

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE
SÃO JOSÉ DO RIO PRETO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SP**

Autos nº 1021965-45.2017.8.26.0576

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – LEI Nº 11.101/2005

**CGS CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO LTDA. e OUTRAS – em
recuperação judicial**, já qualificadas nos autos em epígrafe, por seus advogados *in fine*
assinados, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos arts.
1.022, inciso I e ss., do Código de Processo Civil, opor os presentes **EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO** em face da r. decisão de fls. 512, pelas razões abaixo expostas.

I. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de pedido de recuperação judicial formulado pelas
Recuperandas devido à severa crise que lhes assolou, conforme consta da exordial (fls. 01 –
27).

Em análise do pleito das Recuperandas e diante dos
documentos que instruíram seu pedido de processamento da recuperação judicial, Vossa
Excelência em brilhante decisão deferiu o processamento na forma da lei, *in verbis*:

Vistos.

Estando presentes os requisitos do art. 51, da Lei de Falência, defiro o processamento da Recuperação Judicial.

Nomeio Administrador Judicial o advogado Márcio Jumpei Crusca Nakano (e-mail: marcio@nakano.adv.br).

Dispensio a autora da apresentação de certidões negativas para o exercício de suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observado o art. 69 da Lei de Falências.

Entretanto, com o devido respeito, a r. decisão ora embargada apresenta omissão, como abaixo restará comprovado, razão pela qual merece reforma.

II. DA OMISSÃO DA R. DECISÃO EMBARGADA

Conforme se infere da r. decisão de fls. 512, Vossa Excelência restringiu as operações das Recuperandas ao ressaltar que a dispensa da apresentação de certidões negativas não é válida para a contratação com o Poder Público, seguindo o que preceitua o art. 52, II, da Lei nº 11.101/05, que assim dispõe:

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

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

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



Assim, tem-se que a própria Lei de Recuperação Judicial dispõe que, no mesmo ato do deferimento do processamento da Recuperação Judicial da empresa, o D. Juiz ordenará, também a dispensa da apresentação das certidões negativas.

Diante da relevante finalidade social da Lei nº 11.101/05, especialmente no que tange à preservação da empresa, dos empregos e da atividade econômica, a dispensa de apresentação das certidões negativas, também para contratação com o Poder Público, é medida que se impõe – medida impositiva no caso concreto, eis que parte expressiva do faturamento das Recuperanda advém de contratos celebrados com o Poder Público.

Nesse diapasão, a dispensa da exigência de apresentação de certidões negativas para atos que visem o exercício e continuidade das atividades das Recuperandas, viabilizando o pleno processamento da presente recuperação judicial, torna-se não só necessário como imprescindível.

Como predito, parte expressiva do faturamento das Recuperandas advém de obras com o Poder Público que, invariavelmente, são conquistadas mediante procedimentos licitatórios que esbarram na exigência de certidões negativas para viabilizar a efetiva contratação – exigência essa a muito considerada abusiva pela jurisprudência pátria.

Confira-se, Excelência, irretocável *decisum* em caso análogo:

*“... conforme já decidido anteriormente, **a excepcionalidade do caso e os escopos da recuperação de empresas justificam a dispensa da apresentação das certidões negativas de débitos pela recuperanda.** É certo que o art. 52, da LRF exige a apresentação de certidões negativas para contratação com o poder público. Mas também é certo que ainda não*

*existe lei específica que permita um parcelamento especial das dívidas fiscais, conforme estabelece o art. 68 da LRF. Daí que, **diante da lacuna legislativa, é razoável dispensar-se a recuperanda da apresentação de certidões negativas de débitos, inclusive fiscais e trabalhistas, para contratação com o Poder Público, sob pena de inviabilização dos escopos do processo, cujas conseqüências sociais são das mais relevantes e merecedoras de proteção jurídica.** E mais. Também não se afigura regular que o Poder Público estabeleça como requisito econômico-financeiro para participação em licitações a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial pela empresa interessada. Isso porque, o art. 31, inc. II da Lei nº 8.666/93 estabelece exigência de certidão negativa de falência ou concordata. Ocorre que não existe a figura jurídica da concordata e não é correto afirmar que a concordata tenha simplesmente sido substituída pela figura da recuperação da empresa trazida pela Lei nº 11.101/05. Ademais, não faz sentido que o Estado promova e incentive a recuperação das empresas, criando instituto inovador e de grande alcance social no qual se coloca em destaque a importância da manutenção da atividade produtiva e dos empregos, e, e de outro lado, limite as empresas em recuperação judicial de participar de certamos públicos. Me parece evidente, que após o advento da Lei nº 11.101/05 (com a extinção da figura da concordata), não mais subsiste a exigência de apresentação de certidão negativa como condição de participação de licitações, sendo mesmo ilegal o edital que a exige em relação à recuperação judicial. Diante do exposto, defiro o pedido, oficiando-se aos órgãos públicos indicados a fim de informa-lhes de que a recuperanda está dispensada de apresentação de certidões negativas de débitos, inclusive fiscais e trabalhistas, bem como de certidão negativa de recuperação judicial para fins de contratação, bem como está devidamente autorizada a receber normalmente pelos serviços prestados". (TJAM – Ato de 1º Grau, processo nº*



0211083.24.2012.8.04.0001, Juiz de Direito Dr. Rosselberto Himenes, 5ª Vara Cível, Julgado em 26/09/2013) – grifo nosso.

Aludido entendimento está em harmonia com precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutantis, verbis*:

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. Destarte, 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.

(REsp 1173735/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 09/05/2014).

Não menos importante, no caso da recuperação judicial da empresa OI, processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001, em trâmite perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, o D. Magistrado dispensou a apresentação das certidões negativas para contratação com o Poder Público, eis que essencial para a consecução das suas atividades sociais. Destaca-se trecho da r. decisão mencionada:

*“Destaco de plano que a presente decisão se limitará à análise do pedido de tutela de urgência formulado na exordial - notadamente **o pedido de suspensão das ações e execuções em face das Recuperandas, e pedido de dispensa de apresentação de certidões negativas** - ficando as demais questões afetas ao provimento inicial do pleito de recuperação judicial (art. 52 da Lei 11.101/05) postergadas para melhor exame tão logo os autos retornem conclusos, após a publicação deste decisum. Tal providencia se justifica por conta do notório impacto social e repercussão econômica que a demora de apreciação da tutela de urgência poderá gerar no mercado global.*

(...)

A empresa como unidade produtiva, tem sido considerada fonte de geração de riqueza e empregos, e a manutenção de suas atividades visa proteger esta relevante função social e o estímulo à atividade econômica (art. 170 CF; art. 47 da LRF).

Do outro lado, a Lei de Licitações e o CTN buscam dar proteção ao interesse público em geral, determinando que o Administrador Público se atenha a determinadas formas e normas no momento da contratação, a fim de evitar prejuízo ao bem comum. Dentre as muitas alterações, figura a possibilidade da recuperanda licitar com o Poder Público, desde que sejam

apresentadas no ato as certidões negativas de débitos fiscais (Art. 52, II da Lei 11.101/2005).

Mencionado dispositivo trouxe inovadora conquista, conquanto tenha se afigurado visivelmente inócuo, **posto que dificilmente existirá empresa em situação de recuperação judicial, que não esteja também em débito fiscal.**

Observar-se-á o princípio da proporcionalidade, para então mitigar a aplicação do art. 52, II da LRF, a fim de que seja obstada a necessidade da apresentação da CND.

Aplica-se, o binômio meio-fim. Isso porque, observados os aspectos de cada subprincípio acima informado, vemos que a medida é:

- a) adequada e idônea ao passo que visa garantir acesso a todos aos meios para recuperação judicial da sociedade empresária em dificuldade, garantindo a esta o direito de manter os contratos já firmados com o Poder Público, ou ainda realizar novos, visto estar comprovado que regularmente utilizava esta forma de contratar;
- b) necessária porque de outra forma não poderá a recuperanda manter seus contratos de concessão em vigor com o ente público;
- c) mais benéfica, pois certamente atende ao interesse comum geral mais iminente - manutenção de fonte geradora de empregos e riquezas .

Não se pretende com isso, buscar a qualquer custo a recuperação das empresas. Pelo contrário, deve o julgador estar atento ao que lhe é apresentado e, com base nos documentos consignados, sopesar a viabilidade ou não da continuidade da sociedade empresária, que busca socorro à luz da nova lei.

Neste contexto, afigura-se, segundo os dados obtidos, que a crise anunciada é meramente econômica, e que somente com a execução das soluções futuramente apresentadas no plano, somada ao contínuo

exercício pleno de suas atividades comerciais, é que efetivamente será superada a crise combatida por meio do processo de recuperação.

Por tudo, considero a medida é perfeitamente possível de ser conferida em sede de recuperação judicial, a partir do momento em que não se trata de isenção ou moratória fiscal - matéria não afeta ao juízo da recuperação, mas sim, tutela de direito com fulcro nos princípios acima elencados, a possibilitar de maneira plena e absoluta a efetivação do procedimento de recuperação judicial prevista no ordenamento jurídico pátrio.

Isto posto, defiro o pedido de tutela de urgência, para determinar:

(...)

b) A dispensa da apresentação de certidões negativas em qualquer circunstância relacionada às Recuperandas, inclusive para que exerçam suas atividades (incluindo certidão negativa de débitos referentes às receitas administradas pela ANATEL e certidão negativa de distribuição de pedidos de falência e recuperação judicial). – grifo nosso.

Não à toa que o próprio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou súmula assentando que a Administração Pública não pode alijar de certames empresas em recuperação judicial tão somente em razão da sua condição de 'Recuperanda', confira-se:

SÚMULA Nº 50 - Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.

Neste contexto e considerando a essencialidade de que as Recuperandas sigam contratando com o Poder Público para permanecerem ativas, atendendo a finalidade estatuída no art. 47 da Lei nº 11.101/05, não se mostra razoável a imposição sumária e preambular de que, ainda que assim não o deseje a própria Administração Pública, as Recuperandas não estejam dispensadas da apresentação de certidões negativas para participar, em condições paritárias no que tange à habilitação econômico-financeira, de novos certames promovidos pelo Poder Público.


III. DOS PEDIDOS

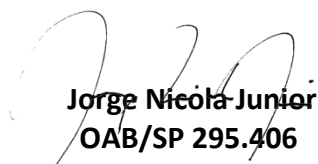
Diante do quanto esposado nos presentes embargos de declaração, requer-se seu acolhimento para que seja determinada a dispensa da apresentação das certidões negativas pelas Recuperandas como condição para contratação com o Poder Público, eis que essencial para a manutenção das suas atividades e factível diante do posicionamento jurisprudencial retro citado.


Termos em que,
pede e espera deferimento.
São Paulo, 29 de maio de 2017.



Cesar Rodrigo Nunes
OAB/SP 260.942


Tiago Aranha D'Alvia
OAB/SP 335.730


Roberto Gomes Notari
OAB/SP 273.385


Jorge Nicola Junior
OAB/SP 295.406


Marco Antonio P. Tacco
OAB/SP 304.775


Stephanie A. Vozikis
OAB/SP 369.644