

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 pericimento 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 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, irresignada 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.*"

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 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 do 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 guerreada decisão.

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