



**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO
CARLOS DEUBÁ FACULDADE DE DIREITO
2020**

**A QUESTÃO TRIBUTÁRIA EM RELAÇÃO À RECUPERAÇÃO
JUDICIAL**

JOSÉ DE PÁDUA VIEIRA - josepaduavieira@gmail.com

ALEXANDRE RIBEIRO DA SILVA - profalexandreriroadv@gmail.com

RESUMO

O instituto da recuperação judicial previsto na Lei 11.101/2005 é o mecanismo que visa a manutenção de empresas viáveis e sua reestruturação, mantendo os postos de trabalho e contribuindo para o progresso econômico do país, no entanto, a não sujeição dos créditos tributários ao concurso de credores torna a recuperação uma alternativa menos atraente para os credores, o que pode sujeitar a empresa recuperanda a decretação da falência. Será abordado o Código Tributário Nacional e demonstrados os entraves que contribuem para a ineficiência da Lei de Recuperação Judicial, bem como as alterações que podem ser implementadas com a aprovação da PL 6229/2005.

Palavras - Chave: Recuperação judicial; Lei 11.101/2005; Lei 5.172/1966 Crédito Tributário, PL 6229/2005.

ABSTRACT

The Institute of bankruptcy under Law 11,101 / 2005 is the mechanism which provides for the maintenance of viable enterprises and their restructuring, maintaining jobs and contributing to the economic progress of the country, however, the immunity of tax credits to the competition of creditors, makes recovery a less attractive alternative for creditors, which can subject the company to bankruptcy. The National Tax Code will be addressed and the obstacles that contribute to the inefficiency of the Judicial Reorganization Law will be demonstrated, as well as the changes that can be implemented with the approval of PL 6229/2005.

Keywords: Bankruptcy Reorganization; Law 11.101/2005; Law 5.172/1966; Tax Credit, PL 6229/2005.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a existência de conflitos entre as normas tributárias e a lei de recuperação judicial torna difícil a recuperação de uma empresa em dificuldades. Temas como a não sujeição dos créditos tributários à recuperação judicial, a apresentação de certidão negativa para homologação do plano de recuperação aprovado pela assembleia geral de credores, o parcelamento de débitos tributários e a não suspensão das execuções fiscais.

Dessa forma, enquanto a empresa busca a aprovação do plano pelos credores, o Fisco busca incessantemente a quitação de seus créditos, promovendo execuções fiscais e protestando certidões de dívida ativa, sem nenhuma contribuição para o plano de recuperação.

Ainda, a exigência da apresentação de certidão negativa de débitos (CND) para homologação do plano de recuperação aprovado se mostra irrazoável, pois, devido a altíssima carga tributária do Brasil, é de se presumir que a empresa priorizará o pagamento de fornecedores e empregados ao invés de tributos. Logo, com a impossibilidade da apresentação da CND, resta a decretação da falência.

Desse modo, será realizada uma breve explicação sobre a recuperação judicial, no primeiro capítulo. No segundo será abordado as características conflitantes da legislação tributária em relação a recuperação judicial e no terceiro capítulo uma análise da PL 6229/2005 que, caso aprovada pretende tornar a Lei de Recuperação mais efetiva.

O marco teórico adotado será a obra Falência e Recuperação de Empresa, 2020, de Sérgio Campinho, bem como de jurisprudências exaradas pelo STF e STJ. A metodologia utilizado neste trabalho é o método dedutivo, onde se utiliza uma premissa maior, que é a lei, para a premissa menor, que é o caso concreto, possibilitando formação de uma conclusão.

1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA

1.1. Breve histórico da Recuperação Judicial

O direito falimentar e por consequência o recuperacional remonta ao direito romano, mais precisamente o ano de 450 a.c. em que foi ratificada a Lei das XII Tábuas, podendo ser observado na Tábua III a regra para execução de dívidas reconhecidas em

juízo, em que, no primeiro momento, era concedido o prazo de 30 dias para pagamento das dívidas confessadas. Caso o devedor não adimplisse a dívida, este poderia ser adjudicado ao credor por 60 dias. Após esse período, o devedor era conduzido a feira, sendo que na terceira feira, o devedor seria condenado à morte e seu cadáver entregue ao credor caso ninguém saldasse sua dívida.

Verifica-se então que a execução no direito romano clássico era corporeo e não patrimonial. Em 327 a.c. foi proibido que o corpo do devedor fosse objeto de garantia, sendo substituído pelos seus bens através da *Lex Poetelia-Papiria*. Nota-se que nesse período a iniciativa de satisfação dos débitos partia do próprio credor com pouca intervenção estatal. Sobre os primórdios do direito falimentar, Angelito Dornelles da Rocha pontua:

Fora a *"manusinjecto"* o primeiro instituto penalizador do devedor inadimplente, estabelecida pela Lei das Doze Tábuas, onde as obrigações do devedor eram respondidas, com a sua liberdade e até mesmo com a sua vida. A obrigação recaía sobre o indivíduo e não sobre seus bens. Desta forma, existia nesta época (direito quiritário, fase mais primitiva do direito romano, que antecede à codificação da Lei das XII Tábuas), no instituto da falência uma clara preocupação em punir o devedor que não saldasse suas dívidas para com os seus credores. (ROCHA, 2006, n.p.)

Na Idade Média, entre o século V e o XV, o Estado passa a regular rigidamente a falência, havendo a possibilidade dos credores formarem um acordo com o falido, habilitando seus créditos e passando a ser obrigação do juiz a guarda dos bens para satisfação dos créditos.

Em 1807, entrou em vigor o Código Mercantil Francês, que em seu Livro III, Seção 2, prevê a concordata de forma expressa e mais parecida com a que temos hoje ao prever a suspensão dos pagamentos aos credores, reorganização e captação de recursos com garantia de bens.

No Brasil, quando colônia de Portugal, vigorava as mesmas leis da metrópole. Até 1603, era permitida a prisão do devedor, sendo possível a quitação através da cessão de bens pelo devedor. A partir de 1603, houve distinção entre o devedor doloso e o culposo, sendo que o primeiro sofria sanções e o segundo poderia negociar a dívida junto a credores.

Em 1803, com a chegada da família real portuguesa no Brasil, houve a abertura dos portos às nações amigas através da Lei de Abertura dos Portos, podendo ser dividida em três fases, segundo Waldirio Bulgarelli:

A história do direito comercial brasileiro pode ser dividida em três períodos: o de 1808, com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, até 1850, data de promulgação do nosso código comercial: de 1850 até 1930, que assinala o fim da Primeira República, e de 1930 até hoje, correspondente ao período da intervenção estatal na atividade privada.(BULGARELLI, 2001, p.38 apud ABREU, 2014, pg.10).

Em 1850 surgiu o Código Comercial, que previa em sua terceira parte "As Quebras", complementado pelo Decreto 737 do mesmo ano que regulamentava seu processo, sendo uma das primeiras noções do direito recuperacional no Brasil, sobre ele leciona Fabio Ulhoa Coelho:

No Brasil, o Código comercial de 1850 (cuja primeira parte é revogada com a entrada em vigor do código Civil de 2002 – art. 2.045) sofreu forte influência da teoria dos atos de comércio. O regulamento 737, também daquele ano, que disciplinou os procedimentos a serem observados nos então existentes Tribunais de Comercio, apresentava a relação de atividades econômicas reputadas mercancia. Em linguagem atual, esta relação compreenderia: a) compra e venda de bens móveis ou semoventes, no atacado ou varejo, para revenda ou aluguel; b) indústria; c) bancos, d) logística; e) espetáculos públicos; f) seguros; g) armação e expedição de navios. (COELHO, 2006, pg. 9-10, apudABREU, 2014, p.11)

A terceira parte do Código Comercial de 1850 foi revogado pelo Decreto-Lei 7661 de 1945, sendo este revogado pela Lei 11.101 de 2005, que atualmente regulamenta a falência e recuperação judicial, que será tratado a seguir..

1.2. A Recuperação Judicial na Lei Brasileira

A implementação da Lei 11.101/2005 significou verdadeira alteração no paradigma do regime falimentar no Brasil. A legislação anterior, Decreto nº 7.661/45 com a Concordata, oportunizava primeiramente aos credores e a satisfação de seus créditos em detrimento à saúde da empresa em insolvência. Sobre a Concordata:

A concordata, na esteira do Decreto-Lei n. 7.661/45, não exibia feição contratual. Sua natureza era a de um favor legal. Os credores a ela então sujeitos, os quirografários, não eram chamados a manifestarem suas vontades. Preenchendo o devedor os requisitos pela lei impostos, passava ele a fazer jus a esse favor, dirigindo ao juiz a sua pretensão, que, por sentença, a deferia (CAMPINHO, 2020, p.32)

O novo regramento trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro o Instituto da Recuperação Judicial. Sobre essa mudança comenta Bezerra Filho:

Esta lei (Lei..., p.129) pretende trazer para o instituto da falência e da recuperação judicial um nova visão, que leva em conta não mais o direito dos credores, de forma primordial, como ocorria na anterior. A lei anterior, de 1945, privilegiava sempre o interesse dos credores, de tal forma que um exame sistemático daqueles artigos demonstra a ausência de preocupação com a manutenção da empresa como unidade produtiva, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, enfim, como atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível.(BEZERRA, 2005, p. , apud ABREU, 2014, p.20)

Portanto, a implementação da Recuperação Judicial no lugar do instituto da Concordata retirou o peso sobre a empresa em insolvência do peso de uma cobrança creditícia exequível pelo Judiciário para um novo regime de direito econômico facilitado das atividades empresariais, visando a preservação da empresa. Neste sentido:

A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico- produtivas, organizacionais e jurídicas , por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (CF. art. 47). Nesta perspectiva, é um instituto de direito econômico. (CAMPINHO, 2020, p.32)

Deste modo, com a Recuperação Judicial prevalece-se a autonomia privada das partes que por sua vontade negociam no plano de recuperação judicial. O simples fato de se submeter ao judiciário o plano da recuperação judicial, não influi na natureza contratual da negociação. Ademais, um dos princípios mais importantes da nova Lei de Recuperação é a preservação da empresa viável, sendo proporcionada à empresa em dificuldades, meios para se recuperar de uma eventual crise financeira sem prejuízo da manutenção das atividades empresariais.

A recuperação judicial proporciona tempo necessário para que a empresa reorganize suas atividades cumprindo suas obrigações financeiras com seus credores, que concordam com o plano previamente, sendo uma forma de evitar um pedido de falência por parte destes, no entanto, a concessão da recuperação passa por uma análise criteriosa a cerca da viabilidade da empresa. Não por menos:

O processo de recuperação judicial visa, no seu âmago, a uma única finalidade: a aprovação por parte do devedor e seus credores de uma proposta destinada a viabilizar a empresa por aquele até então realizada. O estado de

crise econômico-financeira vai se revelar, assim, transitório e superável pela vontade dos credores, a qual conduzirá ao objetivo do procedimento, qual seja a recuperação da empresa. A atuação do juiz ficará restrita à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano. É um guardião de sua legalidade. Fica-lhe obstado, pois, interferir no seu conteúdo, de domínio exclusivo das partes¹⁸. A exigência da chancela do acordo por autoridade judicial representa uma medida de política judiciária.(CAMPINHO, 2020, p.34)

Neste sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADI 3.934-2, se posicionou:

Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades - não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada[...]
(STF. AÇÃO DE DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 3.934-2. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJE 27/05/2009. STF, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3934RL.pdf>>. Acesso em: 04 nov 2020.

A recuperação judicial origina da previsão constitucional, possuindo três aspectos fundamentais, que são a manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos credores. Esse três pilares tem a função de salvar a empresa que se encontre em um momento de desordem da falência.

Para ingressar com o pedido de recuperação a empresa deve atender os requisitos contidos no artigo 48, em que destaco a necessidade da empresa precisa estar registrada e com atividade regular há mais de dois anos. Estão impedidos de requerer recuperação os falidos, os que obteram recuperação judicial há menos de cinco anos e há menos de dois anos na recuperação extrajudicial e não ter sido condenado por crime de fraude contra credores.

O processamento da recuperação judicial se divide em três fases: a) Pedido e Processamento; b) Apresentação e aprovação do plano e c) Concessão da recuperação e cumprimento do plano aprovado.

Após a formulação do pedido de recuperação, é publicado o primeiro edital onde todos os credores informados pelo requerente são convocados para informar ao administrador judicial, divergências quantos aos valores e a classe de crédito informada no edital e para habilitação dos credores não informados pelo requerente.

Após é publicado o segundo edital, onde consta todos os credores e os que eventualmente tenham se habilitado quando da publicação do primeiro. O requerente possui 10 dias para impugnar, em autos apartados, qualquer valor ou classificação

informada pelos credores no segundo edital que entenda como incorreta.

Decorrido a tramitação de eventuais impugnações, será publicado o terceiro e definitivo edital.

Após a apuração dos créditos, será apresentado o plano de recuperação judicial para os credores, e caso haja alguma oposição ao plano apresentado, o mesmo será apresentado para a Assembleia Geral de Credores. Aprovado o plano, é concedida a recuperação judicial por dois anos e segue para a execução. Caso a Assembleia Geral rejeite o plano apresentado, há duas opções, uma é a homologação compulsória pelo juiz, desde que atendido os requisitos do artigo 58, e a outra é a decretação da falência da empresa.

Além da recuperação ordinária, a Lei 11.101/2005 prevê a possibilidade da recuperação extrajudicial e do Plano de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Na primeira, o devedor negocia diretamente com os credores sendo posteriormente apresentado ao juízo para homologação. Entretanto, há limites expressos para a homologação do acordo, notadamente os da universalidade e a igualdade de tratamento entre os credores.

Na recuperação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, que possui tramitação especial prevista no artigo 70 da Lei 11.101/2005, o tratamento dos créditos tributários é igual ao do processo ordinário.

Portanto o surgimento de uma nova Lei de Falências e Recuperação judicial com foco na reestruturação da empresa foi um importante marco do direito empresarial e um grande alento para as empresas em dificuldades. Entretanto, apesar das novidades, há contradições entre a referida Lei e a legislação tributária que diminuem as chances de êxito na ação de reestruturação, como a questão tributária que se passará a tratar.

2. AS CIRCUNSTÂNCIAS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Brasil é amplamente conhecido por ser um dos países com a maior carga tributária do mundo. Segundo levantamento realizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil possui a 4ª maior alíquota tributária para empresas entre 108 países analisados e a maior entre os países membros

da OCDE.

Desse modo, o pagamento de tributos consome grande quantidade de recursos financeiros dos caixas das empresas. Ocorre que quando a empresa se depara com um momento de crise prioriza o pagamento de fornecedores e dos empregados em detrimento da quitação dos tributos.

O não pagamento de tributos gera a inscrição destes em dívida ativa, bem como o protesto em cartório, causando embaraços para a empresa já combatida com o momento de dificuldade financeira, acarretando dificuldades para a captação de empréstimos muitas vezes vital para a manutenção da atividade empresarial.

Em países como os Estados Unidos, por exemplo, o Fisco possui importante papel ao financiar a recuperação com o seus créditos, todas as execuções fiscais são suspensas, são concedidos descontos ou até mesmo recebem ações como quitação dos créditos tributários. Este papel ativo do credor tributário junto a empresa durante a crise financeira, bem como de outras medidas adotadas pela Lei americana, são responsáveis pelo índice de 30% de recuperações bem sucedidas, contra 1% de ações no Brasil (CONJUR, 2013).

No Brasil, o artigo 186 do Código Tributário Nacional define que o crédito tributário prevalece a qualquer outro, com exceção dos créditos trabalhistas ou decorrente de acidentes de trabalho, por sua vez, o artigo 187 determina que os créditos tributários não estão sujeitos a concurso de credores. Além dessas previsões o Código Tributário Nacional estabelece em seu artigo 191 que a extinção das obrigações do falido depende da quitação de todos os tributos e o artigo 191-A condiciona a quitação da recuperação judicial a apresentação de certidão negativa de débitos fiscais.

Logo, fica demonstrado como o Código Tributário Nacional obsta o bom andamento do processo de recuperação, bem como cria entraves legais para que tenha seus créditos satisfeito primeiramente em prejuízo de outros credores.

Em estudo elaborado por Aloisio Araújo e Eduardo Lundberg, foi constatado que, entre os 36 países analisados, o Brasil é um dos poucos países onde o Fisco, com exceção da trabalhista, possui preferências sobre as demais classes, e pontua:

O Brasil é um dos raros países onde a execução das garantias reais de uma operação de crédito não funciona quando ela é mais necessária – na falência – quando a empresa se mostra incapaz de honrar seus compromissos. A principal explicação para isso é a prioridade do fisco contida no Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66)⁷. Esta é uma prioridade muito forte e marcante, pois ela é absoluta, não se referindo tão somente ao processo de falências. Um credor detentor de uma garantia real pode, a qualquer momento, em função de dívidas tributárias da empresa devedora, perder seu colateral a

favor do fisco, mesmo não havendo formalmente um processo falimentar.(ARAUJO; LUNDEBERG, [20--], p.11)

Esta elevada carga tributaria somada a prioridade na satisfação dos créditos, bem como as facilidades concedidas pela propria Lei de Recuperação Judicial, que em seu artigo 6º, §7º veta a suspensão das execuções fiscais mesmo com o deferimento da recuperação, a determinação do artigo 31 da Lei de Execuções Fiscais, que proibe qualquer alienação sem que seja quitada a divida ativa ou anuida pela Fazenda Publica, e as disposições contidas no artigo 186 e 187 do Código Tributário Nacional, demonstra que o Estado visa a satisfação dos seus créditos, mesmo que essas ações comprometam a recuperação da empresa.

Sobre o excesso tributário o Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial 1.187.404 afirmou:

[...], em regra, com a forte carga de tributos que caracteriza o modelo econômico brasileiro, é de se presumir que a empresa em crise possua elevado passivo tributário, quando não a verdadeira causa da deblaque.(STJ. Recurso Especial: REsp 1187404 MT 2010/0054048-4. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 21/08/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865638368/recurso-especial-resp-1187404-mt-2010-0054048-4/inteiro-teor-865638372>>. Acesso em: 06 nov 2020

Desse modo, como se demonstrará a não participação dos créditos tributários na recuperação e a exigibilidade de certidões negativas de débitos tributários, após aprovação do plano de recuperação, condenam a empresa a falência, pois os credores, diante da possibilidade de inexistência de ativos após a satisfação do Fisco e de um longo processo, optam por obstar a aprovação do plano de recuperação.

2.1 A não sujeição dos créditos tributários ao plano de recuperação judicial. (art. 187 do CTN).

A característica extraconcursal coferida no artigo 187 do CTN, reforçada pelo artigo 31 da Lei de Execuções Fiscais, impede que a Fazenda Publica contribua ativamente com a recuperação, se limitando a concessão de parcelamento nos termos do artigo 155-A, entretanto, o referido artigo determina que o parcelamento se dará na forma e condição estabelecidas em lei específica, que será editada por cada ente competente, referente aos seus respectivos tributos.

Ocorre que os prazos oferecidos para débitos federais, por exemplo, são muito curtos para uma empresa em recuperação, a Lei 10.522/2002 que em seu artigo 10-A concede o parcelamento em até 84 vezes, com incidência de juros, o que torna ainda mais complicada a situação de uma empresa em crise.

Segundo José M. Martins Proença:

“conforme a imprensa noticia reiteradamente, de acordo com as regras atuais de parcelamento, sequer 20% das empresas conseguem cumprir, nos prazos e condições estabelecidas, o parcelamento pactuado.” (PROENÇA, 2005, p.627, apudFAZIO, 2008, p. 59).

Todavia, o Código Tributário Nacional prevê em seu artigo 171 a celebração de transação entre sujeito ativo e passivo da obrigação tributária, sendo que foi regulamentada apenas em 2020 através da Lei 13.998. Contudo a transação prevista se aplica apenas a créditos federais que sejam considerados de difícil recuperação, como é o caso de empresas em ação de recuperação.

Apesar da possibilidade transacional regulamentada pela nova Lei, verifica-se que terá pouca utilidade tendo em vista a limitação trazida pela redação que define as condições que poderá ser aplicada além da falta de regulamentação uniforme para parcelamento de todos os tributos em atraso, o que viabilizaria a satisfação do débito.

Logo a empresa já consumida em dívidas, assume o pagamento de juros com o ente público e não consegue cumprir o parcelamento acordado.

2.1 A Necessidade de Certidões Negativas de Débitos Tributários após Aprovação do Plano De Recuperação (Art. 57 da LRF);

A disposição contida no artigo 57 da Lei de Recuperação Judicial é polêmica e objeto de recursos nas mais variadas esferas judiciais do país. A redação condiciona a homologação do plano de recuperação aprovado pela assembleia geral de credores a apresentação de certidões negativas de débito fiscal.

Se trata de uma questão não pacificada entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, onde o primeiro relativizou a necessidade de apresentação de CND's devido a inexistência de Lei que regulamente o parcelamento dos débitos. No entanto, o STF afastou a decisão que considerou desnecessária a apresentação das certidões, alegando que a decisão do STJ não declarou a inconstitucionalidade do dispositivo.

Em decisões similares a do STJ, magistrados de primeira instância tem desconsiderado a necessidade de apresentação de CND para concessão da recuperação judicial, como leciona Bezerra Filho:

“Sintetizando, a exigência de apresentação de certidões comprobatórias de inexistência de débitos junto ao Fisco e à previdência, feita pelo art. 57 da Lei 11.101 de 2005, ofende o princípio constitucional da função social da empresa, malfere o princípio da razoabilidade e agride as garantias constitucionais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa dadas ao contribuinte. Por tal razão, deve a autora ser dispensada do cumprimento dessa mesma exigência, e, porque preenchidos os demais requisitos legais, ao que se soma a aprovação unânime dos credores que compareceram à assembléiageral ao plano de recuperação, deve ser deferido o pedido inicial.”(BEZERRA, 2006, p. 168, apudFAZIO, 2008, p.77)

O referido artigo fere a principio da razoabilidade implícito na Constituição Federal , pois não é exigível de uma empresa em dificuldades financeiras a satisfação dos créditos tributários em detrimento de sua organização e reestruturação, o que solucionaria momentaneamente a gana arrecadativa do Fisco, porém comprometeria futuras arrecadações caso seja decretada a falência, além da perda de empregos e da possível falta de ativos para satisfação dos credores.

Note-se que a falência de uma empresa viável é bem mais danosa que uma ação de recuperação, pois a perda de postos de trabalho, a cessação da geração de tributos e de riqueza bem como o não pagamento dos débitos do devedor com seus credores podem gerar um efeito dominó, principalmente em credores que não possuem um caixa robusto para suportar uma inadimplência, o que geraria mais desemprego, menos geração de renda e de impostos recolhidos para o Estado e possivelmente, outra recuperação ou até mesmo falência.

Desse modo, a exigência da apresentação de certidões negativas de débitos tributários contida no artigo 57 da LRF como requisito para concessão da recuperação judicial se torna um empecilho para o sucesso da ação.

No mesmo sentido, a presunção que uma empresa em dificuldades possua dívidas tributárias e a negativa do Fisco em fornecer as certidões negativas para a concessão da recuperação são fatores determinantes para a decretação da falência.

Nesse sentido, Jorge Luiz Lopes do Canto, traz a seguinte reflexão:

[...]ao contrário de países como Alemanha e Estados Unidos, o Fisco no Brasil não participa com os seus créditos do financiamento da recuperação de uma empresa, inclusive pode obstar este, caso não haja a apresentação das certidões negativas de débito fiscal no prazo de cinco dias após a aprovação do plano de recuperação, o que é causa para decretação da falência da empresa recuperanda.(LOPES DO CANTO, [20--] ,p.8)

Desse modo, considerando o papel do Estado como legislador e a relevância do Fisco tanto na composição do passivo financeiro quanto no processamento da recuperação, fica claro o papel decisivo destes nas chances de êxito na recuperação judicial. O Estado como provedor de meios para garantia do trabalho e da proteção econômica e o Fisco como beneficiário da manutenção da atividade empresarial, deveriam estimular a reestruturação da empresa recuperanda, contribuindo para a manutenção dos postos de trabalho e para a geração de riqueza.

3. O PROJETO DE LEI 6229/2005

Em 2005, logo após a promulgação da Lei 11.101/2005, foi apresentada a PL 6229, que inicialmente alterava a lei supracitada, passando a submeter todos os créditos tributários à recuperação judicial.

A Lei de Recuperação Judicial prevê a possibilidade de parcelamento de débitos tributários em seu artigo 68, no entanto abarca apenas débitos com a Fazenda Federal e o INSS, porém condiciona seu procedimento a Lei específica nesse caso a Lei 10.522/2002:

Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada.(BRASIL, 2002)

Em sua redação atual, a PL 6229/2005 teve excluída a possibilidade de inclusão de todos os créditos tributários na recuperação judicial, alterando a Lei 10.522/2002:

Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderá liquidar os seus débitos para com a Fazenda Nacional existentes, ainda que não vencidos até a data do protocolo da petição inicial da recuperação judicial, de natureza tributária ou não tributária, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, mediante a opção por uma das seguintes modalidades:

- I – (revogado);
- II – (revogado);
- III – (revogado);
- IV – (revogado);

V - parcelamento da dívida consolidada em até 120 (cento e vinte) prestações mensais e sucessivas, calculadas de modo a observar os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada no parcelamento [...] (BRASIL, 2020)

Ocorre que, para que fosse possível a inclusão desses créditos na recuperação seria necessária uma alteração no Código Tributário Nacional, já que este não possui previsão para tanto e por ser uma Lei Complementar, necessitaria de tramitação diferente a da PL. Portanto, neste diapasão a aprovação do PL seria inócua.

Outra tema não solucionado pela PL 6229 é o fim da necessidade de apresentação de certidão negativa de débitos fiscais (CND) para concessão da recuperação judicial, como determina o artigo 57 da LRF, pois, racionalmente, uma empresa deficitária prioriza o pagamento de fornecedores e trabalhadores em detrimento das obrigações tributárias, logo, empresas em recuperação possuem um passivo tributário vultuoso, o que impede a expedição da CND.

A obrigatoriedade da apresentação de CND para concessão da recuperação torna um entrave por motivos já explicitados, resultando na decretação da falência da empresa ao não cumprir o disposto no artigo 57 da LRF:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. (BRASIL, 2005)

A não apresentação das certidões negativas de débitos tributários impede que o juízo homologue o plano aprovado pela assembleia de credores, o que implicaria em decretação de falência.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça, vem considerando a exigência de apresentação das certidões negativas de débitos tributários incompatível com a finalidade da Lei de Recuperação Judicial, afastando a necessidade da apresentação para homologação do plano de recuperação.

No entanto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em decisão recente, afastou decisão do STJ com base no entendimento supracitado:

RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. ARTIGO 57, DA LEI 11.101/2005. ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 10. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE AFASTOU A EXIGÊNCIA COM BASE NA PROPORCIONALIDADE. LIMINAR

DEFERIDA 1. O Superior Tribunal de Justiça, ao afastar a aplicação dos artigos 57, da Lei 11.101/2005, e 191-A, do Código Tributário Nacional, com fundamento no princípio da proporcionalidade, promove o controle difuso de constitucionalidade, atividade inerente à Corte Especial daquele Sodalício. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade sem a observância da cláusula de reserva de plenário permite a Supremo Tribunal Federal interposição da Reclamação Constitucional ao Supremo Tribunal Federal por ofensa ao teor da Súmula Vinculante nº 10. Precedentes. 3. A exigência de Certidão de Regularidade Fiscal para a homologação do plano de recuperação judicial faz parte de um sistema que impõe ao devedor, para além da negociação com credores privados, a regularização de sua situação fiscal, por meio do parcelamento de seus débitos junto ao Fisco. 4. Conseqüentemente, a não regularização preconizada pelo legislador possibilita a continuidade dos executivos fiscais movidos pela Fazenda (art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05), o que, em última instância, pode resultar na constrição de bens que tenham sido objeto do Plano de Recuperação Judicial, situação que não se afigura desejável. 5. Mais recentemente também é possível vislumbrar, em âmbito federal, a expedição da Certidão de Regularidade Fiscal ao devedor que realiza a transação tributária com o Fisco nos termos da novel Lei 13.988/2020. 6. In casu, a declaração incidental de inconstitucionalidade não está escorada no julgamento do REsp 1187404/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Naquele precedente o fundamento para que 2 Supremo Tribunal Federal a exigência de Certidão de Regularidade Fiscal fosse afastada foi a ausência de parcelamento específico para as empresas em recuperação judicial, situação já superada pela edição da Lei nº 13.043/14. 7. Para o não conhecimento da Reclamação com fundamento na existência de precedente da Corte Especial seria necessária a aderência da decisão reclamada ao entendimento formado com a observância da cláusula de reserva de plenário, o que não acontece no caso concreto. 8. Decisão liminar deferida, para suspender os efeitos da decisão reclamada, exigindo-se a Certidão de Regularidade Fiscal da empresa devedora nos termos dos arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do Código Tributário Nacional. (STF. Reclamação: Rcl 43169. Relator: Ministro Luiz Fux. DJE 09/09/2020. STF, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344322301&ext=.pdf>. Acesso em: 06 nov 2020.

O Exmo. Ministro do STF argumenta que a imposição esculpida no artigo 57 da LRF tem a intenção de incentivar o devedor a regularizar sua situação junto ao Fisco, inclusive pelo parcelamento concedido na Lei 13.988/2020.

Os impedimentos legais que embaraçam o bom andamento da recuperação bem como os privilégios do Fisco no recebimento de seus créditos, não só inviabiliza a recuperação da empresa como impede que o Estado deixe de recolher eventuais tributos que a continuidade da empresa produziria.

Além dos temas atinentes a tributação tratados acima, a PL trouxe algumas inovações interessantes para a legislação recuperacional.

Uma delas é a possibilidade dos credores apresentarem plano de recuperação após a rejeição do plano apresentado pelo devedor. Tal alteração será benéfica pois confere agilidade ao permitir que os credores também apresentem um plano de recuperação alternativo e se torna uma alternativa à decretação da falência após a recusa

do plano pela Assembleia Geral de Credores.

A referida PL também prevê que os bens essenciais a manutenção da atividade empresarial estejam protegidos de atos de constrição, se estendendo também as constrições oriundas de processos de execução fiscal, como se depreende do trecho abaixo extraído da PL 6229/2005:

§ 7º-A O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica aos créditos referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a suspensão dos atos de constrição que recaiam sobre bens essenciais à manutenção da atividade empresarial durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º deste artigo, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

§ 7º-B O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

A proteção prevista nesse artigo será de suma importância para a preservação da capacidade produtiva da empresa, viabilizando o processo de reestruturação.

Além das alterações propostas na PL 6229, há o acréscimo de importantes normas como a inédita possibilidade da conversão de dívida em capital social que é um marco no processo de recuperação judicial brasileiro, sendo que tal previsão já existe nos Estados Unidos desde 1978.

Além da possibilidade de convação da dívida em capital social, a proposta blinda o credor que optar por essa via ao eximi-lo da responsabilidade por dívidas de qualquer natureza.

§ 3º Não haverá sucessão ou responsabilidade por dívidas de qualquer natureza a terceiro credor, investidor ou novo administrador em decorrência, respectivamente, da mera conversão de dívida em capital, de aporte de novos recursos devedora ou de substituição dos administradores desta.

Essa alteração fornecerá a empresa em dificuldades uma chance de saldar a dívida sem se desfazer de bens ou capital, aumentando drasticamente as chances de sucesso no processo de recuperação judicial.

De forma geral, a PL 6229/2005 trás avanços positivos para o direito recuperacional ao oferecer mais autonomia para celebração de acordo entre os credores e o devedor, inclusive dando proteção legal em algumas situações a credores que aceitarem a conversão da dívida em participação no capital social da empresa, mas não altera significativamente a relação devedor-Fisco, que pode em algumas hipóteses se o maior credor da empresa em recuperação.

CONCLUSÃO

As disposições contidas na Lei 11.101/2005 trouxeram inovações importantes para o direito recuperacional brasileiro, no entanto já nasceu defasada, tal alegação é reforçada pela PL 6229 ter sido proposta no mesmo ano da referida Lei.

Com clara influência da lei de reorganização dos Estados Unidos, promulgada em 1978, a PL 6229 vai proporcionar a empresas em frágil situação financeira maiores possibilidades de se reestruturar e permanecer contribuindo com a geração de empregos e renda e com a economia.

Ao fornecer alternativas para os credores e flexibilizar o fechamento de acordos, a PL 6229 aumenta as chances que haja sucesso no plano de recuperação judicial. As alterações propostas pela PL 6229 tornará mais eficiente ao regular e oferecer novas formas de se reestruturar uma empresa, sem prejuízo para a satisfação dos credores, mas prevalecendo a característica principal da recuperação judicial, que é a manutenção da atividade produtiva e função socio-econômica da empresa. No entanto, a PL flexibiliza apenas a celebração de acordos entre credores, sem trazer alterações relevantes que facilite a quitação dos tributos em atraso ou que dê segurança jurídica aos credores, haja vista preferência do Fisco para recebimento dos créditos em detrimento aos credores.

A resistência por parte do legislador em flexibilizar e conceder ao Estado papel de protagonista no processo de recuperação, é motivada especialmente pela atual legislação, que limita a renúncia de receita e oferece poucos meios para a quitação. Enquanto perdurar a atual legislação tributária, as empresas em recuperação estarão dependendo fortemente da confiança dos credores em suas chances de se reerguer.

Para viabilizar melhores chances, o estado, enquanto legislador, poderia utilizar as disposições contidas na CF, como o artigo 6º da CRFB, por exemplo, que protege o direito ao trabalho, fornecendo meios para apoiar de forma mais efetiva empresas em recuperação, preservando os postos de trabalho e a atividade produtiva, o que traria

enorme resultado positivo para a economia.

Uma economia pujante e sólida é proporcional a quantidade de riqueza produzida. O Estado deve fornecer meios para que as empresas atravessem momentos de dificuldade financeira, o que contribuiria não apenas com o fomento da atividade econômica e a manutenção de empregos, mas com a arrecadação tributária que se beneficiaria com a conservação da atividade empresarial.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Leonardo Pinto Andrade de. **A Recuperação Judicial na Lei Brasileira e na Lei Americana**, 2014. UFPR, Curitiba. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37774/90.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 02 de Nov 2020.

ARAÚJO, Aloisio; LUNDBERG, Eduardo. **A Nova Lei de Falências - Uma Avaliação**, [20--]. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/Pec/SeminarioEcoBanCre/Port/V%20-%20Lei%20de%20Fal%C3%AAs%20-%204JSB.pdf>> Acesso em: 05 de Nov 2020.

CAMPINHO, Sergio. **Curso de direito comercial - falência e recuperação de empresa**. Editora Saraiva, 2020. 9788553618804. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618804/>> Acesso em: 05 Nov 2020

ELLERY, Roberto. **O BRASIL É O QUARTO PAÍS DO MUNDO QUE MAIS TRIBUTA EMPRESAS - E SUPERA TODOS OS PAÍSES DA OCDE**. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/article/3270/o-brasil-e-o-quarto-pais-do-mundo-que-mais-tributa-empresas--e-supera-todos-os-paises-da-ocde>> Acesso em 01 nov 2020.

FAZIO, Thomaz Felipe Bilieri. **A EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO (ART. 57 DA LRE) COMO ENTRAVE PARA A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**, 2008. UFPR, Curitiba Disponível em

<<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30884/M%201019.pdf?sequence=1>
> Acesso em 03/11.

FERREIRA, Antonio Airton, PRADO, Tiago Felix. **DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL REGULADOS PELA LEI 11.101/05 EM FACE DA LEI DE TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/329300/debitos-tributarios-nos-processos-de-recuperacao-judicial-regulados-pela-lei-11-101-05-em-face-da-lei-de-transacao-tributaria>> Acesso em: 29 Out 2020.

LOPES DO CANTO, Jorge Luiz. **O novo ordenamento jurídico concursal no Direito de Empresa**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/a_nova_lei_de_falencias.doc> Acesso em 05 nov2020.

MORETI, Daniel. **RECUPERAÇÃO JUDICIAL E TRIBUTOS**, [20--]. Disponível em <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/04/Daniel-Moreti.pdf>> Acesso em 03 nov 2020.

MOREIRA, Alberto Camina. **Credito Publico Na Recuperação Judicial**. Disponível em <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/276553/credito-publico-na-recuperacao-judicial>> Acesso em: 29 Out 2020

NEGRAO, Ricardo, **RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS, FALENCIA E PROCEDIMENTOS CONCURSAIS ADMINISTRATIVOS**. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216900/cfi/151!/4/4@0.00:51.7>> Acesso em 05/11/2020

PUC-Goiás. **HISTORICO DO DIREITO FALIMENTAR**. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17623/material/Aula%201.pdf>> Acesso em 15 Out 2020.

REVISTA CONSULTOR JURIDICO. **Apenas 1% das empresas sai da recuperação judicial.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-14/apenas-empresas-sair-recuperacao-judicial-brasil#:~:text=Apenas%201%25%20das%20empresas%20sai%20da%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial&text=Desde%20a%20promulga%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei,a%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20durante%20o%20processo.&text=A%20Justi%C3%A7a%20encerra%20o%20processo,executar%20o%20plano%20com%20sucesso.>> Acesso em: 05 Nov 2020

brasil#:~:text=Apenas%201%25%20das%20empresas%20sai%20da%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial&text=Desde%20a%20promulga%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei,a%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20durante%20o%20processo.&text=A%20Justi%C3%A7a%20encerra%20o%20processo,executar%20o%20plano%20com%20sucesso.> Acesso em: 05 Nov 2020

RIBEIRO, Mateus Rocha. **DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DAS EMPRESAS FALIDAS NO BRASIL.** Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46821/desenvolvimento-historico-do-processo-de-recuperacao-judicial-e-extrajudicial-das-empresas-falidas-no-brasil.>> Acesso em: 15 Out 2020.

ROCHA, Angelito Dornelles. **Histórico do Direito Falimentar**, 2006. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/84-artigos-out-2006/5484-1-historico-do-direito-falimentar.>> Acesso em 29 out. 2020.

SANTOS, Paulo Penalva. **OS CRÉDITOS DA FAZENDA PÚBLICA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - NOVAS PERSPECTIVAS: A TRANSAÇÃO (MP 899/2019) E PROJETOS DE LEI DE REFORMA DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA.** Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/315077/os-creditos-da-fazenda-publica-na-recuperacao-judicial---novas-perspectivas--a-transacao--mp-899-2019--e-projetos-de-lei-de-reforma-da-lei-de-recuperacao-de-empresas-e-falencia.>> Acesso em 28 out 2020.