



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

LUCAS FIGUEIREDO APRÁ

**A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL PARA A CONCESSÃO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: análise de sua viabilidade com o advento da lei
14.112/2020**

**BRASÍLIA
2022**

LUCAS FIGUEIREDO APRÁ

**A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL PARA A CONCESSÃO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: análise de sua viabilidade com o advento da lei
14.112/2020**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador(a): Leonardo Gomes de Aquino

**BRASÍLIA
2022**

LUCAS FIGUEIREDO APRÁ

**A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL PARA A CONCESSÃO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: análise de sua viabilidade com o advento da lei
14.112/2020**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador(a): Leonardo Gomes de Aquino

CIDADE, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

No presente texto é realizada atualização de pesquisa sobre a viabilidade da exigência legal de regularidade fiscal ao pretendente à recuperação judicial, tendo vista as alterações legislativas trazidas pela Lei 14.112/2020 ao sistema de recuperação de empresas brasileiro. Em síntese, a lei demanda do devedor que satisfaça ou de algum modo suspenda suas dívidas perante à Fazenda Pública para que seja homologado o plano de reorganização de dívidas pactuado com seus credores privados. A reação inicial, judicial e doutrinária, dominante foi de dispensar a comprovação de regularidade fiscal, em suma porque, ou os meios de suspensão das dívidas eram insuficientes, ou porque o Estado-credor em nada ganharia com o óbice à recuperação judicial, sendo que poderia continuar executando o devedor em execução fiscal. Identificou-se como acertada essa posição inicial majoritária, sobretudo pela falta de condições adequadas para a suspensão da exigibilidade das dívidas. Na análise, é utilizado o método hipotético-dedutivo para verificar adequação jurídica da exigência, de acordo com o parâmetro de proporcionalidade, aos fins mais valiosos à recuperação de empresas e à recuperação de créditos fiscais e aos meios mais compatíveis disponíveis aos agentes envolvidos. Ao fim, cotejando as inovações vindas da Lei 14.112/2020, que melhoraram as condições de equação do crédito fiscal e a efetividade da cobrança dos débitos pelo Estado, identificou-se, como padrão, a exigibilidade da apresentação de certidões, porém são feitas importantes ressalvas para garantir o não estrangulamento patrimonial do devedor, respeitando os interesses diversos envolvidos na recuperação judicial, para compatibilização com o objetivo geral do princípio da preservação da empresa.

Palavras-chave: Recuperação judicial. crédito fiscal. exigência de regularidade fiscal. preservação da empresa. recuperação de crédito fiscal. condições para equalizar o passivo fiscal. proporcionalidade.

ABSTRACT

The following text presents a search update on the viability of the legal requirement that consists on the obligatory tax regularity by whom intends to have Reorganization, in view of the legislative reform produced by Lei 14.112/2020 to the Brazilian business reorganization system. In summary, the Law demands from the debtor either satisfaction or, by some manner, suspension of his debts to the State, so his reorganization plan, negotiated with his private creditors, is able to be homologated. The dominant initial reaction, in the Judiciary and by the legal doctrine, was to dismiss the verification of tax regularity, in short, because either the manners to suspend the debts were insufficient, or, in the other hand, the State (creditor) would not be compensated by the barrier upon the business reorganization, especially when it could continue its executing proceedings in face of the debtor. The initial major reaction was comprehended as correct, mainly by the lack of adequate conditions offered for the suspension of debts. In the analyses, it is used the hypothetico-deductive methodology for verify the juridic compatibility of the obligation, in accordance to the proportionality parameter, between valuable ends of the reorganization and the tax assets recovery and the more compatible means available to the agents involved. At last, by colliding the innovations brought by Lei 14.112/2020, that improved the conditions to restructuring the tax debts and the efficiency of the State execution proceedings, it could be concluded that, in a standard point, the referred obligation needs to be obeyed, however there were made some important exceptions in order to guarantee the debtor from excessive prejudice on his patrimony left, so the diversified collective interests involving the business reorganization is respected, in order to compatible it with the general objective that consists in the legal principle of business maintenance

Keywords: Business reorganization. tax debt. obligatory tax regularity. legal principle of the business maintenance. tax debts recovery. conditions to tax debts restructuring. proportionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC	Conflito de Competência
CDA	Certidão de Dívida Ativa
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CND	Certidão Negativa de Débito
CND-EN	Certidão Positiva de Débito com Efeitos de Negativa
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CTN	Código Tributário Nacional
EPP	Empresa de Pequeno Porte
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
ICMS	Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação
IOF	Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários
LGP	Lei Geral de Parcelamentos (10.522/2002)
LRE	Lei de Recuperação de Empresas (11.101/2005)
ME	Microempresa
PAES	Parcelamento especial, instituído pela Lei nº 10.684/2003
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PUCSP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RJ	Recuperação Judicial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UPI	Unidade Produtiva Isolada

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O TRATAMENTO DO CRÉDITO PÚBLICO	10
2.1 <i>SISTEMA DE INSOLVÊNCIA E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA</i>	10
2.2 <i>O RITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL</i>	16
2.3 <i>OS CRÉDITOS PÚBLICOS E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL</i>	21
3 A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL ATÉ A REFORMA DA LEI 11.101/2005	31
3.1 <i>O ESCOPO DA REGULARIDADE FISCAL PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEU INÍCIO ABRUPTO E INEFICAZ</i>	31
3.2 <i>LEI 13.043/2014 – RESPOSTA TARDIA, MAS SUFICIENTE?</i>	35
3.2.1 <i>CARACTERÍSTICAS DO PARCELAMENTO DITO ESPECIAL</i>	35
3.2.2 <i>MANUTENÇÃO DA DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DAS CND'S – UMA QUESTÃO DE PROPORCIONALIDADE</i>	38
4 MUDANÇAS NO TRATAMENTO ESPECIALIZADO DO CRÉDITO PÚBLICO E NA POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA	43
4.1 <i>O NOVO PARCELAMENTO E NOVOS INSTRUMENTOS</i>	45
4.2 <i>A RECENTE TRANSAÇÃO E A, MAIS RECENTE, TRANSAÇÃO ESPECIAL</i>	49
4.3 <i>RESPOSTA DE ALGUNS TRIBUNAIS À REFORMA</i>	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abrange o tema da Recuperação Judicial, tratando especialmente da sua relação com o credor público. Seu principal objetivo é organizar um modelo interpretativo do tratamento dos créditos fiscais no soerguimento empresarial, para então buscar responder se há viabilidade de se exigir a regularidade fiscal do empresário enquanto requisito obrigatório para se proceder à recuperação judicial da empresa.

A exigência traduz-se na necessidade de apresentação de certidões negativas tributárias ou de regularidade fiscal (positivas com efeitos de negativa) pelo devedor perante o juízo recuperacional, para que esse homologue o plano de reestruturação negociado coletivamente com seus credores reunidos e, dessa forma, haja prosseguimento à sua recuperação.

Contudo, a despeito de haver expressa disposição legal nesse sentido, a questão tem sido largamente discutida desde a promulgação da Lei nº 11.101/2005, que instituiu a Recuperação Judicial, até então, com sua recente reforma pela Lei 14.112/2020, que trouxe novos contornos à controvérsia.

Na praxe judicial, de forma recorrente, a exigência foi dispensada, em razão de lacunas na lei ou, ainda, desproporcionalidade de sua aplicação na prática, porquanto reconhecida como barreira sem que fossem oferecidas condições reais ao empresário em crise econômico-financeira para superar tal ônus.

Como primeiro objetivo específico do trabalho, será desenvolvida revisão bibliográfica sobre a Recuperação Judicial e suas finalidades, além de definições necessárias à pesquisa, exatamente para entender as variáveis que levaram tradicionalmente ao posicionamento flexibilizador, que encontrou guarida em boa parte da doutrina especializada.

Questões como a relação do crédito fiscal com a Recuperação Judicial, bem como das execuções fiscais durante o rito, além das principais características do rito recuperacional serão abordadas neste primeiro momento.

Ademais, para compreender o problema em seu aspecto axiológico e a ponderação que se propõe a realizar, serão postos em análise o princípio da preservação da empresa e da indisponibilidade do interesse público no que tange ao privilégio do crédito tributário.

Nessa concorrência de princípios, por um lado, é visada a efetivação do soerguimento da empresa e sua função social destacada, enquanto instrumento de desenvolvimento da atividade econômica, de geração de empregos e arrecadação fiscal. Por outro, o primado do

interesse público diretamente afeto ao crédito tributário, o qual não figura entre aqueles negociados em assembleia de credores, mas tem regime próprio de repactuação e sua execução, inclusive, corre em paralelo.

Assim, um dos objetivos específicos da monografia será levantar os principais argumentos utilizados para justificar a dispensa da apresentação de certidões como forma de garantir a preservação da empresa, tanto na doutrina como na jurisprudência de tribunais de justiça e do STJ.

A investigação perpassará por tais posicionamentos contextualizando-os às alterações legais que refletiram no regime próprio de repactuação de dívidas tributárias do devedor recuperando e que também serão descritas.

Uma vez identificados os principais pontos controversos que impediram, em muitos casos, a plena aplicação da exigência de apresentação das certidões, causando insegurança jurídica, o objetivo específico final do trabalho será elencar as mudanças capitaneadas pela reforma vinda da Lei 14.112/2020 e contrastá-las com as principais críticas às condições anteriores oferecidas ao devedor, a fim de concluir se há viabilidade, no ordenamento atual, de aplicar a referida exigência.

Acrescente-se que será avaliado o novo papel do Fisco pós-reforma, seus poderes de atuação e de interferência na Recuperação Judicial e novas possibilidades, como a transação fiscal. Mais ainda, para concluir sobre a possibilidade da exigência, é necessário analisar a abrangência da alterada Lei Geral de Parcelamentos (Lei 10.522/2002) e se há medidas para o tratamento especial das dívidas fiscais do recuperando perante os demais entes tributantes, além da Fazenda Nacional.

A pesquisa, de caráter jurídico-dogmática, será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Será verificado de forma crítica se houve adequação da medida e de seus meios, se proporcional e razoável nesta possível restrição de direitos ao recuperando e se, em contrapartida, haveria real necessidade que justificasse o óbice ao soerguimento da empresa.

O trabalho tem por justificativa a busca, após anos de discussão, por delinear os novos contornos do problema e propor uma solução. Trata-se de atualização de pesquisa necessária à recente reforma.

Dada a importância do tema, além de ao fim responder ao problema de pesquisa levantado, se prestará ainda, de forma acessória, a ilustrar uma perspectiva inicial de aplicação da lei em certos tribunais do país.

Os capítulos são divididos em: um inicial destinado a revisão de conceitos importantes ao tema, outro para destrinchar a exigência da regularidade fiscal e a evolução legal, jurisprudencial e doutrinária do seu tratamento, até se chegar à Reforma da LRE em 2020, que terá capítulo próprio, sendo base para a conclusão alcançada na pesquisa.

2 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O TRATAMENTO DO CRÉDITO PÚBLICO

2.1 SISTEMA DE INSOLVÊNCIA E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Para compreender o cerne do problema que se propõe a responder, deve-se, primeiramente, desvendar os meios e as finalidades que envolvem a Recuperação Judicial, já tomando conta de importantes pontos modificados por sua reforma promulgada com a Lei 14.112, no final de 2020.

A Recuperação Judicial faz parte do sistema normativo da insolvência empresarial, tendo sido concebida como um dos remédios estatais para superação da crise econômico-financeira por que passe o empresário. Busca-se evitar a quebra daquele agente econômico devedor ainda capaz de se soerguer e contribuir ao mercado.

O procedimento da Recuperação Judicial, pleiteado pelo devedor, tem como base a reunião de seus credores, em sede judicial, de forma que se reorganize, em um levantamento de todas suas obrigações até então, ações, execuções e de créditos existentes que se submetam ao rito.

Como resultado imediato a ser buscado, está a aprovação consensual de um plano capaz de conciliar todos os interesses ali envolvidos e aqueles atingidos indiretamente quando encerrada a atividade empresarial. Sob fiscalização judicial e de seus credores, busca-se no plano a adoção de medidas cabíveis a recuperar a saúde de seus negócios.

Sua criação decorre da Lei 11.101/2005, chamada de Lei de Recuperação de Empresas (LRE), que sucedeu, em matéria de insolvência empresarial, o Decreto-Lei 7.661/1945, que disciplinava as concordatas.

Em breves linhas, pode-se apontar a Recuperação Judicial como uma evolução às concordatas. Em volume, passou a englobar mais espécies de credores, assumindo maiores finalidades ao passo que seja mais eficaz ao empresário na recondução global de sua atividade. Em modo, ganhou um amplo rol de possibilidades para se readequar, conferindo-se maior poder de barganha ao devedor perante seus credores, apesar de ainda serem de grande utilidade, na crise econômico-financeira, as dilações e descontos das dívidas.

Em paralelo, a concordata se mostrou um procedimento engessado, restringindo-se ao perdão ou dilação do pagamento. Além de tudo, sua aprovação era feita judicialmente, sendo

que não se buscava na vontade dos credores o aval para sua concessão, diferentemente da Recuperação Judicial que tornou essa vontade privada a protagonista na análise da reestruturação proposta, em um modelo negocial. Assim, a vontade dos credores, organizada em classes ganha força, em detrimento da antiga concordata, onde só poderiam impugnar a concessão feita pelo juiz, e por motivos restritos previstos em lei, como má-fé, fraude ou a evidente impossibilidade de cumprimento, e outros mais elencados (SACRAMONE, 2021).

A evolução, contudo, não se encerra em grau de eficácia e de participação de credores. Está ligada também a um maior protagonismo da LRE com a vontade constitucional que instituiu os princípios da Ordem Econômica e Financeira (BRECHBÜHLER, Gustavo; BRECHBÜHLER, Guilherme, 2013). A Lei de Recuperação de Empresas preceitua, logo no art. 47, que os fins da Recuperação Judicial englobam:

[...] 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. (BRASIL, 2005).

Emprestando-se a percepção do professor Edilson Enedino (2020, p. 581), é possível vislumbrar como objetivo geral a superação da crise. Para tanto, configuram-se como objetivos específicos: manter a fonte de circulação e produção de riquezas, as relações trabalhistas e os interesses dos credores; e, assim, como resultados ou consequências desejadas: a preservação da empresa, a sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O dispositivo estabelece a tônica do instituto e a abrangência multifacetária que envolve a atividade empresarial. Segundo destacam Gustavo Brechbühler e Guilherme Brechbühler (2013, p. 233), a Lei 11.101/2005 assume um papel protagonista ao priorizar a preservação da empresa, pois, primando pela manutenção das empresas ainda viáveis, está mesmo refletindo a disposição fundamental da proteção da função social da propriedade, abrangida no art. 170 da Constituição. Pela leitura desse dispositivo, é possível visualizar as bases axiológicas da ordem econômica constitucional:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

[...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

[...]

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988).

Percebe-se que a empresa, não como um fim em si mesma, tem sua proteção constitucional com base na sua capacidade, enquanto polo econômico, em movimentar de forma profissionalizada diversos valores sociais relevantes numa mesma toada, do que se vê no rol trazido pelo artigo 170 da Constituição.

É certo que a depender da atividade econômica exercida pela empresa, estará essa a afetar com mais ou menos abrangência e intensidade o interesse social. O maior interesse envolvido pode ser constatado em maior regulação pelo Estado sobre certas faixas de mercado ou na própria delegação do serviço público pela Administração aos particulares. Como se vê em relação às entidades financeiras, que detêm regime especializado de insolvência, fora da Lei 11.101/2005, pelo excepcional risco sistêmico que sua insolvência traz à segurança do mercado nacional.

Por sua vez, o Estado tem o aval constitucional para, de forma excepcional, diretamente explorar a atividade econômica, limitando-se quando necessário aos ditames da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, conforme o art. 173 da Constituição. Essa atuação se dá pelas empresas estatais, as quais também têm regime próprio de insolvência, sendo, a princípio, excepcionadas da LRE.

Neste diapasão, com as ressalvas da atuação estatal, constata-se que a base da ordem econômica instituída é a iniciativa privada, havendo na empresa o desenvolvimento de importante função social, como a “geração de empregos, bens de consumo, pagamento de tributos, desenvolvimento econômico, social e até mesmo cultural” (SILVA, Ana Flávia Carneiro da Cunha, 2020, p. 100).

Assim, conquanto esteja protegido no rol de direitos individuais, o princípio da propriedade privada exercida em sua função social traduz a natureza do Sistema Econômico Nacional (SILVA, José Afonso da, 2011 *apud* BRECHBÜLER, Gustavo; BRECHBÜLER, Guilherme, 2013). Com isso, entretanto, não se diga que a atividade se torna finalisticamente restrita a tais fins sociais, porque subsiste como tal a própria função da propriedade – que se num lote residencial é sua moradia ou locação – a titularidade da empresa, por sua vez, visa à geração de lucro e à sua extroversão.

Nesse sentido, esclarece o professor Gladston Mamede (2021, p. 441):

Essa riqueza, por certo, beneficia o empresário e os sócios da sociedade empresária, por meio da distribuição dos lucros. Mas beneficia igualmente todos aqueles que estão direta e indiretamente envolvidos: não só os empregados, mas os fornecedores (e seus empregados, que têm trabalho), os clientes (outras empresas ou consumidores, que têm bens e serviços à sua disposição), o próprio mercado, que ganha com a concorrência entre as diversas empresas, bem como com a complexidade dos produtos – bens e serviços – que o compõem, o Estado, com os impostos, a região em que a empresa atua, com os benefícios decorrentes da circulação de valores etc.

O valor da empresa está, portanto, na satisfação das necessidades comuns e na instrumentalização dos meios econômicos para se garantir a existência digna. O que não significa, todavia, a busca pela proteção do empresário a qualquer custo – sob ônus integral dos fornecedores de crédito, do Estado arrecadador e de seus empregados, que, não raro, são diretamente atingidos pela crise da empresa.

Assim, o procedimento especial de recuperação, se por um lado resguarde os efeitos positivos da continuação da empresa, por outro, não deve servir à excessiva transferência dos riscos da atividade ao mercado. Há hipóteses em que se verifica inviável a continuação da empresa, de modo que a tentativa de sua manutenção pela via judicial só postergará sua insuficiência e eventual quebra, gerando poucos benefícios e aumentando custos de transação num eventual posterior rateio de ativos da massa falida.

Mais ainda, como doutrina o professor Fábio Ulhoa Coelho (2011), os custos de recuperações judiciais mal feitas podem potencializar ainda mais o ônus recaído sobre a própria sociedade. Os riscos da recuperação judicial são socializados nas linhas de crédito e produtos e serviços por grande agentes econômicos a seus destinatários, como consumidores e empresas emergentes, na eventualidade de terem seus créditos submetidos aos procedimentos falimentares e reduzidos ou não adimplidos em sua integralidade. Assim, a concessão da recuperação judicial deve ater-se às empresas viáveis a reorganização econômico-financeira. Nesse sentido, afirma Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 413):

Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o empresário que a postula deve se mostrar digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperado, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la.

Doutro lado, não pode servir a Recuperação Judicial para empresas saudáveis que não comproven o risco iminente a terceiros no mercado, à manutenção de empregos e o perigo de amplo calote. Dito de outra forma, evita-se a dita indústria da recuperação. Não cabe àquele devedor, com plenas condições de se manter, se aproveitar do plexo axiológico da LRE com vistas à injustificada modulação coletiva de suas dívidas. Da mesma forma, não vale o risco de se sujeitar à vontade dos credores e à possibilidade de sua convação em falência, além da ampla fiscalização, podendo, inclusive, serem os responsáveis punidos por crime falimentar com a distribuição de lucros e dividendos a sócios e acionistas antes da aprovação de seu plano de recuperação que venha a ser considerada fraudulenta e prejudicial aos credores¹.

Entretanto, não há empecilho àquele devedor que se antecipa à crise econômico-financeira, em sua iminência, para tentar desde já equalizar interesses de credores, se preparar e administrar com mais eficiência o seu passivo. É que a crise econômico-financeira pode não ser a primeira enfrentada, mas resultado de outra ou outras ocorridas.

Crises como o de modelo de negócios, por que têm passado cinemas, livrarias, editoras, em meio à digitalização do comércio e à acessibilidade a serviços multimídia, são exemplos da necessidade de adequação ao desenvolvimento tecnológico, que restaram mesmo intensificadas com o recente período pandêmico, de isolamento social.

Ocorre que a Recuperação Judicial, enquanto remédio estatal, não se presta a proteger aquele que organizou mal a condução de seus negócios em detrimento de seus concorrentes que tomaram rumo contrário. A intervenção em excesso para preservar a empresa ensejaria no prejuízo à livre concorrência, base da ordem econômica, desprestigiando aqueles agentes em pontualidade com seus investidores, parceiros e com o Fisco. A viabilidade econômica da recuperação será deliberada pelos credores concursais.

¹ É o que dispõe a LRE, nos seguintes artigos: “Art. 6º-A. É vedado ao devedor, até a aprovação do plano de recuperação judicial, distribuir lucros ou dividendos a sócios e acionistas, sujeitando-se o infrator ao disposto no art. 168 desta Lei. [...]”

Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa [...]”

Contabilidade paralela e distribuição de lucros ou dividendos a sócios e acionistas até a aprovação do plano de recuperação judicial

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, inclusive na hipótese de violação do disposto no art. 6º-A desta Lei” (BRASIL, 2005).

Logo, quando se refere à preservação da empresa, busca-se, enquanto princípio que é, a otimização do aspecto funcional da empresa, que, entre seus perfis, prefere em relação ao seu aspecto subjetivo (seu titular).

Assim, a distinção entre empresário e empresa é essencial para compreender os objetivos desse princípio.

O empresário é o sujeito titular da atividade empresarial (da empresa), podendo ser uma pessoa natural exercendo em nome próprio, ou uma sociedade, composta por sócios empreendedores pessoas naturais ou outras sociedades. Ao definir a figura do empresário, o art. 966 do Código Civil diferencia a atividade econômica considerada empresária:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. (BRASIL, 2002a).

Conforme esclarece Ricardo Negrão (2019), consiste a empresa no conjunto de capital e de trabalho, dispostos de forma organizada, para a produção de bens. Portanto, não há como confundir a empresa – atividade – com a pessoa que a exerce.

Dessa forma, feita a diferenciação, afirma-se que: apesar de, regra geral, coincidirem os interesses, nem sempre será adequado e mais eficiente manter o titular na condução da empresa durante os ritos da lei falimentar.

É certo que, na falência, é próprio do procedimento que este seja afastado para que o administrador judicial assuma a condução da massa falida, o que não significa despreocupação com a continuação material da atividade organizada, uma vez que também a falência prestigia a preservação da atividade empresarial organizada, a ser tocada por terceiro².

Já na Recuperação Judicial, possível, em certas hipóteses, venha o recuperando a ser substituído por um gestor judicial na administração direta da empresa, mantido o administrador judicial nomeado na função típica de fiscalizador da recuperação. O afastamento deve ser

² Primeiro, tem-se a ordem de preferência para liquidação da massa falida, no art. 140 da LRE, que prestigia a alienação integral da unidade do estabelecimento, para manter contratos e negócios subjacentes, e a estrutura própria para a produção intacta a um jogador com maior aptidão econômica para tocá-la. Doutro lado, vê-se a preocupação do legislador na não sucessão, ao terceiro adquirente, de quaisquer débitos do recuperando (art. 60, parágrafo único) ou do falido (art. 141, inciso II) relacionados àqueles bens. O tratamento especial confere maior atratividade e segurança jurídica, incentivando a manutenção do negócio pelo terceiro adquirente, para, da mesma forma, se ter a continuação do plexo contratual anterior, abrangendo empregos, negócios com fornecedores e o suprimento para quem se beneficiava de seus produtos.

motivado em condutas deletérias ao próprio rito, quando identificados forte indícios de crimes falimentares, ou condutas para fraudar os credores, enganá-los e de dilapidação de patrimônio excessivos, desarrazoadas e altamente prejudiciais ao funcionamento regular da empresa.

O afastamento, que parte do controle de legalidade exercido pelo juiz, como visto, é uma excepcionalidade. Caso contrário, permitido com mais facilidade, representaria insegurança a desincentivar a utilização da Recuperação Judicial pelos devedores em crise.

Além disso, a figura da sociedade empresária pode ser substituída, modificada, ter sua administração afastada por sua própria vontade, sendo esses alguns dos meios facultados para conquistar a anuência e cooperação dos credores na sua reestruturação. São exemplos de tais medidas a fusão, incorporação a novas sociedades, cisão e outros aportes societários possíveis, a fim de alcançar melhores condições patrimoniais, com terceiros, para fazer frente às dívidas. Podendo, inclusive, ser a dívida convertida em capital social, facilitando ao credor que deseje investir e participar da sociedade.

Relativamente à sua administração, possível, pela aprovação do plano, a substituição ou que este disponha sobre a eleição, feita pelos próprios credores, de um novo administrador, sob a promessa de maior eficiência e transparência.

Com base nisso, passa-se a considerar as relevantes características processuais do rito, para sua melhor compreensão global.

2.2 O RITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Recuperação Judicial desenvolve-se por três fases: a postulatória, a deliberativa e a de cumprimento.

Para dar início, o empresário (ou empresários, se houver litisconsórcio na modalidade de consolidação processual ou substancial) pleiteia a recuperação. A peça exordial será instruída com as causas da sua situação patrimonial e crise econômica-financeira, balanços patrimoniais, relatórios de sua contingência passiva, incluindo a parte que não sofra direta interferência nas negociações, e ativa e de seus bens, empregados, entre outras informações destinadas a comprovar sua viabilidade.

Devem-se comprovar requisitos objetivos, como atividade regular há mais de dois anos e não ter obtido a concessão de recuperação judicial há mais de cinco anos. Mínimos que justificam a atuação estatal e os custos daí decorrentes.

Além disso, é possível que o juízo recuperacional determine a constatação prévia, para uma análise mais detalhada e técnica pautada, exclusivamente, nas reais condições de funcionamento do peticionário e da regularidade e completude das documentações colacionadas. Contudo, o art. 51-A, §5º, da LRE deixa bastante claro que a análise não poderá extrapolar tal objeto, não podendo se realizar uma perícia sobre a viabilidade econômica do devedor, uma vez que este papel é relegado à assembleia de seus credores.

Desta feita, deferido o pedido inicial, deverão ser convocados todos os credores submetidos ao rito, para se proporcionar a fase deliberativa, que disporá, principalmente, sobre o plano de soerguimento a ser apresentado. A reunião dos credores é operacionalizada pelo procedimento de habilitação e homologação de créditos, o qual sofreu alterações³ em 2020 com vistas a maior celeridade ao feito, eis que esta parte organizacional costumava demandar tempo considerável, a postergar a realização em seguida da Assembleia-Geral de credores.

Em relação à abrangência, há uma parte relevante de potenciais créditos do empresário que não se submetem à Recuperação Judicial.

No que tange ao tempo de formação, englobam-se todos os créditos existentes, ainda que vincendos, antes do pedido de recuperação. Daí decorre que basta ser o pedido posterior ao fato gerador - fato que deu causa ao *an debeatur* – para englobar tal crédito, ainda que esse seja reconhecido posteriormente em sentença (AYOUB, 2021, p. 36). Como exemplo, os encargos trabalhistas referentes a período anterior ao pedido serão submetidos, ainda que só reconhecidos posteriormente em acordo com o empregador⁴, mas aqueles referentes ao período trabalhado durante a recuperação não se submetem, sendo considerados não submetidos. A lógica se aplica a demais relações, como na responsabilidade civil⁵.

³ Citam-se a permissão de encerramento da Recuperação Judicial mesmo não homologado o Quadro-Geral de Credores, pendendo impugnação sobre existência, valor, classificação ou outros atributos do crédito. Soma-se, também, a proibição de inclusão de retardatários, aqueles que perderam o prazo para se apresentarem e influenciarem na vontade emanada de sua classe.

⁴ Converte nesse sentido o extraído do julgado no AgInt no REsp 1812898/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/09/2020, DJe 01/10/2020.

⁵ Conforme a tese decidida no Tema nº 1.051 dos recursos especiais repetitivos, que teve como representativo de controvérsia, entre outros, o REsp 1843332/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 09/12/2020, DJe 17/12/2020.

Quanto à matéria, o legislador, conforme o art. 49, §3º, da LRE, retirou da submissão à recuperação o:

[...] credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio. (BRASIL, 2005).

Também não se submetem os créditos tributários, que serão objeto de análise mais à frente. Essas duas espécies, inclusive, sofrem implicações diferenciadas em relação ao principal efeito do deferimento do pleito recuperacional, que é seu prazo suspensivo, chamado de *stay period*.

O referido prazo acarreta a suspensão de ações e execuções em face do devedor, se justificando para conferir-lhe respiro, propiciando período a que elabore seu plano, a ser deliberado – caso necessário – pelos credores, sendo que a reunião assemblear deve ser realizada em 150 dias do deferimento do pedido para processamento do feito. Veja-se que os 180 dias almejam abarcar todo o período entre o deferimento da petição inicial até o começo do cumprimento do plano de soerguimento.

Conforme bem demarcam Beatriz Faneca e Tatiana Flores (2021, p. 183), o período suspensivo

[...] impede a corrida desorganizada e quase sempre predatória dos credores sobre os bens do devedor, frustrando a perspectiva de construção de um ambiente de negociação sadio, além da manutenção da atividade viável e o saneamento da crise econômico-financeira da empresa devedora.

Há sacrifício imposto aos credores, estando ao menos suspensa a exigibilidade dos créditos inclusos e submetidos ao rito e, logo, sua prescrição para cobrança.

A despeito disso, a Recuperação Judicial de forma alguma atrai execuções ou ações para si, não podendo ser considerado o seu órgão judicial condutor um juízo universal (BEZERRA FILHO, 2015). Desse modo, possível se falar em “concurssalidade sem executividade forçada” (PONTES DE MIRANDA, 1971 *apud* AYOUB, 2021, p. 128).

Face disso, o credor submetido ao procedimento que não participe da negociação terá, como consequência, no pior dos casos, eventual modulação de seu ativo financeiro sem sua participação.

A Reforma da LRE, inclusive, tratou de determinar a prescindibilidade de resolução acerca de todos os credores retardatários (habilitados tardiamente) para sua conclusão, em busca

de conferir maior celeridade ao processo que dificilmente obedecia o prazo de 150 dias para realizar a assembleia, conforme constatado, no foro paulista, pelo Observatório de Insolvência do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência da PUCSP e pela Associação Brasileira de Jurimetria e documentado em livro de estudos de jurimetria (WAISBERG; SACRAMONE; NUNES; TRECENTI, 2021)⁶.

Justamente por isso, a Lei 14.112/2020 abarcou o entendimento aplicado pelo STJ⁷ da possibilidade de prorrogação de tal prazo suspensivo por novos 180 dias, excepcionalmente, se a demora não se der por culpa do devedor.

O devedor, assim, apresenta seu plano de recuperação, que passa por uma análise judicial que deve ser estritamente ligada à sua legalidade (v.g., garantir a observância de mínimos aos créditos trabalhistas, pertinência dos créditos nas respectivas classes, *quantum* e *an debeat* em conformidade, decidido em sede de impugnação por interessados), sendo que o juízo de adequação e oportunidade estará com os credores.

Havendo objeção ao plano de recuperação, passa-se à Assembleia-Geral de Credores. Na oportunidade, o plano poderá ser aprovado pela unanimidade das quatro classes (trabalhistas, os detentores de crédito com garantia real, os quirografários e a classe das Empresas de Pequeno Porte e das Microempresas), ou subsidiariamente, observado o quórum majoritário previsto sobre a integralidade da assembleia, conforme o art. 58 da LRE.

De modo diverso, poderá ser rejeitado, implicando em hipótese de convocação, conversão, em falência (art. 73, III, da LRE). Ainda, fruto da inovação trazida pela Lei 14.112/2020, poderão os próprios credores apresentar plano de sua autoria para nova deliberação, em substituição ao decreto imediato de quebra do recuperando, conferindo-se nova chance para a manutenção da atividade já estruturada.

Aprovado o plano, com ou sem a necessidade de deliberação assemblear, será, então, submetido ao crivo do juiz para sua homologação. É nesta fase em que o juiz deve, ou deveria, exigir do devedor as certidões de integral regularidade fiscal, após o tempo de alívio nas

⁶ Segundo os resultados da pesquisa do Observatório de Insolvência do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência da PUCSP e da Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ – dentro do escopo processual pesquisado, no foro paulista, o tempo mediano até a primeira assembleia de credores foi de 456 dias nas varas comuns e 164 dias nas especializadas, sendo que 76,5% dos casos analisados tiveram duas ou mais assembleias. Demonstrou-se, ainda, o aumento de tal quantidade conforme faturamento do recuperando.

⁷ Nesse sentido, o julgado no REsp 1610860/PB, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016.

excussões e de negociação que foi concedido ao recuperando. Tendo vislumbrado todos os requisitos, o pretor concede a recuperação.

A sentença de concessão, que inicia a fase de cumprimento da recuperação judicial, gera a novação das dívidas que detinham alterações previstas no plano. Durante essa fase, o devedor comum passa a cumprir as novas obrigações e adotar as demais medidas ajustadas, com a continuação da fiscalização judicial, do Ministério Público, do administrador judicial e dos demais credores.

Acaso descumprido o plano durante este período, haverá hipótese de convação em falência. Diz-se, nesse caso, que a novação comporta uma condição resolutiva (TOMAZETTE, 2021, p. 111), porquanto, convolada em falência, todas as dívidas ora novadas retornarão às mesmas condições originais, abatido o quanto já pago, para se proceder à execução coletiva do falido. De qualquer forma, de acordo com Ayoub (2021, p. 308) “em nenhuma circunstância vislumbra-se a possibilidade de o credor retomar a execução embasada no crédito extinto por novação”, pela sua perda de objeto.

Finalizada a fase de cumprimento, o crédito estará definitivamente novado. A partir de então, o credor que comprovar inadimplência do empresário apresentará, como título executivo, o plano homologado, para dar início ao cumprimento de sentença. Daí não há mais se falar em convação em falência, contudo, poderá o exequente requerer conjuntamente a decretação de quebra, com base no art. 94, alínea g, da LRE, porque não prestada obrigação assumida na recuperação judicial.

Aliás, com a reforma trazida pela Lei 14.112/2020, a fase de cumprimento, também chamada de período de observação, deixa de ter um prazo fixo de dois anos. Os dois anos tornaram-se prazo máximo para o período de observação que pode ser, inclusive, relevado pelo juiz, com o encerramento imediato da fiscalização judicial. A alteração motivou-se a uma pelo alto custo de manter a fiscalização pela máquina judiciária por tal período (OLIVEIRA; NOLASCO, 2021), ficando a cargo do juiz decidir quais empresas “precisam ser mais vigiadas que outras, nos primeiros anos da recuperação”, nos dizeres do Parecer nº 165, de 2020, (BRASIL, 2020a, p. 24), vindo do Plenário do Senado Federal, acerca do Projeto de Lei nº 4.458/2020, que veio a reformar a LRE.

Embora o período de observação seja curto, ou mesmo inexistente, não decorre disso que a recuperação, num ponto de vista material, e não processual, terá a mesma rapidez. Verifica-se esta diferença nos prazos estabelecidos para pagamento, somados por eventuais

períodos de carência pactuados, ou mesmo no tempo até a efetiva conclusão de planejada venda de unidades da empresa ou de cotas societárias.

É que, com a ressalva dos créditos trabalhistas ou decorrentes de acidente de trabalho, em que a lei determina o prazo de um ano para pagamento (ou de dois, com a aceitação da classe e garantia integral realizada em juízo), além do pagamento imediato das verbas salariais vencidas nos três meses antes do pedido, os demais créditos distendidos costumam ter prazos bem maiores, indo além do encerramento da recuperação judicial. De acordo com a pesquisa do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência da PUCSP e da Associação Brasileira de Jurimetria (WAISBERG; SACRAMONE; NUNES; TRECENTI, 2021, p. 33-37), o prazo médio de pagamento total das dívidas com garantia real e as quirografárias, subquirografárias, com privilégio e as subordinadas foi de nove anos, tendo, em sua maioria, estabelecido algum prazo de carência de pagamento.

Com essas considerações, tem-se base para se passar a um panorama de como os créditos tributários, ou, em maior extensão, os créditos fiscais, se relacionam com o rito.

2.3 OS CRÉDITOS PÚBLICOS E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Em primeiro, analisa-se o crédito tributário, suas características e privilégios legais, para compreender a razão de sua não submissão e como se interrelaciona com o rito estudado.

Por definição, um crédito tributário advém de uma obrigação tributária, surgida *ex lege*, sempre que materializada a ocorrência de um fato gerador previsto em lei, a justificar uma prestação pecuniária ao Estado, ou sempre que descumprida uma obrigação acessória perante o Fisco.

Em ambos os casos, de obrigação principal ou acessória, se extrai um direito prestacional da Fazenda Pública oposto ao sujeito passivo – contribuinte ou responsável tributário – que será concretizado com o lançamento tributário – procedido de ofício ou via homologação – que constitui esse crédito⁸. Não pago ou restando não impugnado administrativamente, parte o Fisco aos meios coercitivos de cobrança judicial.

⁸ Vale a ressalva de ser controvertida entre intérpretes se a natureza do lançamento tributário é constitutiva ou declaratória do crédito tributário. No presente, apoia-se no entendimento de que, na individualização concreta feita pelo lançamento em relação à obrigação tributária surgida, há se falar em constituição do crédito tributário.

Para dar ensejo à cobrança, a Administração Fiscal realiza a inscrição na dívida ativa, que é ato administrativo de controle de legalidade a fim de se extrair um título dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, o qual dará lastro a execução fiscal. São legitimados a mover execuções fiscais os entes fazendários, entendidos esses como os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e suas autarquias e fundações de direito público, excluídas as empresas estatais, salvo exceções como a cobrança do FGTS pela Caixa Federal (NOLASCO, 2017).

A execução fiscal, que não se suspende durante a Recuperação Judicial, pode englobar tanto créditos fiscais tributários quanto créditos fiscais não-tributários. Segundo o conceito trazido pela Lei Federal 4.320/1964 (art. 39,§ 2º), na classe não-tributária estão as demais multas, sem caráter tributário (multas administrativa decorrentes do poder de polícia), indenizações para ressarcimento do erário, reposições, restituições, entre outros.

Pendeu discussão doutrinária se os créditos não-tributários estariam sujeitos à negociação coletiva forçada. Conquanto correriam inobstadas as execuções fiscais frente à recuperação, parte da doutrina se pautava na exclusão feita pelo Código Tributário Nacional somente do crédito tributário de submissão a concursos de credores privados (art. 187 do CTN). Em que pese não haver disposição expressa no ordenamento, a Terceira Turma do STJ, julgando o REsp 1.931.633/GO (BRASIL, 2021d), em recente assentada, chegou à conclusão de que, igualmente, os créditos não tributários seriam exteriores à recuperação judicial.

Entendeu-se assim, pois reconhecida lacuna deixada pelo legislador (que só cuidou de definir sobre o destino crédito tributário no referido artigo), a qual foi integrada a partir de demais normas atinentes ao crédito público no contexto recuperacional. O objeto da controvérsia, *in casu*, se tratava de multas administrativas constituídas pela ANVISA, autarquia federal, tendo sido cominadas à empresa em crise.

Na análise, a Min. Nancy Andrighi levantou pontos sobre o ordenamento que traduziriam a não sujeição daquele crédito. Cita-se o art. 29 da Lei de Execuções Fiscais que, sem distinção da natureza do crédito público exequendo, o destaca de concursalidades ou as próprias novas formas de equacionamento com o Fisco, que também abrangem, necessariamente, os valores não tributários. Em conclusão, entendeu-se irrelevante a natureza do crédito público para fins de não submissão ao concurso negocial.

A conclusão do STJ repercute e, com ela, deve-se primar ainda mais por oferecer uma visão geral do passivo a ser apresentada aos credores, conforme o próprio art. 51 da LRE, que exige a instrução da petição inicial por um relatório detalhado do passivo fiscal. A definição

sobre tais exclusões impactam a forma de se ver recuperações de empresas atuantes em faixas com alta carga regulatória, ou de empresas em constante contratação com o Poder Público, e submetidas a seu controle interno e externo, para realizar seu objeto social.

A não submissão do crédito fiscal não tributário, assim como do tributário, igualmente, justifica-se pela indisponibilidade do interesse público. Realmente, “não há como a Fazenda Pública participar de uma assembleia de credores e ter seus créditos negociados por votação da massa de credores” (TOMAZETTE, 2021, p. 83). A reunião assemblear com a inclusão do crédito público sem nenhum resguardo implicaria a decisão por concessões tributárias realizada por uma vontade, sobretudo, privada, que afrontaria o caráter vinculado da administração fiscal, além de que a dificultaria no mister de tratamento dos contribuintes de forma isonômica.

Veja-se que caso o crédito seja atingido, implicando futura novação, será pelo seu decréscimo, seja no valor principal, ou em descontos nos juros, dilações no tempo, ou outros meios nesse sentido – tratando-se de renúncia a direito de interesse público. Por conta disso, serve, para tal renúncia e negociação em separado, uma lei específica, como o art. 68 da LRE demandou. Confira-se:

Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. (BRASIL, 2005).

O referido parcelamento, como se verá adiante, trata-se, em verdade, de direito subjetivo do devedor recuperando, conforme pacificamente reconhecido no STJ⁹. Daí, então, ser necessário modalidade especial e eficiente de tratamento legal dos créditos públicos, em paralelo mas não alheio às circunstâncias da recuperação perante seus credores privados.

Demais disso, justificaria o privilégio diferenciado, verificado sobretudo aos tributários, pelo inegável valor social decorrente. Como argumentam Klein e Castro (2019), o Estado brasileiro, na ordem social consagrada na Constituição Cidadã, que prima pela justiça social, assume um papel além de simples arrecadador e mantenedor do *status quo*, mas de promotor material dos direitos fundamentais, que lhe demandam uma postura positiva, acarretando diretamente em maiores custos. Nesse sentido, como evolução do pesado Estado de Bem-Estar Social, a ordem constitucional atribui também aos jurisdicionados participação neste objetivo

⁹ Conforme restou decidido no REsp 1187404/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, DJe 21/08/2013.

fundamental, entendo-os parte de uma solidariedade multidimensional – como se vê fortemente nas receitas da seguridade social.

Entendendo os autores, nesse diapasão, que a dicotomia entre a necessária regularidade fiscal e a preservação da empresa seria apenas aparente, porquanto uma das funções sociais demandadas da empresa é justamente ser fonte de tributos, seja por pagamento direto ou por repasse dos ônus a terceiros. Por essa razão, concluem não seria desarrazoado se exigir uma garantia ao credor tributário, que não participa das tratativas da recuperação e ainda tem seus atos de constrição judicial sob análise do juízo universal recuperacional.

Conforme demarca Ana Flávia Carneiro da Cunha e Silva (2020), extrai-se do corpo constitucional o princípio implícito da supremacia do interesse público sobre o privado. É a finalidade pública que impõe o poder-dever ao administrador de adotar os recursos públicos de maneira racional, isonômica e republicana, sempre zelando pelos interesses da coletividade, que não estão disponíveis à vontade arbitrária do Estado e de seus agentes.

Apesar disso, é bem de se reconhecer que o interesse público não deve ser confundido inexoravelmente com o interesse pecuniário arrecadatório do Estado. França Ferreira (2012), numa revisão da doutrina clássica em Direito Administrativo, relembra a necessária separação entre interesses públicos (no plural) primários e secundários, sendo que nem sempre a defesa dos interesses patrimoniais fazendários seguirá integralmente a sorte do interesse da coletividade. Na discussão aqui tratada, vislumbram-se interesses públicos primários a ambos os lados. Como evidência disso, discutem-se, por exemplo, as vantagens ao próprio Fisco trazidas por uma Recuperação Judicial bem feita.

Não há dúvidas que o crédito público, incluídos os tributos, pelo valor caro deve ter meios eficazes para sua recuperabilidade, ao passo em que respeite direitos e garantias do contribuinte.

O prestígio de tratamento do crédito tributário pode ser visto na ordem jurídica em situações comuns de concorrência de exequentes, sem se falar em concurso, mas mera coexistência de pretensões executivas. Ao pagamento dos tributos é atribuída preferência legal na constrição do patrimônio do devedor. A prioridade resta clara na redação do art. 186 do CTN, segundo o qual, não preferirá a qualquer outro, independente de natureza ou tempo de constituição, ressalvados os créditos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho.

Apesar da disposição supra, é também verdade que no âmbito da falência, o crédito público amarga a terceira categoria, ressalvadas as multas (que estão em uma das últimas posições de recebimento). Tendo em vista uma possível quebra do devedor, faz-se necessário pensar nos créditos que guardariam preferência no *par conditio creditorum*, como o montante trabalhista (pela dependência direta e impacto social causado pela crise empresarial aos empregados) – cujo privilégio se estende a 150 salários-mínimos cada ou de forma integral em caso de acidente de trabalho – e ao crédito com direito real de garantia – até o valor do bem individualizado.

Ademais, a depender dos custos arcados no procedimento, de eventual financiamento na recuperação que veio a ser convocada ou do volume de bens em posse do devedor objeto de restituição aos verdadeiros donos, é possível que tais créditos extraconcursais na falência – que são pagos em primeiro lugar – tornem a terceira posição, ocupada pela Fazenda, não tão prestigiada quanto parece em relação ao patrimônio líquido da massa falida. Quanto às multas tributárias e aquelas vindas de sanção administrativa ou penal, ou aos juros vencidos após a quebra, já nada privilegiados, tornam-se ainda mais distantes ao erário na liquidação da massa falida.

Dito isso, há causa legítima para que o legislador, na redação da LRE, busque manter, de alguma forma, o privilégio dos créditos públicos, ainda que estranhos ao ambiente comercial e privado do rito. Exatamente para assegurar um paralelo à posição relativamente privilegiada do Fisco na própria falência. O que, de fato, se buscou, não podendo ser os créditos fiscais colocados em segundo plano, totalmente preteridos em relação aos demais – o que será analisado com base na progressão legislativa e jurisprudencial no ponto.

Entretanto, em que pese a importância do passivo público, sabe-se que, na realidade das empresas sujeitas ao sistema tributário nacional, parte de seu sucesso está na adaptação à elevada e, sobretudo, complexa carga fiscal. Ocorre que, quando em crise econômico-financeira – de liquidez – geralmente, busca-se com urgência manter o fluxo da atividade e de caixa. Para ilustrar o dilema, Eduardo Secchi Munhoz (2006, *apud* LANA; PIMENTA, 2021, p. 1014) faz o panorama:

A análise econômica brasileira demonstra que as empresas em crise financeira normalmente apresentam dívidas tributárias vultosas, sendo as obrigações tributárias, normalmente, as que em primeiro lugar deixam de ser pagas pelo devedor. Isso se explica em virtude do menor poder de constrangimento à atividade do devedor detido pelo fisco comparativamente aos demais credores. A falta de pagamento de tributos não gera para o devedor o risco de ser pedida sua falência, não leva ao risco de descontinuidade da atividade,

como ocorre, por exemplo, no caso de falta de pagamentos devidos a fornecedores (matérias primas e insumos) ou aos empregados (greve), contando o devedor, ainda, com a ineficiência e morosidade do sistema fiscal de cobrança.

Assim, por um lado exigir a completa satisfação ou suspensão do passivo fiscal pode vir a ser dura tarefa ao empresário (mesmo àquele que não enfrenta crise econômico-financeira) de modo a inviabilizar sua reorganização e prejudicar indevidamente os demais credores dispostos a fazer concessões. No entanto, há que se reconhecer uma situação delicada em relação às dívidas fiscais que, acaso sem alternativas para seu solvimento, poderão, da mesma forma, ceder indevidamente aos demais credores. Situação que não encontra guarida no sistema jurídico de restabelecimento da empresa.

Diz-se isso porque não se pode concluir, da não submissão do crédito público à vontade concursal, que este não seja afetado e exposto a riscos de não solvimento.

É certo que tal crédito, por não ser submetido, não é objeto de qualquer retoque no plano de recuperação aprovado. Além disso, regra geral, não caberá oposição, por extraconcursais, tendente a revogar a eficácia da reorganização da composição patrimonial da empresa, com base em fraude a execução ou contra o credor público (AYOUB, 2021). O ambiente institucional da recuperação permite tal segurança para com as vontades dos diversos interessados.

No entanto, vale ressaltar que a Reforma de 2020 tornou expressamente possível que credores fora da concursalidade, inclusive o Fisco, aleguem e comprovem, quando houver, disposição patrimonial disposta no plano que seja ilícita, com o intuito de esvaziamento patrimonial, com liquidação substancial da empresa em prejuízo de credores não sujeitos à Recuperação Judicial, o que, reconhecido, dá ensejo à sua convocação em falência, conforme disposto no art. 73, V, da LRE.

Com isso, traz-se uma maior proteção dos credores de fora das negociações, uma vez que não têm como influenciar na destinação do patrimônio do devedor disposta no plano aceitado. A proteção é válida, afinal, o patrimônio do devedor é garantia comum relacionada a todas as pretensões jurídicas creditícias. Conforme leciona Didier (2022), numa situação de insolvência vê-se uma crise de liquidez e/ou da capacidade produtiva que afeta e expõe em risco, anormalmente, todo o patrimônio do devedor, o que demanda uma solução macro e

coletiva em face de todos os pretendentes de valores oponíveis ao insolvente, para se manter uma coordenação mínima entre os interesses.

Em vista disso, e estando o Fisco fora das negociações, a LRE determina que as Execuções Fiscais não são suspensas em nenhum momento na Recuperação Judicial. Permanecem, contudo, a possibilidade de se valer das hipóteses de suspensão das execuções, previstas no tomo tributário.

Conforme dispõe taxativamente o art. 151, do Código Tributário Nacional, são hipóteses de suspensão: (i) a moratória, (ii) a garantia do juízo com o depósito de seu montante integral, (iii) as reclamações e recursos no processo tributário administrativo, (iv) a concessão de medida liminar ou tutela antecipada em mandado de segurança ou (v) em qualquer ação judicial pertinente ao crédito e, por fim, (vi) o parcelamento.

Desse modo, diretamente não é atingida a execução fiscal pelo período de suspensão de execuções e ações. Independente do deliberado na recuperação, o crédito fiscal manter-se-á incólume, não havendo se falar na possibilidade de sua novação a ensejar prejudicialidade ao objeto de sua execução.

A mesma lógica se dá em relação aos créditos protegidos no art. 49, § 3º da LRE, assim como os que sobrevierem à data do pedido.

Também as ações com quantia ilíquida correrão enquanto estiverem nesta condição. A ideia é restringir a proteção da empresa de efetivos e atuais riscos à sua disponibilidade patrimonial.

Ocorre que, visando a garantir o sucesso das negociações, que demandam certa segurança quanto ao patrimônio disponível do devedor, na análise da viabilidade econômica de seu plano, passou-se a balizar judicialmente o avanço construtivo dos créditos externos à concursabilidade com o fim último de preservar a empresa.

Buscou-se, com a submissão de atos executórios ao juízo recuperacional, a proteção contra constrições que impactariam de forma tamanha que inviabilizariam o esforço pela preservação da empresa.

Tal garantia sempre esteve presente em detrimento aos credores proprietários fiduciários, arrendadores e aqueles com reserva de domínio (conforme descrito no trecho final do § 3º do art. 49, da LRE).

Em tempo, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça estendeu a mesma razão de proteção dos bens essenciais ao sucesso da Recuperação Judicial também em detrimento de execuções fiscais.

Houve divergência no STJ sobre a possibilidade de se dar efeito a penhoras e demais constrições realizadas pelo juízo de execuções fiscais em curso e se o juízo da recuperação teria competência para a realização deste ato.

A questão, por sua multiplicidade, chegou a ser afetada ao Tema 987 dos recursos especiais repetitivos, indagando-se a possibilidade realização de tais atos constritivos durante o curso da Recuperação Judicial.

Cumpriria saber se valia o argumento de que a inércia do devedor em tomar providências para suspender suas execuções fiscais o levaria ao ônus de ter efeito constrições que até mesmo fossem consideradas prejudiciais ao bom andamento de sua recuperação¹⁰. Ou, de outro modo, se poderia o juiz da recuperação exercer real controle sobre todos os avanços ao patrimônio do devedor.

Ocorre que com o advento da Lei 14.112/2020, a discussão interpretativa cedeu lugar à novidade do art. 6º, §7º-B da LRE, que demarcou não serem suspensas as execuções fiscais sendo admitida, contudo,

[...] a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital 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. (BRASIL, 2005).

Com isso, optou-se por cancelar o Tema 987, oportunidade em que se reconheceu a conciliação, realizada pela reforma legislativa, entre os entendimentos conflitantes. Nesse sentido, permitiu-se a prática dos atos constritivos, mas com a competência do juiz da recuperação para vislumbrar se tais atos não inviabilizam o cumprimento do plano de recuperação pactuado.

De se ressaltar que prevaleceu, na disposição legal sobre as execuções fiscais, ônus até maior se comparado aos credores previstos no art. 49, § 3º da LRE, uma vez que os atos constritivos das execuções dos credores fiduciários permanecem sujeitos ao controle do juízo

¹⁰ Nesse sentido, o REsp 1673421/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 17/10/2017.

recuperacional até findar o *conditional period* (art. 6º, § 7º-A), enquanto que, nas exações fiscais, o controle se alonga até que encerrada em definitivo a recuperação judicial (art. 6º, § 7º-B).

Portanto, até que encerrado o rito, fica a competência do juiz da recuperação para decidir sobre atos de constrição ou alienação de bens do devedor, mesmo que determinados pelo juízo da execução e mesmo que já deferidos anteriormente¹¹.

Esse controle sobre os atos constritivos, especialmente antes da Reforma de 2020, tinha no STJ assentado entendimento de que englobaria, em face dos bens e valores da recuperanda, “substituí-los, mantê-los ou, até mesmo torna-los sem efeito, tudo buscando o soerguimento da empresa, haja vista sua elevada função social”, trecho reproduzido do acórdão do CC 177.164/SP (BRASIL, 2021c).

No entanto, pela leitura estrita do novo dispositivo legal, só se vislumbra dentro das determinações deste controle a determinação de substituição do bem penhorado como contramedida determinada pelo juízo recuperacional, no exercício do controle universal sobre os avanços patrimoniais. Resta saber se o STJ, sobretudo sua Segunda Seção, irá se posicionar, conferindo uma leitura literal ou mantendo uma interpretação, agora, extensiva dos poderes do juízo recuperacional neste controle, sobretudo quando faltarem bens a substituir os atos constritivos.

Adotando-se a extensão interpretativa ou não, é certo que a disposição do art. 6º, § 7º-B da LRE serve como cautela, mas não como intangibilidade de todo o patrimônio do devedor.

Deve-se, também, respeitar o critério de o bem ser de capital e ser essencial à atividade. Nesse sentido, o recuperando deve demonstrar posse durável do bem e que esse seja indispensável para realizar sua atividade e atingir seu produto ou serviço final. Utilizando-se do exemplo trazido por Eduardo Lima, Lucas Freire e Bernardo Henrique Rezende (2020): uma van tem um peso diferente ao objeto social de uma empresa de transportes em comparação a uma construtora. Afere-se se o bem de capital é essencial ao seu objeto e se sua retirada ameaça a continuidade daquela atividade empresarial.

¹¹ AgInt no CC 152.153/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 15/12/2017: “Respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o juízo universal para prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais. (...) O fato de haver penhora anterior ao pedido de recuperação judicial, em nada afeta a competência do Juízo Universal para deliberar acerca da destinação do patrimônio da empresa suscitante, em obediência ao princípio da preservação da empresa” (BRASIL, 2017)

Adiciona-se, portanto, um critério objetivo para melhor demarcar a extensão da proteção de certos bens do devedor para que consiga se soerguer.

A falta de critério na proteção dos bens do recuperando levou muitas vezes ao seguimento apenas formal da execução fiscal, ou seja, em total ineficácia, conforme alertam Paulo Mendes de Oliveira e Rita Dias Nolasco (2021).

Um dos fatores seria justamente um exagero na proteção do patrimônio do devedor à exação fiscal, somado ao longo prazo que, na prática, leva a Recuperação Judicial.

Outro fator importante é que, além de uma inviabilização constritiva, também não haveria condições reais de impor, se não o pagamento do passivo tributário, que o devedor adotasse “as medidas necessárias para, no mínimo, suspender o curso das execuções fiscais, por meio de pedido de parcelamento administrativo” (OLIVEIRA; NOLASCO, 2021, p. 2). Sem as duas opções e sem a participação direta na concursabilidade negocial, sustentam que estaria o Estado-credor preterido, em contrariedade ao espírito da Lei 11.101/2005.

Das objeções feitas, pode-se constatar, *a priori*, estarem imbricadas a outra problemática, de grande importância para uma apontada ineficácia que abrange o tratamento do passivo fiscal nas recuperações judiciais.

Passa-se a investigar, então, o tratamento diferenciado conferido ao detentor de débitos fiscais em soerguimento, para fins de atingimento da exigida (em tese) regularidade fiscal, pelo art. 57 da LRE. Abarca-se o progresso normativo e sistêmico do microssistema recuperacional em relação a esta problemática.

3 A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL ATÉ A REFORMA DA LEI 11.101/2005

3.1 O ESCOPO DA REGULARIDADE FISCAL PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEU INÍCIO ABRUPTO E INEFICAZ

Como já introduzido, os créditos fiscais não integram a concursabilidade negocial de credores, não se juntando àqueles na formação de vontade sobre o destino da recuperação (ou quebra) do empresário. Também, não se submetem a qualquer alteração que prejudique seu *quantum*, tendo, inclusive suas execuções inobstadas, com a temporária ressalva do avanço sobre a parcela do patrimônio considerada essencial. Ou seja, *prima facie*, suas condições mantêm-se praticamente intactas, enquanto os demais transacionam entre si, buscando reduzir seus prejuízos conforme a vontade final da maioria, que é formada por interesses eminentemente individuais canalizados em classes de credores.

Além de ter o prosseguimento de sua execução, com algum fardo temporário para sua efetivação, buscou a Lei que o devedor, concomitantemente às negociações, diligenciasse, de tal forma que, ao final, com seu plano aprovado, estivesse totalmente regular perante o Fisco. É o que se extrai do art. 57 da LRE:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-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).

Combinado com o dispositivo acima, está no Código Tributário o art. 191-A:

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. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005). (BRASIL, 1966).

Em regra, para empresários em tamanha crise, que se socorrem da recuperação judicial, incluídos todos os riscos de sua quebra e a ampla fiscalização sobre seus atos, é possível – e provável – que não possuam capacidade econômico-financeira suficiente para atingir a regularidade fiscal naquele momento. Portanto, não parece economicamente viável ao recuperando a plena quitação dos tributos e multas previamente ao pedido ou durante o processamento da recuperação. Há, porém, alternativas para se chegar à regularidade.

Conforme leciona Regina Helena Costa (2020), está em situação regular tanto aquele contribuinte livre de débitos vencidos e não pagos, quanto aquele cuja obrigação esteja com a

exigibilidade suspensa. Assim, em referência às opções oferecidas no art. 206 do CTN¹², prossegue (COSTA, 2020, p. 441):

O dispositivo remete, primeiramente, à disciplina do art. 151, CTN, que, como visto, arrola as causas de suspensão de exigibilidade. Já a referência à cobrança executiva garantida mediante penhora aponta para o regramento contido na Lei 6.830/1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Note-se que esta prevê, como modalidades de garantia da execução, além da penhora, o depósito, a fiança bancária e o seguro-garantia (art. 9.º). Amparado em qualquer uma dessas hipóteses, o contribuinte é considerado em situação regular.

Dessa forma, tanto por meio da Certidão Negativa de Débito Tributário (CND) quanto pela certidão de regularidade fiscal (apelidada de positiva com efeitos de negativa, abreviada como CND-EN), poderá o recuperando superar o requisito para concessão de sua recuperação pelo juiz.

Como alternativa à busca de garantir suas dívidas em execuções fiscais, implicando restrições a seu patrimônio disponível, e a se requerer tutelas provisórias para a suspensão das execuções, tem-se o pleito de parcelamento administrativo, opção que se destaca numa situação de crise econômico-financeira. Inclusive, é o que mais se aproxima do possível sacrifício feito pelos demais credores. Sendo assim, a Lei Complementar 118/2005, promulgada no mesmo dia que a LRE, tratou de adequar o tratamento aos fins sociais dessa, com a inclusão do parágrafo terceiro do art. 155-A do CTN:

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.

§ 4o 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. (BRASIL, 1966).

Ocorre que a lei específica de parcelamentos na órbita federal – a Lei 10.522/2002 – não acompanhou de imediato aquela disposição normativa, restando, por quase uma década, como “promessa normativa” (TOLEDO, 2015, p. 442). Comodamente, manteve-se o legislador

¹² Veja-se: “Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa” (BRASIL, 1966).

federal silente, sob o amparo de que, na falta de condição especial, as condições comuns de parcelamento então se aplicariam ao recuperando em crise econômico-financeira.

Desde então, passou-se a discutir a viabilidade dessa exigência a obstar o prosseguimento do processo à fase de cumprimento do plano, uma vez que as contrapartidas oferecidas em âmbito federal não condiziam com o espírito de preservação da empresa nesta situação excepcional. Segundo Mario Luiz de Oliveira Costa, a exigência detinha, realmente, uma “eficácia contida” (COSTA, 2016, p. 4), ao menos enquanto não editada lei específica de parcelamentos especiais.

Por ora, restava ao devedor aguardar por eventuais programas de parcelamento extraordinários oferecidos pelos entes tributantes ou escolher diferir suas dívidas com o parcelamento comum oferecido.

O parcelamento comum, previsto no art. 10 e correspondentes da apelidada Lei Geral de Parcelamentos (10.522/2002), proporciona diferimento até o limite máximo de sessenta parcelas mensais, sendo que a extensão do período ficava a critério discricionário da autoridade fazendária. Além disso, para seu deferimento, era cogente o oferecimento de garantia real ou fidejussória a acobertar todo o montante (salvo se o interessado fosse ME ou EPP).

Vale lembrar que a referida lei de parcelamentos dispunha sobre dívidas tributárias de competência federal, haja vista que pelo princípio da legalidade tributária, cada ente competente há de criar sua própria condição especial abrangendo o recuperando.

Dessa forma, não demorou para que os juízes passassem a dispensar a exigência de comprovação da regularidade com o Fisco. Isso ocorreu já nas primeiras recuperações de grande porte como a da Vasp, da Varig e da Parmalat. A falta de norma apropriada como contrapartida a se apoiar em tamanha exigência fez dela abuso legislativo (SCAZILLI, 2021, p. 781), avulsa em meio a um plexo normativo com finalidade de manutenção da atividade produtora e insuficiente ao que propôs com o parcelamento citado no art. 68 da LRE, combinado com o art. 155-A, §3º, do CTN, malferindo, assim, direito desse contribuinte a um tratamento especial à equalização do débito tributário¹³.

¹³ Este raciocínio foi sintetizado no Enunciado nº 55 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, que demarcou como direito, e não uma faculdade da Fazenda Pública, o parcelamento administrativo das dívidas do recuperando.

Em razão disso, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento que já era destacado nos tribunais de justiça à época de se dispensar a apresentação de certidões. No julgamento do REsp 1.187.404/MT, restou esclarecido que:

Nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que – além de não fomentar – inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores.

Por essa ótica, como já se percebe, a interpretação literal do art. 57 da LRF e do art. 191-A do CTN inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do instituto. (BRASIL, 2013).

Ainda no aresto paradigmático, o Min. Luis Felipe Salomão ressaltou ser realmente incompleta a sistemática de saneamento financeiro que não atenda também, por providência especial, a relevância e o volume do crédito tributário, somados aos benefícios para o Fisco de se manter a empresa viável em atividade, como fonte arrecadatória.

Nesse sentido, em competente exposição durante o período de lacunas sobre parcelamentos especiais, Gustavo Brechbühler e Guilherme Brechbühler (2013) propuseram uma postura ativista do juízo recuperacional para colocação *ope judicis* do devedor em um plano de pagamentos fiscais especial, apenas enquanto perdurasse a mora legislativa.

Por um lado, não se estaria submetendo o crédito público em disponibilidade perante a vontade de uma maioria eminentemente privada. Doutro, dar-se-ia força normativa ao direito fundamental da propriedade privada, em sua função social, observando-se ainda o princípio constitucional da capacidade contributiva tributária.

A proteção da capacidade contributiva, com arrimo na isonomia material em matéria tributária, também evidenciada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, deve ser tomada para justificar um maior sacrifício, ou uma postura positiva do Estado, relativo à empresa que é viável e está em grave crise, merecedora de tratamento diferenciado, a fim de evitar os efeitos deletérios a todos advindo da sua quebra.

Assim, de forma visionária, mais que somente afastar a exigência das CND's, aqueles autores sustentaram a necessidade de o Estado-credor assumir uma atuação protagonista para com a recuperação. Isso porque, além de melhor adequação à realidade individual daquela empresa, criar-se-ia um ambiente mais favorável também aos credores privados, com maior organização do patrimônio e de pagamentos, evitando o estrangulamento financeiro

proveniente das execuções em curso e a insegurança sobre a real capacidade patrimonial disponível para o soerguimento.

Ocorre que em 2014, a Lei 13.043 inseriu o art. 10-A na Lei 10.522/2002, passando a regular o tão aguardado parcelamento especial do empresário em soerguimento. A partir daí, se passou a analisar a questão por novos aspectos.

3.2 LEI 13.043/2014 – RESPOSTA TARDIA, MAS SUFICIENTE?

Com a lei específica à tona (ou, melhor descrito, com alguns dispositivos específicos dentro da vasta Lei 10.522/2002), não se pôde mais analisar o imbróglio a partir de uma mera constatação de lacunas. Necessário, então, e já se antecipa aqui, organizar as razões para que aquela lei tenha sido considerada insuficiente a concretizar e balizar os fins da LRE sob o ponto de vista material por boa parte da doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.2.1 CARACTERÍSTICAS DO PARCELAMENTO DITO ESPECIAL

A análise do programa especial, previsto no antigo art. 10-A da Lei 10.522/2002, se pautará por tópicos que serão revisitados ao se discutir a reforma de 2020, que o revogou expressamente, trazendo novas disposições em substituição ao apontado artigo. Em síntese, os tópicos serão: dilação no tempo, oferta de garantias, abrangência e alternativas ao devedor, direito de defesa e causas de rescisão.

Em relação à extensão do prazo, com base no caput do art. 10-A trazido pela Lei 13.043/2014, houve alguma adequação em relação ao prazo vil de 60 meses (5 anos), conferindo-se o prazo de 84 meses (7 anos) consecutivos para pagamento do saldo devedor. Além disso, em pertinência com a melhor interpretação do art. 68 da LRE, deixou-se claro ser a completude daquele período direito do devedor, não mais legado ao arbítrio do agente público.

Outra adequação feita ao contexto recuperacional cinge em, nos dois primeiros anos do programa, haver especial apaziguamento dos percentuais mínimos das parcelas: no primeiro ano, o percentual de 0,66% do total da dívida consolidada e, no segundo, o percentual de 1%.

O período inicial foi pensado para se aproximar, em média, ao próprio prazo de observação da Recuperação Judicial que, até então, detinha necessários dois anos¹⁴, o que demonstra alguma sensibilidade com o processo em paralelo, bem como uma expectativa de melhora das projeções do devedor com o passar do cumprimento do plano.

Não obstante, o prazo se revelou, ainda, ínfimo. Logo realizaram-se comparações a parcelamentos extraordinários concedidos, indiferentemente, a agentes saudáveis ou àqueles a beira da insolvência irreversível. Nos dizeres de Ayoub (2020, p. 55), de especial aquele parcelamento só teria o nome, ante uma melhoria conservadora em relação ao programa comum e seus baixos níveis frente à maioria dos programas extraordinários. A exemplo, o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), com 180 meses (15 anos) e, igualmente, o PAES¹⁵.

Soma-se ao intervalo de tempo, a necessária exclusividade em relação a todo o passivo fiscal federal, estando aí compreendidos: créditos já inscritos ou não na Dívida Ativa, executados, discutidos em ações judiciais impugnativas, em recursos administrativos ou, ainda, aqueles sequer constituídos, mas apenas com fundamento na obrigação tributária, ainda não individualizada pelo lançamento. A única ressalva é justamente relacionada àqueles já enquadrados em parcelamentos administrativos aperfeiçoados anteriormente e em andamento.

Veja-se que a quase totalidade dos débitos foi atingida a um custo. Custo que foi criticado vez que padeceria de constitucionalidade, porquanto suprimia de logo uma garantia fundamental imprescindível ao funcionamento do Estado de Direito – o direito de ação e a inafastabilidade da jurisdição a apreciar lesões a direitos. Isso porque, conforme previsto no parágrafo segundo (que fora revogado pela Lei 14.112/2020) do antigo art. 10-A da LGP, tratando-se dos débitos:

[...] que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo. (BRASIL, 2002b).

Percebe-se, da redação, a opção sem reservas que se devia tomar, como forma a atingir sua regularidade fiscal. Assemelhando-se, então, mais a tentativa do Estado em resolver todas

¹⁴ Como referido previamente, a atual regulamentação dispõe ao juiz a possibilidade de determinar qual será o prazo para observação do recuperando a cumprir o plano, não podendo extrapolar os mesmos dois anos.

¹⁵ Em 2015, o cenário legislativo foi agitado por duas Medidas Provisórias convertidas em lei que chegaram perto de aumentar tal prazo, não fossem os dois vetos presidenciais às Leis 13.097/2015 (art. 45) e 13.137/2015 (arts. 15 a 17) na parte em que buscavam, respectivamente, aumento para 180 e 120 parcelas.

as suas questões num título só, em proveito da situação emergencial de crise vivenciada pela outra parte.

Manoel Bezerra Justino Filho (2021), atento à interpretação dada à matéria, considerou iníquas as condições ofertadas no artigo. Por um lado, cita o entendimento pacificado a respeito de remanescer a possibilidade de se discutir questões de cunho jurídico subjacentes ao parcelado¹⁶, ficando apenas as questões fáticas superadas, em razão da confissão. Doutro lado, Paulo Penalva (SANTOS, 2020) destacou precedente¹⁷ do STF em que se reconheceu atentatório ao princípio da inafastabilidade da jurisdição a lei estadual que, da mesma forma, condicionava a inserção no parcelamento à renúncia de recursos tanto administrativo quanto judicial para impugnar a validade do objeto com a cobrança suspensa, o que configuraria sanção política ao devedor do Estado, se utilizando de meios inidôneos para cobrar o pagamento de tributos do particular.

Na prática, o custo de conseguir se reerguer já seria alto, por si só, no que tange a se regularizar perante a cota pública de seu passivo. Não obstante, a forma mais acessível para aquele em dificuldades de liquidez, qual seja o diferimento das obrigações no tempo, comportaria ainda o amargo preço de aglutinar aqueles contestados créditos que sabia ilegais. Obrigações das quais conseguiria eventualmente, em um cenário normal, se resguardar, por tutela judicial provisória, e, eventualmente, se livrar, assim reconhecidas definitivamente pelo Judiciário.

Ainda, com relação às garantias, apesar de não serem mais requisitos para deferimento administrativo, determinava aquele art. 10-A, § 6º que continuariam afetados os bens e direitos ora gravados em razão das dívidas objeto de parcelamento – condição que restou mantida pela Reforma. Desse modo, assim como nas execuções fiscais – que se encontrariam suspensas com o parcelamento – essa indisponibilidade, como sugere Paulo Fernando Campos Salles de

¹⁶ Vide REsp 1.133.027/SP, representativo do Tema dos recursos especiais repetitivos nº 375/STJ, o qual definiu que: “A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários. No entanto, como na situação presente, a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude)”. (BRASIL, 2010).

¹⁷ “Controle judicial. Sua inafastabilidade. Lei estadual que atribui ao pedido de parcelamento de crédito fiscal o efeito de confissão irretratável e de renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo ou judicial, bem como desistência dos já interpostos. Inconstitucionalidade desse dispositivo relativamente a expressão “ou judicial”, por ofensiva ao art-153, par-4., da CF. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 94.141/SP, STF, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ de 04.03.1983)”. (BRASIL, 1983).

Toledo (2015), caberia ser aferida se configuraria impedimento à viabilidade da recuperação empresarial.

Por fim, também se destaca a rigidez das normas que regravam a rescisão do parcelamento, notadamente quanto à tolerância de parcelas inadimplidas. A LGP fazia remissão a disposições também aplicáveis ao parcelamento comum, que condicionam a exclusão do devedor ao não pagamento de três parcelas consecutivas ou não. O que não condizia com a flexibilidade necessária ao esforço coletivo orquestrado.

Feito frente aos principais aspectos do instrumento apresentado, a investigação rumo para o porquê de os tribunais pátrios, em sua maioria, terem mantido a dispensa de certidões de regularidade fiscal, mesmo que já havendo uma regulação a preencher a lacuna do art. 68 da LRE.

3.2.2 MANUTENÇÃO DA DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DAS CND'S – UMA QUESTÃO DE PROPORCIONALIDADE

Por primeiro, é necessário pontuar que, embora tenha sido regulamentado o parcelamento especial, há quem, de forma embasada, desvincule a discussão da mera oferta de meios pela legislação para equalização do sujeito passivo fiscal. Mário Luiz Oliveira da Costa (2016, p. 4) esclarece:

As situações, como se vê, são distintas e inconfundíveis: não é sequer razoável condicionar o deferimento da recuperação judicial à comprovação de regularidade fiscal, mas é de todo pertinente autorizar os contribuintes que a tenham requerido que parem seus débitos fiscais em condições mais benéficas e condizentes com suas possibilidades financeiras.

Debruce-se melhor nesse raciocínio, que foi esposado pela Terceira Turma do STJ, no REsp 1.864.625/SP, julgado em 2020, antes da reforma promulgada em dezembro daquele ano (BRASIL, 2020b).

No caso, houve típica controvérsia entre a União e os recuperandos litisconsortes, em que aquela buscava a não concessão do feito, pela ausência de apresentação de CND's, que havia sido dispensada na origem.

A Relatora Min. Nancy Andrichi reconheceu o caminho aqui descrito, com real o preenchimento da lacuna pela Lei 13.043/2014, no entanto, empreendeu uma análise sobre a

proporcionalidade da medida, tendo como espeque o objetivo de todo o sistema, a manutenção da fonte produtora viável e suas vantagens a todos os atores envolvidos, incluindo a Fazenda.

A proporcionalidade, segundo consignado no aresto, pende sobre todo o agir estatal que preste a reduzir ou dificultar o acesso a direitos, sendo aferível no caso concreto. A medida – nesta hipótese, legislativa – foi apreciada pelas três vertentes do princípio da proporcionalidade em sentido lato, o qual tem quilate constitucional, oriundo da força normativa dos direitos fundamentais (BARROS, 1996, p. 210).

E, sendo direitos fundamentais, pela sua carga principiológica e normogenética, devem ser alvo de otimização, mesmo em concorrência com valores contrapostos. Nesta análise, utilizam-se os três subprincípios integrantes da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, na esteira do pensamento de Suzana de Toledo Barros (1996).

A adequação da medida requer saber se o meio escolhido contribui para se chegar ao resultado desejado, como forma de averiguar a relação de aptidão causal entre o meio escolhido e os fins escolhidos em lei (aqueles valorosos a ponto de justificar a intervenção).

A necessidade, ou exigibilidade, que já pressupõe a adequação da medida, consiste na verificação se essa é indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental (que em sua restrição, não comporte sobras, excessos desmotivados) e se não possa ser substituída por outra “igualmente eficaz, mas menos gravosa” (BARROS, 1996, p. 76). É fundamental, segundo a autora, que o fundamento da inexigibilidade da medida indique também qual seria o meio mais idôneo e menos restritivo.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, conectada aos outros dois, é a terceira dimensão da análise. Além de, com o critério da necessidade, indagar-se sobre a possibilidade fática entre uma medida ou outra, é preciso despender atenção às possibilidades jurídicas na escolha.

Em situações que ensejem colisão de direitos, tal subprincípio ganha relevo havendo, no caso concreto, variadas repercussões jurídicas relevantes, a depender da medida escolhida. Cumpre então realizar uma ponderação entre os valores em jogo, estabelecendo-se relações de precedência condicionada entre direitos. Deve-se buscar saber: entre os dois, ou mais, meios adequados ao mesmo fim, quais direitos asseguram e quais direitos, em contrapartida, restringem e em qual intensidade. A partir disso, a escolha se pauta na ideia de equilíbrio entre

valores e, de acordo com os fins elegidos pela lei, quais cargas de restrição aceitáveis e resultados prevaleceriam e em que circunstâncias e grau.

Com isso, será indagado se “o sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar” (BARROS, 1996, p. 179).

Cada uma das vertentes foi suscitada pela relatora, para fundamentar o afastamento da exigência de apresentação de certidões.

Em primeiro lugar, os fins em jogo, sinteticamente, foram a preservação da empresa e o adimplemento do crédito tributário, ao passo que a medida restritiva, a citada exigência de apresentação das certidões de regularidade fiscal. Essa foi criticada nas três facetas da proporcionalidade.

Primeiramente, em relação à adequação, sustentou não haver relação de pertinência entre a medida e o efeito desejado. Isso porque, descumprida a medida legal e impedida a recuperação, haveria como consequência uma futura decretação de falência, eventualmente¹⁸. E, na falência, como se sabe, a posição do ente tributante não é das mais favoráveis na ordem de recebimento, com riscos de calote ou de pouca recuperabilidade do ativo, em comparação com posições mais privilegiadas.

A exigibilidade também não restaria comprovada, porque seria uma grave restrição para uma situação que já estaria relativamente controlada. A Fazenda Pública, sem estar certificada de que todos seus créditos estariam pagos ou encaminhados, teria ainda sua execução inobstada e com o valor inalterado – meio menos gravoso porque não ameaça à ruína tão seriamente (apesar de, em um certo grau, o fazer, em intensidade variada a cada caso) o devedor incapaz de atingir a regularidade e, assim, não ameaça dificultar ainda mais a recuperabilidade do próprio crédito público.

No campo do equilíbrio entre os valores em jogo, o voto da ministra relatora afirmou que os motivos da medida restritiva aqui tratada (BRASIL, 2020b, p. 15),

¹⁸ Apesar de haver alguma discussão na doutrina, uma boa parte entende não ser o descumprimento do art. 57 da LRE, quando exigido, causa de decretação imediata de falência, porquanto não existe esta hipótese de convalidação, sendo que as causas de decretação de falência regem-se pelo critério da tipicidade previamente estabelecida em lei – mais ainda, tal hipótese foi expressamente retirada, durante o processo legislativo, antes de se chegar ao texto final aprovado da LRE. Assim, a falência, nesse raciocínio, seria como consequência, de fato, natural e futura, pela permanência prejudicial do devedor na situação de crise, sem solução por si e sem a atuação do Estado.

[...] assentados exclusivamente no privilégio do crédito tributário, não tem peso suficiente para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira, sobretudo diante das implicações negativas que a interrupção da atividade empresarial seria capaz de gerar, diretamente, nas relações de emprego e na cadeia produtiva e, indiretamente, na receita pública e na economia de modo geral. (BRASIL, 2020b, p. 15).

A conclusão resultou do exame da proporcionalidade em sentido estrito, no qual, identificadas as alternativas de medidas, realizou-se o sopesamento a partir dos fins que mais beneficiariam e os que mais restringiriam. É certo que com a tese alcançada, não buscou privilegiar a inadimplência tributária, mas as demais formas de atingir o adimplemento dessas obrigações que, ao mesmo tempo, não fossem tão bruscas em relação a demais importantes valores em colisão, também de interesse social relevante, como a função social, e, consequentemente preservação da empresa.

Assim, o colegiado, também com amparo em construção doutrinária vinda de Tomazette (2021), reconheceu a desproporcionalidade do requisito do art. 57 da LRE para conceder a recuperação a partir do plano aprovado pelos credores privados.

O debate sobre esse *decisum* paradigmático chegou ao Supremo Tribunal Federal com a Reclamação nº 43.169/SP, proposta pela Fazenda Nacional.

O reclamo pugnou garantir observância da Súmula Vinculante nº 10¹⁹, alegando que o afastamento da exigência legal foi realizado, apesar de não expressamente consignado, com fundamento no reconhecimento de inconstitucionalidade do art. 57 da LRE – o que não poderia ser feito sem se observar a reserva de plenário. *In casu*, o acórdão fora prolatado pela Terceira Turma, órgão fracionário do STJ.

No entanto, negou-se provimento ao pleito, oportunidade em que reafirmado entendimento parecido com o da julgada ADC 46, no que tange à ausência de repercussão direta da problemática à ordem constitucional, ainda que fundada no princípio constitucional da proporcionalidade, pois operacionalizada na interpretação sistêmica das disposições e os fins da recuperação. Dessa forma, foi mantido o acórdão e repisado o caráter infraconstitucional da

¹⁹ Prevê a Súmula Vinculante nº 10 que a cláusula de reserva de plenário é violada com a decisão de órgão fracionário de Tribunal, ainda que não declarando expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

controvérsia, competindo, a princípio, ao STJ harmonizar o modo de interpretar a medida em comento²⁰.

Feitas as considerações e pensando nos argumentos em prol da persistência de desproporcionalidade da regularidade fiscal como condição para conceder-se a recuperação judicial, passa-se a uma esquematização dos pontos mais relevantes da Reforma de 2020 em relação ao aqui discutido, sobretudo na Lei Geral de Parcelamentos, incluindo ainda a aferição da regulamentação da transação tributária e suas imbricações com o soerguimento empresarial.

Com base na análise das novas condições de parcelamento ofertadas, utilizando-se da mesma lista de fatores para comparação com o antigo parcelamento especial, e com base no novo posicionamento do Fisco em relação à recuperação judicial, se discutirá, então, se a mudança de paradigma é suficiente para conferir eficácia ao art. 57 da LRE e, mais ainda, se a coerção que essa regra objetiva ainda é realmente necessária.

²⁰ Vale ressaltar, ainda, que, pouco antes da decisão definitiva, foi deferida liminar, que teve pouco tempo de vigência, pelo Min. Luiz Fux, para que se reestabelecesse a exigência das certidões. Em seu sentir, a não efetivação da medida constante no art. 57 da LRE consistiria em risco à constrição de bens objeto do plano de recuperação, além de que o referido dispositivo não obstaría o pedido de recuperação judicial do devedor, mas somente exigiria a regularização do débito dentro das condições legais.

4 MUDANÇAS NO TRATAMENTO ESPECIALIZADO DO CRÉDITO PÚBLICO E NA POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

A expressa indicação por parte do Judiciário, sobretudo pelo Superior Tribunal de Justiça, da necessidade de evolução das condições para se atingir a compatibilidade entre a regularidade fiscal e a reestruturação empresarial deu azo a novas discussões no cenário legislativo.

No entanto, diferente da alteração promovida pela Lei 13.043/2014, as mudanças relacionadas ao tratamento do crédito público empreendidas pelo Projeto de Lei 4.458 de 2020 (nº 6.229/05 na Câmara dos Deputados), estão inseridas em um cenário multifacetário de profundas modificações na normatização da insolvência empresarial nacional.

O espírito da reforma trazida pela Lei 14.112/2020 foi de conferir maior efetividade tanto à Falência quanto à Recuperação. Atingindo-se melhores resultados, seja, respectivamente, na falência, que prima, segundo o art. 75, §2º da LRE, pela “liquidação imediata do devedor e rápida realocação útil de ativos na economia” (BRASIL, 2005), seja na efetiva reestruturação patrimonial e manutenção da atividade empresária, com a recuperação organizada dos créditos.

Em relação à Recuperação Judicial, com vista à celeridade, houve potencialização do seu aspecto negocial, com a possibilidade expressa de conciliação e mediação, antes e durante o feito, assim como de contraproposta pelos credores ao plano rejeitado, além de se possibilitarem meios mais ágeis para a formação de vontade assemblear, como o termo de adesão.

A reforma também trouxe incentivos para a injeção de dinheiro novo, dando maior segurança para o mercado de crédito disponível ao recuperando, e, quanto às alienações de seus bens, reafirmou a lógica de não sucessão de dívidas ao terceiro adquirente, tornando esse negócio mais atrativo e seguro.

Acompanhada de inovações e de consolidação de entendimentos jurisprudenciais, a nova participação da Fazenda Pública também teve destaque na Lei 14.112/2020, muito fruto da: (i) ampla controvérsia sobre a discutida apresentação de CND's; (ii) das opções até então facultadas para atender a regularidade fiscal; e sendo essa dispensada pelo juiz para a concessão da recuperação, ainda, (iii) a relação truncada entre as execuções fiscais que seguiam e a controvertida competência de controle sobre o avanço dessas ao patrimônio do devedor.

Conforme tratado em tópico anterior, a atual LRE define expressamente que o deferimento do pedido inicial da RJ não tem o condão de suspender as execuções fiscais nem a prescrição do débito exequendo, daí decorrendo que o juízo daquela execução poderá deferir novos ou dar seguimento aos atos constritivos em curso.

A ressalva à referida competência reside no art. 6º, §7º-B da LRE, ao estabelecer a competência do juízo universal da recuperação para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial.

A melhor definição dessa questão é relevante para se ter segurança a respeito do real patrimônio disponível do devedor no momento das negociações, a fim de melhor aferir a viabilidade de continuação das suas atividades e de superação de sua crise.

Para garantir uma troca mais eficiente entre os juízos, a lei determina expressamente que haverá cooperação judicial entre o juízo da execução e o juízo que, tendo conta, de modo integral, do patrimônio do executado, definirá quais bens são essenciais à manutenção da atividade empresarial, assim como o meio menos onerosos ao devedor para se satisfazer a execução. O fomento à cooperação entre esses órgãos é essencial para se evitar que o privilégio das execuções fiscais coloque em risco o cumprimento do plano de recuperação, devendo o referido dispositivo ser encarado como dever específico do juízo de execução para que haja o devido controle, o qual primará pela preservação da empresa (DIDIER, 2022).

No que tange à problemática da exigência de regularidade fiscal, é certo que o empresário poderá, de uma vez, quitar todos os débitos exigíveis ou oferecer bens suficientes a garantir todas as execuções fiscais, observando, assim, o art. 57 da LRE. Hipótese incomum àquele em crise de liquidez, de modo que, a depender tamanho do restante de seu passivo, pode correr o risco de ter rejeitado o plano que conseguir propor aos credores privados com o que lhe resta. E, assim, convolada a recuperação em falência, não haverá privilégio da execução fiscal que retire do Fisco a necessidade de aguardar, dentro do concurso material da falência, a sua parte no rateio da liquidação da massa falimentar.

Com vista a situações mais comuns, perquire-se de que modo a lei aproxima o Estado-credor ao esforço coletivo para uma salvaguarda isonômica dos créditos oponíveis ao insolvente, e, mais ainda, como o fez resguardando a indisponibilidade e o interesse público num contexto de maiores participação e poderes do Fisco.

4.1 O NOVO PARCELAMENTO E NOVOS INSTRUMENTOS

As novas condições do programa de parcelamento especial deram-no maior robustez e localizam-se no atual art. 10-A da Lei Geral de Parcelamentos (10.522/2002). Por primeiro, faz-se uma comparação entre o atual e o antigo, e contestado, parcelamento, trazido pela Lei 13.043/2014.

A reforma estendeu o prazo de 84 meses (7 anos) para 120 meses (10 anos), podendo ser acrescido de mais 24 meses se o beneficiário for Microempresa ou Empresário de Pequeno Porte. No modelo atual, assim como no anterior, há condições mais favoráveis no primeiro biênio, a fim de proporcionar o alívio patrimonial ao devedor, sendo escalonado em parcelas com menor fração do todo da dívida consolidada (0,5 e 0,6%) e nos (oito) anos seguintes se dividindo o restante no quanto da dívida consolidada.

O referido prazo se aproxima ao que constatado nos estudos de jurimetria, já citados (WAISBERG; SACRAMONE; NUNES; TRECENTI, 2021), relativamente à dilação dos créditos com garantia real e dos quirografários, os quais tiveram em média (a qual tende a subir com o tamanho da dívida) nove anos de diferimento no plano de pagamentos.

Em que pese a aproximação, de se destacar que no parcelamento não há remissão da dívida, porquanto se restringe a conceder dilação no tempo, mediante parcelas menores, amoldando-se como uma espécie de moratória.

Assim, a comparação com o sacrifício dos credores privados deve levar em conta que, quando previstos no plano, no foro paulista então pesquisado, em média, 44,3% (real) e 82,7% (quirografários) deles tiveram algum deságio, e não apenas a dilação nos pagamentos. O perdão parcial (*haircut*), no foro e período pesquisado, teve média de 47,2% da dívida dos credores com garantia real e de 70,8% do passivo quirografário e subquirografário.

Não obstante, a Reforma de 2020 deferiu ao empresário a opção de abatimento de parte do passivo consolidado (até 30%) mediante compensação com o prejuízo fiscal e sobre a base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (art. 10-A, VI da LGP). Nesse caso, contudo, havendo o abatimento, o pagamento do restante volta à extensão de 84 meses, igualmente com o primeiro biênio escalonado de forma mais benéfica. Além disso, a medida não é aplicável ao passivo advindo de autarquias e fundações públicas.

Outra mudança significativa no sistema relaciona-se à imposição do modelo de parcelamento e à sua abrangência.

Passa a ser possibilitada ao devedor a opção por outra modalidade de parcelamento da dívida consolidada instituído por lei federal, desde que seja o único perante a Fazenda Nacional (art. 10-A, §5º da LGP), ressalvando-se débitos que já estejam sujeitos a outros parcelamentos em curso (como programas extraordinários de parcelamento, políticas públicas que costumam oferecer prazos até mais vantajosos), desde que o parcelamento alternativo seja compatível com as condições e obrigações previstas no parcelamento especial da LGP.

Quanto à abrangência, da leitura do art. 10-A, §1º-C da Lei 10.522/2002 (LGP), estão inclusos todos os débitos fiscais que sejam exigíveis do devedor, inscritos em CDA ou não. Assim, estão, *a priori*, excluídos aqueles suspensos porque discutidos administrativamente, e poderão ser excluídos, a critério do devedor, aqueles sujeitos a outro parcelamento em curso (art. 10-A, §1º-C, I da LGP) firmando-se termo de compromisso de observância das obrigações previstas no parcelamento especial.

Logo, tornou-se faculdade do devedor incluir na dívida consolidada aqueles créditos já submetidos a outros parcelamentos (art. 10-A, §3º da LGP), desistindo desses, ou aqueles objeto de contestação administrativa (art. 10-A, §2º da LGP), devendo, nesse caso, comprovar a desistência da impugnação e a renúncia das alegações de direito aventadas.

De fato, conforme conclui o professor Paulo Penalva (2021, p. 1134), “foi abolida a obrigatoriedade de incluir no parcelamento todos os seus débitos”. Resta acatado um ponto de grande crítica da comunidade jurídica, que jazia na inconstitucional restrição ao direito de ação extraída da obrigatoriedade de renúncia de toda e qualquer impugnação para ser aceito no parcelamento perante a Fazenda Nacional. Diversamente, na conformação atual é dada a oportunidade de destacar a parte que entenda equivocada e ainda ter acesso ao diferimento.

No entanto, aquele autor levanta importantes ressalvas a respeito das condições de exclusão do débito discutido judicialmente.

Conforme o parágrafo 1º-C do art. 10-A da LGP, a exclusão do débito debatido judicialmente dependerá de decisão judicial que conceda efeito suspensivo à exigibilidade ou, não havendo tal decisão, que seja ofertada garantia idônea e suficiente e, além disso, aceita pela Fazenda. Ora, “não é raro o fisco exigir como garantia apenas fiança bancária ou seguro garantia” (PENALVA, 2021. p. 1134), fato extremamente dificultador na crises econômico-financeira.

Além disso, a novel Lei já, abstratamente, veda que a garantia ofertada seja utilizada na recuperação judicial, permitindo sua execução regular, de modo que se confia à Fazenda um poder de escolha sobre os bens do devedor. Esse privilégio, no entanto, requer numa leitura sistêmica, o menor ônus possível ao devedor, em consonância com a Portaria nº 2.382 da PGFN, de fevereiro de 2021, que, em seu art. 2º, elenca os princípios atinentes à negociação com os contribuintes, estando dentre eles a preservação da empresa, a menor onerosidade dos instrumentos de cobrança e a adequação dos meios de cobrança à capacidade de pagamento.

Já no que concerne aos deveres do empresário e às hipóteses e consequências da rescisão do parcelamento, vê-se o contrapeso entre condições mais benéficas de pagamento e proteções suficientes para a Fazenda (BUZZI, Catarina de Macedo; BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi, 2021).

Entre as hipóteses de exclusão, há uma melhora na tolerância ao inadimplemento, com o limite de não pagamento de seis parcelas consecutivas ou nove alternadas, em substituição ao limite de três, consecutivas ou não, anteriormente aplicado. Entretanto, perde em importância a disposição quando acrescentada a condição imperativa da manutenção da regularidade fiscal durante todo o extenso período do parcelamento.

Doutro lado, constatando-se pela secretaria especializada ato tendente a esvaziar o patrimônio com intuito de fraudar o parcelamento, também caberá a rescisão. Essa hipótese alinha-se a novo poder para requerer convolação da recuperação em falência (art. 73, VI, da LRE), quando constatado o prejuízo de liquidação substancial em detrimento créditos não submetidos à RJ, incluindo aí o do crédito público. Ocorre que a via para essa constatação pode ser ainda mais encurtada e unilateral, bastando que a secretaria especializada da Receita Federal decida em tal sentido e, com isso, determine a exclusão por descumprimento do parcelamento (o que por si já é hipótese de ensejo à convolação em falência, com arrimo em inciso distinto, e também fruto da reforma legislativa, qual seja inciso V do art. 73 da LRE).

O caso demandaria menos análise judicial da legalidade, presumida do ato administrativo, numa em questão que seria mais adequada que o próprio juízo recuperacional decidisse, pela ampla visão sobre o patrimônio ativo e passivo atual do particular. Veja-se que a verificação da liquidação substantiva não prescinde de uma análise altamente casuística (PAIVA; JUNQUEIRA, 2021). O parágrafo 3º do art. 73 da LRE ilustra bem:

Considera-se substancial a liquidação quando não forem reservados bens, direitos ou projeção de fluxo de caixa futuro suficientes à manutenção da

atividade econômica para fins de cumprimento de suas obrigações, facultada a realização de perícia específica para essa finalidade. (BRASIL, 2005).

De igual consequência pautada na extinção se serve hipótese específica de presunção desse esvaziamento, acaso desobedecido o parágrafo 2º-A, do art. 10-A, da LGP. O referido dispositivo impõe a utilização de parte do produto da alienação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante, durante a vigência do plano, para amortização do saldo devedor da dívida consolidada.

O aludido percentual do produto pode chegar, no máximo, a 30%, sendo que seu cálculo corresponderá à proporção entre o passivo fiscal e o passivo total à data do pleito de recuperação. Sendo assim, verifica-se uma válida consideração ao peso adequado do passivo fiscal não apenas sobre o sujeito passivo, como também frente ao disponível a garantia de satisfação material dos demais créditos.

Deve-se apontar, também, que a restrição imposta está restrita a bens e direitos do ativo não circulante, justamente aqueles que o devedor perde a autonomia para deles se dispor após deferido o pleito recuperacional, conforme o art. 66 da LRE. Segundo definido na Lei das Sociedades Anônimas (arts. 178 e 179 da Lei 6.404/76), para fins de balanço, distinguem-se ativo circulante e não circulante, sendo este último composto por ativo realizável a longo prazo, investimentos, ativo imobilizado e ativo intangível.

Assim, como efeito geral da rescisão do parcelamento, voltam a ser exigíveis os débitos e a correr as execuções, então suspensas, implicando execução automática de garantias vinculadas àquelas dívidas.

Ainda, se não bastasse como sanção do descumprimento dos deveres a exclusão do parcelamento e dificuldades materiais daí decorrentes, ainda, estando em curso a recuperação judicial, a Lei 14.112/2020 possibilitou ao Fisco requerer a convolação em falência, como equiparação aos concursais no requerimento de convolação por descumprimento de obrigação do plano durante a fase de observação.

A Lei 14.112/2020, ainda dentro do parcelamento, abre exceção ao empresário em recuperação para que possa dilatar as obrigações tributárias ligadas a tributos retidos ou descontados de terceiros, além do IOF retido, que não foram transferidos para arrecadação fiscal. A gravidade do inadimplemento justificou o tratamento mais severo, com um prazo

menor, de 24 meses, e a impossibilidade do abatimento com base no prejuízo fiscal (MATTAR, 2021).

Da nova conformação legal, não restam dúvidas de que o crédito fiscal, tributário ou não, está ainda mais atrelado ao destino da recuperação, devendo haver uma preocupação ainda maior em sua compatibilização. Essa nova integração colabora para uma postura mais colaborativa e menos soberba, menos intangível, da Fazenda Pública, pois, sem aplicação da exigência de CND's na carência de lastro em tratamento especial do seu crédito, aliada a uma dificuldade de avanço patrimonial por execuções fiscais, além de não contribuir para recuperação da empresa, também tinha dificuldade na recuperação de seu crédito.

Em que pese as bem-vindas contrapartidas do Fisco no equacionamento com o particular, as novas e adicionais condições impostas aos devedores e, ao fim e ao cabo, à preservação da atividade empresarial viável, parecem ter amargado a percepção sobre a nova posição do Estado-credor. Penalva (2021) destaca a permanência de condições que excessivamente oneram o devedor, agora por outros motivos (a possibilidade de convalidação em falência requerida pelo ente ou pelo descumprimento do parcelamento, a amortização automática de parte do ativo não circulante alienado, ou a própria necessidade constante de fornecimento, em dia, de informações bancárias aos órgãos competentes).

Outro ponto sobre o qual reside incógnita é a exigibilidade da regularidade perante entes tributantes que não disponham de arcabouço normativo para tratar o passivo de sua competência. Essa verdadeira lacuna, no entanto, tem sido solvida em polos econômicos importantes, como no Estado de São Paulo e do Paraná. Nesses foros, inclusive, é possível verificar uma consolidação jurisprudencial dos tribunais de justiça quanto à efetividade do art. 57 da LRE, como se demonstra mais à frente. Para o entendimento atual tem grande influência outro modo para a recuperação fiscal, qual seja a transação fiscal.

4.2 A RECENTE TRANSAÇÃO E A, MAIS RECENTE, TRANSAÇÃO ESPECIAL

A transação trata-se de forma de extinção do crédito tributário, conforme disposto no Código Tributário Nacional. Este fenômeno, caracterizado ainda pelo aspecto de ato administrativo e instrumento contratual (FERRAZ, 2018), proporciona que, por mútuas concessões recíprocas, cheguem em um fim comum (o encerramento da pretensão de cobrança resistida) contribuinte e a administração fiscal.

A transação tributária embora prevista no Código Tributário Nacional (de 1966), quanto à Fazenda Nacional, finalmente foi regulamentada apenas em 2020, a partir da Lei 13.988, com regulação pela Portaria nº 9.917/2020 da PGFN.

Logo no início de sua vigência, coincidência ou não, ela fundamentou o acordo histórico da Anatel e procuradorias com o Grupo Oi, em recuperação judicial, possibilitando o retorno de 7 bilhões de reais, de um total de 14,3 bilhões de reais provenientes de multas administrativas e de débitos oriundos da concessão de uso de radiofrequências.

Em que pese o grande deságio, tais créditos fiscais não tributários integravam o concurso de credores (à época não havia posicionamento do STJ sobre a exclusão dessa espécie de crédito público da recuperação judicial) e foram classificados como quirografários. Pensando numa eventual convalidação em falência, além de os débitos constituídos administrativamente serem quirografários, as multas administrativas têm menor privilégio ainda na ordem legal da falência, estando numa das últimas posições. O acordo foi bastante celebrado.

Nessa toada, de mais a mais, percebeu a Administração que velar pela indisponibilidade do interesse público exige, no contexto concreto das cobranças fiscais, também novas abordagens a fim de se ter maior recuperabilidade dos cofres públicos. A conclusão por maior ou menor maleabilidade, evidentemente, varia a depender do prognóstico realizado.

Luiz Eduardo Trindade Leite (2021) realiza interessante panorama geral sobre a eficácia relacionada ao enorme estoque do contencioso tributário no país, tomado sobretudo por exações da União (70% do contingente tributário administrativo e judicial). Segundo os estudos citados, o estoque do contencioso chegou a 3,4 trilhões em 2018, sendo que dessa monta, um quarto se referia à obrigação em si principal e, no demais, multa, que só tende a crescer dado o longo curso médio (8 anos e 9 meses) de execuções fiscais em geral.

Tendo por base só o passivo das empresas em recuperação, de centena de milhões de reais, aproximadamente 90% estariam em aberto sem solução para seu pagamento. Diante do difícil contexto apresentado, do interesse arrecadatário na melhor recuperação possível do seu crédito (custo-benefício) e da oportunidade de fazê-lo em consonância com outros valores de interesse coletivo além do arrecadatário, a Lei de Transações, especificada pela sua Portaria regulamentadora (nº 9.917/2020 da PGFN), classificou o crédito oposto ao recuperando e ao falido como irrecuperável (tipo D), sendo uma sinalização para uma necessária maior disponibilidade da Administração para transacionar.

A transação pelo recuperando é possível desde o advento da Lei de transações em 2020, podendo adotá-la por meio de adesão a edital publicado ou por transação individual com a PGFN, independentemente do *quantum* a ser negociado estar dentro da faixa de 15 milhões de reais ou não (fator que é limitador na transação comum para possibilitar a transação individual, que se dá por proposta vinda de umas partes).

A Lei 14.112/2020 aprimorou a transação oferecida ao recuperando, tornando-a especial. O nável art. 10-C da Lei Geral de Parcelamentos no âmbito federal preconiza que, como alternativa aos parcelamentos daquela lei ou de outra, em relação aos créditos inscritos em dívida ativa, poderá apresentar sua proposta de transação fiscal que contém como limites máximos: o prazo, regra geral, de 120 meses de diferimento (diverso dos 84 meses na comum), podendo ser acrescido de mais 12 acaso a interessada desenvolva projetos sociais e, ainda, possível de chegar a 145 meses em caso de pessoa natural ou pessoa jurídica enquadrada como ME ou EPP (Art. 11, §3º da Lei de Transações).

Ademais, embora o valor abatido não possa abranger o montante principal da obrigação, em relação às multas, juros e encargos legais chega-se a um limite de descontos em 70% (maior que os 50% da comum). No entanto, o valor principal pode ser atingido no caso de créditos de natureza das autarquias e das fundações públicas federais, sendo o limite, nesse caso, sobre o valor total do saldo devedor.

A transação também se destaca pela gama de meios à disposição das partes, não se restringindo a parcelar o consolidado. Apesar de não descrito na LGP, por disposição da Lei 13.988/2020, é possível a compensação do passivo com créditos líquidos e certos de titularidade contribuinte oponíveis à União, incluindo aí aqueles já em precatórios, nesse caso, em favor do contribuinte ou de terceiros. Ademais, é possível acordar sobre a flexibilização de constrição e alienação de bens e de oferta de garantias.

Indaga-se também se a modalidade altamente benéfica da compensação do prejuízo fiscal (art. 10-A, VI da LGP) caberia à transação. É certo que tal medida é vedada no tratamento de tributos retidos e descontados por terceiros, pelo enrijecimento da lei em face daquele inadimplemento. Contudo, em relação à transação, a lei teria sido intencionalmente silente? Ou bastaria ela não ter vedado a medida para que fosse aplicável neste acordo?

Eduardo Mattar (2021, p. 1151) sustenta que a regulação no dispositivo tem caráter proibitivo, não autorizativo, em que pese o caráter de norma direcionada a atos administrativos, e que, portanto, possível também entabular as concessões por este meio.

Todos os bônus, com maior maleabilidade e descontos, contudo, também levam os ônus que congregam os novos poderes do Fisco perante o rito da recuperação. O descumprimento da transação dá ensejo à convocação da recuperação em curso. Demais, é exigida, durante todo o período, a regularidade perante a União e FGTS, a atualização de informações bancárias e de recebíveis e a demonstração de que alienações dos ativos não circulantes não prejudiquem o quanto disponível para adimplir o negociado.

Vale destacar, ainda, que, além da confissão acerca dos débitos consolidados e do dever de renunciar às pretensões administrativas e judiciais, o art. 4º, §3º, da Lei de Transações, estabelece como efeito da rescisão por descumprimento o afastamento de todos os benefícios e a cobrança integral das dívidas, deduzidos os valores já pagos. Ora, é certo que o dispositivo trata de transações em geral, mas no contexto da recuperação, não há razão para que se distinga dos créditos concursais, os quais, encerrada a fase de observação da recuperação, têm a novação operada em definitivo.

O saldo, porém, em termos de maior flexibilidade e de opções financeiramente melhores, é positivo.

É preciso que a Fazenda, outrossim, dê vigência aos objetivos desta nova postura conferida em lei. Segundo o art. 3º da Portaria da PGFN nº 2.382/2021, são objetivos dos instrumentos de negociação com o empresário em recuperação:

[...] I - viabilizar a superação da situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica;

II - assegurar que a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma a equilibrar os interesses da União e dos contribuintes em processo de recuperação judicial;

III - assegurar que a cobrança de créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma menos gravosa para União e para os contribuintes em processo de recuperação judicial;

IV - assegurar aos contribuintes em processo de recuperação judicial nova chance para retomada do cumprimento voluntário das obrigações tributárias correntes. (BRASIL, 2021a).

Como se vê, não há se falar em um interesse meramente arrecadatório de sua participação, vez que deve ser conciliado com o soerguimento da empresa viável e todas as consequências positivas para o mercado, consumidores, empregados e o próprio fisco. Doutro lado, assim como com os concursais, a viabilidade da continuação daquela atividade também passará, agora mais seriamente, pelo real tratamento do seu crédito público.

A imposição de diversas condições especiais ao passivo fiscal, contudo, lança dúvidas sobre se há demasiado ônus em face do devedor e, conseqüentemente, em face de créditos que seriam até mais privilegiados numa eventual falência. A ideia do concurso numa situação de insolvência serve justamente para que não haja uma corrida com resultados desproporcionais para credores igualmente considerados.

Quanto ao devedor, encaminha-se o questionamento para uma atualização sobre a imposição de sua regularidade fiscal. Afinal, há campo para considerá-la proporcional no contexto da recuperação judicial? Ela será desproporcional em todos os casos, como entende o STJ (por ir contra os fins do sistema do soergimento de empresas)?

É possível verificar mudança de entendimento em alguns tribunais de justiça, conforme será brevemente demonstrado.

4.3 RESPOSTA DE ALGUNS TRIBUNAIS À REFORMA

De forma mais emblemática, pode se destacar uma virada jurisprudencial ocorrida nas Câmaras especializadas de direito empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Aquele tribunal adotou como marco temporal, para aplicação do novo sentido, a data da assembleia de aprovação do plano, se anterior ou posterior à entrada em vigor da Lei 14.112/2020²¹. Sendo a referida assembleia posterior à vigência da reforma, se pacificou não haver direito adquirido ao regime jurídico anterior, que decorre de construção jurisprudencial e doutrinária para a dispensa de CND²².

A exigência de apresentação de certidões de regularidade fiscal, então, ganha efetividade, mas deve se ressaltar aquele devedor que, entre o deferimento da recuperação até a decisão homologatória do plano, realmente buscou se equalizar com o Fisco mas não o conseguiu pela própria inércia da Administração fiscal. Veja-se (SÃO PAULO, 2022, grifo nosso):

Recuperação judicial – Homologação de plano aprovado em assembleia de credores, com dispensa da prévia apresentação de certidões negativas de

²¹ Nesse sentido: TJSP; Agravo de Instrumento 2180900-12.2021.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Penápolis - 3ª Vara; Data do Julgamento: 16/02/2022; Data de Registro: 17/02/2022.

²² Nesse sentido: TJSP; Agravo de Instrumento 2229302-27.2021.8.26.0000; Relator (a): AZUMA NISHI; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 23/02/2022; Data de Registro: 24/02/2022).

débitos fiscais – Pleito recursal fundado no art. 57 da Lei 11.101/2005 e tendente à revogação da dispensa concedida – Necessidade de consideração da disciplina legal do parcelamento especial de dívidas tributárias previsto nos artigos 155-A, §3º do CTN e 68 da Lei 11.101 – Histórico da legislação e da jurisprudência - Desde que a Lei 14.112/2020 entrou em vigor, conjugadas as regras fixadas para a transação tributária na Lei 13.998/2020 (regulamentada pela Portaria PGFN 14.402/2020), novas possibilidades de parcelamento de débitos fiscais foram abertas, já não se justificando mais afastar a exigência feita pelo artigo 57 da Lei 11.101, **ao menos sem a demonstração de uma conduta positiva do devedor, que, num prazo razoável, não tenha sua situação tributária equalizada devido à contraposta inação da autoridade fiscal** – Celebração, no entanto, de uma transação tributária durante o trâmite do agravo, surgindo uma confessada situação de regularidade fiscal – Questões meritórias superadas ou ultrapassadas, não se podendo mais extrair um resultado útil da preconizada exigência pela recorrente – Falecimento do interesse recursal - Recurso não conhecido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2221659-18.2021.8.26.0000; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Santos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/02/2022; Data de Registro: 10/02/2022).

Congrega para o entendimento firmado também a existência de lei de tratamento do passivo fiscal na esfera estadual, havendo uma mitigação da enorme lacuna que havia quanto a disposições especiais vindas do demais entes federativos. Veja-se (SÃO PAULO, 2021b, grifo nosso):

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Decisão judicial que concedeu a recuperação judicial da agravada, e, entre outras análises, a dispensou da exigência de apresentação de certidões negativas de débitos tributários – Alegação da obrigatoriedade da apresentação das certidões negativas de débito ou parcelamento dos débitos, conforme art. 57 da Lei 11.101/05, **e a existência de legislação estadual própria que trata dos benefícios concedidos as sociedades comerciais em recuperação judicial (art. 41 a 56 da Lei 17.393/2020)** – Obrigatoriedade de apresentação de CNDs para o deferimento da recuperação judicial – Decisão reformada – Agravo de instrumento provido. Dispositivo: Deram provimento ao recurso.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2240048-51.2021.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Especializado da 1ª RAJ - 1ª Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da 1ª RAJ; Data do Julgamento: 17/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021).

O entendimento tem guarida também na 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do tribunal paulista, a qual consignou enfaticamente não se poder “admitir, no regime da livre concorrência constitucional brasileiro (Lei Maior, art. 170,IV) empresas privilegiadas, que não pagam impostos, em vantagem irrazoável e desproporcional sobre todas as demais, que arcam com esse pesado ônus” (SÃO PAULO, 2021a), conforme restou decidido no Agravo de Instrumento 2067179-82.2021.8.26.0000.

Outro foro estadual em que previstas regras próprias de equalização com o fisco estadual reside no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. O órgão especial desse tribunal, inclusive, submeteu o art. 57 da LRE e o art. 191-A do CTN, julgando, por maioria, improcedente o incidente de arguição de inconstitucionalidade²³, já tendo considerada constitucional a exigência mesmo antes da reforma legislativa.

Destacam-se desse julgado os dois votos vencidos. O primeiro deles, de autoria do Des. Carlos Mansur Arida, apenas acrescentava a interpretação conforme a Constituição para restringir a exigibilidade da CND quando não obtida por obstáculo criado pela administração. O segundo, de lavra do Des. Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, propôs a constitucionalidade da exigência tão somente nos casos em que o plano de recuperação disponha sobre alienação de filiais ou de Unidades Produtivas Isoladas (UPI), porque esse seria desfalque patrimonial relevante que demandaria melhor assegurar o crédito fiscal que, no geral, apenas é garantido pelo próprio patrimônio do devedor, sem individualizações.

Após a reforma, se constata na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná, majoritariamente, a efetividade dos arts. 57 da LRE e 191-A do CTN.

Por sua vez, último tribunal de piso pesquisado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem presenciando uma divergência²⁴ sobre o entendimento firmado pelo STJ para dispensar a apresentação de certidões.

Houve a promulgação de lei fluminense com tratamento especial bastante benéfico ao recuperando, todavia, sua inconstitucionalidade foi reconhecida pelo tribunal em controle concentrado²⁵, por questões de desobediência a regras de análise prévio de impacto orçamentário e por afrontar competência de dispor sobre equacionamento de ICMS, pendendo análise submetida ao STF por meio de recurso extraordinário.

Como resultado da singela pesquisa pelos tribunais, vê-se um impacto imediato do novo regime de tratamento dos créditos fiscais. Vale, contudo, consignar que a pesquisa não passou

²³ Refere-se ao Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0048778-19.2019.8.16.0000 - TJPR - Órgão Especial. Curitiba - Rel.: Desembargador Fernando Paulino da Silva Wolff Filho - Rel.Designado para o Acórdão: Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão - J. 02.10.2020

²⁴ Para ilustrar a divergência, destaca-se o Agravo de Instrumento 0046087-14.2020.8.19.0000 (16ª Câmara Cível do TJRJ), que ganhou grande repercussão, por ter exigido a condição de regularidade a uma rede de hotéis, que devia em torno de setecentos milhões de reais somente ao ente federal. Em outro lado, entendendo por persistir a necessidade de relativização da exigência, a fim de impedir o malferimento ao princípio da preservação da empresa, citam-se: Agravo de Instrumento 0067468-44.2021.8.19.0000 (18ª Câmara Cível do TJRJ) e o Agravo de Instrumento 0028122-86.2021.8.19.0000 (1ª Câmara Cível do TJRJ).

²⁵ Trata-se de ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0057559-46.2019.8.19.0000 (Órgão Especial do TJRJ) requerida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, julgada em 9 de agosto de 2021.

pela análise e valoração do conteúdo das leis estaduais e nem consiste em asseverar em quais desses estados seria proporcional aplicar o dispositivo em comento.

Feita a ressalva, pode-se identificar um evidente acinzentamento da questão e o crescimento da divergência entre os tribunais de piso. Com a divergência, espera-se uma análise atualizada do Superior Tribunal de Justiça acerca da proporcionalidade da medida que tem o condão de obstar a homologação do plano do recuperando.

Cumprido saber se o balizamento da questão continuará sendo feito em termos gerais do instituto e dos fins do sistema de recuperação, ou se demandará uma análise mais concreta e casuística sobre: se era possível ao recuperando conseguir a sua regularidade fiscal e se envidou todos os esforços possíveis a despeito de sua crise econômico-financeira. Essa análise tenderia a acrescentar uma camada decisória a mais ao juiz na decisão homologatória do plano de recuperação, que de certa forma, atuaria a contrabalancear os interesses da maioria dos credores com o interesse fazendário, indisponível e exterior às negociações privadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O esboço de uma resposta à renovada pergunta sobre se é viável – proporcional (em sentido lato) – exigir do empresário estar regularizado requer sejam resolvidas as demais questões que se desenvolveram no presente trabalho.

Dentre elas: (i) o prosseguimento da execução fiscal supre uma possível dispensa de regularização fiscal? É um meio efetivo de recuperação do crédito fazendário e encontra óbices que a inviabilizam? (ii) Os atuais mecanismos de equalização do passivo fiscal dão conta de justificar a exigência legal? (iii) Há um privilégio desarrazoado do Fisco em face do devedor e dos demais credores, inclusive aqueles legalmente mais privilegiados que ele? Por fim, (iv) há meios menos incisivos e que garantam o mesmo resultado para a sinergia entre credores públicos e privados na Recuperação Judicial?

Em primeiro lugar, foi verificado que a manutenção da atividade empresarial no ordenamento jurídico tem um valor destacado, na medida em que representa fonte de renda direta a seus trabalhadores, além de ser epicentro da economia, com a circulação organizada de riquezas e de bens essenciais e, nesse complexo de relações, importante fonte arrecadatória ao patrimônio público.

Nessa compreensão, a Recuperação Judicial serve para reestruturar a empresa cuja continuidade sob o comando de seu titular se comprove viável, frente a seu passivo que o levou à crise de solvência. Tutela, portanto, os interesses individuais da coletividade de credores, mas também interesses sociais relevantes, o que justifica a imposição de um esforço coletivo, que acaso acatado pela maioria dos credores, será imposto sobre o restante e fará frente aos créditos não submetidos às negociações seja por seu momento de geração, seja por sua natureza.

O crédito público (tributário e não tributário) administrado por entidades de direito público, as Fazendas e autarquias e fundações públicas, conforme se consolidou, não se submete à negociação coletiva forçada. Reside o ideal da indisponibilidade do interesse público, o qual tem supremacia frente ao interesse privado. Também foi constatado que tais princípios norteadores não devem ser levados às últimas consequências, valendo interpretá-los dentro da responsabilidade republicana do administrador do ativo público em distribuir de forma racional e isonômica concessões para recuperabilidade de créditos ao erário. E, servindo esse racional a concessões tributárias comuns, por evidente que se aplica aos devedores em recuperação, quando o risco no não recebimento dos valores é especial, reconhecidamente maior.

Viu-se que a exigência de apresentação de certidões que atestem a regularidade fiscal representou a *mens legis* de assegurar que o devedor procurasse se ajustar também com as Fazendas, já que elas não poderiam exercer sua vontade na Assembleia-Geral de Credores, bem como não estariam resguardadas de bens fiduciários como os credores do art. 49, §3º, da LRE.

O previsto nos arts. 155-A do CTN combinado com o art. 68 da LRE, contudo, de início não teve eficácia cumprida, pois por longos anos não foi conferido modo adequado de equalização do crédito fiscal, salvo específicas exceções como o Convênio CONFAZ em 2012, no que tange ao ICMS ou eventuais programas temporários de parcelamento, o que não reverteu a insuficiência das condições ofertadas. Ao passo disso, em que pese a não suspensão da execução fiscal em decorrência do chamado *stay period*, por muitas vezes, a efetivação do pleito executório foi obstada por decisão do juízo recuperacional em controle sobre todos os atos que visariam à disposição patrimonial do executado em recuperação.

Nessa toada, a controvérsia sobre a competência do juiz da recuperação não demorou a agitar o Superior Tribunal de Justiça, que chegou a afetar o Tema 987 dos recursos especiais repetitivos, que discutia a possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária ou não tributária.

A Nova Lei de Recuperações, no entanto, conciliou entendimentos de órgãos fracionários do STJ, com a permissão dos atos constritivos em face da executada, porém com a competência do juízo da recuperação para “analisar e deliberar sobre tais atos constritivos, a fim de que não fique inviabilizado o plano de recuperação judicial” (BRASIL, 2021b, p. 16) conforme voto no REsp 1.694.261/SP, no qual se cancelou o Tema nº 987. Mais que isso, a reforma encurtou o escopo decisório do juízo universal nesta análise, podendo, quando verificado avanço a bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial, se proceder à substituição deles. Remanesce, é claro, dúvidas sobre o intento da lei quando não possível a substituição pretendida, mas é visível uma reação legislativa contra decisões que presumiam a inviabilização da recuperação judicial vinda de qualquer penhora realizada, o que se tornava artifício *sui generis* para uma moratória concedida judicialmente aos executados em recuperações, sendo que muitas, na praxe, passavam por longas fases de observação para além do prazo legal sem o pedido de encerramento do rito.

Analisando o texto legal definidor da competência do juiz da recuperação judicial, em cooperação judicial ao juiz de execuções, pode-se dizer que (i) ganhou em efetividade a

execução fiscal, estando menos suscetível a interpretações relativizadoras e a suspensões generalizadas sobre seus atos constritivos.

Seguindo, em relação aos meios de equalização do passivo fiscal, identificou-se uma grande evolução. Os débitos tributários, em meio às demais dívidas, representam o esforço financeiro com impacto menos determinante, de fato, na continuação, ou não, da atividade empresarial em crise (diferente de pagamento a fornecedores ou de salários). Ocorre que, representando parte significativa do passivo total, e não equalizados, por vezes se empreendiam recuperações parciais, incompletas, trazendo insegurança aos demais credores sobre as reais condições de cumprimento das obrigações novadas dali para frente.

Face disso e das restritas opções ao abrandamento das dívidas fiscais, a reação inicial do Judiciário residiu em afastar o atingimento da regularidade fiscal como requisito obrigatório para concessão da recuperação, a fim de evitar formas oblíquas de cobrança de tributos e valores ao erário, já que se mantinham as modalidades normais de exação, não obstante sua contestada eficácia.

Como se viu, a Lei 13.403/2014 instituiu o programa de parcelamento ordinário para devedores recuperandos, em resposta à lacuna legal evidenciada. O parcelamento tardio, conservador e notoriamente restritivo, não solucionou o problema. Acrescente-se que a regularidade fiscal exigida era ampla, abrangendo entes públicos de todas as esferas federativas que decorrerem créditos, de modo que pendia esforço legislativo de demais entes políticos, além da União, para modulação de seus direitos creditícios.

Majoritariamente, a apresentação das certidões continuou a ser dispensada. Neste trabalho, foram delineadas as razões abarcadas pelo STJ para decidir em tal sentido, que envolveram a aferição de proporcionalidade da medida, enquanto óbice ao atingimento dos fins do sistema de recuperação de empresas.

A Lei 14.112/2020 trouxe avanços quanto à suficiência do parcelamento, assim como novas opções importantes, como a faculdade da utilização do prejuízo fiscal e de base cálculo negativa da CSLL no abatimento do débito consolidado e a modalidade especial da recente transação fiscal.

As medidas se mostraram mais benéficas, com maior extensão de prazos, e abandonou-se, até certo ponto, o modelo de obrigatoriedade de acerto amplo e irrestrito do devedor com o Fisco Nacional, tendo-se facultado retirar as dívidas discutidas administrativamente e aquelas

judicialmente, nessa última hipótese, em caso de decisão suspensiva ou de oferta de garantia integral e aceita pela Fazenda. A mais, conforme demonstrado, o período de diferimento se aproxima ao esforço comum dos credores. Também é possibilitada, em certos casos, o perdão parcial de dívidas, sobretudo na transação fiscal, que trouxe uma grande possibilidade de o ente fazendário contribuir positivamente para a desejável recuperação da empresa viável.

Nesse ponto, não há dúvidas que o sacrifício especial previsto em lei contribui para a reunião de vontades a fim de potencializar a máxima eficiência na manutenção da empresa/recuperabilidade de créditos, conforme reconhece Penalva (2021). O mesmo autor atenta que, apesar disso, a reforma legislativa acrescentou contrapartidas ao sistema de equalização as quais, no seu entender, corroboraram para manutenção de condições onerosas ao recuperando, agora sob novos contornos.

Dentre elas, a possibilidade de convolação da recuperação judicial por descumprimento de obrigações do parcelamento especial ou da transação firmada. Numa das referidas obrigações reside a transferência de parte (proporcional ao tamanho do passivo fiscal e não superior a 30%) do produto de alienações de bens integrantes do ativo não circulante da empresa, para amortização do débito consolidado, durante o período de vigência do plano (que pode se alongar bastante). Além disso, as garantias aos créditos fiscais inclusos no parcelamento continuam submetidas e, por vedação legal, impossibilitadas de serem dispostas no plano de recuperação.

O atual sistema demonstra preocupação com a liquidez mínima da empresa perante os créditos não submetidos ao rito de soerguimento. O art. 73, VI, da LRE, outra novidade, acrescenta a convolação em falência quando houver esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial em prejuízo aos credores fora das negociações.

Constatou-se, portanto, um sistema recuperacional atento à totalidade do passivo do devedor, já que sua concursabilidade negocial contém importantes e, não raro, volumosas ressalvas. Com efeito, há uma atenção especial a estabelecer uma reserva de patrimônio com o intuito de evitar inviabilização das execuções em paralelo, sobretudo pensando em execuções fiscais sem qualquer individualização prévia do patrimônio do devedor – o que reforça a maior efetividade conferida a tal exação, cerne da questão do tópico (i).

Vale dizer, os esforços do ente público para a recuperação são válidos, na compreensão de que há interesse público primário na oferta de meios para empresas ainda viáveis se

recuperarem e dentro do prognóstico de que a posição de recebimento das fazendas na falência não é tão privilegiada.

Ocorre que, pela finitude dos recursos, numa situação emergencial, pode ser que seja, de fato, inviável chegar ao total equacionamento/garantia das dívidas fiscais, sem prejudicar os trabalhadores (mais privilegiados até certo ponto, conforme reconhecido no próprio Código Tributário Nacional) e as demais classes, e sem fulminar as chances do devedor de se reerguer.

O nável modelo de estruturação perante o Fisco é bem mais benéfico, mas acarreta riscos que podem se mostrar, em concreto, desarrazoados. Isso porque, em primeiro lugar, trata-se de um credor que, *a priori*, não tem suspensas, em nenhum momento, suas execuções e que, uma vez descumpridas as obrigações acordadas por parcelamento ou transação, pode voltar a cobrá-las a partir do valor integral (descontado com o que já satisfeito), não havendo falar em novação constituída após o encerramento da Recuperação Judicial. Cumpre citar como risco, a exigência de manter a regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional durante todo o curso do parcelamento concedido, sob pena de tê-lo rescindido, ou o risco da não aceitação pela fazenda exequente das garantias oferecidas a fim de retirar determinado crédito do montante do parcelamento, ou do não deferimento de tutela suspensiva por decisão judicial para este fim.

Desse modo, a LRE traçou um caminho muito mais realista para se conseguir em pouco tempo as certidões, não obstante haver certas condições onerosas ao devedor que podem configurar riscos a ameaçar o cumprimento de suas obrigações objeto do plano.

Repisa-se: a exigência de apresentação das certidões serve, justamente, para se assegurar que o devedor irá diligenciar para se estruturar perante o Fisco, sendo sua não satisfação, em tese, causa de sentença de improcedência daquele pedido de recuperação.

A primeira conclusão é de que a adoção da tese jurisprudencial favorável à dispensa das certidões passa a demandar um esforço argumentativo em maior grau de concretude, talvez não sendo mais suficiente alegar um juízo de proporcionalidade abstraído apenas dos princípios e finalidades da recuperação de empresas.

Em primeiro, será preciso verificar se todas as fazendas e entes de direito público que sejam credores dispõem de condições especiais de equalização ao recuperando, algo que a Lei 10.522/2002, em órbita federal, não é capaz de sozinha garantir. E, assim, necessário saber perante qual ente seria exigível ou não a comprovação de que esteja regularizado.

Doutro lado, pode ser que a falta de regularidade fiscal decorra de demora na resposta administrativa ou por rejeição à proposta de transação, que decorra de ato discricionário que judicialmente se repute ilegal, arbitrário. A exigência não deveria valer, ao menos de imediato, em detrimento do recuperando comprovadamente diligente em face das situações referidas.

No que tange a dificuldades concretas de cumprir o requisito legal, considerando-se ainda uma postura protagonista do Fisco na reestruturação, a partir de novas concessões e, em contrapartida, de novos poderes seus em jogo, Scalzilli (2021, p. 783) faz a projeção:

Ao fim e ao cabo, parece que a exigência de CND para a concessão da recuperação judicial dependerá de uma análise por parte do juízo recuperatório sobre os benefícios tributários concedidos pela Reforma e sobre se eles corresponderam a um efetivo incremento na possibilidade de as recuperandas equacionarem o seu passivo fiscal.

Com efeito, Penalva (2021) entende pelo exagero dos novos ônus trazidos na nova lei, em que, conquanto se mitigaria necessidade de inclusão da totalidade dos débitos perante o fisco, ao mesmo tempo, se exigiria, para isso, uma dotação patrimonial superprivilegiada ao Estado-credor, que pode inviabilizar o devedor que já se encontra em liquidez debilitada. Nesse sentido, cabe destacar que entre uma das medidas possíveis para a transação fiscal (e que passam pela discricionabilidade da vontade da Administração) está a mitigação, abrandamento, de garantias oferecidas pelo devedor. Essa modalidade não é excludente das demais²⁶ e pode ser adotada também nos parcelamentos, sob forma de negócio jurídico processual, ao menos perante a PGFN²⁷.

Há uma grande oportunidade para que um Fisco, mais flexível, contribua positivamente para reerguer empresas salutareas ao mercado.

Na visão de Tomazette (2021), em que pesem as mudanças da Lei 14.112/2020, haveria de ser mantido o raciocínio, então abarcado pelo STJ, pela desproporcionalidade da apresentação obrigatória de certidões. Isso porque, numa ponderação dos valores em jogo, todos legítimos, não se poderá, sob a premissa de resguardar o interesse público na recuperação de créditos fiscais, inibir a consecução do interesse público na recuperação da empresa viável, que tem sua prioridade no microssistema recuperacional. A exigência da regularidade fiscal, segundo o autor, continuaria a ser medida inadequada, desnecessária e desproporcional.

²⁶ Conforme disposto expressamente no art. 11, §1º, da Lei 13.988/2020.

²⁷ Conforme preleciona o art. 4º, da Portaria PGFN/ME nº 2.382, de 26 de fevereiro de 2021.

Seria inadequada, porque inviabilizar de forma tamanha a recuperação empresarial desbordaria eventualmente na falência, onde os riscos de calote à posição fazendária são bem mais elevados, comparando-se a seus privilégios no contexto de soerguimento. Seria, também, desnecessária porque seus excessos podem ser substituídos pelas formas normais de cobrança, que permanecem à sua disposição. E, enfim, desproporcional pois o fim mais valioso a se pesar seria a preservação da empresa, vantajosa até mesmo ao Estado, como se viu.

Quanto ao raciocínio, vale rememorar que: a adequação importa em pertinência da medida na causação do que se espera dela. Entende-se aqui que a exigência de apresentação das certidões guarda pertinência com o incentivo do devedor a se ajustar também com o Fisco. Quanto à necessidade, no entanto, esta demanda ser medida indispensável em sua inteireza para se chegar ao fim colimado, não podendo ser substituída por medida menos gravosa.

Entende-se no presente trabalho que houve um fortalecimento às execuções fiscais, tanto em segurança jurídica/previsibilidade (com a competência dos juízos de execução e de recuperação melhor definidas), quanto em efetividade (com regra cogente de que haverá a efetiva cooperação judicial entre aqueles juízos) e, ainda, com o resguardo do exequente fiscal às tentativas de liquidações substanciais tendentes a preteri-lo. Desse modo, a própria possibilidade de continuação dessas execuções *in totum*, parece ser situação adequada, sem excessos indesejáveis (como o óbice à homologação do plano aprovado entre os privados), e que constranja o devedor a buscar se ajustar com o Fisco, remediando-se, em maior ou menor grau, as ditas execuções meramente formais, sem grandes perspectivas.

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, ponderando-se onde pesar e que fins mais valiosos deverão ser menos restringidos, parece este critério demandar uma análise mais especificada aos casuísmos, haja vista tenha o legislador conferido maior vigor às concessões ao passivo fiscal do recuperando.

Enedino (2021) também adota posição relativizadora com relação à eficácia do art. 57 da LRE. Com efeito, será o caso de dispensar a CND quando o devedor consiga demonstrar sua inviabilidade concreta em não conseguir cumprir os parcelamentos ou a transação fiscal. Porém, em perspectiva diversa, deve o juiz velar pela não preterição do crédito fiscal, de modo a evitar

[...] um plano de recuperação judicial que sirva em perspectiva para esvaziar o patrimônio da empresa em recuperação em favor de credores de categoria posterior a do crédito fiscal, pois, em tal hipótese, o cumprimento do plano, na pendência de execuções fiscais, corresponderia a abuso de direito (ENEDINO, 2021, p. 596).

A referida solução adereça preocupações pertinentes na proteção da recuperabilidade do crédito público, utilizando o critério de seu privilégio legal, sobretudo em perspectiva à sua posição em eventual quebra do devedor. Em compensação, tal solução acaba por conferir ao Judiciário análise em maior profundidade de legalidade e compatibilidade com os demais interesses que concorrem na Recuperação Judicial.

É de se ponderar que, enquanto se está longe de uma maior integração do Fisco à negociação coletiva, o juiz realmente se mostra como ponto de contato para balancear os interesses contrapostos da vontade assemblear e dos credores não submetidos, no que tange ao patrimônio do devedor como garantia comum das dívidas mantidas ou novadas. Cerezetti (2021) alega que a submissão do passivo fiscal à recuperação judicial, mesmo que dotadas de garantias próprias a proteger o credor público em face da vontade privada, seria, de fato, a forma mais efetiva de compatibilizar as diversas pretensões creditórias, na medida de sua preferência legal, sem impedir as reais chances de reestruturação. Assim, seria uma melhor forma de visualizar se o recuperando teria chance de se reestruturar ou se caberia retirá-lo o mais rápido do mercado para estancar os prejuízos e satisfazer os credores da forma mais eficiente possível.

Não sendo esse o caso, conclui-se que a análise do juiz, quando da decisão de concessão ou não da Recuperação Judicial, deve velar por compatibilizar minimamente as diversas vontades em jogo.

A disponibilidade do Fisco, assim como dos demais, a cooperar com a reorganização também deve ser avaliada, a fim de evitar imposição de situações desproporcionais em concreto. A exemplo, a situação do devedor que contesta muitas dívidas judicialmente, tendo suas razões para tanto, mas que não detém patrimônio suficiente para readequar-se apenas na totalidade das dívidas que entenda legítimas, garantindo as demais que não conseguir suspensões provisórias.

Portanto, ao que parece, as inovações trazidas pela Lei 14.112/2020, em conjunto com dispositivos aplicados da Lei de Transações e normas regulamentares em esfera federal estudadas, trouxeram um modelo de equalização da dívida fiscal muito mais a par da situação emergencial da empresa em crise. Por conta disso, é possível adotar como *standard* a necessidade de apresentação de certidões de regularização perante um ente federado, desde que (i) aquele ente disponha de meios benéficos, e realmente suficientes para a equalização, e (ii) que não se comprove, concretamente, um engessamento excessivo da situação patrimonial do devedor, aliado a uma tentativa frustrada de mitigação, junto àquela fazenda, de tal situação.

Realmente, não há interesse valioso em obstar o cumprimento de um plano apenas para garantir a arrecadação, de modo que as execuções fiscais consistem em meio idôneo para a cobrança pelo Fisco em paralelo aos créditos novados dos demais credores. Desse modo, é medida substitutiva que não implica em prejuízo ao interesse arrecadatório fazendário. Logo, havendo desproporcionalidade concreta à posição do devedor instado a regularizar a totalidade de suas dívidas públicas, é cabível a relativização do art. 57 da LRE, uma vez que a medida não será mais gravosa à Fazenda. Entende-se que, na ordem de preferência das medidas, está primeiro a equalização do crédito público, pois este é mais valioso para o interesse coletivo (recuperação mais eficiente e menos custosa dos ativos do erário, maior previsibilidade aos demais credores quanto aos pagamentos pelo devedor durante o cumprimento do plano e, em tese, menor peso construtivo sobre o patrimônio do devedor). Por isso, manter, *a priori*, tal exigência das certidões.

No entanto, vale ressaltar que não ajudam o ente fazendário, na avaliação da proporcionalidade dos meios de equalização do crédito público, certos ônus a mais que estarão sobre os pagamentos do devedor. Citam-se as garantias totais para excluir créditos discutidos judicialmente e, sobretudo, os elevados riscos, incluindo o de convolação da recuperação em falência por inadimplemento, ou pela não amortização forçada com parte do produto das alienações de ativos não circulantes, além de pela constatação unilateral do órgão administrativo (art. 10-A, §4º, III, da LGP) de esvaziamento patrimonial durante o parcelamento com intuito de fraudá-lo.

Cabe, portanto, entender pela eficácia do art. 57 da Lei de Recuperação de Empresas, sem prejuízo de todas as considerações nos parágrafos acima aduzidas, que são critérios para sua relativização, em solução à desproporcionalidade do engessamento patrimonial do devedor que, sem isso, teria capacidade para se soerguer e solver dívidas perante todos os seus credores.

REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto. **Construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: modificações introduzidas pela Lei 13.403, de 13 de novembro de 2014. *In*: MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano; CERZETTI, Sheila. **Dez anos da lei n.º 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015. E-book.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. 22 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm. Acesso em 23 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. 9 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 22 mar. 2022.

BRASIL. **Portaria PGFN/ME Nº 2.382, de 26 de fevereiro de 2021**. Disciplina os instrumentos de negociação de débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS de responsabilidade de contribuintes em processo de recuperação judicial. 1 mar. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-pgfn-me-n-2.382-26-de-fevereiro-de-2021-305689057>. Acesso em 23 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Plenário. **Parecer nº 165, de 2020 – PLEN/SF**. Parecer sobre o PL nº 4.458, de 2020 (PL nº 6.229/05, na Câmara dos Deputados), que altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. 25 nov. 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=8908589&ts=1607953763665&disposition=inline. Acesso em 23 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1. Seção. **Recurso Especial 1.133.027/SP**. Processual civil. tributário. Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC) [...]. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrida: Martins e Salvia Advogados. Relator Min. Luis Fux. Relator para Acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Brasília. Data de julgamento: 13 de out. de 2010. Data de publicação: 16 mar. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901533160&dt_publicacao=16/03/2011. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1. Seção. **Recurso Especial 1.694.261/SP**. Processual civil. recurso especial. submissão à regra prevista no enunciado administrativo 03/stj. proposta de cancelamento de afetação [...]. Recorrente: Mastra Indústria e Comércio Ltda. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Brasília. Data de julgamento: 23 jun. 2021. Data de publicação: 28 jun. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=2074732&num_registro=201702266942&data=20210628&formato=PDF. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2. Seção. **Agravo Interno no Conflito de Competência 152.153/MG**. Agravo interno no conflito positivo de competência. competência do juízo universal para todos os atos que impliquem restrição patrimonial. penhora anterior [...]. Suscitante: CS Agronegócios Comercio, Importação e Exportação S.A. - em recuperação judicial. Suscitados: Juízo de Direito da Vara Empresarial, de Execuções Fiscais e de Registros Públicos de Uberaba – MG; Juízo de Direito da 28ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo – SP. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília. Data de julgamento: 13 dez. de 2017. Data de publicação: 15 dez. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701005598&dt_publicacao=15/12/2017. Acesso em 23 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2. Seção. **Agravo Interno no Conflito de Competência 177.164/MG**. Agravo interno no conflito de competência. recuperação judicial [...]. Suscitante: RN Comércio Varejista S.A. Suscitados: Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo – SP; Juízo Federal da 1ª Vara de Itaboraí – Seção Judiciária/RJ. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. Data de julgamento: 31 de agosto de 2021. Data de publicação: 9 set. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100162741&dt_publicacao=09/09/2021. Acesso em 23 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3. Turma. **Recurso Especial 1.864.625/SP**. Recurso especial. recuperação judicial. certidões negativas de débitos tributários [...]. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorridas: Zanini Equipamentos Pesados Ltda – em recuperação judicial; Usina Santa Elisa S/A – em recuperação judicial; Sermatec Indústria e Montagens Ltda. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília. Data de julgamento: 23 de junho de 2020. Data de publicação: 26 jun. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902946319&dt_publicacao=26/06/2020. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3. Turma. **Recurso Especial 1.931.633/GO**. Recurso especial. recuperação judicial. habilitação de crédito. multa administrativa [...] Recorrente: MI Operações Logísticas Ltda (em recuperação judicial). Recorrida: Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relatora Min. Nancy Andrichi. Brasília. Data de julgamento: 3 de agosto de 2021. Data de publicação: 9 ago. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002002143&dt_publicacao=09/08/2021. Acesso em 23 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial 1.187.404/MT**. Direito empresarial e tributário. recurso especial [...] Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrida: Viana Trading Importação e Exportação de Cereais Ltda - em recuperação judicial. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. Data de julgamento: 19 de mar. de 2013. Data de publicação: 21 ago. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000540484&dt_publicacao=21/08/2013. Acesso em 23 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 94.141/SP**. Controle judicial. Sua inafastabilidade [...]. Recorrente: Gráfica São Luiz S/A. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Soarez Muñoz. Brasília. Data de julgamento: 10 nov. 1982. Data de publicação: 4 mar. 1983. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187620>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRECHBÜHLER, Gustavo; BRECHBÜHLER, Guilherme. Ativismo judicial, recuperação de empresas e parcelamento fiscal: busca pela efetividade do art. 68 da Lei 11.101/2005. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 21, p. 231-266, 2013.

BUZZI, Catarina de Macedo; BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Plano de parcelamento fiscal especial para empresas em recuperação judicial. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; CARNIO, Daniel. **Recuperação de empresas e falência**: diálogos entre a doutrina e jurisprudência. Atlas. Edição Ebook, 2021. p. 739-753.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Comentários aos artigos 55 a 59. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Comentários à lei de recuperação de empresas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 353-403.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Mario Luiz de Oliveira da. Recuperação judicial x regularidade fiscal. **Revista do Advogado**, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.dsa.com.br/_2019/wp-content/uploads/2019/07/Mario-Luiz-de-Oliveira-da-Costa-Recuperacao-judicial-x-regularidade.pdf. Acesso em 23 mar. 2022.

COSTA, Regina Helena. **Código Tributário Nacional comentado em sua moldura constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR, Fredie; EID, Elie Pierre; DE ARAGÃO, Leandro Santos. Recuperação judicial, execução fiscal, stay period, cooperação judiciária e preservação da empresa: compreendendo o § 7º-B do art. 6º da Lei 11.101/2005. **Revista de Processo**, v. 323, jan. 2022.

FERRAZ, Beatriz Biaggi. **Transação em matéria tributária**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

FRANÇA FERREIRA, Daniela Figueiredo Oliveira. Transação tributária e interesse público. **Cadernos de Finanças Públicas**, Brasil. v. 12, p. 255–281, dez. 2012.

KLEIN, Vinícius; CASTRO, Eduardo. Ordem econômica constitucional, tributação e função social da empresa: a exigência de quitação de tributos como requisito para deferimento da recuperação judicial. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 401-424, mai./ago. 2019.

LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. O crédito fiscal e sua impossibilidade técnica de inclusão no plano de recuperação: análise econômica do direito e alto custo de transação. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, pp. 1001-1038, 2021.

LEITE, Luiz Eduardo Trindade. Transação fiscal na recuperação judicial. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; CARNIO, Daniel. **Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e jurisprudência**. Atlas. Edição Ebook, 2021. p. 720-736.

LIMA, Eduardo de Carvalho; FREIRE, Lucas Alves; REZENDE, Bernardo Henrique de Melo. A compreensão do crédito como bem de capital na Lei 11.101/2005 e suas consequências para o mercado financeiro: esvaziamento de garantia fiduciária e implicações na mensuração de risco em operações financeiras. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 14, n. 1, p. 57-73. 2020.

MATTAR, Eduardo. Comentários aos arts. 10-B e 10-C da Lei 10.522/2002. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Comentários à lei de recuperação de empresas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1141-1154.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69. *In* : SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da empresa**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NOLASCO, Rita Dias. Execução fiscal. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/186/edicao-1/execucao-fiscal>. Acesso em 21 mar. 2022.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de; NOLASCO, Rita Dias. Os créditos tributários e o novo modelo de recuperação judicial. *In*: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. **Lei de recuperação e falência**: pontos relevantes e controversos da reforma. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 1-10.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de; JUNQUEIRA, Thiago Braga. Comentários aos artigos 73 a 74 da convocação da recuperação judicial em falência: aspectos e reflexões sobre as alterações da lei 14.112/2020. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Comentários à lei de recuperação de empresas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 551-566.

PENALVA, Paulo. Comentários ao artigo 10-A da lei 10.522/2002: o novo parcelamento especial para empresa em recuperação judicial. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Comentários à lei de recuperação de empresas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1120-1139.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 30.

SACRAMONE, Marcelo. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SANTOS, Paulo Penalva. **O crédito tributário na recuperação judicial e na falência**. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência – teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 271-306.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1. Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Agravo de Instrumento 2067179-82.2021.8.26.0000**. Recuperação judicial [...] Agravante: Elc Máquinas e Equipamentos Ltda. (em recuperação judicial). Agravada: Aj Ruiz Consultoria Empresarial Ltda. Relator Des. Cesar Ciampolini. São Paulo. Data de julgamento: 20 out. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15139238&cdForo=0>. Acesso em 23 mar. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1. Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Agravo de Instrumento 2221659-18.2021.8.26.0000**. Recuperação judicial – homologação de plano aprovado em assembleia de credores, com dispensa da prévia apresentação de certidões negativas de débitos fiscais – Pleito recursal fundado no art. 57 da Lei 11.101/2005 [...] Agravante: União Federal - Fazenda Nacional. Agravada: Granport Multimodal Ltda. Relator Des. Fortes Barbosa. São Paulo. Data de julgamento: 10 fev. 2022. Data de publicação: 10 fev. 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2221659-18.2021.8.26.0000&cdProcesso=RI006LACR0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2Fyf%2FDhiHd%2BmJsiVhl7BR9DMAFyU3FUFsV%2BOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8IOxIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAIwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZZag0>

KqEgq0In25uHtSDftGPRthf0FtLcFzN%2FBofbyt5M%2FF1JwtfQYzGpxdjVvEZOIHGTahcytc%2FLLhRnuwb81Q%3D. Acesso em 23 mar. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2. Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Agravo de Instrumento 2240048-51.2021.8.26.0000**. Recuperação judicial [...] Agravante: Estado de São Paulo. Agravada: Aluminhastes Industria e Comercio Ltda. Interessada: Prbp Serviços Administrativos Eirelli. Relator Des. Ricardo Negrão. São Paulo. Data de julgamento: 17 dez. 2021. Data de publicação: 17 dez. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2240048-51.2021.8.26.0000&cdProcesso=RI006MDO70000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJoqRNHWz6HpQOFDgvhZZVZuOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MzM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZSBqkLU%2FkgrPgug6ivI8E246pBcczjFZn2A82dcCpO7WRyVPAbqvqkKDQrJ6ZjErQCDIsAtGNWbaVV2WIZ0Wh%2Fs%3D>. Acesso em 23 mar. 2022.

SCALZILLI, João Pedro. A exigência da certidão de regularidade fiscal como condição para concessão da recuperação judicial. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; CARNIO, Daniel. **Recuperação de empresas e falência**: diálogos entre a doutrina e jurisprudência. Atlas. Edição Ebook, 2021. p. 779-789.

SILVA, Ana Flávia Carneiro da Cunha e. O privilégio do crédito tributário no processo de recuperação judicial de empresas. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, São Paulo, vol. 27. ano 5. p. 99-114, nov/dez. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

SOUZA, Beatriz Faneca Leite de; SERAFIM, Tatiana Flores Faspas. A nova regulação da essencialidade de bens e as execuções de créditos não sujeitos, fiscais e trabalhistas. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; CARNIO, Daniel. **Recuperação de empresas e falência**: diálogos entre a doutrina e jurisprudência. Atlas. Edição Ebook, 2021. p. 182-195.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A apresentação de CND e o parcelamento de débitos fiscais. *In*: MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano; CEREZETTI, Sheila. **Dez anos da lei n.º 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência (Obras coletivas). Edição Ebook. São Paulo: Almedina, 2015. p. 438-450.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; TRECENTI, Julio. Atualização da 2ª fase do Observatório de Insolvência – recuperação judicial no Estado de São Paulo. *In*: SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes. **Direito societário e recuperação de empresas**: estudos de jurimetria. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 3-41.