

EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DA
COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, ESTADO DE SÃO PAULO

Processo n. 102196545.2017.8.26.0576
Recuperação Judicial

MARCIO JUMPEI CRUSCA NAKANO,
Administrador Judicial nomeado nos autos da Recuperação Judicial, processo supra
citado, feito em curso por essa Vara e Ofício, vem mui respeitosamente à presença de
Vossa Excelência, atendendo ao despacho de fls. 575, expor e requerer o quanto
segue:

Peticionam as recuperandas em sede de
Embargos de Declaração, às fls. 560/569, requerendo que seja aclarada a r. Decisão
de fls. 512, para ficar constando "...a dispensa da apresentação das certidões negativas
pela Recuperandas como condição para contratação com o Poder Público...¹".

A princípio, necessário se faz esclarecer que
duas são as situações que envolvem a contratação com o Poder Público pelas
empresas que encontram-se em Recuperação Judicial.

A primeira delas e mais pacífica, reside na
controvérsia de que se pode ou não, a empresa, por estar na condição de recuperação
judicial, contratar com o poder público, haja vista o que prevê o art. 31, inciso II da
Lei 8.666/1993, exigindo a apresentação da Certidão Negativa de Falências e
Concordatas expedida pelo distribuidor da sede da empresa para a habilitação nos
certames.

Já a segunda situação reside no ponto onde
também se requer a dispensa na apresentação da Certidão Negativa, mas essa agora a
prevista no art. 29, inciso III, IV e V da Lei 8.666/1993, que faz referencia a
regularidade fiscal, previdenciária e também trabalhista, para a contratação com o
Poder Público.

¹ Embargos de Declaração – 2º Parágrafo de fls. 569.

Aqui faz-se necessário uma observação mais acurada, como será demonstrado abaixo.

Com relação ao primeiro caso, é impensável impedir a empresa de licitar, apenas pelo fato de que a mesma se encontra em situação recuperacional. O que busca o dispositivo da lei 8.666/93 é a proteção do ente público para que não haja contratação com empresas que não tenham condições de prover o objeto do contrato.

Entretanto, a Recuperação Judicial mostra-se um instrumento tão eficaz, que empresas que operam sob as benesses da Lei 11.101/05, por vezes tem melhores condições de segurança jurídica do que empresas que operam de forma precária, mas ainda assim atendendo a todos os requisitos da Lei 8.666/93.

Assim, comungando pelo princípio basilar da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, qual seja, o da Preservação da Empresa como fonte geradora de empregos e receitas, não seria prudente a proibição da contratação pelo ente público de empresas em Recuperação e também não seria benéfico, causando um esvaziamento da Lei 11.101/05 tal proibição.

Este também o entendimento de Tribunal de Justiça de São Paulo, que peço vênia para transcrever:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Pedido das recuperandas de dispensa de certidões negativas de falência/recuperação, para participação em licitações. Indeferimento. Inconformismo. A Jurisprudência do STJ tem flexibilizado exigências legais quando a providência tem por escopo auxiliar o soerguimento da empresa em recuperação. O Poder Público exigirá das recuperandas uma série de outros documentos e certidões para a contratação, de forma que a dispensa deste único documento, não afronta a segurança jurídica. Empresas que se dedicam ao transporte e mantêm contratos de concessão com o Poder Público para serviço de transporte municipal e intermunicipal. Provimento do recurso para permitir a participação das recuperandas em procedimentos licitatórios com a dispensa de apresentação do documento acima referido (j. 3.3.2016). AI. n.2139432-78.2015.8.26.0000, de Relatoria do Des. Enio Zuliani

Até mesmo o voto contrário a tal posicionamento da lavra do desembargador Hamid Bdine junto ao Agravo de Instrumento n. 220352091-2016.8.26.0000, da Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, não pugna para inflexibilidade do artigo, mas sim pela falta de comprovação da indubitável necessidade de contratação com o ente público para a subsistência da empresa.

No caso deste Agravo, onde d. Relator foi voto vencido, encontramos situação intimamente ligada ao caso dos autos, por se tratar Agravantes empresas do mesmo seguimento de atuação (mesmo ramo de atividade) das Recuperandas, como pode-se notar do trecho extraído do voto do Desembargador Carlos Dias Mota.

In casu, entendeu o e. Relator inexistir qualquer demonstração de que a contratação com o setor público é imprescindível para a atividade da agravante, tampouco que parte de sua receita advém desse tipo de contratação. Contudo, por ser a agravante empresa de engenharia atuante no ramo de infra-estrutura, reconheço que considerável parcela de sua receita efetivamente decorre de contratações com o Poder Público, como, aliás, se infere do exame dos documentos de fls. 58/59 e 298/299. (sic) (grifo nosso).

Fica claro portanto que as Recuperandas tem grande parte da suas receitas oriundas de contratação com entes públicos, haja vistas serem empresas de engenharia voltadas especificamente para obras de infraestrutura rodoviária.

Diante do exposto, opina este Administrador Judicial pelo deferimento da isenção da apresentação da Certidão Negativa prevista no art. 30, inciso II da Lei 8.666/93, aclarando a decisão de fls. 512, neste sentido.

Já com relação ao segundo ponto, este como já dito reside na controvérsia da isenção da CND fiscais para a contratação com o ente público.

Tal posicionamento nasceu no sentido que tais certidões também não poderiam ser exigidas das empresas em Recuperação Judicial, sendo que o primeiro enfrentamento realizado, sem que houvesse anterior precedente no Superior Tribunal de Justiça, foi feito pelo Ministro Luis Felipe Salomão, cuja ementa peço vênia para transcrever.

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.

(REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013)

Este tem sido o entendimento até o presente momento junto ao Superior Tribunal de Justiça, como pode-se perceber pela ementa abaixo, de recente julgado, do Ministro Hermam Benjamim, datado de 12/02/2016.

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. Hipótese em que o Tribunal local decidiu que no caso dos autos a empresa em Recuperação Judicial estava dispensada de apresentar certidões negativas, inclusive para contratação com Poder Público.

2. O STJ vem entendendo 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. Nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizarem procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase.

Nesse sentido: REsp 1.173.735/RN, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 9.5.2014; AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.12.2014.

3. Registro que o novo regime trazido pela Lei 13.043/2014, que instituiu o parcelamento específico para débitos de empresas em recuperação judicial, não foi analisado no acórdão a quo, uma vez que foi proferido em data anterior à vigência do mencionado normativo legal.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 709.719/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 12/02/2016)

O único senão em tais julgados é que ambos pugnam pela inadmissibilidade de tais certidões pelo fato que não havia sido editada lei que permitisse as empresas em Recuperação Judicial ter seus débitos parcelados em condições favoráveis.

Tal legislação, todavia, fora editada por meio da Lei 13.043/2014 que inseriu o art. 10-A junto a Lei 10.522/2002, prevendo o parcelamento para empresas em Recuperação Judicial, mas apenas com relação a tributos federais.

Contudo, a par disto, a muito se discute qual a finalidade da inclusão de tal inciso junto o art. 29 da Lei 8.666/93, tendo alguns

doutrinadores sustentando inclusive se tratar de forma indireta de cobrança de tributos, o que claramente afrontaria princípios constitucionais. Nesse sentido veja as palavras de Marçal Justen Filho:

A exigência de regularidade fiscal representa forma indireta de reprovar a infração às leis fiscais. Rigorosamente, poderia tratar-se de meio indireto de cobrança de dívidas, o que poria em questão a constitucionalidade das exigências. Observe-se que o STF tem jurisprudência firme no sentido de que a irregularidade fiscal não pode acarretar a inviabilização do exercício de atividades empresariais. (Justen Filho, 2016)

Fica claro, portanto que o ordenamento jurídico e própria jurisprudência já sinalizam que tal vedação não pode ser caso de inviabilizar a atividade empresarial, o que vislumbra-se no caso em tela, caso não seja deferido às Recuperandas a possibilidade de participar dos certames sem as certidões negativas.

Ademais, o parcelamento previsto na Lei 10.522/2002, sofreu várias e severas críticas por não ser um parcelamento de cumprimento crível, não trazendo benefícios efetivos às empresas em recuperação. Isto fica nítido, com clareza solar, quando percebemos que os programas de reparcelamento (REFIS) que o governo já adotou, adota e irá adotar em breve (já consta medidas legislativas em trâmite), são extremamente mais benéficos do que o previsto para empresas em recuperação. Isto por si só é um disparate, ou seja, empresas em situação regular possuem melhores condições do que empresas que sabidamente enfrentam momento de delicada situação financeira, socorrendo-se inclusive no judiciário por conta disto.

Assim a inclusão do art. 10-A junto a Lei 10.522/2002, não poderá ser motivo suficiente para exigir das empresas em Recuperação sua regularidade fiscal.

Novamente comunga pelo entendimento de que o Princípio Basilar da Recuperação de Empresas, insculpido no art. 47 da Lei 11.101/2005, não pode ser subjugado no caso em tela. Pede-se vênua para transcrever referido texto legal.

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.

Diante destas assertivas, opina este Administrador pelo acolhimento da pretensão das Recuperandas, para que Vossa Excelência esclareça a decisão de fls. 512 para ficar constando a dispensa das certidões negativas para a contratação com o Poder Público.

Termos em que.

A. Deferimento

São José do Rio Preto-SP 9 de junho de 2017.

Marcio Jumpei Crusca Nakano
OAB/SP 213.097