



BISSOLATTI
ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUIZA DE DIREITO FLAVIA BEATRIZ BORGES BASTOS DE OLIVEIRA DA 1ª VARA DO FORO DA COMARCA DE VASSOURAS - ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Recuperação Judicial nº 0000717-45.2019.8.19.0065

(MEDIDA DE URGÊNCIA)

BLUECOM SOLUCOES DE CONECTIVIDADE E INFORMATICA LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), já devidamente qualificada nos autos do presente feito, vem, por meio de seus advogados que esta subscrevem, informar e requerer o quanto segue, senão vejamos:

I. DOS FATOS

1. A ora Recuperanda, conforme depreende-se de seu contrato social, exerce, dentre outras, as atividades de **fabricação de fios e cabos, bem como fabricação de equipamentos de informática e telecomunicações**. Para tanto, buscando competitividade de mercado, optou por instalar sua sede e a própria fábrica, no distrito industrial do município de Vassouras/RJ, visando obter os benefícios que tornam sua atividade viável.

2. Nesse passo, após aprofundados estudos e desenvolvimento de plano de negócios, a Recuperanda preparou-se, despendendo de milhares de reais, para atender às exigências do Estado para que lhe fosse concedido o benefício e incentivo fiscal instituído pelo Decreto Estadual nº 33.981/2003, pelo prazo decenal e renovado por mais dez anos conforme Decreto Estadual 42.649/2010.

3. A consolidação do benefício pleiteado deu-se nos termos do processo administrativo nº 041182.108/2010.

4. Dentre as benesses do referido Decreto Estadual, destaca-se a concessão de diferimento no tocante ao ICMS incidente sobre as operações de importação, imposto este cujo recolhimento seria devido apenas por ocasião da posterior saída das mercadorias importadas com destino à venda.

5. Ocorre que, conforme adiante será demonstrado e cabalmente comprovado, para o exercício de sua atividade empresarial, é imprescindível a manutenção do benefício e incentivos fiscais, pois sua margem de competitividade é atrativa por força da aplicação dos benefícios e incentivos fiscais.

6. De outro lado, em razão da crise vivenciada, a Recuperanda socorreu-se ao remédio jurídico do instituto da Recuperação Judicial, visando reestruturar-se e quitar suas dívidas decorrentes da atividade, bem como buscar a proteção necessária para continuidade de suas atividades empresariais.

7. Contudo, sob pressão e de forma desesperada, deixou de adimplir com algumas obrigações tributárias, fato que lhe trouxe a infeliz situação de não obtenção da Certidão Negativa de Débitos.

8. Insta ressaltar que, não obstante a r. decisão de fls. 422/424, que deferiu o processamento da Recuperação Judicial e dispensou a apresentação de certidões, com base no inciso II do artigo 52 da Lei 11.101/2005¹, é exceção da referida dispensa casos de contratação com o Poder Público e/ou recebimento de benefícios ou incentivos fiscais.

9. Impende destacar que, a legislação que implementa os benefícios e incentivos fiscais exige, para a manutenção do citado incentivo, que a requerente apresente Certidão Negativa de Débito (CND), sob pena de serem interrompidos os **Direitos Essenciais**².

¹ *Determino 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, devendo ser observado o disposto no art. 69 da Lei 11.101/2005*

² *Art. 7.º Fica diferido o pagamento do ICMS incidente nas operações abaixo relacionadas, para pagamento no momento da saída da mercadoria beneficiada ou não, do estabelecimento do adquirente, recolhido de forma global com o tributo próprio incidente naquela operação ou, no caso de ativo fixo, para recolhimento no momento da alienação do bem, pelo valor calculado com base no preço de mercado, à época da alienação:*

10. Assim como em casos em que bens e serviços essenciais tem sido mantidos pelos Tribunais, os **Direitos Essenciais** (benefícios e incentivos fiscais), também o devem ser mantidos, eis que, as atividades empresariais não se sustentam e, desta feita inviabilizando sua continuidade acarretando possível convalidação em falência.

II. DO DIREITO

II.I- Da Recuperação Judicial e a continuidade do benefício fiscal do Decreto Estadual 33.981/2003 – necessidade de tutela de urgência

11. Conforme informado anteriormente a Recuperanda instalou sua fábrica no Município de Vassouras, Município este localizado no Estado do Rio de Janeiro, possuindo conforme dados do IBGE cerca de 34.439 (trinta e quatro mil quatrocentos e trinta e nove) habitantes:



12. Além de ter instalado a indústria no Município de Vassouras visando a obtenção de benefícios, a empresa trouxe inúmeras melhorias, dentre elas a geração de emprego de forma direta e indireta.

13. Após aprofundados estudos e desenvolvimento de plano de negócios, a requerente preparou-se, despendendo de milhares de reais, para atender às exigências do Estado para que lhe fosse concedido o benefício e incentivo fiscal instituído pelo Decreto Estadual nº 33.981/2003, pelo prazo decenal e renovado por mais dez anos conforme Decreto Estadual 42.649/2010.

14. A consolidação do benefício pleiteado deu-se nos termos do processo administrativo nº 041182.108/2010.

15. Ocorre que a continuidade da sua atividade empresarial está intimamente ligada com a preservação do benefício fiscal concedido, o qual trouxe como requisito que a empresa não possua irregularidades junto ao Cadastro Fiscal do Estado do Rio de Janeiro, logo o que impediria a expedição de CND, *in verbis*:

Art. 10. Os incentivos fiscais estabelecidos neste decreto não se aplicam ao contribuinte que:

I - esteja irregular junto ao Cadastro Fiscal do Estado do Rio de Janeiro;

II - esteja inscrito na Dívida Ativa do Estado do Rio de Janeiro;

III - seja participante ou tenha sócio que participe de empresa inscrita na Dívida Ativa do Estado do Rio de Janeiro ou que tenha, ou venha a ter a inscrição cadastral cancelada ou suspensa;

IV - esteja irregular ou inadimplente com parcelamento de débitos fiscais de que seja beneficiário.

16. Insta ressaltar que, a época da adesão, a Recuperanda comprovou a adequação a todos os requisitos necessários para a concessão do benefício, tanto que este fora deferido e mantem-se até a presente data.

17. O maior temor da Recuperanda V. Excelência, é que visto a crise econômica que vem enfrentando, por não conseguir expedir CND, tenha, mesmo que momentaneamente, seu direito ao benefício cerceado, SENDO ESTE IMPRESCINDÍVEL PARA CONTINUIDADE DA SUA ATIVIDADE, QUALQUER OBICE A SUA UTILIZAÇÃO ACARRETARA DANO IRREPARAVEL DE GRANDE ESCALA.

18. Entretanto, diante de tal questão é necessário levar em consideração as novas premissas trazidas pela nova Lei de Falências, que toma como princípio norteador o Princípio da Preservação da Empresa e visa, a preservação da atividade econômica e do interesse de terceiros direta ou indiretamente ligados a ela.

19. Assim, ao realizar uma análise a partir do ponto de vista do princípio da preservação da empresa, torna-se controversa a ideia do cancelamento do benefício da empresa Recuperanda, uma vez que essa ação iria diretamente contra os propósitos de preservação e soerguimento da empresa.

20. Corrobora com este entendimento a I. doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in verbis*:

*Assim, repita-se, o fato de ter a empresa pedido recuperação judicial na forma do artigo 47 e seguintes da Lei nº 111.101/05 não é suficiente para a declaração de caducidade. **O objetivo do processo expresso no artigo 47, é precisamente “viabilizar a superação da situação de crise econômica - 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”.***³

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. Ed. Atlas. São Paulo: 2013. Pp 307/308.

21. Nesse passo, os incentivos fiscais, os ativos essenciais e os serviços essenciais são fundamentais para a continuidade de suas atividades, visto que não há sentido deferir o processamento da Recuperação judicial para soerguimento da atividade empresarial se lhe for retirado os incentivos/benefícios, ativos e serviços necessários, acarretando a paralisação da empresa e, por consequência, em sua provável convolação em falência.

22. A Recuperanda fundamenta a possibilidade de garantir a prestação de serviços essenciais, nos termos do artigo 47 da Lei 11.101/2005, visto a essencialidade deste para a continuidade da sua atividade empresarial.

23. O princípio da preservação da empresa inspira o instituto da recuperação judicial e visa a manter a fonte produtora, ou seja, da própria atividade empresarial, os empregos dela originados e, ao final, a proteção dos interesses dos credores (art. 47 da Lei n. 11.101/05).

24. Mario Sergio Milani, firme nos ensinamentos de Misabel de Abreu Machado Derzi e Raphael Frattari, destaca que:

o princípio da preservação da empresa “guia as decisões tomadas entre os diversos interesses internos que nela se se compõem, representa importante parâmetro que deve pautar a aplicação da lei em cada caso e, finalmente, deverá ser o guia de interpretação, norteador das decisões judiciais.”⁴

25. Desta feita, primando pelo princípio da preservação da empresa, com fundamento no artigo 170 da nossa Carta Magna e artigo 47 da Lei 11.101/2005, bem como pela continuidade dos empregos diretos e indiretos gerados pela ora Recuperanda, requer a continuidade do benefício anteriormente concedido, dentre os quais destacam-se a concessão de diferimento no tocante ao ICMS incidente sobre as

⁴ Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada, Malheiros, 2011, p. 199.

operações de importação, imposto este cujo recolhimento seria devido apenas por ocasião da posterior saída das mercadorias importadas com destino à venda.

II.ii - Da falta de parcelamento especial para empresas em recuperação judicial no Estado do Rio de Janeiro

26. O § 3º do artigo 155 – A do CTN prevê a criação de lei específica de parcelamento, para empresas em recuperação judicial visando o adimplemento dos créditos de natureza tributária, *in verbis*:

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

(...)

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

27. Ocorre que, conforme vasta pesquisa e contato direto por telefone com a Secretária da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, a Recuperanda verificou que não há Lei específica para adimplemento do crédito tributário de empresas em recuperação Judicial.

28. Apesar de ter autorização do Sefaz para criação de parcelamento específico para empresas em recuperação judicial, conforme Convênio ICMS 59, de 22 de junho de 2012, o qual fora alterado pelo convênio 98 de 23 de setembro de 2016, este nunca fora criado.

29. O único parcelamento vigente para empresas em recuperação judicial é o Federal, o qual além de não aplicar-se aos tributos estaduais, também é de longe insuficiente a assegurar a preservação da empresa.

30. Coaduna com este entendimento o renomado doutrinador Luiz Roberto Ayoub Cássio Cavalli, *in verbis*:

No âmbito estadual, a regulamentação do parcelamento passivo tributário de empresa em recuperação judicial ganhou impulso pelo recente Convênio ICMS 59/2012 do Conselho Nacional de Política Fazendária (confaz), pelo qual autorizou-se os estados e o Distrito Federal “a conceder, para as empresas em processo de recuperação judicial, parcelamento de débitos, tributários e não tributários, constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa no limite máximo de 84 (oitenta e quatro) meses”. No âmbito federal, foi promulgada a Lei 13.043/2014, cujo art. 43 esboçou as linhas gerais para o parcelamento, em até 84 meses, do passivo tributário com a Fazenda Nacional.

Ante a promulgação de normas que formalmente cuidam do parcelamento fiscal, a questão que se coloca atualmente perante os tribunais é: ante a promulgação da Lei 13.043/2014 a regulamentar o parcelamento do passivo tributário de empresa em crise, será que justifica manter o entendimento jurisprudencial de dispensar a apresentação de CND para fins de concessão da recuperação judicial?

A resposta a esta questão passa pela compreensão de uma distinção entre a existência formal de uma regra e a sua efetividade material. Quando formou-se a jurisprudência em torno da dispensa de CND, conquanto não houvesse a regulamentação do parcelamento a que se refere o § 3º do art. 155 – A do CTN, encontrava-se em vigor a regra de parcelamento contida no § 4º do art. 155-A do CTN, onde se lê: “ 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”.

*Do ponto de vista formal, existia inequivocamente uma regra de parcelamento do passivo tributário. No entanto, como o parcelamento ordinário era apenas sessenta meses, entendeu-se que materialmente esse prazo era insuficiente para recuperar empresas. Por essa razão, formou-se a jurisprudência de dispensa de CND para concessão de recuperação judicial, enquanto não fosse regulamentado o parcelamento especial do passivo tributário de empresa em recuperação judicial. **A promulgação da Lei 13.043/2014 possibilitou o parcelamento do passivo fiscal federal em até 84 meses. Do ponto de vista formal, há regulamentação do parcelamento do passivo tributário. Entretanto, essa regulamentação de especial só tem o nome,***

uma vez que seu prazo é praticamente idêntico ao prazo do parcelamento ordinário. Com efeito, apesar de formalmente existente, a Lei 13.043/2014 é manifestamente insuficiente para promover o fim de preservar empresas. Por essa razão, ponderada a manifesta insuficiência do parcelamento previsto pela Lei 13.043/2014, a jurisprudência haverá por continuar a dispensar empresas em crise para conceder recuperação judicial, até que seja promulgada regulamentação de parcelamento que efetivamente seja especial e coadune com os mandamentos concursais e constitucionais de preservação da empresa.⁵

31. Notório é que o Legislador ao determinar a criação de parcelamento específico para empresas em recuperação judicial, vislumbrou tratar-se de caso de extrema necessidade para preservação da empresa e continuidade da atividade empresarial, geração de emprego, logo necessitaria de benesses que o parcelamento da Lei 13.043/2014 não trouxe.

32. No que tange ao âmbito Estadual até o presente momento o Estado do Rio de Janeiro não criou parcelamento específico para empresas em recuperação judicial, logo inviabilizando o pagamento do crédito tributário que a Recuperanda possa a ter, e criando enormes empecilhos a continuidade do benefício já concedido.

33. Portanto, na medida em que o Estado do Rio de Janeiro não criou parcelamento especial para empresas em Recuperação Judicial, conforme determina o artigo 155 – A do Código Tributário Nacional, o mesmo não pode glosar benefícios anteriormente concedidos com o preenchimento de todos os requisitos necessários, dentre eles a apresentação de CND.

34. Não obstante, a r. decisão de deferimento tenha afastado a exigência das certidões negativas, para contratação com o Poder Público bem como a concessão de incentivos e benefícios fiscais, no caso em tela os benefícios fiscais já foram outrora concedidos, o que se busca preventivamente é a mera manutenção dos referidos benefícios.

⁵ CAVALLI, Luiz Roberto Ayoub Cássio. A Construção jurisprudencial da Recuperação judicial de empresas. 3ª ed. Ed. Forense. São Paulo: 2017. Pp. 55/56.

II.iii- Dos bens e serviços essenciais

35. Os bens essenciais são desde muito tempo, protegidos pela Lei, bem como pelas reiteradas decisões dos Egrégios Tribunais, sob forte entendimento de que sua retirada enseja a quebra das empresas. Tal situação pode ser facilmente exemplificada nos casos em que a empresa toma créditos financeiros e garante tais operações com alienação fiduciária de bens moveis e imóveis indispensáveis sua atividade empresarial.

36. Nesse passo, não obstante a previsão contida no artigo 49, § 3º da LRF, créditos garantidos por alienação fiduciária não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, os bens essenciais não podem ser expropriados ou mesmo retirados da posse da recuperanda, sob pena de imediata quebra, conforme entendimento jurisprudencial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE PRODUTO RURAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA. JUÍZO ACERCA DA ESSENCIALIDADE DO BEM PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL. 1. Há absoluta convergência, entre doutrina e jurisprudência, que, em conformidade com o princípio da preservação da empresa, o juízo de valor acerca da essencialidade ou não de algum bem ao funcionamento da sociedade cumpre ser realizado pelo Juízo da recuperação judicial, que tem acesso a todas as informações sobre a real situação do patrimônio da recuperanda, o que tem o condão, inclusive, de impedir a retirada de bens essenciais, ainda que garantidos por alienação fiduciária, da posse da sociedade em recuperação (art. 49, § 3º, da LRF).

2. É inviável, na estreita sede do conflito de competência, a deliberação acerca da natureza extraconcursal do crédito, o que é da estrita competência do Juízo da recuperação, a partir daí cabendo, se for o caso, os recursos pertinentes.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Cível de Sertãozinho/PR.

(CC 153.473/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2018, DJe 26/06/2018)

37. Logo, pela relativização do §3º, do artigo 49 da Lei nº 11.101/2005, na qual fora declarado a competência do juízo da Recuperação Judicial, para avaliar a essencialidade do bem, o mesmo deve ser aplicado aos direitos essenciais, visto sua gritante essencialidade para preservação da empresa e continuidade da atividade empresarial, qual seja a continuidade do benefício fiscal concedido,

38. Não obstante a liberdade de contratação entre empresas privadas, em vista da função social dos contratos, o Poder Judiciário tem promovido algumas intervenções na vontade das partes, determinando, notadamente baseando-se no princípio da preservação das atividades empresariais, insculpido no artigo 47 da LRF, que determinados serviços essenciais sejam mantidos pelas empresas prestadoras de serviços.

39. O caso da recuperação judicial do Grupo Oi é um perfeito exemplo ao presente caso, tendo em vista que a referida companhia é uma das principais responsáveis por fornecer o serviço de telecomunicações no país, podendo ser apontada como a única opção de serviço de telecomunicações para grande parte do interior do país.

40. Dessa forma, tornou-se impensável a extinção dos contratos de concessão e das autorizações (Direitos Essenciais) pelo Poder Público para o Grupo Oi, tendo em vista que isto impactaria diretamente na ordem social, estando a questão não só ligada à prestação do serviço de telefonia, mas a todos os outros serviços básicos que encontram-se ligados e dependentes desta.

41. Ademais, pode-se ressaltar, ainda, o impacto que o rompimento de tais contratos teria na vida dos trabalhadores, uma vez que o grupo Oi é responsável pela geração de inúmeros empregos.

42. Assim, com base em tais pontos foi que o Excelentíssimo Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana, da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça da Comarca do Rio de Janeiro – RJ, deferiu, nas fls. 89.330 – 89.336 do Processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001, o pedido liminar do Grupo Oi, suspendendo todas as ações e execuções, e dispensando as Recuperandas da apresentação das certidões negativas, para que estas possam continuar exercendo as suas atividades, **mantendo, para tanto, todos os contratos e concessões com o Poder Público (Direitos Esseciais)**

43. Nesse sentido, optou o Magistrado, na fl. 89.334 da mencionada Decisão Liminar, **pela aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de abrandar o rigor contido no art. 52, II da Lei 11.101/05 e, conseqüentemente, manter os contratos das empresas recuperandas com o Poder Público.**

44. Assim, com base no exposto acima, pode-se observar que na prática há a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade ao se tratar da obrigação de apresentação das certidões negativas, visando, assim, a manutenção dos contratos administrativos. Constata-se então, que a extinção da permissão e dos contratos de concessão do Grupo Oi torna-se uma alternativa impensável, uma vez que geraria um impacto negativo tanto para a sociedade quanto para a Administração Pública.

45. No presente caso a negativa ou qualquer óbice a continuidade do benefício o qual faz jus a Recuperanda, inviabilizara a continuidade da sua atividade empresarial, objetivamente a continuidade do benefício não acarreta dano algum ao Poder Público, ao contrario apenas benefícios a sociedade, em contrapartida a negativa trará danos irremediáveis que inviabilizaram a preservação da empresa, desta feita mais uma vez pleiteia a Recuperanda aplicação dos princípios basilares da proporcionalidade e adequação social.

II.iv- Dos direitos Essenciais

46. Em discussão está a ponderação sobre dois importantes princípios constitucionais, quais sejam, o da "preservação da empresa" (implicitamente conscrito no art. 170 da Constituição Federal e previsto no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005) e hoje considerada como ente de relevante função social; e, de outro lado, em contrapartida, o "princípio do interesse público geral" (artigo 2º da Lei nº 9.784/1999), que determina a necessidade do Poder Público observar a legalidade estrita para concessão de benefícios fiscais.

47. Vislumbrada essa situação, imperioso é a utilização do princípio da proporcionalidade (implicitamente previsto no artigo 5º da nossa Carta Magna, derivando este do princípio do devido processo legal, e explicitamente previsto no artigo 2º da Lei nº 9784/1999) para fins de se fazer necessárias ponderações entre valores equivalentes. **Trata-se de um princípio constitucional, que busca ponderar direitos fundamentais que se conflitam, através da devida adequação dos mesmos com o binômio meio-fim;** subdividido pela doutrina em três outros princípios, quais sejam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

*Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utilizava a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27)⁶.*

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 26ª Ed. 2013. Atlas. São Paulo-SP.

48. Também chamado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade, o princípio da adequação reflete a ideia de que a medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade pretendida.

49. Corroborando com este entendimento o I. doutrinador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *in verbis*:

A sedimentação dessas idéias obrou para que hoje se encontre pacificado o entendimento de que o procedimento não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando-o imprescindível ao conceito a regulação da atividade das partes e do órgão judicial, conexas ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear esta atividade.”⁷ Reabilita-se, assim, a importância do conceito de procedimento para o melhor estudo da tutela jurisdicional.⁷

50. Vale dizer, deve haver a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são determinados. Quanto ao subprincípio da necessidade, ou princípio da exigibilidade, busca-se que a medida seja realmente indispensável para a conservação do direito fundamental e, que não possa ser substituída por outra de igual eficácia, e até menos gravosa.

51. De acordo com este subprincípio, deve sempre ser observado se há outras formas de se obter o resultado garantido por determinado direito, de forma a se optar pela aplicação do procedimento menos gravoso direitos envolvidos na questão.

52. O último elemento caracterizador do princípio da proporcionalidade é o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito⁸. Caracteriza-se pela ideia de que os meios eleitos devem manter-se razoáveis com o resultado perseguido.

⁷ Sobre o assunto, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. Ob. cit., pp. 126 e segs.

⁸NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 735-6: Os dois primeiros elementos (adequação e

53. Isto quer dizer que o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado. Trata-se da verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

54. Abrindo um parêntese para o presente caso, notório é que o ônus a ser causado a Recuperanda por qualquer óbice a utilização do benefício fiscal já concedido é absurdo, inviabilizando a continuidade da sua atividade, resultando em convação em falência.

55. A empresa como unidade produtiva, é considerada fonte de geração de riqueza e empregos, a manutenção de suas atividades visa proteger a relevante função social que ela exerce no meio econômico social em que ela está inserida e o estímulo à atividade econômica (art. 170 CF; art. 47 da LRF).

56. Cediço é que a concessão de benefícios fiscais tem como intuito impulsionar a economia do país, logo, a manutenção deste oportuniza aos empresários, não só a manutenção de sua unidade produtora, mas em especial, a continuidade da prestação dos serviços e geração de empregos.

57. Insta ressaltar que o legislador ao promulgar a Lei 11.101/2005, com especial ênfase ao instituto da recuperação judicial, respondeu aos anseios das empresas que, em situação de necessária reestruturação de suas operações e dívidas, não tinham outra opção dentro do ordenamento jurídico nacional a não ser a decretação de sua insolvência ou falência, o que não resultava benefícios, seja para as próprias empresas, seja para os seus credores e a sociedade em um todo.

necessidade) são de natureza tendencialmente objetiva, intersubjetivamente comprováveis através de fatos concretos. Já a última fase de aplicação da proporcionalidade em sentido estrito depende vitalmente de procedimentos ponderativos, racionalmente acessíveis e de avaliação subjetiva.

58. 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).

59. **Em simples analogia, no caso ora trazido à baila, quando do pedido de concessão do benefício fiscal, tal certidão negativa foi apresentada (no ato). Assim, restou concedido o benefício fiscal instituído pelo Decreto Estadual nº 33.981/2003.**

60. 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, logo nenhuma empresa em recuperação judicial conseguiria manter benefícios fiscais ou contratar com o poder público.

61. 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 de nova CND, para continuidade de um benefício concedido com o cumprimento das devidas formalidades da lei, **LOGO A EXIGENCIA, POR PARTE DO PODER PUBLICO, DE APRESENTAÇÃO DE NOVA CERTIDAO CAUSARA UM DESARRANJO EM TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO E PRINCIPIOLÓGICO ATÉ AGORA DEMONSTRADO.**

62. Para melhor elucidação da desnecessidade de expedição de nova CND, insta trazeremos a baila entendimento já pacificado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no caso do benefício DRAWBACK, o qual entendeu pela ilicitude de apresentação de CND para desembaraço aduaneiro, *in verbis*:

**RECURSO ESPECIAL Nº 412.806 - RS (2002/0017797-5)
RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX RECORRENTE : FAZENDA
NACIONAL PROCURADOR : RÔMULO PONTICELLI GIORGI**



BISSOLATTI

ADVOGADOS



JUNIOR E OUTROS RECORRIDO : MILÊNIA AGROCIÊNCIAS S/A ADVOGADO : MARCELO SALDANHA ROHENKOHL E OUTROS EMENTA PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CPC. REGIME DE DRAWBACK. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. ART. 60, DA LEI Nº 9.069/95. PRECEDENTES.

1. Inexiste violação ao artigo 535, II, do CPC, quando o voto condutor dos embargos de declaração enfrenta explicitamente a questão embargada.

2. Drawback é a operação pela qual a matéria-prima ingressa em território nacional com isenção ou suspensão de impostos, para ser reexportada após sofrer beneficiamento.

3. O Artigo 60 da Lei nº 9.069/95, dispõe que: "a concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais."

4. Não é lícita a exigência de nova certidão negativa de débito no desembaraço aduaneiro da respectiva importação, se a mesma já foi apresentada antes da concessão do benefício inerente às operações pelo regime de drawback.

5. Recurso improvido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 412.806 - RS (2002/0017797-5), Relator: MINISTRO LUIZ FUX) **(grifo nosso)**

TRIBUTÁRIO. BEFIEIX. NOVA CND. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. DESNECESSIDADE.

PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVOS E QUESTÕES CONSTITUCIONAIS.

DISSÍDIO. FALTA DA DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA.

1. No que tange ao artigo 145, II, da Constituição, registro a inviabilidade de sua análise na via eleita, pois estar-se-ia desrespeitando a competência estabelecida no artigo 102, III, da Carta Magna.

2. Os artigos 77 e 79 do CTN, que tratam da especificidade e divisibilidade das taxas, reproduzem dispositivo constitucional, implicando sua interpretação a apreciação de matéria constitucional, inviável no âmbito de recurso especial.

3. Também não pode ser analisado o suposto maltrato aos artigos 20 e 125, I, do CPC, pois se pretende com essas normas a discussão dos princípios constitucionais da isonomia e da igualdade.



BISSOLATTI

ADVOGADOS



4. Não se demonstrou como teria ocorrido o aventado maltrato ao artigo 7º do Decreto-Lei 2.433/88, o que atrai o impedimento da Súmula 284 do Pretório Excelso.

5. Os temas insertos nos artigos 458, I e II, do CPC e 78 e 108, I, § 1º, do CTN, não foram debatidos no Tribunal de origem, deixando a recorrente de manejar embargos de declaração na origem para suprimir eventual omissão, o que atrai o impedimento das Súmulas nos 282 e 356 do STF.

6. Para se concluir no sentido da ocorrência da cobrança do encargo legal de 20%, indispensável o revolvimento das provas, o que não se viabiliza na via especial a teor da Súmula 7/STJ.

7. Ausência da demonstração analítica do dissídio.

8. Não é exigível nova CND, no momento do desembaraço aduaneiro, para se obter a isenção do II quando já concedido o Befix mediante a apresentação dessa certidão no ato concessivo.

9. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 573302 / SC - RECURSO ESPECIAL 2003/0126495-5, Relator: Ministro CASTRO MEIRA) **(grifo nosso)**

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. REGIME DE DRAWBACK. DESEMBARAÇO

ADUANEIRO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO (CND). INEXIGIBILIDADE.

ARTIGO 60, DA LEI 9.069/95.

1. Drawback é a operação pela qual a matéria-prima ingressa em território nacional com isenção ou suspensão de impostos, para ser reexportada após sofrer beneficiamento.

2. O artigo 60, da Lei nº 9.069/95, dispõe que: "a concessão ou Reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais".

3. Destarte, resoa ilícita a exigência de nova certidão negativa de débito no momento do desembaraço aduaneiro da respectiva importação, se a comprovação de quitação de tributos federais já fora apresentada quando da concessão do benefício inerente às operações pelo regime de drawback (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 839.116/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 01.10.2008; REsp 859.119/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 20.05.2008; e REsp 385.634/BA, Rel.

Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 29.03.2006).

4. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

(REsp 1041237 / SP - RECURSO ESPECIAL 2008/0060462-1, Relator Ministro LUIZ FUX) (**grifo nosso**)

63. Tal entendimento, já encontra-se sumulado pelo E. Superior Tribunal de Justiça ao redigir a súmula nº 569, *verbis*:

Na importação, é indevida a exigência de nova certidão negativa de débito no desembaraço aduaneiro, se já apresentada a comprovação da quitação de tributos federais quando da concessão do benefício relativo ao regime de drawback.

64. Logo, o requerimento de nova CND é claramente ilícito, visto que o mero desembaraço aduaneiro não se trata de benefício e sim formalidade para entrada da mercadoria.

65. Desta feita, com base em todos argumentos apresentados entende-se que aplicar-se, o binômio meio-fim, **bem como o afastamento do dualismo pendular, aplicando-se por outro lado a divisão igualitária de ônus entre credores e devedores na recuperação judicial.** 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-se com o benefício já concedido, visto que este é essencial para continuidade da atividade;
- b) necessária porque de outra forma não poderá a recuperanda manter o benefício fiscal já concedido, com apresentação dos documentos necessários.
- c) mais benéfica, pois certamente atende ao interesse comum geral mais iminente - manutenção de fonte geradora de empregos e riquezas.

66. Não se pretende com isso, buscar a qualquer custo a recuperação da ora Recuperanda. 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, o qual fora feito por este D. Juízo, entendendo sabiamente pelo deferimento do processamento da recuperação judicial.

67. Dita posição encontra-se corroborada, nos termos do eloquente aresto proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão, em sede de Recurso Especial, cuja ementa assim foi descrita:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.173.735 - RN (2010/0003787-4) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS ADVOGADOS: THIAGO CEZAR COSTA AVELINO E OUTRO(S) MARCELLE VIEIRA DE MELLO MOREIRA E OUTRO(S) RECORRIDO : ENGEQUIP - ENGENHARIA DE EQUIPAMENTOS LTDA ADVOGADO : KRAUS JOSÉ RIBEIRO OLIVEIRA EMENTA 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 desnecessária 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).

68. O Superior Tribunal de Justiça, para o momento de deferimento do processamento 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 intelecção, 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, **ou manter os benefícios concedidos visto que no presente caso este assegura a preservação da empresa, a manutenção de empregos e geração de novos postos.**

69. Portanto, nítido e cristalino é que a continuidade do benefício já concedido em cumprimento aos requisitos do Decreto Estadual nº 33.981/2003, bem como o afastamento de qualquer exigência de CND para desembaraços aduaneiros de matéria prima é medida que se faz imprescindível para preservação da empresa, continuidade e geração de novos empregos, balizado nos artigos 170 da Constituição Federal e 47 da Lei nº 11.101/2005, bem como fundamentado nos princípios constitucionais da proporcionalidade e adequação.

III. **PEDIDO**

Diante da demonstração da absoluta essencialidade do benefício e incentivos fiscais previstos no Decreto Estadual nº 33.981/2003, o qual fora concedido nos termos do processo administrativo nº 041182.108/2010, por ora a Recuperanda, requer a este D. Juízo a concessão de tutela de urgência em observância ao artigo 300, do Novo Código de Processo Civil, ao artigo 47, da Lei 11.101/2005, e o artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para que seja mantido o benefício fiscal anteriormente concedido, bem como que não seja obstada a proceder ao desembaraço aduaneiro de matérias primas e demais mercadorias, por falta de CND, visto que a época da concessão do benefício fora devidamente comprovado o preenchimento de todo os requisitos previstos em Lei, bem como a negativa da continuidade do benefício inviabiliza a continuidade da atividade empresarial e soergimento da Recuperanda.

Para tanto requer que a decisão sirva de ofício a ser protocolado pela Recuperanda junto aos órgãos competentes:

- **Capitania dos Portos, com endereço na Rua Av. Alfred Agache, S/N - Centro, Rio de Janeiro - RJ, 20021-000; e**
- **Aeroportos e seus entrepostos;**
- **SEFAZ - Secretaria de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro, com endereço na Av. Pres. Vargas, 670 - Centro, Rio de Janeiro - RJ, 20071-001.**

Por fim, requer-se em definitivo, que lhe seja assegurado o direito a manter-se no benefício instituído pelo Decreto Estadual nº 33.981/2003, bem como que não encontre óbice para o desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas.

Por derradeiro, requer que todas as publicações e intimações veiculadas na Imprensa Oficial sejam realizadas em nome do advogado patrono **Dr. Kleber de Nicola Bissolatti**, inscrito na **OAB/SP sob o nº 211.495**, com escritório situado na Avenida Bandeira Paulista, nº 600, Conjunto 112, Itaim Bibi – São Paulo, sob pena de nulidade dos atos já praticados.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 09 de maio de 2019.

KLEBER DE NICOLA BISSOLATTI
OAB/SP Nº 211.495

MONIQUE HELEN ANTONACCI
OAB/SP Nº 316.885

ANA NAGILA TAVARES TORRES
OAB/SP Nº 397.910