de publicação)

5. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. É como voto".

O referido acórdão encontra-se assim ementado:

"DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito

tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.

4. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.187.404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, DJe de 21/08/2013).

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

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

"DIREITO EMPRESARIAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO E MONTAGEM DE INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM A PETROBRAS. PAGAMENTO DO SERVIÇO PRESTADO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DA EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTS. 52 E 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O

PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

2. Segundo entendimento exarado pela Corte Especial, 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, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

3. Dessarte, o STJ, para o momento de deferimento da recuperação, dispensou a comprovação de regularidade tributária em virtude da ausência de legislação específica a reger o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. Nessa linha de inteligência, por óbvio, parece ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público.

4. Na hipótese, é de se ressaltar que os serviços contratados já foram efetivamente prestados pela ora recorrida e, portanto, a hipótese não trata de dispensa de licitação para contratar com o Poder Público ou para dar continuidade ao contrato existente, mas sim de pedido de recebimento dos valores pelos serviços efetiva e reconhecidamente prestados, não havendo falar em negativa de vigência aos artigos 52 e 57 da Lei n. 11.101/2005.

5. Malgrado o descumprimento da cláusula de regularidade fiscal possa até ensejar, eventualmente e se for o caso, a rescisão do contrato, não poderá haver a retenção de pagamento dos valores devidos em razão de serviços já prestados. Isso porque nem o art. 87

da Lei n. 8.666/1993 nem o item 7.3. do Decreto n. 2.745/1998, preveem a retenção do pagamento pelo serviços prestados como sanção pelo alegado defeito comportamental. Precedentes.

6. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.173.735/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 09/05/2014).

Nesse contexto, pode-se concluir pela tendência desta Corte de interpretar as normas legais, relacionadas ao processo de recuperação judicial, à luz do art. 47 da Lei 11.101/2005 e de sua exegese teleológica, dispositivo que consagra o princípio da preservação da empresa em recuperação judicial e assim preceitua:

"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".

Assim sendo, em princípio, e sem prejuízo de reexame do assunto, não parece descabido vislumbrar a exegese da aplicabilidade do art. 31, II, da Lei 8.666/93 à luz do disposto no art. 47 da Lei 11.101/2005, que, inclusive, lhe é posterior.

Não se pode deixar de mencionar que o art. 31 da Lei 8.666/93 reclama o preenchimento dos requisitos previstos em seus incisos I e III para a comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, exigência que, em princípio, poderia manter incólume o interesse público, questão a ser deslindada no julgamento do Recurso Especial.

Ademais, cabe ressaltar que a empresa encontra-se em situação tributária e fiscal regular, conforme assinalado no acórdão do Tribunal de origem, **in verbis**:

"A Lei de Falência e Recuperação Judicial, na exegese do seu art. 52, II, não dispensa a empresa das negativas de débitos fiscais e tributários para a contratação com o Poder Público. Ou seja, uma empresa em recuperação judicial, mas com situação tributária e fiscal regular, pode participar de licitações.

Essa é a situação da agravante, que apesar de ser empresa em recuperação, não é devedora fiscal e tributária" (fl. 16e).

Vislumbro, entretanto, fumaça do bom direito, acerca dos efeitos do acórdão, em relação a terceiros, ou seja, os entes públicos que poderiam ser alcançados pela decisão recorrida e que não figuraram no processo, em face dos efeitos **inter partes**, consagrados no art. 472 do CPC, que não permite que a decisão beneficie ou

prejudique terceiros, que não figuraram na relação processual.

Reza o art. 76 da Lei 11.101, de 09/02/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária:

"Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, **ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo**".

Tal dispositivo normativo aplica-se também ao instituto da recuperação judicial, conforme leciona Waldo Fazzio Júnior (**in** Lei de Falência e Recuperação de Empresas, 6ª ed., p. 60):

"O juízo da recuperação judicial ou da falência observa três princípios reitores:

- unidade;
- indivisibilidade;
- universalidade.

Tanto a recuperação como a falência processam-se perante um único juízo para onde devem acorrer todas as pretensões decorrentes dos negócios do agente econômico insolvente.

O princípio da indivisibilidade do juízo concursal está consagrado na lei, quando preceitua (art. 76) que o juízo da falência e da recuperação é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios do devedor.

Se no direito processual ordinário a unidade de juízo é a regra, a infracionabilidade do juízo concursal é o seu corolário natural e necessário.

Atribuindo exclusivamente ao magistrado que processa a recuperação ou a falência competência para o processo e julgamento das ações concorrentes ao ativo do devedor, a lei visa à solução célere e eficiente dos conflitos de pretensões que o estado jurídico de insolvência desperta.

Assim, no juízo da recuperação ou da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, alegando e provando seus direitos. É o princípio da universalidade".

Conquanto o juízo da recuperação judicial seja universal, não se vislumbra, neste exame de cognição sumária, alcance ele o deslinde de controvérsias travadas entre a empresa em recuperação judicial e os entes públicos, acerca de participação da empresa em tal situação em licitações públicas ou na renovação de contratos.

Entretanto, não identifico, na espécie, o perigo da demora, também exigido para o deferimento da Medida Cautelar, para o qual não basta o **fumus boni juris**.

De fato, não se tem, até agora, notícia de que os efeitos do acórdão estariam, concretamente, a alcançar entes públicos, terceiros, que não participaram da relação processual.

Se tal vier a ocorrer, os efeitos do acórdão, quanto aos entes públicos, seriam absolutamente inócuos, já que, para eles, não seriam vinculantes, na forma do art. 472 do CPC, como, aliás, reconhecido, expressamente, pelo acórdão impugnado, **in verbis**:

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

É fato, nos termos do parecer do MP, que essa anuência 'em tese' não resolverá situações futuras e específicas onde, eventualmente, possa ocorrer uma exclusão de participação do processo licitatório por esse motivo. A própria agravante já juntou vários precedentes em que outras empresas em recuperação precisaram ajuizar até mesmo mandados de segurança para assegurar o seu direito de participar de licitações, o que foi reconhecido" (fl. 21e).

"O sentido e o alcance da decisão desta 6ª. Câmara Cível foi em abstrato, em tese, não vinculando 'a priori' algum ente público com relação ao qual a empresa em recuperação possa participar de licitação pública.

O conteúdo do provimento jurisdicional ora questionado tem eficácia declaratório, e não constitutiva ou condenatória. Por isso, não feriu direito de terceiros que não podem ser afetados pela coisa julgada.

Isso significa que, na prática, pode um ente público não permitir a participação da empresa em recuperação judicial em processo licitatório, por estar nessa condição. Todavia, a empresa poderá exibir o acórdão deste TJRS, o qual declarou simplesmente que a empresa não está proibida de participar de licitações nos termos do plano de recuperação judicial que foi aprovado na assembléia de credores e homologado pelo Poder Judiciário.

Eventualmente, poderá a empresa em recuperação judicial necessitar ajuizar mandado de segurança para participar de licitação e aí o Poder Judiciário apreciará o caso concreto,

sem que o acórdão em questão tenha efeito vinculante.

(...) porque **se declarou apenas 'em tese' uma liberdade à empresa e não uma obrigação ao ente público abstrato**" (fls. 24/25e).

A ementa do acórdão que julgou os Embargos de Declaração registra que "a alusão feita no julgado era para a admissão em abstrato, o que não vincula o ente público 'a priori'" (fl. 23e):

"Embargos de declaração. Recuperação judicial. Possibilidade de participação da empresa recuperanda em processos licitatórios. Inocorrência de contradição ou omissão. **A alusão feita no julgado era para a admissão em abstrato, o que não vincula o ente público 'a priori'**. Embargos rejeitados" (fl. 23e).

Se o acórdão admite, expressamente, que seus efeitos não vinculam os entes públicos, e que, se indeferida a participação da empresa agravante em licitação, em face do art. 31, II, da Lei 8.666/93, deverá ela adotar as medidas judiciais cabíveis para a solução da controvérsia, entre a empresa e o ente público interessado, no caso concreto não identifico a presença do perigo da demora, muito menos iminente, contra o Poder Público, justificador do deferimento da medida cautelar.

Aliás, o próprio Ministério Público reconhece a inexistência de efeito vinculante dos efeitos do acórdão para os entes públicos, do que – concluo eu – decorre a inexistência do **periculum in mora, in verbis**:

"Ora, o juízo antecipatório lançado nos presentes autos não tem efeito vinculante, como admite o próprio acórdão recorrido. Logo, não há nenhum sentido em antecipar a tutela, cabendo à empresa recorrida ingressar em juízo com ação própria contra o ente público correspondente, caso pretenda participar de licitação ou se sinta ameaçada de rompimento de contratos com ele havidos" (fl. 6e).

Por outro lado, o Recurso Especial já se encontra no STJ, de tal sorte que, dentro em breve, poderá ser julgado.

Ante o exposto, pedindo vênias ao eminente Relator e ao Ministro HERMAN BENJAMIN, voto no sentido de dar provimento ao Agravo Regimental, a fim de negar efeito suspensivo ao Recurso Especial, acompanhando a divergência, inaugurada pelo ilustre Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

Fernandes e Assusete Magalhães.

