

RECUPERAÇÃO JUDICIAL E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA: A QUESTÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO¹

JUDICIAL REORGANISATION PROCEEDING AND OPPORTUNISTIC BEHAVIOR: THE ISSUE ABOUT TAX DEBT

Pablo Francisco Santos²

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a posição do crédito tributário no processo de recuperação judicial, sobretudo a partir do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto. Para tanto, procurar-se-á demonstrar que o entendimento adotado pela Corte mencionada tem o condão de estimular comportamentos oportunistas de devedores de má-fé, que poderão ser levados a pedir a proteção judicial somente com a finalidade de procrastinar, ou mesmo inadimplir, o crédito tributário. A partir desta constatação, procura-se propor mecanismos para evitar-se a consequência descrita, que coloca em risco não somente o Erário, mas também a livre-concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial – Crédito Tributário – Superior Tribunal de Justiça – Comportamento Oportunista – Livre-Concorrência.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the position of tax debt on the judicial reorganization proceeding, specially after the comprehension settled by Superior Court of Justice about the question. Focused on that, we'll demonstrate that the mentioned understanding stimulates opportunistic behaviors from bad faith debtors, which could fill the protect just looking for to delay payment or, worst, simply don't pay that. From this point of view, we'll propose some instruments to avoid that effects, which is hurtful not only to State, but also to free competition.

KEYWORDS: Judicial Reorganization Proceeding – Tax Debt – Superior Court of Justice (STJ) – Opportunistic Behavior – Free Competition.

¹ Artigo submetido em 02-07-2020 e aprovado em 18-07-2020.

² Mestre e doutorando em direito comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de direito empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCCAMP. Procurador do Estado de São Paulo. Endereço eletrônico: pfd santos@gmail.com.



1. INTRODUÇÃO

A Nova Economia Institucional vem, há anos, estudando como a estrutura de incentivos molda as decisões dos agentes econômicos, tendo como um dos maiores expoentes Douglas North. Para o autor, instituições são constituídas de regras formais e informais que, dotadas de sanção³, estimulam ou desestimulam determinados comportamentos dos agentes econômicos⁴.

O Poder Judiciário possui posição de destaque quando se fala na melhora do ambiente institucional, na medida em que, interpretando a legislação vigente, estimula ou desestimula determinados comportamentos.

O tema que pretendemos explorar, nas próximas páginas, é fruto claro deste incentivo/desincentivo decorrente da jurisprudência. Trata-se da posição do Fisco na cobrança do crédito fiscal de empresas em recuperação judicial.

Embora o arcabouço legal trazido pela Lei n.º 11.101/2005 tenha afastado comportamentos oportunistas dos agentes econômicos neste aspecto, ao condicionar a concessão da recuperação judicial à apresentação de certidões negativas - art. 57 -, permitindo, por outro lado, o prosseguimento da cobrança do crédito –art. 6º, § 7º -, a interpretação dada pelo C. Superior Tribunal de Justiça aos dispositivos vem permitindo que grandes devedores operem por longo período sem o recolhimento de tributos, com graves prejuízo não só ao Erário, mas, também, à concorrência.

³ A expressão sanção é empregada no lugar de *enforcement*, cuja tradução mostra-se demasiadamente difícil.

⁴ “*Institutions consist of formal rules, informal constraints (norms of behavior, conventions, and self imposed codes of conduct) and the enforcement characteristics of both. The degree to which there is an identity between the objectives of the institutional constraints and the choices individuals make in that institutional setting depends on the effectiveness of enforcement. Enforcement is carried out by the first party (self imposed codes of conduct), by the second party (retaliation), and/or by a third party (societal sanctions or coercive enforcement by the state). Institutions affect economic performance by determining (together with the technology employed) transaction and transformation (production) costs.*” NORTH, Douglas C. *Institutional Change. A Framework of Analysis*. Disponível em <http://ecsocman.hse.ru/data/853/760/1216/9412001.pdf>, Acesso em 21/06/2017.



Desta forma, após traçarmos o panorama do crédito fiscal na recuperação judicial, procuraremos, ainda que de forma sucinta, apontar algumas soluções para os problemas apresentados, de forma a restabelecer a posição do crédito público no processo de recuperação, com vistas a viabilização de sua rápida recuperação.

2. O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA LEI N.º 11.101/2005: COMPREENSÃO DAS RAZÕES DE SUA EXCLUSÃO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A compreensão do arcabouço legal montado pela Lei n.º 11.101/2005 para o crédito tributário na recuperação judicial não demanda grandes esforços.

De fato, o art. 187 do CTN excluiu o crédito fiscal da sujeição ao processo de recuperação judicial, tendo o art. 6º, § 7º, da LREF previsto, ademais, que as execuções fiscais não se suspenderiam em razão do deferimento do processamento do pedido, ressalvando-se apenas *a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica*.

Por outro lado, para não inviabilizar o soerguimento da empresa, o art. 52, II, da LREF determinou que, requerida a recuperação e estando o pedido regularmente instruído, o juiz deferirá o seu processamento, dispensando *a 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*.

Como a Fazenda Pública não participa da recuperação judicial e não pode votar pela aprovação ou rejeição do plano, a legislação concebeu um mecanismo para evitar-se a fraude: uma vez aprovado, deve a recuperanda apresentar certidão negativa - ou positiva com efeitos de negativa (art. 206, CTN) – como condição para homologação⁵. A ausência

⁵ Cássio Cavalli e Luiz Roberto Ayoub acrescentam que *“a recuperação pode vir a afetar o crédito tributário de duas maneiras. A primeira maneira consiste na possibilidade de alienar-se bem imóvel da empresa devedora na fase de processamento da recuperação (art. 66 da LRF), dispensando-se a apresentação de certidão negativa de débito tributário (art. 52, II, da LRF). A segunda maneira consiste em que o plano aprovado e homologado pode dispor sobre a venda parcial de bens ou a alienação de unidades produtivas isoladas. Vale dizer, o plano de recuperação, ao prever sobre a alienação de ativos,*



da certidão implica em recusa de homologação, já que o art. 191-A do CTN exige, para tanto, a apresentação da prova de quitação de todos os tributos⁶.

Como se vê, um sistema simples, pensado para evitar-se o ajuizamento de recuperações judiciais com a única finalidade de obtenção de vantagens tributárias, com manifestos efeitos deletérios em relação à concorrência⁷ e ao Erário.

Porém, a jurisprudência pátria tornou aquilo que era simples uma verdadeira confusão, estimulando, com isso, comportamentos oportunistas de agentes econômicos que tem como única finalidade lesar o Erário e seus concorrentes, mediante o não pagamento dos tributos que lhe são cometidos.

modificará a composição dos ativos, presentes e futuros, que respondem por todas as obrigações do devedor” (AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, P. 51). Por essa razão, na visão dos autos, justificar-se-ia a exigência da juntada da certidão negativa de débito.

⁶ “Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.” No mesmo sentido o art. 58 da Lei n.º 11.101/2005.

⁷ A correlação entre sonegação e o ganho de vantagens competitivas indevidas já foi objeto de dois julgamentos pelo CADE, que infelizmente arquivou as representações. No processo n.º 0800.004542/1997-136, que atribuía suposta conduta anticoncorrencial ao SESI-SC por utilizar indevidamente de sua imunidade tributária na venda de medicamentos, com vistas à eliminação artificial da concorrência para posterior monopolização do mercado, o CADE decidiu arquivar a representação por entender não estar configurada a prática de preços predatórios. Em outro caso paradigmático – processo n.º 08012.000208/1999-7954 – envolvendo a Sociedade das Mineradoras do Rio Jacuí (Smarja), que emitia notas de venda de areia com indicação de menos da metade do produto efetivamente transportado, o CADE reconheceu uma ofensa reflexa ao direito concorrencial, mas entendeu por bem arquivar a representação fundado no argumento de que o aprofundamento da investigação fugiria à sua competência, encaminhando os autos ao MP/RJ para análise. Mais recentemente pode ser encontrada representação formulada pela Associação Brasileira de Combate às Fraudes de Combustíveis (ABCFC) em face da Rodopetro Distribuidora de Petróleo Ltda. (IA n.º 08700.002532/2018-33), pela mesma prática de sonegação fiscal com efeitos concorrenciais deletérios. Como se infere da representação, “o não pagamento reiterado de tributos possibilitou prática de preços impossível de ser reproduzida por concorrentes em regularidade com o Fisco, o que permitiu à Representada adquirir parcela relevante do mercado de distribuição de etanol hidratado no Estado do Rio de Janeiro. Essa prática permitiu que a Representada se tornasse líder do mercado de distribuição de etanol hidratado nesse estado”. O inquérito encontra-se, por ora, em regular andamento.



3. O ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA NA ATUALIDADE: SUBVERSÃO DA *RATIO LEGIS*

Subvertendo complemente o arcabouço legal pensado pelo legislador, a jurisprudência pátria vem dispensando por completo a exigência de certidão negativa de débitos tributários – ou positiva com efeito de negativa -, fazendo tábula rasa do art. 191-A do CTN e art. 58 e 68 da Lei n.º 11.101/2005.

Como efeito, em estudo realizado junto ao Ministério da Justiça, Cássio Cavalli e Aloísio Pessoa de Araújo⁸ demonstraram que **nada menos do que a unanimidade** das decisões dos Tribunais Estaduais pátrios objeto da pesquisa foram no sentido de conceder-se a recuperação judicial independentemente da apresentação das certidões. Do estudo em questão se colhe o seguinte:

Em todos os acórdãos, há dois argumentos que estão sempre presentes:

- a. Não se deve exigir a CND quando inexistente lei disciplinadora dos créditos tributários (100% das decisões).*
- b. Que, do cotejo entre o art. 57 com o art. 47 da Lei 11.101/05, o princípio da manutenção da unidade produtiva deve prevalecer (100% das decisões)*

A título de exemplo, os autores ilustram a argumentação encontrada nos acórdãos a partir da análise de um caso paradigmático, qual seja, a recuperação judicial da Parmalat. A sentença concessiva da recuperação fundou-se em parecer do Ministério Público Estadual, da lavra de Alberto Camiña Moreira, no seguinte sentido:

“Em relação à exigência do art. 57 da Lei 11.101 e artigo do CTN: a) trata-se de sanção política, profligada pela jurisprudência dos tribunais; b) fere o princípio da proporcionalidade, e, por isso, são insubsistentes; c) o descumprimento não acarreta a falência, consequência não desejada pela lei; d) a jurisprudência de nossos tribunais, historicamente, desprezou exigências fiscais de empresas em crise econômica, sem que isso represente proibição de cobrança de tributos pelas vias próprias.

Diz-se, costumeiramente, que a falência é um conjunto de rios, o principal e os afluentes menores. A Fazenda Pública insere-se em rio próprio,

⁸ ARAÚJO, Aloísio Pessoa de; CAVALLI, Cássio *et al.* Avaliação da Nova Lei de Falências (Lei n.º 11.101/2005). N. 22. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2010, disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/10/22pensando_direito-1.pdf. Acesso em 10/02/2020.



não tributário do rio da falência. Corre em separado. Não se mistura às águas concursais. São rios que não se comunicam.

É o que afirma o artigo 187 do Código Tributário Nacional, na redação que lhe deu a Lei Complementar 118/05: ‘A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores, ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento’.

Deve, então, a Fazenda Pública seguir seu rumo, na importante defesa do crédito público’’ (fls. 92/93)

Posteriormente, em recurso interposto contra a sentença e julgado pela Câmara Reservada de Falência e Recuperação, o relator Desembargador Pereira Calças, seguindo a mesma linha de raciocínio, consignou:

“A aplicação literal do artigo 57 coloca-se em frontal antinomia com o estabelecido pelo artigo 47, já que, o indeferimento da recuperação judicial pela falta da apresentação das certidões negativas fiscais, fatalmente, inviabilizará a preservação da empresa e dos empregos dos trabalhadores.”

Na recuperação judicial da Varig, outro caso de repercussão nacional, a solução não foi diferente. Em primeira instância o Juiz Luiz Roberto Ayoub, ao conceder a recuperação, escreveu⁹:

“A ausência de lei especial disciplinadora do parcelamento de créditos tributários de quem esteja em processo de recuperação, exige tratamento que for mais benéfico ao contribuinte, sendo inaplicável a norma do art. 191-A do CTN, enquanto não se dê cumprimento ao disposto no § 3o, do art. 155-A, daquele diploma legal.

Acrescente-se que tais fundamentos geram direito subjetivo às requerentes de obter as referidas certidões, não sendo razoável que a burocracia seja capaz de impedir a últimação do processo de recuperação e maltratar, conseqüentemente, o princípio cardeal que inspira a lei, que, reprise-se, objetiva a manutenção da unidade produtiva’’ (fls. 70).

⁹ Embora o estudo de Cássio Cavalli e Aloísio Pessoa de Araújo, acima citado, date de 2010, a jurisprudência não se alterou a respeito do tema. Vide, por exemplo, no TJSP, os seguintes julgados: AI 2205928-84.2018.8.26.0000, ARALDO TELLES; AI 2147376-29.2018.8.26.0000, ALEXANDRE LAZZARINI. Mais recentemente: Agravo de Instrumento 2185265-80.2019.8.26.0000; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Descalvado - 1ª Vara; Data do Julgamento: 11/12/2019; Data de Registro: 12/12/2019. Os julgados encontram-se em consonância com o Enunciado 55 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: “O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art. 191-A do CTN.”



No Superior Tribunal de Justiça o entendimento não destoava do acima mencionado, como se vê da ementa do julgado abaixo:

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)

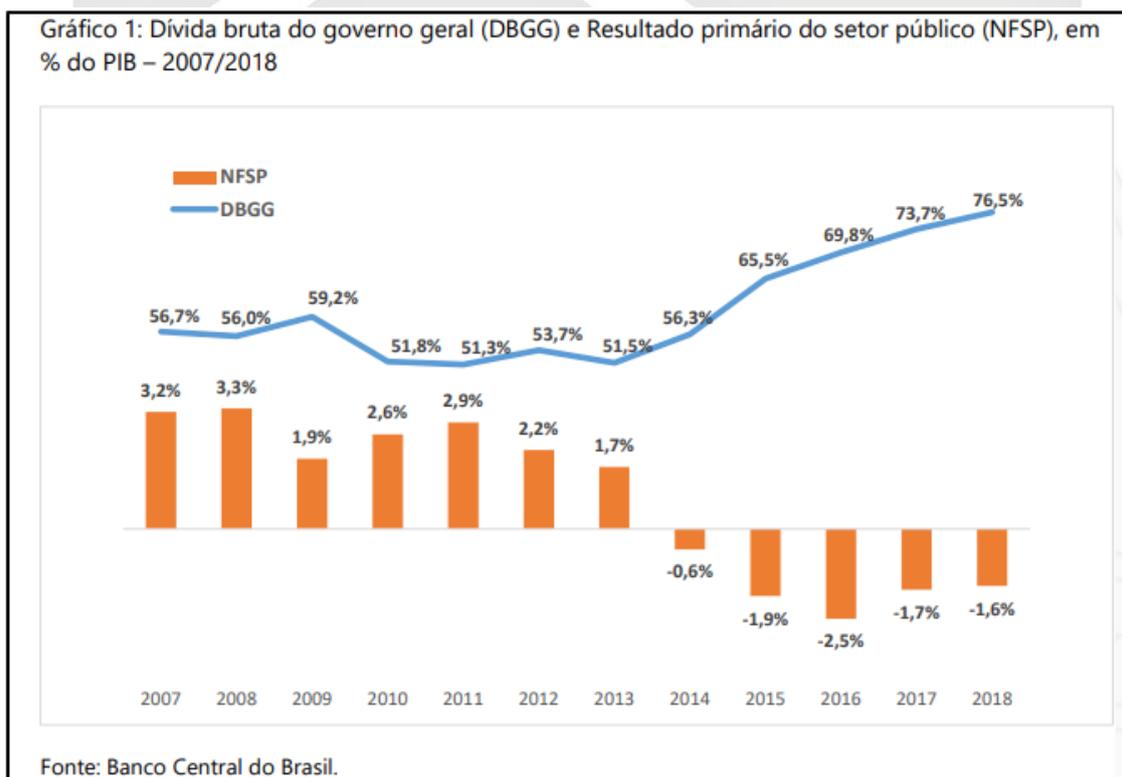
Em todos os casos verifica-se que foi absolutamente desprezado o art. 191-A do CTN, com base em dois argumentos principais: i) supremacia axiológica do art. 47 da Lei n.º 11.101/2005 em face do art. 57 da mesma lei; ii) em adição ao argumento anterior, a inexistência de um parcelamento especial em favor das empresas em recuperação, nos moldes supostamente propugnados pelos art. 155-A, § 3º, do CTN.

No que tange ao item 'i', a questão nos parece problemática. Se é fato que o princípio da preservação da empresa constitui o epicentro de todo o sistema

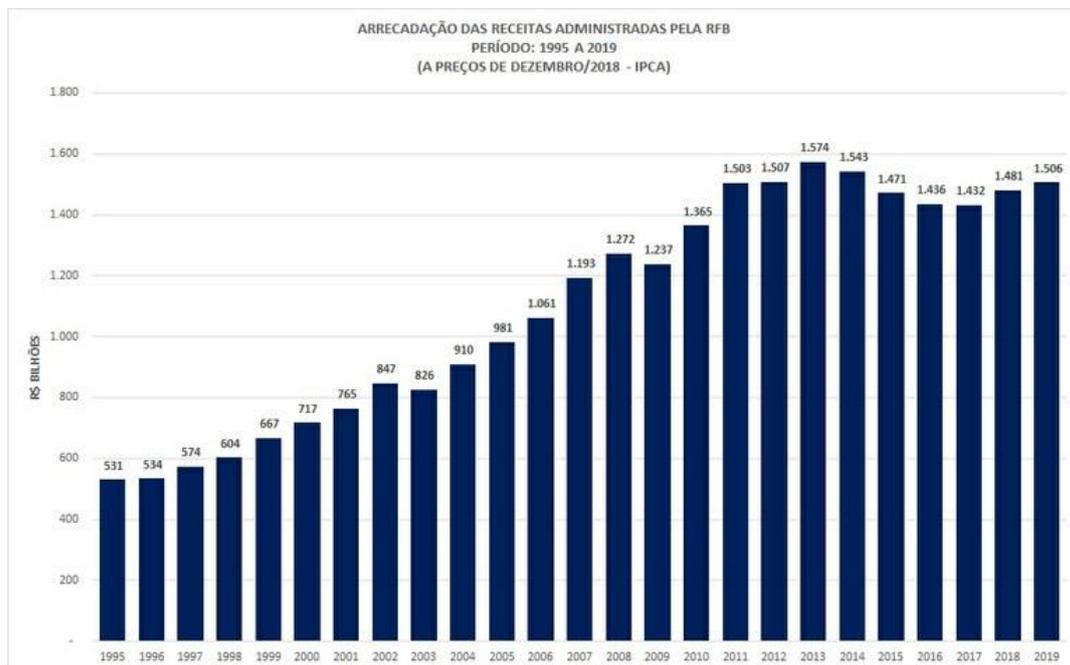


recuperacional pensado no Brasil, não é menos relevante o fato de que a arrecadação tributária também está na primeira ordem das preocupações nacionais.

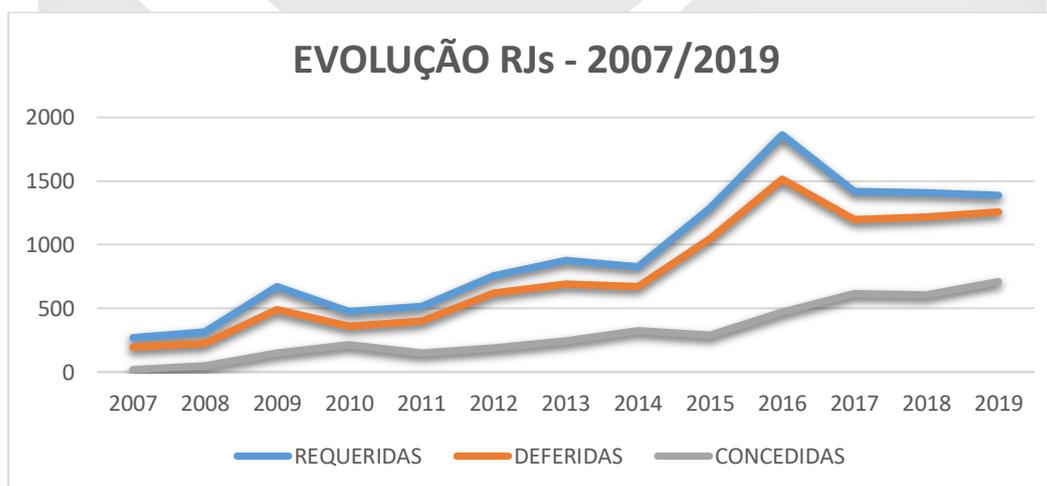
Relatórios econômicos demonstram que o Brasil, desde 2014, vem apresentando resultados primários negativos, fruto da recessão a que esteve sujeito neste período. O gráfico abaixo dá conta da dimensão do problema:



Por outro lado, a arrecadação tributária apresentou forte declínio nos anos de 2015/2017, com modesta evolução nos anos de 2018 e 2019¹⁰:



Correlacionando os dados acima com os pedidos de recuperação judicial no mesmo período, temos a imagem clara da crise: o pico de recuperações judiciais ocorre justamente nos anos de 2015 e 2016, mantendo-se praticamente estável a partir de então:



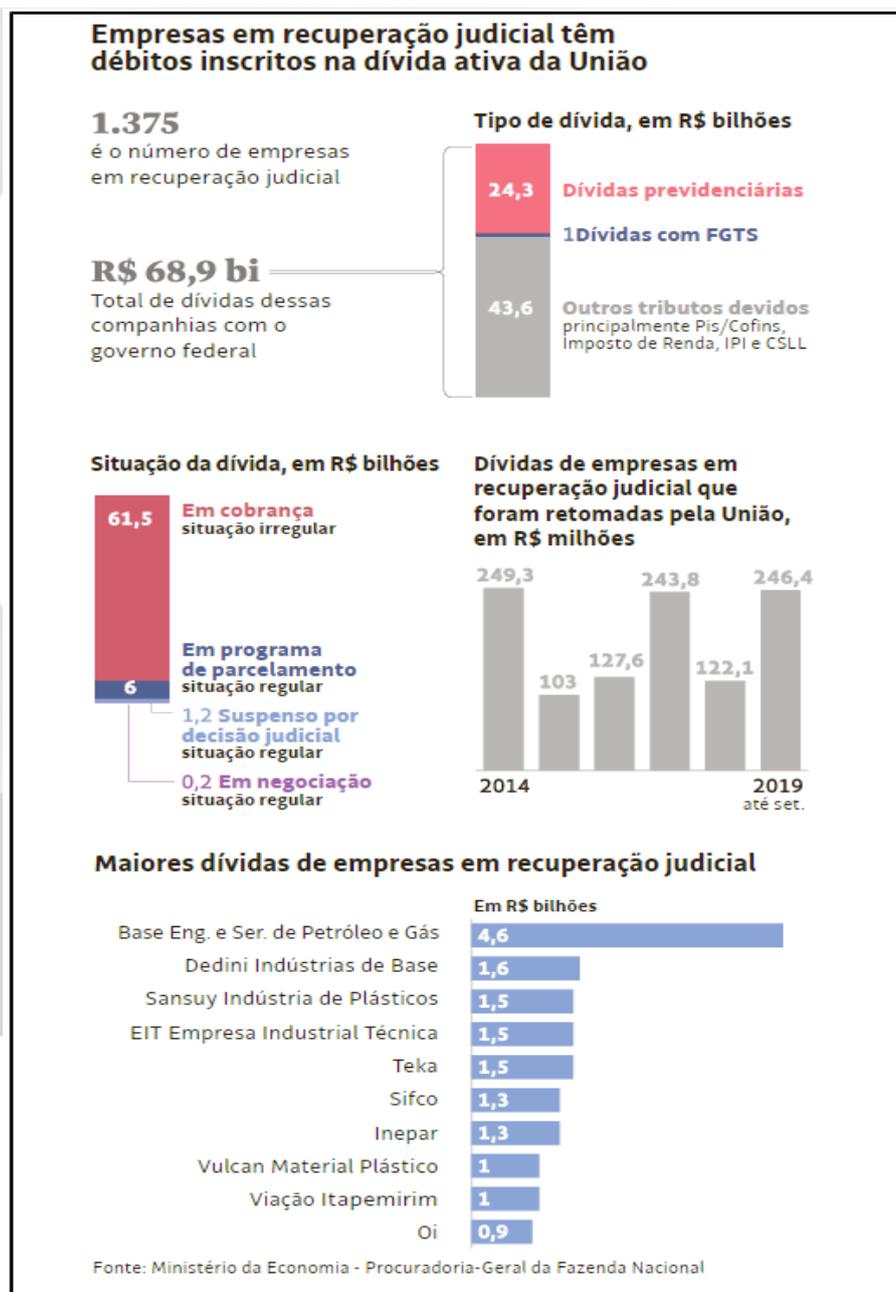
Fonte: Serasa Experian

¹⁰ Fonte: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/copy4_of_analise-teste. Acesso em 12/02/2020.

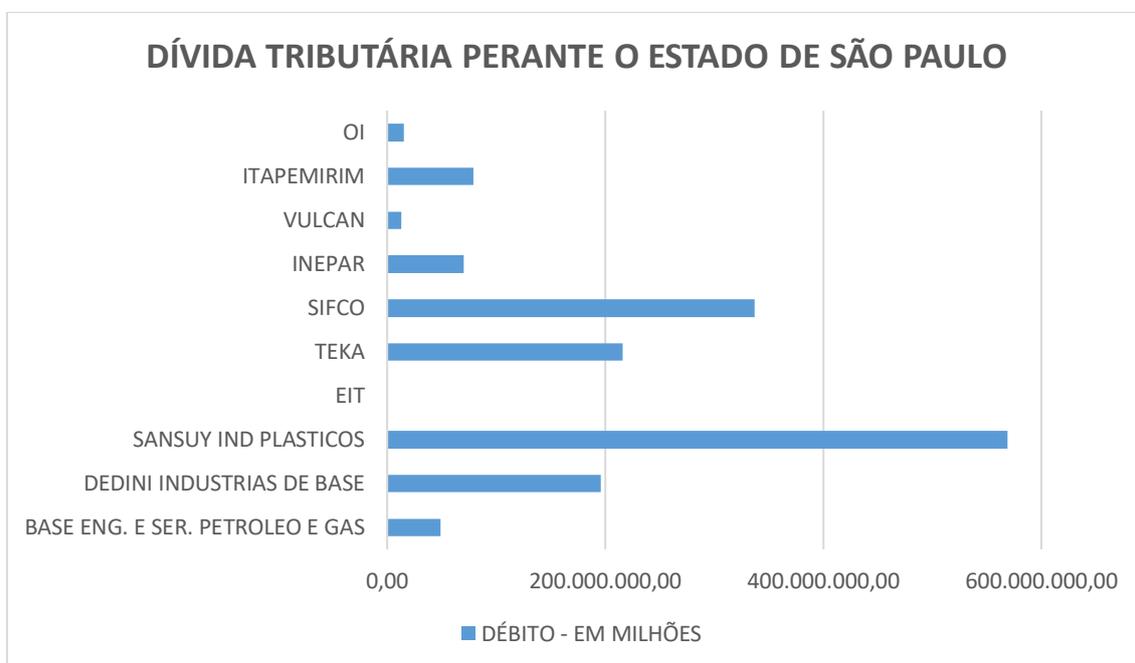


Os dados não são isolados e sugerem que a crise, além de solapar a base tributável dos entes federativos, implicou em queda maciça da arrecadação por empresas que obtiveram em juízo o deferimento do processamento da recuperação.

Dados do Ministério da Economia dão uma dimensão do tamanho da frustração da receita decorrente dos pedidos de recuperação judicial:



Observe-se que as mesmas empresas elencadas como as maiores devedoras em recuperação judicial da União apresentam passivo tributário relevante perante o Estado de São Paulo:



Fonte: www.dividaativa.pge.sp.gov.br

Como se vê, colocar o princípio da preservação da empresa acima do interesse público na arrecadação tributária em quaisquer hipóteses não parece ser a solução mais correta, pois:

i) estimula comportamentos oportunistas de determinados agentes, que se valem do entendimento dominante para evitar o pagamento de tributos;

ii) gera uma importante externalidade negativa em relação à concorrência, já que permite que um agente econômico, amparado na recuperação, concorra no mesmo mercado com aquele que recolhe, regularmente, seus tributos;



iii) gera uma importante externalidade negativa em relação ao orçamento público, pois impede a recuperação do crédito num ambiente de forte crise fiscal¹¹.

O argumento de que a ausência de parcelamento especial fundamenta a concessão da recuperação independentemente das certidões negativas também não se sustenta.

Isto porque os entes federativos vem, ao longo do tempo, ampliando as possibilidades de regularização dos débitos fiscais de empresas em recuperação judicial sem que, no entanto, haja alteração na jurisprudência em destaque.

No âmbito da União, a Lei 13.043 permite, desde 2014, o parcelamento do passivo fiscal pelas empresas em recuperação em 84 parcelas. No mesmo sentido, o Convênio ICMS 59/2012, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), autorizou os Estados a concederem parcelamento de débitos tributários e não tributários em até 84 meses para empresas em recuperação judicial.

Não obstante tais medidas, a jurisprudência não sofreu alteração no período¹². Pior do que isso: firmou-se novo entendimento, de *lege ferenda*, de que a efetivação da

¹¹ Segundo informações recentemente veiculadas, a União abrirá mão de mais de 70% dos débitos das empresas em recuperação judicial: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/11/uniao-pode-cobrar-70-menos-de-empresas-em-recuperacao-judicial.shtml?origin=folha>. O previsão, frise-se, estimula o comportamento oportunista dos agentes, que podem ver na recuperação a solução para seus problemas fiscais.

¹² A título de exemplo, vide a ementa que segue, proferida posteriormente à Lei n.º 13.043/2014, mas antes da Lei n.º 13.988/2020: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO. VIABILIDADE. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. DESNECESSIDADE. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.ºs 2 e 3/STJ). 2. Não é necessária a apresentação de certidão negativa de débito tributário como pressuposto para o deferimento da recuperação judicial. Precedentes da Corte Especial. 3. A análise de contrariedade a lei estadual é inviável pela via do recurso especial, nos termos da Súmula n.º 280/STF. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1185380/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018). Mais recentemente, o C. STJ consignou possível alteração de posição, como se vê de matéria publicada no Jornal Valor Econômico: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/11/20/ministros-do-stj-indicam-que-exigirao-cnd-de-empresas-em-recuperacao-judicial.ghtml>.

No âmbito do TJSP, o entendimento permanece inalterado – inexistência da certidão prevista no art. 57 -, em que pese o advento do parcelamento especial: “Recuperação judicial. Decisão que homologou plano de reestruturação. Agravo de instrumento da União, requerendo seja o deferimento do pedido de recuperação judicial condicionado à apresentação de certidões negativas de regularidade fiscal. Jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste TJSP que relativizou a exigência



prática de atos constritivos nos processos de execução fiscal, que não estão sujeitos à recuperação judicial – art. 6º, § 7º, da Lei n.º 11.101/2005 – são de competência do juízo universal¹³, mesmo na pendência da Lei n.º 13.043/2014.

No tocante a esta questão – competência para a prática de atos constritivos no processo de execução fiscal contra empresas em recuperação judicial – a questão passou a ser objeto de divergência no Superior Tribunal de Justiça, que recentemente afetou vários recursos para julgamento na sistemática dos recursos repetitivos¹⁴, além de ser a matéria objeto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Conflito de Competência (IUJr no CC) de n.º 144.433.

Como se vê, a jurisprudência tem feito ouvidos moucos às alterações legislativas, com grandes prejuízos ao Erário, que i) não consegue ver cumprido no art. 191-A do CTN no processo de recuperação judicial e ii) tampouco cobrar seus créditos no processo de

das certidões, nos termos do art. 57 da Lei 11.101/2005, mesmo no momento de homologação do plano. Entendimento não alterado com a edição da Lei 13.043/14, que tornou possível o parcelamento de débitos tributários por empresas em recuperação judicial. O parcelamento é direito do devedor, não faculdade do Fisco. Manutenção da decisão recorrida. Agravo de instrumento desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2249283-13.2019.8.26.0000; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Aguai - Vara Única; Data do Julgamento: 19/02/2020; Data de Registro: 20/02/2020)”

¹³ O STJ, inclusive, ressalva expressamente que a concessão do parcelamento especial não teve o condão de alterar o entendimento já pacificado na Corte: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA DE ATOS EXECUTÓRIOS CONTRA O PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA. LEI N. 13.043/2014. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DA SEGUNDA SEÇÃO. 1. As causas em que figurem como parte ou assistente ente federal relacionado no inciso I, do art. 109, da Constituição Federal, são da competência absoluta da Justiça Federal ou de Juízo investido de jurisdição federal, não se sujeitando os créditos tributários federais à deliberação da assembleia de credores à qual submetido o plano homologado pelo juiz estadual. 2. Contudo, conquanto o prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deva se dar perante o juízo federal competente - ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora -, a prática de atos constritivos contra o patrimônio da recuperanda é da competência do Juízo da recuperação judicial, tendo em vista o princípio basilar da preservação da empresa. Precedentes. 3. A edição da Lei n. 13.304/2014, que instituiu o parcelamento especial em favor das empresas em recuperação judicial - benefício que, em tese, teria o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário da sociedade recuperanda - não alterou o entendimento pacificado na Segunda Seção sobre o tema. (AgRg no CC 136.130/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 13/05/2015, DJe 22/06/2015). 4. Agravo interno não provido. (AgInt no CC 144.157/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017)

¹⁴ Tema n.º 987: “Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária.”



execução fiscal, ante a exigência da submissão da prática dos autos constritivos ao Juízo da Recuperação Judicial.

4. PROPOSTAS PARA A SUPERAÇÃO DO PROBLEMA

Diante do quadro apontado, deve-se buscar soluções para viabilizar, diante da jurisprudência formada, a cobrança do crédito tributário, que possui manifesto interesse público.

Jorge Lobo Torres¹⁵, a tratar do tema, sustenta que o efeito previsto no art. 60, Parágrafo Único, da Lei n.º 11.101/2005 – ausência de sucessão pelos débitos da recuperanda em caso de alienação de unidade produtiva isolada - somente se aplicaria no caso de observância do art. 57 da mesma lei.

Eduardo Secchi Munhoz¹⁶, por outro lado, sustenta que outra alternativa possível seria a prorrogação do prazo para apresentação das certidões para o fim da recuperação judicial – fim do prazo de controle judicial, de 2 anos a contar da concessão (art. 61 c/c art. 63 da LRE) -, facultando-se à Fazenda, em caso de ausência da juntada do documento, o pedido de falência do empresário.

Além das proposições de caráter doutrinário, mais recentemente algumas medidas já vem sendo adotadas pelos Governos Estaduais e Federal.

No âmbito estadual, o Estado do Rio de Janeiro publicou recentemente a LE 8.502/2019, que possibilitou o parcelamento dos débitos de empresas em recuperação judicial, em até 120 parcelas, com substancial redução dos juros e das multas. A medida, em pese elogiada por muitos, tende a render poucos frutos do ponto de vista da recuperação do crédito, na medida em que não se vislumbra o caráter coercitivo da adesão

¹⁵ **LOBO**, Jorge. Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência. In RDM n.º 144 (2006), p. 144.

¹⁶ **MUNHOZ**, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69, in **SOUZA JUNIOR**, Francisco Satiro de e **PITOMBO**, Antonio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n.º 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 285. O entendimento em questão, contudo, não foi admitido por ocasião do julgamento do AI n.º 456.393.4/8-00, TJSP, rel. Des. Romeu Ricupero, Câmara Especial de Falência e Recuperações Judiciais, j. 08/11/2006.



como condição para a concessão da recuperação judicial, levando-nos a crer que a inexigência da certidão negativa de débitos continuará a ser a regra.

No âmbito federal, a Lei n.º 13.988, de 14 de Abril de 2020 disciplinou transação tributária, regulamentando o art. 171 do CTN. A lei, fruto da conversão da Medida Provisória n.º 899/2019¹⁷ (“*MP do Contribuinte Legal*”), permitiu a concessão de descontos nas multas, nos juros de mora e nos encargos legais relativos a créditos a serem transacionados que sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação (art. 11, I), tendo especificado que considera como irrecuperável ou de difícil recuperação aqueles devidos por empresas em processo de recuperação judicial (art. 11, § 5º).

A fim de regulamentar indigitada lei, foi publicada a Portaria PGFN n.º 9.917, também de 14 de Abril de 2020, cujo art. 24, III, repete a previsão no sentido de considerar-se como irrecuperável ou de difícil recuperação os créditos de devedores em recuperação judicial ou extrajudicial (ampliando, em relação à última hipótese, a previsão da lei regulamentada), permitindo não só a adesão à transação individual proposta pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (art. 32, II), como também a propositura da transação individual pelo próprio devedor, até o prazo previsto no art. 57 da Lei n.º 11.101/2005 (art. 41).

Como regra, o pagamento deverá ocorrer em até oitenta e quatro parcelas, exceto em se tratando de empresário individual, microempresa, empresa de pequeno porte, instituições de ensino, sociedades cooperativas e demais organizações da sociedade civil, em recuperação judicial, quando o prazo máximo será de cento e quarenta e cinco meses (art. 41, I)¹⁸. O desconto máximo a ser deferido ao contribuinte, por outro lado, não poderá

¹⁷ Observe-se que a permissão dada à Fazenda pelo art. 8º, II, da MP 899/2019, no sentido de facultar o pedido de falência da empresa em recuperação que rescindisse a transação celebrada, não restou incorporada na lei de conversão.

¹⁸ A referência a instituições de ensino, sociedades cooperativas e demais organizações da sociedade civil pode soar estranha, face ao previsto no art. 1º da Lei n.º 11.101/2005, que restringe o acesso à recuperação judicial somente aos empresários. No entanto, há projeto de lei já aprovado na Câmara dos Deputados e pendente de deliberação no Senado Federal (PL 1397/2020, de autoria do Deputado Hugo Leal) que cria medidas emergenciais aplicáveis a “agentes econômicos” – conceito mais amplo que o de empresários -, regra esta que, de acordo com o texto, terá caráter transitório. Ademais, não se desconhece o deferimento do processamento de recuperações judiciais a agentes econômicos que não se qualificam, legalmente, como



exceder a 50%, podendo ser elevado a 70% no caso de empresário individual, microempresa, empresa de pequeno porte, instituições de ensino, sociedades cooperativas e demais organizações da sociedade civil, em recuperação judicial¹⁹.

A medida mostra-se louvável, posto que o argumento de que a Fazenda Pública detém meios próprios para cobrança do crédito – processo de execução fiscal - não satisfaz²⁰. A uma, porque este instrumento mostra-se extremamente ineficiente²¹; a duas,

empresários – caso das instituições de ensino -, de que é exemplo recente a Universidade Cândido Mendes (Processo n.º 0093754-90.2020.8.19.0001, em curso perante a 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro).

¹⁹ Observe-se que é vedado que a transação incida sobre o principal do débito (art. 11, § 2º, I, da Lei n.º 13.988/2020).

²⁰ O STJ, ao debruçar-me sobre o tema, considerou que o pedido de falência do empresário por parte da Fazenda Pública implicaria em afronta direta ao princípio da preservação da empresa como se vê da ementa do aresto abaixo:

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALÊNCIA DE EMPRESA.

1. A controvérsia versa sobre a legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência de empresa.
2. O art. 187 do CTN dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31 da LEF, a fortiori, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a falência de empresa.
3. Tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei n. 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata e o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial.
4. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante.
5. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos.
6. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública a requerer falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a atividade econômico-capitalista. Dessarte, a Fazenda poder requerer a quebra da empresa implica incompatibilidade com a ratio essendi da Lei de Falências, mormente o princípio da conservação da empresa, embaçador da norma falimentar.

Recurso especial improvido.

(REsp 363.206/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010)

²¹ A título de ilustrativo, estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados revela que, em 2014, somente 0,824% do estoque inscrito em dívida ativa foi recuperado via execução fiscal. Em 2015, o percentual subiu para 0,928%. O estudo pode ser consultado em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet. Acesso em 05/03/2020.



porque, assim, como a Fazenda, os demais credores privados também possuem outros meios para recuperação de seu crédito, como a execução extrajudicial de títulos. Desta forma, o argumento de que o pedido de falência por parte da Fazenda mostra-se abusivo não satisfaz²².

A melhor solução estaria na modificação do art. 41 da Lei n.º 11.101/2005, com a criação de uma quinta classe de credores de credores no processo de recuperação judicial, a qual seria integrada pelas Fazendas Públicas.

Estes credores deveriam ter o poder-dever de celebrar transações tributárias e não tributárias²³, nos termos preconizados pela Lei n.º 13.988/2020, com base em critérios objetivos previamente fixados, como valor da dívida, potencial de pagamento, conformidade fiscal, etc., fazendo com que tais termos constatassem, expressamente, do plano de recuperação aprovado pela assembleia.

Desta forma, o descumprimento do plano implicaria em imediata convalidação em falência, sem necessidade de pedido específico a ser formulado pela Fazenda, tornando mais assertivo o acordo formulado e promovendo, por isso, uma cultura de conformidade fiscal.

Em acréscimo, dever-se-ia também estabelecer que a superveniência de novos débitos, no curso do cumprimento do plano de recuperação judicial, constituiria causa apta à convalidação em falência, estimulando, com isso, um círculo positivo de cumprimento da legislação tributária.

²² Thayana Felix Mendes e Thiago Ciocari Brigido defendem a tese de que somente nos casos de atos de falência ou execução frustrada poderia a fazenda requerer a falência do empresário: *“Legitimidade da Fazenda Pública para Postular a Falência do Devedor Tributário: a função social da empresa e o interesse público no par conditio creditorum”*. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/O%2036%20ARTIGO%20-%20LEGITIMIDADE%20FP%20FALENCIA.pdf>. Consulta em 07/03/2020.

²³ Observe-se que a Lei n.º 13.988/2020 não se aplica somente a créditos tributários, como se vê do art. 1º.



5. CONCLUSÃO

Como se pode observar deste pequeno ensaio, a recuperação do crédito fiscal em face de empresas em recuperação judicial vem sofrendo, por parte da jurisprudência, inúmeros reveses.

A exigência legal de certidão negativa de débitos, prevista no art. 57 da Lei n.º 11.101/2005, restou afastada pela quase unânime – senão totalmente – jurisprudência, que, ancorada no princípio da preservação da empresa, deixou de considerar o interesse público na arrecadação de tributos.

Como consequência, estimulou-se comportamentos oportunistas de agentes econômicos que, apenas para obter vantagem concorrencial, requererem recuperação judicial para, a partir do deferimento do processamento, deixarem de recolher tributos aos cofres públicos, com manifesta vantagem do ponto de vista concorrencial.

Não bastasse isso, a execução fiscal, que não se suspende pelo processamento da recuperação – art. 6º, § 7º, da Lei n.º 11.101/2005 – também restou ferida de morte com o entendimento de que a prática de atos constitutivos estaria sujeita a prévia aprovação do juízo da recuperação judicial, o que, sabe-se, jamais ocorrerá.

Assim como acontece com sucessivos programas de parcelamento tributário, a impossibilidade de exigência fiscal em face de devedores em recuperação judicial estimula a inadimplência, ofendendo a moralidade pública essencial à estabilidade do sistema jurídico.

Neste diapasão, a regulamentação de parcelamentos especiais, cumprindo a exigência do art. 6º, § 7º, da Lei n.º 11.101/2005, deve ser capaz de reverter o entendimento hoje consolidado, tornando o art. 57 novamente eficaz, do ponto de vista social.

Ademais, a transação em matéria tributária com contribuintes em recuperação judicial deve estimular, ainda mais, a volta da exigência das certidões, por permitir de contribuintes de boa-fé reorganizarem sua situação fiscal.



Em complemento a tais medidas, pensamos que o acordo em matéria fiscal deveria integrar o plano de recuperação judicial cujo descumprimento implicaria na superveniência da falência. Da mesma forma, a criação de uma quinta classe de credores, integrada pelas Fazendas, poderia tornar efetiva esta possibilidade.

Por fim, deve-se consignar que não se está a defender a aleatória destruição de unidades produtivas por pedidos infundados de falência formulado pelos entes federativos, por intermédio de seus procuradores. O que se pretende defender é a manutenção, no mercado, apenas de empresários viáveis, promovendo-se, o mais rapidamente possível, a liquidação daqueles que se mostrem inaptos, de maneira a assegurar a máxima eficiência econômica do ativo em favor dos credores²⁴.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Aloísio Pessoa de; **CAVALLI**, Cássio *et al.* Avaliação da Nova Lei de Falências (Lei n.º 11.101/2005). N. 22. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2010.

AYOUB, Luiz Roberto; **CAVALLI**, Cássio. *A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRIDIGO, Thiago Cioccaro; **MENDES**, Thayana Felix. “Legitimidade da Fazenda Pública para Postular a Falência do Devedor Tributário: a função social da empresa e o interesse público no par conditio creditorum”. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/O%2036%20ARTIGO%20-%20LEGITIMIDADE%20FP%20FALENCIA.pdf>.

COOTER, Robert D.; **SCHÄFER**, Hans-Bernd. *O problema da desconfiança recíproca*. In **SALAMA**, Bruno Meyerhof (org). *Direito e Economia: Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

JACKSON, Thomas H. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Washington DC: Beard Books, 2001.

LOBO, Jorge. Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência. In RDM n.º 144 (2006).

²⁴ O problema envolvendo a manutenção da unidade produtiva, ou sua liquidação, nos chamados *common pool assets*, é brilhantemente exposto por Thomas Jackson (**JACKSON**, Thomas H. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Washington DC: Beard Books, 2001, p. 11/13).



MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69, in **SOUZA JUNIOR**, Francisco Satiro de e **PITOMBO**, Antonio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n.º 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORTH, Douglas C. Institutional Change. A Framework of Analysis. Disponível em <http://ecsocman.hse.ru/data/853/760/1216/9412001.pdf>, Acesso em 21/06/2017.

QUEIROZ E SILVA, Jules Michelet Pereira. Execução Fiscal: Eficiência e Experiência Comparada. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.
Volume XIII, número 1, julho de 2020 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>