

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

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
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)

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.

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de pedido de liminar em medida cautelar inominada, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL para que seja outorgado efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra 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

Superior Tribunal de Justiça

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."

Na petição inicial, o *Parquet* estadual alega que haveria *fumus boni iuris* ao seu pleito, uma vez que o recurso especial – já admitido – teria grande probabilidade de êxito para reverter o acórdão que manteve a possibilidade de empresa em recuperação judicial participar de eventual licitação. Alega o MP que o acórdão teria violado os arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil, pois não haveria órgão público no polo passivo do feito original e, assim, não haveria como criar obrigação para terceiros que não participem da lide. Ainda, que o art. 31, II, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) veda a participação em licitações de empresas que estejam em concordata, que seria situação equivalente à recuperação judicial. Por fim, demonstra que havia sido deferido efeito suspensivo ao acórdão pelo juízo de origem que, contudo, perdeu seus efeitos em razão da admissão do recurso especial (fls. 1-10, e-STJ).

A petição de recurso especial suscita negativa de vigência aos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil, uma vez que o acórdão teria adjudicado autorização para que a empresa em recuperação judicial participe de quaisquer licitações outorgando efeitos *erga omnes* ao *decisum*. Alega que a restrição do vocábulo "concordata" existente do art. 31, II, da Lei n. 8.666/93 deve ser estendida às empresas sob recuperação judicial. Ainda, que o teor do art. 47 da Lei n. 11.101/2005 não pode servir para uma leitura sistemática da Lei de Licitações e Contratos em prol da participação de empresas – sob a égide de recuperação participar – em certames licitatórios. Por fim, que o acórdão teria violado o art. 273 do Código de Processo Civil, uma vez que antecipou tutela com base em alegação jurídica ausente de verossimilhança (fls. 29-40, e-STJ).

O Min. Antonio Carlos Ferreira declinou da competência e os autos me foram redistribuídos (fls. 76-77, e-STJ).

Juntada procuração (fls. 80-82, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

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.

Superior Tribunal de Justiça

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 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,

Superior Tribunal de Justiça

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 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

Superior Tribunal de Justiça

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:

'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.

Superior Tribunal de Justiça

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.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para outorgar efeito suspensivo ao REsp 1.471.315/RS, suspendendo a execução do acórdão da origem até que haja o deslinde da controvérsia.

Cite-se a requerida para, se quiser, possa ofertar contestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2014.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator