

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E A FAZENDA NACIONAL

*Julio Kahan Mandel**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Constatação histórica; 3. A posição da doutrina; 4. Jurisprudência; 5. Ainda sobre a questão fiscal; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O Brasil esperou mais de doze anos para ter uma nova legislação falimentar. A anterior, que datava de 21.06.1945, viveu por tão longo período por questões meramente políticas, trazendo incomensuráveis prejuízos para o País, que só não foram maiores devido à sensibilidade do Poder Judiciário. Este, não cego à realidade a sua volta, abrandou o rigor da lei, principalmente em seus aspectos formais, em favor da recuperação da empresa.

Contudo, com o advento da nova lei de falências e recuperação de empresas, novamente o Judiciário é peça importante para fazer com que a lei vigore e seja aplicada dentro do espírito em que foi criada a legislação, que busca preservar a empresa viável.

E totalmente em desacordo com o espírito da nova Lei nº 11.101/05, está o artigo 57, que determina que *após a aprovação do plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, a empresa devedora deve apresentar certidões negativas de débitos tributários*, nos termos dos artigos 151, 205 e 206 do Código Tributário Nacional.

2. Constatação histórica e a realidade

Não se prega aqui a inadimplência junto ao Poder Público, mas a constatação de que a realidade não permite a nenhuma empresa em recuperação atender a essa exigência, por vários motivos.

* Advogado, especialista em Direito Falimentar, graduado pela PUCSP. Membro da Comissão da OAB/SP para estudos legislativos referentes à falência, concordata e recuperação de empresas (2003). Diretor do MDA — Movimento de Defesa da Advocacia (2004). Professor do Curso de Educação Continuada da FGV/SP sobre Recuperação de Empresas (2004/05). Autor do livro *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas Anotada* (Saraiva – 2005) e co-autor do livro *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas* (Quartier Latin - 2005).

Primeiramente, vale um registro histórico de que esse artigo 57 foi aprovado pelo Congresso ante a promessa do governo federal e de congressistas da situação, de não economizar esforços para aprovar uma legislação própria, regulamentando um parcelamento especial dos débitos tributários para empresas em recuperação judicial.

Essa promessa refletiu-se no artigo 155-A do CTN (alterado por lei complementar de 2001), que estabeleceu, em seu parágrafo 3º, que deveria ser editada uma lei específica, a qual trataria *sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial*.

Porém, não somente a promessa não saiu da intenção, ao menos até o momento em que este artigo foi escrito (um ano após a entrada em vigor da nova legislação), como o projeto de lei do Senado Federal apresentado nesse sentido contemplou um parcelamento exíguo para os devedores, o que não resolverá o problema.

O CTN, em seu parágrafo 4º do mencionado artigo 155, também determinou que, enquanto não for editada tal lei de parcelamento, continuarão sendo aplicadas as regras gerais de parcelamento do ente competente da federação.

Ora, aquelas regras gerais não levam em conta a situação econômica de uma empresa em recuperação judicial, sendo destinadas, salvo melhor juízo, somente para empresas economicamente sadias que se tornaram, apenas por um momento, inadimplentes com o FISCO. Não servem para empresas em recuperação judicial.

Outro fato que merece ser destacado neste contexto histórico é a alta carga tributária nacional e a realidade de que as empresas em dificuldade de caixa optam, sem ter nenhuma outra alternativa, a atrasar os pagamentos dos escorchantes impostos para pagar salários e fornecedores, no intuito de tentar manter operante a sua produção.

Sobre a questão, manifesta-se o Professor Manoel Justino Bezerra Filho, em sua obra *Nova Lei de Recuperação e Falências*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 167, salientando que:

“a realidade demonstra que qualquer pessoa, física ou jurídica, que adentre um estado de crise econômico-financeira, suspende, em primeiro lugar, o pagamento dos tributos em geral para, só por último, suspender o pagamento dos fornecedores.”

E, diz ainda, que:

“tal procedimento é normal, pois a conseqüência da suspensão do pagamento de fornecedores é causa de inviabilização imediata da atividade empresarial, ou mesmo do normal funcionamento de uma simples família.”

Finalmente, saliente-se a dificuldade que as empresas têm para obter as famigeradas C.N.D., mesmo quando estão em dia com suas obrigações. Esse fato é uma realidade, que não pode ser desconhecida pelo judiciário na apreciação da aplicação do artigo 57.

Em verdade, a Secretaria da Receita Federal não tem estrutura totalmente confiável, pois são notórios os casos em que gera lançamentos em duplicidade e triplicidade, demorando meses para “agendar” o atendimento ao contribuinte que deseja colocar em dia a sua situação e obter a Certidão Negativa de Débito.

Comumente, apenas após uma longa demanda administrativa (e outras vezes judicial) e a conhecida demora burocrática da Receita Federal, muitas vezes ampliada por greves, é que se fará claro o saldo devedor e valor real das parcelas eventualmente devidas.

Mas, enquanto isso, sem conseguir obter a certidão mesmo que a ela faça jus, não há como fazer aguardar o processo de homologação do plano de recuperação, sob pena da empresa sucumbir em falência.

3. A posição da doutrina

De acordo com o artigo 187 do CTN, **a cobrança judicial do crédito tributário não está sujeita à recuperação judicial**. E o parágrafo 7º do artigo 6º da Lei Falimentar dispõe:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor...

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Entretanto, o artigo 191-A do próprio CTN, em conjunto com o artigo 57 da Nova Lei de Falências, acabam por envolver o FISCO no procedimento, o que, salvo melhor juízo, não faz nenhum sentido lógico. Como se exigir as C.N.D.’s para que a recuperação judicial seja concedida, se o FISCO não está presente na assembléia-geral de credores, não conhece o plano de recuperação apresentado pela Requerente e nem participa de seu debate? E tem foro próprio e procedimento específico para cobrar judicialmente crédito?

Assim, o disposto no art. 57 da Lei nº 11.101/05 exige o pagamento do tributo sob a aparência de estar exigindo certidões negativas, transformando uma obrigação de fazer em obrigação de dar, indo em contrário ao espírito recuperatório da nova legislação.

Nesse sentido, há de ser observado a opinião do Professor Rubens Requião, em sua obra *Curso de Direito Falimentar*. (1º volume, 9ª Edição, Editora Saraiva), ainda sob a vigência da antiga lei:

“Nada menos lógico e justo nessa exigência. Se pagos todos os créditos sujeitos à falência, mesmo na percentagem de quarenta por cento, deve o juiz proferir sentença de encerramento, independentemente da existência ou não de créditos tributários; se os créditos não estão sujeitos sequer ao processo falimentar, como no seu final, exigir-se-á participação tão decisiva desse crédito em processo do qual não participou por determinação da lei? Se a lei excluiu peremptoriamente a participação dos créditos tributários nos processos concursais, inclusive no da falência, não devem ter eles influência no processo de seu encerramento, pois essa sentença se refere apenas aos créditos sujeitos ao referido procedimento. O fisco continua com seu direito próprio, independente do juízo universal.”

A nova legislação modernizou todo o procedimento de reestruturação e recuperação de empresas, mas manteve essa exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débito *sem mencionar qual a sanção a ser aplicada em caso de descumprimento da norma*.

Vale lembrar que a versão aprovada pela Câmara do Deputados, posteriormente alterada pelo Senado Federal, **previa a pena de quebra** pela não apresentação da certidão. Ora, **se houve a alteração**, clara a intenção do legislador e da sociedade de não desejar a quebra daquele devedor que se compôs com seus credores bem como de não impedir a concessão de eventual recuperação judicial.

Justamente por isso, é que ousou discordar de meu professor Fábio Ulhoa Coelho¹, que defende que na ausência da C.N.D., caberia a suspensão do processo ou o indeferimento do pedido, pois se isso ocorrer nessa fase tão avançada da recuperação judicial, a quebra da empresa seria uma consequência de fato, o que seria desrespeitoso ao espírito da lei, que é o de recuperar a empresa.

Nesse aspecto, discordo das teses levantadas por esse ilustre professor da matéria, apesar de bem respeitáveis, pois nem a decretação de quebra, como avença às fls. 189 de sua obra citada, nem o indeferimento do pedido, me parecem soluções que atendam à recuperação da empresa.

Como bem lembrou o mestre Manuel Justino Bezerra Filho², com quem me identifico nessa posição, fica parecendo que o legislador não absorveu nada no estudo de milhares de concordatas impetradas sob a égide da lei de 1945:

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pág. 188.

“Aliás, neste ponto, a Lei não aproveitou o ensinamento que os 60 anos de vigência do Dec.-lei 7.661/45 trouxeram, a partir do exame do art. 174 daquela lei. Este artigo exigia que, para que a concordata fosse julgada cumprida, o devedor apresentasse comprovação de que havia pago todos os impostos, sob pena de falência. Tal disposição, de praticamente impossível cumprimento, redundou na criação jurisprudencial que admitia o pedido de desistência da concordata, embora sem expressão prevista legal. E a jurisprudência assim se firmou, porque exigir o cumprimento daquele art. 174, seria levar a empresa, certamente, à falência. Sem embargo de tudo isto, este art. 57 acoplado ao art. 49, repete o erro de trazer obrigações de impossível cumprimento para a sociedades empresárias em crise..”

4. Jurisprudência

Torcemos pela supressão dessa exigência por parte dos magistrados, como já acontecia nas antigas concordatas:

“CONCORDATA — Desistência — Homologação sem satisfação de crédito fiscal — Admissibilidade — Crédito fazendário que não se submete aos termos da concordata — Inexistência, ademais, de credores aos quais pudesse legitimamente interessar eventual conversão da concordata em falência — Recurso não provido. À falta de credores quirografários insatisfeitos, não se justifica nem o prosseguimento da concordata e nem a convalidação dela em falência. Prejuízo inexistirá para a apelante, pois sempre terá meios para haver seus créditos fiscais de forma, aliás, seguramente mais satisfatória, mesmo porque pagos os credores terá a concordatária abandonado seu estabelecimento.” (TJSP, Rel. Des. P. Costa Manso, Apelação Cível n. 180.395-1, Campinas, 1^o-4-1993).

“CONCORDATA — Preventiva — Desistência — Admissibilidade — Ausência de certidão negativa dos débitos fiscais — Irrelevância — Hipótese não configurada nos artigos 174, I, da Lei de Falências e 191 do Código Tributário Nacional — Deferimento da desistência pelo Juiz que não implica no julgamento da Concordata como cumprida ou na sua concessão — Recurso provido.” (TJSP, Rel. Des. Donaldo Armelin, Agravo de Instrumento n. 207.902-1, São José dos Campos, 8-2-1994).

² BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*, 3^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 168

Analogamente (em caso de exigência descabida do fisco catarinense em outra situação), essa também é a posição dos Tribunais Superiores, como no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº413.782-8, que considerou não apropriados o uso da exigência da CND para empresas em débito, de forma a inviabilizar a sua atividade econômica:

“A mim afigura-se bastante e suficiente a consideração de que Estado, como demonstrou o Ministro Marco Aurélio, dispõe de meios outros para efetuar a cobrança e de que a fórmula adotada pelo Estado, a meu ver, não passa no teste da proporcionalidade.

Já no sentido da adequação, até poderia haver uma adequação entre meios e fins, mas certamente não passaria no teste da necessidade, porque há outros meios menos invasivos, menos drásticos e adequados para solver a questão. Por outro lado, é claro que a manutenção deste modelo pode inviabilizar, conforme Vossa Excelência também destacou, o próprio exercício de uma lícita atividade profissional da recorrente.”

Nos casos em andamento já pela nova lei de falências, tanto as Varas Especializadas como juizes de Comarcas do interior já vêm adotando essa salutar postura e evitando a quebra de empresas reestruturadas:

A) Da **Cota do Ministério Público** na Recuperação Judicial da **Parmalat Brasil S/A**, de nº 05.068090-0 na 1ª Vara de Falências, resumidamente:

Concorda o D. Ministério Público de forma plena com a postulação da devedora no sentido de dispensa das certidões, por inúmeros motivos. Inicialmente, discorre sobre o argumento exposto por Rubens Requião, levado em conta pelo Supremo Tribunal Federal:

“Se a lei exclui peremptoriamente a participação dos créditos tributários nos processos concursais, inclusive no da falência, não devem ter eles influência no processo de seu encerramento, pois essa sentença se refere apenas aos créditos sujeitos ao referido procedimento”.

Argumenta sobre a necessária rememoração da situação concursal brasileira e o envolvimento da Fazenda Pública nas antigas concordatas. Consoante artigo 31 da Lei de Execução Fiscal de nº 6.830/80:

“Nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de quitação da Dívida Ativa ou a concordância da Fazenda Pública”.

Explica o MP que “também essa irreal exigência foi dispensada pela jurisprudência. A doutrina foi até complacente, dizendo que se exigia motivo justo da Fazenda para aceitação da discordância. Na verdade, a exigência não tem o menor cabimento, pois abusiva e, no caso de falência, impraticável”.

Discorre ainda sobre o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

“Não é absoluta a proibição contida no art. 31 da Lei 6.830/80, por isso mesmo que a norma nela inserta deve ser interpretada com temperamento; daí ser possível a alienação judicial de bem da massa falida sem prova de quitação da dívida ativa ou a concordância da Fazenda Pública, desde que realizada obedecendo a todos os requisitos do art. 117 e seus parágrafos da Lei de Falências, não verificada qualquer irregularidade” (RESP 25.799, j. 18/12/1987. rel. Min. César Asfor Rocha).

Aduz o MP que, *“exposto muito sumariamente o pensamento jurídico brasileiro acerca da temática, na vigência da lei anterior, fica o registro de que sempre acabou prevalecendo a orientação em prol da empresa, em prol do desenvolvimento social, representado pela preservação das atividades produtivas; é jurisprudência que nos ilumina. E isso quando a lei era manifestamente distinta da lei ora em vigor, sem aquela preocupação expressa de preservação da empresa”.*

Conclui o Ministério Público que, em relação ao art. 57 da Lei 11.101/05 e o artigo 191-A do CTN, trata-se de uma sanção política, profligada pela jurisprudência dos tribunais, ferindo princípio da proporcionalidade, que o descumprimento não gera falência e que, por fim, a jurisprudência de nossos tribunais, historicamente, desprezou exigências fiscais de empresas em crise econômica sem que isso representasse proibição de cobrança de tributos pelas vias próprias.

B) Decisão prolatada na Recuperação Judicial da **Parmalat Brasil S/A**, de nº 05.068090-0 na 1º Vara de Falências, resumidamente:

Consoante decisão prolatada pelo MM. Juiz Alexandre Alves Lazzarini no processo em tela, a exigência das certidões negativas como pressuposto de admissibilidade para a concessão da recuperação judicial aprovada pelos credores a ela sujeita afronta os princípios que regem o instituto da recuperação judicial, regulado pela mesma lei, bem como a própria Constituição Federal.

Entende o MM. Juiz que a objeção da Companhia Siderúrgica Nacional não prospera, carecendo de legitimidade “ad causam” para a discordância apresentada, já que limitada a questão tributária, não tendo a legitimidade para defender interesse da Fazenda Pública, seja Federal, Estadual ou Municipal.

Afirma que a evolução histórica da Lei 11.101/05 apresentada pelo Ministério

Público demonstra a razão arbitrária que justifica a incidência desse princípio como uma barreira à indevida exigência legal. A doutrina que trata da recuperação judicial é em sua maioria no sentido de que a exigência de certidões negativas contraria o instituto.

Discorre também sobre precedentes à Parmalat, como a recuperação judicial da empresa Wosgrau Participações Ind. Com. Ltda, de nº 390/2005 na 1ª Vara Cível de Ponta Grossa e a recuperação judicial da Varig S.A. na 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, cujas decisões foram no sentido da desnecessidade de demonstração da regularidade fiscal.

Aduz que, com a recuperação judicial o fisco tem a chance de receber os tributos devidos, já com a falência, pouco ou nada receberá. Isto posto, com fundamento no art. 58 da Lei 11.101/05, fez por bem conceder o MM. Juízo a recuperação judicial à Parmalat Brasil Indústria de Alimentos.

C) Decisão prolatada na Recuperação Judicial da **Marquart & Cia Ltda**, de nº 1580/05 na 2ª Vara Cível do Foro de Barueri/SP, resumidamente:

Entendeu o MM. Juiz do caso em tela pela homologação da recuperação judicial da Marquart & Cia Ltda, aduzindo que a recuperação tem por objetivo a superação da crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da empresa como fonte produtora com o escopo de atingir a meta da função social.

A exigência de juntada de certidões negativas de débitos tributários não pode levar, automaticamente, à decretação da falência, como requereu o Ministério Público, a partir de manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional. Exemplifica a *“bem lançada manifestação do Ministério Público nos autos do processo de recuperação da Parmalat, salientando que o projeto originário da Lei de Recuperação Judicial teve afastado seu parágrafo único do artigo 57, que estabelecia que na ausência de prazo para a juntada das certidões negativas, o juiz decretaria a falência”*.

Expõe sua percepção no sentido de que a doutrina tem-se projetado no sentido de não ser cabível a exigência da oferta de certidões como condição para a recuperação judicial e atenta para o fato de que as execuções fiscais não estão sobrestadas pela recuperação judicial, não havendo, destarte, prejuízos para o fisco, sem falar que sequer houve a aprovação de lei especial a tratar das condições de parcelamento dos créditos tributários (art. 155-A, parágrafo 3º, do CTN).

5. Ainda sobre a questão fiscal

Outro aspecto interessante está previsto no artigo 60, que em seu parágrafo único, prevê que a alienação de filiais do devedor estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária.

Espero que os juizes e os procuradores da Fazenda respeitem esse dispositivo, essencial para que bens da empresa devedora possam ser vendidos por valor de mercado. Eventuais fraudes contra os credores fiscais devem ser punidas, mas não através do procedimento de se coibir o direito daqueles de boa-fé.

Bastará que os primeiros casos de venda de bens sem sucessão fiscal em procedimentos sob a vigência da nova lei sejam contestados sem relevante razão pela Fazenda, como está sendo questionada a falta de CND, para que o instituto caia em descrédito.

Se a cada caso de venda de filial em sede de recuperação judicial, houver uma contestação por parte da Fazenda, o preço do bem a ser vendido já sofrerá drástica redução, pois os compradores já reduzirão da oferta de compra os riscos do negócio e as custas judiciais para defesa da operação. Essa desvalorização do bem a ser vendido causará prejuízos aos credores e ao devedor, contra o espírito da lei.

6. Conclusão

Destarte, diante do quanto aduzido, critico a necessidade de apresentação de certidão negativa fiscal pelo devedor, após a aprovação do plano de pagamento proposto aos credores, conforme previsto no artigo 57. O credor fiscal não está sujeito ao procedimento e deveria ser o último interessado na decretação da falência de uma empresa cujo plano de pagamento aos credores já foi aprovado, seja pela questão social, seja pelo fato de que uma unidade produtiva, definitivamente recuperada, ser uma excelente fonte geradora de recursos à Fazenda.

O governo cedeu parte dos seus privilégios para os credores com garantias (normalmente bancos) em casos de falência, mas tenta manter a grande maioria dos privilégios dos créditos fazendários na Recuperação Judicial. Ou seja, se a Fazenda conseguir a quebra da empresa em recuperação, os créditos com garantia real passariam à frente da Fazenda no concurso de credores, o que faria com que, em vários casos, sua “vitória” seria de “Pirro”.

Vale lembrar que os bancos, no Brasil, têm alcançado lucros recordes. Desse modo, não acredito que a nova lei de falências faça cair os juros e nem que os bancos devam receber tratamento especial para barateamento do crédito com base na limitação dos direitos trabalhistas em prol do crédito, como ocorreu.

Infelizmente o Estado não vem colaborando com o bom desenrolar de uma lei que o próprio governo atual se esforçou para aprovar. Desde o início, de modo infeliz, o governo vem apregoando que a nova lei seria um fator essencial para a queda dos juros, o que não creio ser correto, e talvez a não ocorrência desse evento (como já vem ocorrendo) decepcione o setor produtivo e mine a boa receptividade da nova legislação.

Desde a promulgação da lei em junho, até fevereiro de 2006, não se produziu a queda de juros a quem toma empréstimos no sistema financeiro: em março de 2005 o juro

médio anual cobrado das pessoas jurídicas era de 68,23%, que é praticamente o mesmo do cobrado em janeiro de 2006.

O Estado (A Fazenda) e a sociedade civil também não objetaram contra a inconstitucional quebra de sigilo fiscal dos sócios das empresas em recuperação, estipulada na norma do artigo 51, VI.

Finalmente, espero que a nova lei seja bem recebida, bem aplicada, e que as empresas em dificuldade possam efetivamente se recuperar com apoio desse novo ordenamento jurídico, tão aguardado pelo mercado.

Contudo, para que isso ocorra, o judiciário precisa estar atento ao espírito da nova lei e os credores (entre eles o Estado) precisam entender que sacrifícios terão que ser suportados também por eles e não somente pelo devedor e seus empregados, e que as grandes instituições financeiras e grupos econômicos tenham a preocupação social de manter os empregos do devedor e manter viva a pequena unidade produtiva devedora, mesmo que tenham que fazer concessões em seus direitos de receber a totalidade de seus créditos e no prazo que desejam. *“As vezes, só uma mudança de ponto de vista é suficiente para transformar uma obrigação cansativa numa interessante oportunidade.”*

7. Bibliografia

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Lei de Falências comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MACHADO, Rubens Approbato (coordenador). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coordenador). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1 e 2.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles e ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação Judicial e Falência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.