



LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei de Recuperação Judicial e a questão tributária

Parcelamento instituído para empresas em recuperação não é um direito do contribuinte ao prever requisitos de duvidosa constitucionalidade

LUIS FELIPE SALOMÃO
PAULO PENALVA SANTOS

23/02/2015 23:19



Divulgação STJ

1.Introdução

A Lei 11.101/2005, que passou a regular, em nosso País, a partir de 08 de junho de 2005, a recuperação extrajudicial e judicial de empresas, assim como a falência, após inúmeras vicissitudes na tramitação legislativa que durou cerca de onze anos, traz grandes inovações ao direito concursal.

Alterou conceitos e termos jurídicos, extinguindo a concordata e a continuação dos negócios pelo falido, como previsto no revogado Decreto-lei 7661/45. Introduziu a recuperação extrajudicial e judicial de empresas, modificando o sistema falimentar.

Não obstante, manteve a dualidade existente entre os procedimentos, quando se trata de devedor empresário e não empresário. Para o civil, o sistema é o da insolvência (Código de Processo Civil, artigos 748 e seguintes). Em relação àquele que exerce atividade empresária, aplica-se a nova lei.

As micro e empresas de pequeno porte contam com procedimento especial para a recuperação judicial, muito assemelhado à concordata anterior. No ponto, aliás, cumpre frisar que a Lei Complementar n. 147, de 7 de agosto de 2014, introduziu modificações relevantes para as microempresas e empresas de pequeno porte, criando uma quarta classe de credores, composta por titulares desses créditos.

No que couber, o legislador determinou a aplicação do Código de Processo Civil à nova lei de recuperação (artigo 189).

Houve, também, substancial modificação no tocante à intervenção do Ministério Público, cuja atuação é limitada a alguns aspectos processuais da recuperação e falência, com ênfase no que tange à fiscalização para alienação de ativos e cumprimento do plano de recuperação. A sua função precípua, contudo, está na persecução criminal.

Relevante modificação quanto à categorização dos créditos concursais, sendo certo que a fase de verificação tem uma etapa eminentemente extrajudicial, concentrada nas mãos do administrador, e outra judicial, sobretudo quando há impugnação.

O plano de recuperação da empresa é o verdadeiro coração da nova lei, porém uma questão sempre existiu e permanece existindo, que é a melhor equalização da questão tributária para o devedor em crise.

Desde a sua vigência, as modificações decorrentes da aplicação da nova lei estão sendo observadas. Celeridade para concessão da medida, recuperação de ativos, satisfação do crédito trabalhista, eficácia da manutenção da atividade econômica, desburocratização em relação ao micro e pequeno empresário, punição rigorosa de crimes falimentares, enfim, muitos princípios da nova lei demandam observação atenta. Interessante estudo da FGV/Rio, junto com o Ministério da Justiça, publicado em junho de 2010, da série "Pensando o Direito", apresenta pesquisa séria sobre diversos destes temas, baseado em dados de Tribunais coletados em diversos estados da federação.

Com efeito, um dos maiores problemas para a empresa que pretende obter ou está em recuperação judicial foi e continua sendo seu passivo tributário (art. 57 e 68 da Lei n. 11.101/05). Na verdade, compete ao Judiciário equilibrar os interesses em conflito, notadamente entre o soerguimento pretendido pela empresa que busca a recuperação (empregos, aquecimento econômico), e o interesse público para recebimento dos tributos devidos (saúde, educação, segurança, por exemplo).

+JOTA: Os 10 anos da “nova” Lei de Recuperação Judicial

+JOTA: Recuperação Judicial não interrompe execução contra avalista

Nesse passo, com a vigência da Lei n. 13.043 de 13 de novembro de 2014, foi instituído um parcelamento de dívidas fiscais no âmbito federal, especialmente para as sociedades em recuperação judicial.

A finalidade do presente estudo é verificar se está resolvida a questão da aplicação do artigo 57 da Lei n. 11.101/05 e do artigo 191-A do CTN, no processo de recuperação judicial, que até então não se aplicavam por força de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

2. O momento da comprovação da regularidade do crédito tributário na recuperação judicial

Na vigência do DL 7.661/45, o crédito tributário era tratado em dois momentos distintos. No primeiro, para o ajuizamento da concordata, o devedor comerciante deveria comprovar a inexistência de execução fiscal ajuizada. Caso houvesse execução fiscal proposta, caberia ao devedor provar a existência de penhora aceita pela Fazenda Pública (art. 3º. do DL 858/69).

O segundo momento em que a lei tratava do crédito tributário era na concessão da concordata, que dependia da prova da quitação dos tributos relativos à atividade mercantil do concordatário, conforme dispunham os arts. 174 do DL 7.661/45 e 191 do Código Tributário Nacional. Essa distorção tornava praticamente impossível o cumprimento da concordata preventiva, dando ensejo à comuníssima prática de desistir da concordata como única alternativa para evitar a quebra.

A Lei n.11.101/05 suprimiu apenas a exigência mencionada no DL 858/69, mantendo – à semelhança do art. 174 do DL 7.661/45 – a comprovação da

regularidade do crédito tributário para a concessão da recuperação judicial, nos termos do art. 57, com a seguinte redação:

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

De igual modo, o artigo 191-A do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, dispôs que a concessão de recuperação judicial depende da prova da quitação de todos os tributos; senão vejamos:

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.

Destarte, percebe-se que tanto a nova Lei de Falências (art. 57) quanto a Lei Complementar 118/05 (art. 191-A), que alterou o CTN, contêm a mesma regra, no sentido de exigir as certidões fiscais apenas no momento da concessão da recuperação, e não mais no seu ajuizamento, como fazia o art. 3º do DL 858/69.

3. Direito ao parcelamento. A correta interpretação do art. 57 da Lei n. 11.101/05 e do art. 191-A do CTN

Fábio Ulhoa Coelho destaca, com razão, a necessidade de interpretar o art. 57 da Lei n. 11.101/05 de acordo com o novo tratamento concedido ao crédito tributário na recuperação judicial, que prevê (art. 68) a necessidade de lei específica regulamentando o parcelamento de dívidas fiscais e previdenciárias das sociedades em recuperação judicial[1].

Da mesma forma, o Professor Hugo de Brito Machado, em acurado estudo sobre a dívida tributária na recuperação judicial, alerta para a necessidade de superar o literalismo para não atribuir, ao artigo 57 da Lei n. 11.101/05 e ao artigo 191-A do Código Tributário Nacional, interpretação incompatível com a Constituição da República [2].

É que, com o intuito de preservar o interesse social na manutenção de empresas viáveis como geradoras de riquezas, e em sintonia com o princípio da capacidade contributiva, o legislador pretendeu conceder às sociedades em recuperação judicial o direito ao parcelamento dos créditos tributários.

Embora o art. 68 da Lei n. 11.101/05 faculte apenas à Fazenda Pública a concessão de parcelamentos, o Código Tributário Nacional concede à sociedade em recuperação judicial o direito ao parcelamento, nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 155-A:

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, o prazo de parcelamento ser inferior ao concedido pela lei federal.

Em atendimento aos princípios constitucionais da preservação da empresa e da capacidade contributiva, impõe-se aos legisladores federal, estadual e municipal a obrigação de editar lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário das sociedades em recuperação judicial.

Lei geral de parcelamento, referida no § 4º do art. 155-A do CTN, é a Lei n. 10.522/02, que dispõe apenas no art. 10 que os débitos de qualquer natureza com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta meses, a critério exclusivo da autoridade fazendária. Mas essa lei não pode ser considerada a norma específica para parcelamento de sociedades em recuperação judicial referida no § 3º do art. 155-A do CTN, pois o contribuinte não tem sequer direito ao parcelamento em sessenta meses, tendo em vista que esse prazo é fixado a critério exclusivo do fisco. Além disso, o art. 11, § 1º, da Lei n. 10.522/02 dispõe que a concessão do parcelamento fica condicionada à apresentação prévia de garantia real ou fidejussória suficiente para o pagamento do débito.

Parece evidente que a lei geral de parcelamentos não representa um direito efetivo ao devedor de obter o parcelamento, mas sim uma faculdade da Fazenda Pública

que fixa a seu critério o prazo e examina as garantias que devem ser apresentadas.

Aliás, o próprio artigo 191-A do CTN faz referência expressa ao artigo 151 do CTN, o qual, por sua vez, reconhece a suspensão da exigibilidade da obrigação tributária pelo parcelamento.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime da Corte Especial, estabeleceu que, enquanto não for editada lei específica sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedores em recuperação judicial, não se aplicam o disposto nos artigos 57 da Lei n. 11.101/05 e do artigo 191-A do CTN, no sentido de exigir a prova da suspensão da exigibilidade do crédito tributário (**RECURSO ESPECIAL Nº 1.187.404 – MT**).

4. A Lei n. 13.043 de 13 de novembro de 2014

O art. 43 da Lei n. 13.043 de 13 de novembro de 2014 conferiu nova redação ao artigo 10-A da Lei n. 10522, de 19 de julho de 2002, instituindo um parcelamento específico para o pagamento das dívidas tributárias de sociedades em recuperação judicial [3].

Todavia, parece, a partir de um exame mais acurado da questão, que a simples edição de lei especial, da forma como foi disposta, não resolve a questão.

É bem de ver que, em cumprimento ao artigo 44 da Lei n. 13.043/14, sobreveio a Portaria Conjunta 01, do Procurador Geral da Fazenda Nacional e do Secretário da Receita Federal, publicada no D.O.U. de 18 de fevereiro, pretendendo dispor sobre o parcelamento de débitos para com a Fazenda Nacional, e em um capítulo específico (alterando a anterior portaria conjunta sobre o mesmo tema), disciplinou o parcelamento para as pessoas jurídicas em recuperação judicial.

De início, parece que a portaria conjunta baralha alguns conceitos e funções, especialmente em relação ao administrador judicial, exigindo sua assinatura no requerimento de parcelamento. Contudo, na recuperação judicial, o papel do administrador é bem outro, justamente o de, primordialmente, fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação.

Note-se, ademais, que o problema do parcelamento continua no que diz respeito às dívidas fiscais estaduais e municipais.

Além disso, outros dois pontos merecem análise mais acurada em relação ao parcelamento específico para o pagamento das dívidas tributárias de sociedades em recuperação judicial. São os previstos, respectivamente, nos parágrafos primeiro e segundo do referido artigo 44, da lei de regência.

No primeiro, o legislador exige que o contribuinte inclua no parcelamento a totalidade de seus débitos tributários, inscritos ou não em dívida ativa, mesmo que discutidos judicialmente.

De outro lado, o parágrafo segundo condiciona a concessão do parcelamento à desistência expressa, e de forma irrevogável, de qualquer impugnação, ação ou recurso e, cumulativamente, a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem as lides administrativas e judiciais.

Essas duas exigências, criadas pela lei e repetidas na portaria regulamentadora, são de constitucionalidade duvidosa. Em ambos os casos, impor ao contribuinte a renúncia ou ônus para o exercício de um direito que a Constituição da República lhe assegura, pode significar legislar de forma abusiva. O Supremo Tribunal Federal, interpretando o caput do artigo 150 da Constituição, decidiu nos seguintes termos:

“O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público – tratando-se, ou não, de matéria tributária – devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade.” (**RE 200.844-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 25-06-2002, Segunda Turma, DJ de 16-08-2002)”.

Interessa também ao caso a interpretação do STF sobre o inciso LV da Constituição prevista na Súmula Vinculante n. 28, que declara: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.”

No mesmo sentido, o STF editou a Súmula Vinculante n. 21, considerando inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Todos esses são exemplos que comprovam, em linha de princípio, que o Poder Público não pode criar qualquer tipo de restrição ao exercício de direitos constitucionais.

+JOTA: STJ libera empresa em recuperação a participar de licitações

Por tais fundamentos, percebe-se que o parcelamento instituído pela Lei n. 13.043 de 13 de novembro de 2014 para as sociedades em recuperação judicial não representa um direito propriamente dito do contribuinte, na medida em que o seu exercício está condicionado a outros atos de duvidosa constitucionalidade.

5. A alegada inconstitucionalidade do artigo 57 da Lei 11.101/05 e do artigo 191-A do CTN, por violação ao princípio da razoabilidade

Há ainda parte da doutrina que considera mesmo inconstitucionais os artigos 57 da Lei n. 11.101/05 e do artigo 191-A do CTN, por desrespeito ao princípio da razoabilidade.

Sustentam que o legislador não pode condicionar a concessão da recuperação judicial à comprovação da regularidade do crédito tributário, pois o mesmo não se sujeita a recuperação judicial. Em decorrência da supremacia das normas constitucionais, nenhum ato jurídico será válido se for contrário à Constituição.

O STF tem jurisprudência mansa e pacífica no sentido da impossibilidade de utilizar sanções políticas para cobrança de tributo.

O princípio da razoabilidade deve sempre servir de parâmetro de validade dos atos emanados do Poder Público, o qual tem na adequação, proporcionalidade e necessidade da medida, os seus requisitos essenciais[4].

Naturalmente, a proporcionalidade é mais fácil de se compreender do que se definir, pois consiste numa noção genérica, que busca a apreciação exata de um elemento suplementar, que são os valores a serem comparados. A primeira característica é a relação lógica e coerente entre dois ou mais elementos; a segunda é o elemento variável, que representa o ponto comum que une tais elementos, tendo, portanto, uma dimensão excessivamente subjetiva.

De qualquer sorte, pode-se afirmar que a proporcionalidade é, antes de tudo, um atributo; corresponde a tudo que é proporcional, que apresenta um laço de proporção, de correlação entre dois ou mais elementos. Em síntese, o conteúdo da palavra proporção é comum aos conceitos de racionalidade, de necessidade, de normal, de harmonia, de equilíbrio e, principalmente, de proibição de excesso[5].

Conforme leciona o Ministro Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade é caracterizado pela proporcionalidade, pela adequação e pela proporcionalidade em sentido estrito, concluindo da seguinte forma:

“Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exigem que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõem a verificação da inexistência de meio gravoso para atingimento dos fins visados; (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Na feliz síntese de Willis Santiago Guerra Filho: “Resumidamente pode-se dizer que a medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”[6].

Quanto ao fundamento constitucional do princípio da razoabilidade, a doutrina encontra duas soluções. A primeira reconhece a razoabilidade como decorrente do Estado de Direito, ou mesmo da ideia dos direitos fundamentais, integrando, de modo implícito, todo o sistema constitucional. De outro lado, influenciado pelo Direito norte-americano, a razoabilidade seria uma consequência natural do *due process of Law*, pois a razoabilidade das leis e dos atos do Poder Público seria exigível por força do caráter substantivo da regra contida no inciso LIV do Art. 5º com a redação seguinte: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”[7].

Assim, pode se cogitar que a exigência de comprovação da regularidade do crédito tributário, prevista no artigo 57 da Lei n. 11.101/05, não preenche os elementos acima descritos.

Sustenta essa parte da doutrina – ainda sem expressa decisão da Corte Suprema a respeito do tema -, que não é difícil fazer um paralelo entre as decisões do STF que consideram abusivas determinadas leis e a do artigo 57 da Lei n.11.101/05.

Além disso, caso seja decretada a falência da empresa, o fisco ficará em pior situação, tendo em vista o seu crédito estará sujeito ao concurso universal, como prevê expressamente o parágrafo único do artigo 186 do CTN. Ou seja, se a empresa quebrar, o fisco só receberá depois dos credores trabalhistas e com garantia real, lembrando sempre que a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados.

6. Conclusão

Apesar de a Lei n. 13.043, de 13.11.14, ter instituído o parcelamento especial para as sociedades em recuperação judicial, em linha de princípio ela não representa um direito, propriamente dito, para o contribuinte, tendo em vista que a possibilidade de parcelamento está subordinada a condições extremamente onerosas para a sociedade em recuperação, em desacordo com o princípio da preservação da empresa.

Por isso mesmo, prestes a completar dez anos de vigência, o grande desafio do direito falimentar moderno e da lei de recuperação brasileira, é manter o equilíbrio entre o interesse social com o soerguimento da empresa, a satisfação dos credores e o respeito aos direitos do devedor.

** Luis Felipe Salomão é ministro do Superior Tribunal de Justiça e Paulo Penalva Santos é advogado e professor da FGV/RJ, autores do livro "A nova lei de falências e recuperação de empresas – Teoria e Prática", Editora Forense.*

[1] Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 244 e 245.

[2] Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 120, p. 69-81.

[3] Art. 43. A Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

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

I – da 1ª à 12ª prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento);

II – da 13ª à 24ª prestação: 1% (um por cento);

III – da 25ª à 83ª prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); e

IV – 84ª prestação: saldo devedor remanescente.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos do empresário ou da sociedade empresária constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis.

§ 2º No caso 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.

§ 3º O empresário ou a sociedade empresária poderá, a seu critério, desistir dos parcelamentos em curso, independentemente da modalidade, e solicitar que eles sejam parcelados nos termos deste artigo.

§ 4º Além das hipóteses previstas no art. 14-B, é causa de rescisão do parcelamento a não concessão da recuperação judicial de que trata o art. 58 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como a decretação da falência da pessoa jurídica.

§ 5º O empresário ou a sociedade empresária poderá ter apenas um parcelamento de que trata o caput, cujos débitos constituídos, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, poderão ser incluídos até a data do pedido de parcelamento.

§ 6º A concessão do parcelamento não implica a liberação dos bens e direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos.

§ 7º O parcelamento referido no caput observará as demais condições previstas nesta Lei, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11, no inciso II do § 1º do art. 12, nos incisos I, II e VIII do art. 14 e no §2º do art. 14-A.”

Art. 44. A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive por meio de ato conjunto quando couber, editarão os atos necessários à efetivação do disposto nesta Seção.

[4] Luis Roberto Barroso. Interpretação e Aplicação da Constituição. Saraiva, 1996, p. 209.

[5] Xavier Philippe. Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constituonnelle et administrative economique. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1990, p. 7-9.

[6] Ob. cit., p. 73.

[7] Luis Roberto Barroso, ob. cit., p. 215.

LUIS FELIPE SALOMÃO – Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

PAULO PENALVA SANTOS

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.