

O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL APÓS A REFORMA DA LEI Nº 14.112/20: UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM O DIREITO CONCURSAL ESPANHOL

THE TAX CREDIT IN THE JUDICIAL RECOVERY AFTER LAW NO. 14.112/20 REFORM: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH THE SPANISH COMPETITION LAW



Roberta de Oliveira Barcia ¹

RESUMO: A posição do crédito tributário no regime da recuperação judicial do direito brasileiro sofreu diversas mudanças ao longo dos anos em razão de divergências de interpretação realizadas pelos Tribunais Superiores, que a despeito da existência da regra, e baseados no princípio da preservação da empresa, alteraram substancialmente sua forma de recuperação junto ao regime da insolvência. A Lei nº 14.112/20 nasce com a árdua missão de mudança desse panorama jurisprudencial, já que em realidade não parece existir uma verdadeira mudança normativa com o novo artigo 6º §7º-B da Lei nº 11.101/05; trata-se de uma tentativa de diminuir o fracasso na recuperação do crédito tributário de sociedades empresárias insolventes perante o regime da recuperação judicial, fracasso esse relacionado com a evolução jurisprudencial do tema. O sistema da insolvência espanhol, ainda que inclua o crédito tributário no regime da recuperação judicial, não conseguiu avançar como pretendia seu legislador, tendo sofrido modificações legais em 2020 na tentativa de tornar o sistema mais efetivo diante da crise econômica decorrente da pandemia mundial. O tema em questão enfrenta a complexidade de se compatibilizar o regime público tributário com o regime privado da insolvência, dificuldade que não nos parece intransponível, mas que é provavelmente a grande geradora dos conflitos e da falta de coerência na aplicação das normas previstas na Lei nº 11.101/05.

PALAVRAS-CHAVE: Crédito tributário. Recuperação Judicial. Conservação da empresa. Direito da insolvência espanhol.

ABSTRACT: The position of the tax credit in the judicial reorganization regime under Brazilian law has undergone several changes over the years due to differences in interpretation carried out by the Superior Courts, which, despite the existence of the rule, and based on a principle of company preservation, substantially altered their form of recovery from the insolvency regime. Law nº 14.112/20 was born with the arduous mission of changing this jurisprudential panorama, since, actually, it does not seem to be a real normative change with the new article 6, §7-B of Law nº 11.101/05; it is an attempt to reduce the failure in the recovery of the tax credit of insolvent business companies under the judicial reorganization regime, a failure related to the jurisprudential evolution of the subject. The Spanish insolvency system, even though it includes the tax credit in the judicial reorganization system, was unable to advance as its legislator intended, having undergone legal changes in 2020 in an attempt to make the system more effective in the face of the economic crisis resulting from the global pandemic. The issue in question faces the complexity of making the public tax regime compatible with the private

¹ Mestre em Direito Privado Patrimonial pela Universidade de Salamanca. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

insolvency regime, a difficulty that does not seem insurmountable to us, but which is probably the main generator of conflicts and the lack of consistency in the application of the rules provided for in Law No. 11.101/05.

KEYWORDS: Tax Credit. Receivership. Company Conservation. Spanish Insolvency Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O crédito tributário e o instituto da recuperação judicial. 2. Comentários ao artigo 6º §7º-B da Lei nº 11.101/05. 3. O crédito tributário no direito concursal espanhol. 4. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Tax credit and the institute of judicial recovery. 2. Comments to Article 6, §7-B of Law No. 11.101/05. 3. The tax credit in Spanish competition law. 4. Conclusion. References.

Introdução.

O presente artigo pretende expor a recente modificação efetivada pela Lei nº 14.112/21 no que diz respeito aos créditos tributários no processo de recuperação judicial, especificamente as alterações promovidas no artigo 6º da Lei nº 11.101/05.²

E para isso, começaremos fixando o conceito e os limites do tão falado princípio da conservação da empresa, sem a pretensão de exaurir o tema, mas com a finalidade de afastar o seu uso de forma indiscriminada. O mecanismo da recuperação judicial no Brasil ganhou contornos tortuosos muito em função do alargamento do princípio da conservação da empresa pelos tribunais, essa situação foi efetivamente danosa para o crédito tributário, que viveu forte período de repulsa no âmbito da recuperação judicial, sendo colocado como o vilão e o grande opositor da preservação da empresa.

Ao analisarmos a mudança legislativa efetivada com a criação do artigo 6º §7º-B na Lei nº 11.101/05 verificaremos que, em realidade, não se trata de verdadeira mudança normativa, mas de uma tentativa de retirar o crédito tributário da posição de insignificância em que foi posto pela jurisprudência.

E, por fim, faremos uma breve exposição do sistema de tratamento do crédito tributário espanhol no âmbito do convênio, instituto similar à nossa recuperação judicial, demonstrando que, ainda que o crédito tributário espanhol faça parte dos créditos submetidos à recuperação judicial, no final das contas ele termina por ter um tratamento muito similar ao previsto na legislação brasileira.

² O presente artigo foi elaborado durante minha participação no Grupo de Estudos Avançados sobre a Reforma da Lei de Recuperação e Falências da Fundação Arcadas, pela Universidade de São Paulo, sendo o mesmo aprovado pelo corpo docente do referido grupo.

1. O crédito tributário e o instituto da recuperação judicial.

A origem do direito da insolvência está associada ao início do capitalismo nas cidades italianas e a um forte caráter sancionador decorrente do direito penal, preponderando então duas características: ser uma solução estritamente liquidatória e satisfativa dos credores.³ Somente em momento posterior é que se introduz no direito da insolvência um critério subjetivo relacionado ao comportamento do sujeito insolvente, assim como a necessidade de salvar a sua atividade empresarial.⁴

Justamente em função do anterior é que devemos reconhecer o que expõe Bisbal Mendez:

*La vinculación directa “situación de crisis económica-quiebra-eliminación” es un fenómeno relativamente reciente. [...] la moralización del procedimiento jurídico en las primeras épocas del Derecho de quiebras, y en el período inmediatamente posterior a la revolución burguesa, tenía más de sanción al empresario que de solución a los problemas económicos de su empresa.*⁵

Essa origem sancionatória deixou marcas que até hoje conseguimos observar em diversos sistemas jurídicos da insolvência, incluindo o estigma do empresário quebrado ou em recuperação judicial diante do mercado. Por outro lado, esse Direito da insolvência tinha inicialmente um caráter eminentemente privado, no qual cada credor buscava a satisfação do seu crédito. A mudança começa com a publicização do procedimento por meio da criação de uma jurisdição para presidi-lo, criando um procedimento único em que todos os credores

³ Diversas passagens do presente artigo foram objeto de estudo da dissertação de mestrado da autora que analisou o crédito tributário no sistema da insolvência espanhol, com defesa e aprovação com louvor da tese no ano de 2020 pela Universidade de Salamanca.

OLIVEIRA BARCIA, Roberta. *El crédito tributario en el concurso de acreedores*. Salamanca: Faculdade de Direito de Salamanca, 2020, p. 71.

⁴ “Una redimensión del instrumento punitivo, como expresión de valores estrictamente económicos, no se producirá hasta bien entrado el siglo XIX. Mientras tanto, el quebrado que no haya mostrado un comportamiento fraudulento y que sea víctima sólo de la mala fortuna, podrá impedir tanto la ignominia como, en algunos casos, la liquidación de su patrimonio. Se le podrá conceder un salvoconducto; y podrá modificar – a través de un convenio – la relación contractual que lo vinculaba a sus acreedores.”

BISBAL MENDEZ, Joaquín. *La empresa en crisis y el derecho de quiebras: una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, p. 90-95.

⁵ Bisbal Mendez conclui identificando o êxito dessa vinculação no fato de que a mesma “ha consistido en considerar perdedor al empresario que no ha sido capaz de producir a costes competitivos, y en permitir la resignación de recursos de un modo eficaz”.

BISBAL MENDEZ. *La empresa en crisis...*, cit., p. 29-33.

deveriam acudir derogando “*la regla prior in tempore prior in iure y sustituyéndola por un principio de proporcionalidad: la par conditio creditorum y el pago per soldum et libram*”. Até aqui o Direito da insolvência era um verdadeiro direito de liquidação, sem mais.⁶

Especificamente na Espanha, pode-se dizer que somente a partir do final do século XIX é que o Direito da insolvência busca soluções superadoras da situação de crise, já que sociedades empresárias cada vez maiores, muitas prestadoras de serviços públicos, começaram a repercutir sua crise econômica na própria sociedade, seja nos empregos, seja na própria prestação do serviço.⁷

Dentro de um âmbito mais generalizado se pode afirmar que foi depois da 2ª Guerra Mundial que a conservação da empresa se consolidou como característica do sistema da insolvência:

*Ahora, no sólo los acreedores son quienes tienen interés en la conservación de la empresa para satisfacerse así de sus créditos, sino que también el Estado, los sindicatos y los ciudadanos, entre otros, por razones económicas y sociales. En sustancia, de las soluciones de carácter privado predominantes en el siglo XIX, donde no era posible la intervención del Estado, se pasará al otro extremo, el de la solidaridad social derivada de los efectos producidos por la magnitud y la irradiación de las grandes empresas dentro de las relaciones económico-patrimoniales, todo ello vinculado a la idea de tutela que debía prestar el Estado Social. De tal forma que será el Estado el encargado de resolver, a través de medidas de diversa índole, la situación de insolvencia.*⁸

Esse caminho percorrido pelo Direito da Insolvência – da eliminação da sociedade empresária até sua conservação – foi impulsionado pela própria realidade social que experimentou enormes perdas sociais com a eliminação de sociedades cada vez maiores e com mais influência na vida dos cidadãos. Entretanto, e aqui temos um ponto importante, em qualquer das soluções – liquidação ou conservação da empresa – o objetivo último do direito da insolvência continuou sendo a satisfação dos credores.⁹

A essa nova forma do Direito da Insolvência se agrega um novo sujeito: a empresa, assim é que, “*entre las funciones asignadas al Derecho Concursal, es decir, a las funciones ya comentadas (sanción del deudor, pago de los acreedores), ha venido a unirse una nueva, la conservación de la empresa*”.¹⁰

⁶ BISBAL MENDEZ. *La empresa en crisis...*, cit., p. 99.

⁷ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 72.

⁸ CANDELARIO MACÍAS. *El convenio de continuación...*, cit., p. 73-75.

⁹ BISBAL MENDEZ. *La empresa en crisis...*, cit., p. 73.

¹⁰ “*En efecto, junto a la quiebra y al interés legítimo de los acreedores por cobrar, aparecía bajo una terminología no siempre uniforme, convenio preventivo, suspensión de pagos, nuevos institutos concursales con la específica*

Isso porque a liquidação como finalidade última do Direito da Insolvência não conseguiu resolver diversos problemas relacionados com a empresa e a própria sociedade, em especial a perda social decorrente do fim de uma entidade geradora de bens e emprego, de modo que podemos afirmar que a história jurídica do Direito da Insolvência é uma história de constante procura de meios para superar as crises empresárias com a menor perda social possível.¹¹ Certamente essa procura continua em andamento, em especial no atual momento em que uma pandemia está mudando os rumos econômicos do mundo.¹²

Essa perda social decorrente do fim de uma sociedade empresária abarca também uma perda dos créditos tributários, o que quer dizer que, dada a natureza dos créditos tributários e sua finalidade de manutenção da própria sociedade, o seu descumprimento no bojo do direito da insolvência gera, de forma indireta, uma enorme perda social, situação que deve ser levada em consideração. A socialização das perdas pode ser verificada como consequência da conservação de uma empresa, e esse é um fator que deve ser observado pelo legislador no momento de ponderar entre sua conservação e determinados créditos, como os tributários.¹³

E isso porque não se deve permitir que alguém conviva demasiado tempo em crise

finalidad de atender el interés privado en la conservación de la empresa.

Por el contrario, el interés público era protegido a través de la intervención del Estado, dada por la vigilancia y supervisión de la Administración, por la adquisición de la empresa por parte del sector público, o bien, por vía de la gestión (financiación) relacionados con los planes de saneamiento o de reestructuración de las empresas que se beneficiaban así de créditos extraordinarios.”

CANDELARIO MACÍAS. *El convenio de continuación...*, cit., p. 84.

¹¹ OLIVEIRA BARCIA. *El crédito tributario...*, cit., p. 72.

¹² “En resumen, la institución de la quiebra en la concepción liberal no ha logrado el equilibrio deseado en las relaciones entre el deudor y sus acreedores, ni soluciones razonables para las demás partes integrantes. Es precisamente en este contexto en el que se ha enmarcado el debate sobre el uso alternativo de los procedimientos concursales, vistos no sólo desde una óptica exclusivamente sancionatoria y liquidatoria, sino como un instrumento de recuperación y conservación de los bienes no tanto desde la posición de los acreedores, sino desde la satisfacción de los intereses de los trabajadores y, más en general, de la economía nacional.”

CANDELARIO MACÍAS. *El convenio de continuación...*, cit., p. 81-82.

¹³ “A legítima aplicação do sistema de prerrogativas e privilégios administrativos exige um juízo administrativo de ponderação entre a medida desniveladora imposta ao particular e o benefício coletivo alcançado. Fundado no princípio republicano, incumbe à Administração um juízo de ponderação entre o interesse público privilegiado, em contraste com o conjunto de direitos e interesses individuais preteridos. Mais do que a superação da justificação apriorística e autoritária das prerrogativas da Administração Pública (paradigma tradicional), o novo regime jurídico-administrativo impõe uma dinâmica justificação e ponderação entre os benefícios atingidos e os interesses lesados (comprimidos). Um modelo de gestão pública que exige uma perspectiva alargada de transparência e publicidade do agir administrativo, que passa a contar, necessariamente, com o deslocamento do foco decisório da autoridade para a consensualidade democrática.

O Poder Público tem o dever de promover a exteriorização objetiva dos fatos justificadores da atuação estatal, cabendo-lhe comprovar esses fatos justificadores da atuação estatal, cabendo-lhe comprovar esses fatos e submetê-los ao controle social, político e até judicial (se exigido), ‘sem a necessidade de impor, em desfavor do particular, ônus probatórios de fatos negativos, que muitas vezes impossibilitam o exercício de seu direito de defesa em face do Estado’.”

SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio da. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 309-310.

econômica. É dizer: a aplicação do princípio da conservação da empresa tem que estar pautada em um equilíbrio entre o risco próprio que o empresário deve suportar de ser bem-sucedido ou não e o peso da quebra para a comunidade; não se pode criar um sistema em que “*conviertan a la conservación en un procedimiento exculpatorio de consecuencia impredecibles para la economía*”.¹⁴

E aqui chegamos em um ponto de definição importante: o princípio da conservação da empresa não deve ser colocado como uma finalidade *per se* do Direito da insolvência ou da recuperação judicial, já que a conservação da empresa não pode ser absoluta a ponto de atuar contra as próprias forças do mercado. Em realidade a conservação deve ser utilizada como um meio que permita uma maior satisfação dos credores diante da liquidação ou falência.¹⁵

Bisbal Mendez confirma nosso posicionamento explicando a diferença entre o que pode e o que deve ser o objetivo do Direito da insolvência:

*[...] el Derecho concursal debería actuar el principio de conservación de la empresa. El error de esta idea reside en sustituir lo que puede hacer el Derecho concursal, por lo que debe hacer el Derecho concursal. El Derecho concursal puede contribuir a conservar una empresa. Tal como hemos visto, el Derecho concursal ha de determinar cuál es el destino que maximiza la utilidad del patrimonio del deudor, y si resulta que ese destino exige mantener operativo ese patrimonio, no hay razón alguna para no actuar en consecuencia. Ahora bien, esto es muy distinto que afirmar que el principio de conservación de la empresa debe sobreponerse a la finalidad de maximización del valor del patrimonio del deudor. En realidad, esto último sería tanto como decir que el Derecho concursal no es una pieza del sistema de extinción de las obligaciones, sino un instrumento de política industrial.*¹⁶

E seguindo essa orientação é que devemos levantar a dúvida se a conservação da atividade empresária é de fato um princípio ou um instrumento utilizado para chegar à finalidade última do Direito da Insolvência, que é a satisfação dos credores por meio da maximização do patrimônio do devedor. Isso nos leva a duas afirmações: não se pode salvar uma empresa seja qual seja o custo social e econômico envolvido, da mesma forma que não se deve colocar a satisfação dos credores em um patamar tal que termine por vulnerar a empresa entendida como uma entidade criadora de bens e empregos.¹⁷

¹⁴ BISBAL MENDEZ. *La empresa en crisis...*, cit., p. 77.

¹⁵ CANDELARIO MACÍAS. *El convenio de continuación*, cit., p. 104.

¹⁶ BISBAL MENDEZ, Joaquín. La insoportable levedad del Derecho concursal. *Revista de Derecho Mercantil*, Issue 214, 1994, pp. 1-15. p. 9.

¹⁷ Inclusive é por meio desses conceitos que podemos defender a conservação de uma empresa independentemente da qualificação da conduta do empresário sob seu comando, ou seja, a conservação da empresa deve ser um meio de atuação inclusive nos casos em que o empresário não tenha atuado corretamente, já que o moderno direito da insolvência propõe justamente a separação do patrimônio empresarial do de seu titular pessoa física. CANDELARIO MACÍAS. *El convenio de continuación*, cit., p. 108.

A doutrina brasileira não é diferente nesse ponto:

A superação do estado de crise econômico-financeira vai depender da vontade dos credores do devedor. Reversível será ela, pois pela combinação de esforços deste e daqueles. Nesse passo, pode-se dizer que se velou transitória. Não se alcançando esse ponto de equilíbrio, emerge a crise insuperável, partindo-se para a eliminação da empresa pela falência de seu titular, que resultará na liquidação do ativo insolvente para ser repartido entre seus credores, segundo um critério legal de preferências.

A visão, encampada pela legislação atual, mostra-se satisfatória. É uma resposta às críticas tecidas ao instituto da concordata tal qual concebido em nossa legislação pretérita, sempre se mostrando tímido a realizar a vocação recuperatória. Propõe-se uma recuperação como meta. A filosofia é preservar a empresa por todos os meios disponíveis e, na sua impossibilidade, liquidar imediatamente o ativo para o pagamento do passivo.

O primado, por óbvio, não vai, no mundo concreto, traduzir e, muito menos, assegurar um número de recuperações maior do que de falências. A recuperação vai sempre pressupor a empresa viável, que passa por um estado de crise temporária e superável pela vontade dos credores. Um dos requisitos para se preferir a recuperação judicial à falência é justamente a confiança dos credores na demonstração de que a empresa se afigura ativa, produzindo meios capazes de superar a sua debilidade financeira. Haverá uma natural seleção entre aqueles agentes econômicos viáveis e capazes, que merecem apoio, e aqueles que devem ser alijados do convívio no mercado. Nessa ordem de fatores é que na prática, acreditamos, ter-se-á mais processos de falência do que de recuperação; mas a vocação da lei deve repousar, sempre, na prevalência do conceito recuperatório sobre o liquidatório. Conceitualmente, a recuperação é a regra e a falência a exceção. Esse é o espírito a conduzir a exegese dos preceitos da Lei nº 11.101/2005.¹⁸

Todo esse, digamos assim, introito, nos parece importante para chegarmos de forma consciente à atual disciplina legislativa dos créditos tributários na recuperação judicial, já que a utilização de um conceito correto da conservação da empresa tem uma especial importância em relação aos créditos tributários. Uma das características do Direito da recuperação de empresas que comumente colocamos em um lado da balança para verificar até que ponto é possível vulnerar as características legais e constitucionais do crédito tributário é justamente a da conservação da empresa.¹⁹

A questão primordial, e também polêmica, que rodeia os créditos tributários é justamente o caráter privilegiado que ele possui no regime da insolvência, seja na recuperação

¹⁸ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 128-129.

¹⁹ “Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores.”

ULHOA COELHO, Fábio. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 160.

judicial, seja na falência. No entanto, antes de aprofundarmos qualquer tipo de crítica, parece importante lembrar algumas características do crédito tributário que levaram a esse tratamento diferente.

Vejam bem, nenhum outro crédito no âmbito do regime da insolvência possui caracteres como os da legalidade, indisponibilidade, fiscalidade e contributividade. Não são simples princípios ou definições do crédito tributário, são eles que fazem com que o credor tributário somente possa exigir o que consta em lei, e uma vez prevista a exigência não possa dispor da mesma, assim como não escolhe o seu devedor, e nem mesmo pode fazer uma análise de risco do crédito, e mais, tudo o que ele cobra tem como última finalidade a própria manutenção da sociedade.²⁰

Não é pouca coisa. Muito menos são características para se desprezar. Por outro lado, a simples existência dessas características não tem, em nosso ponto de vista, a capacidade *per se* de autorizar qualquer tipo de privilégio no âmbito do processo da insolvência; em realidade são essas características ou princípios do direito tributário que devem sofrer um controle de ponderação diante das características próprias do regime da recuperação judicial e falimentar, já que, ainda que os referidos regimes tenham como finalidade a satisfação dos credores, possuem como princípios interpretativos de suas regras a conservação da empresa, seu caráter universal e a igualdade entre os credores.²¹

Assim é que a análise das regras previstas na Lei nº 11.101/05, recentemente modificada pela Lei nº 14.112/20, deve ser feita por meio de um estudo crítico com a finalidade de verificar até que ponto o legislador entendeu possível lesionar as características do crédito tributário para, mediante tal sacrifício, manter a própria estrutura normativa da insolvência em que cada credor deve ser partícipe da comunidade de perdas que a mesma supõe.²² É dizer: qual foi o ponto de equilíbrio entre essas forças que o legislador encontrou, ou mesmo se encontrou em todos os casos.²³

No direito concursal espanhol verifica-se ao longo dos anos uma tendência crescente pela diminuição dos privilégios concursais do crédito tributário; já em 2003 os créditos tributários deixaram de ser integralmente privilegiados, passando a ser, ao menos

²⁰ OLIVEIRA BARCIA. *El crédito tributario*, cit., p. 6.

²¹ OLIVEIRA BARCIA. *El crédito tributario*, cit., p. 6.

²² “*En la nueva Ley se trata de favorecer el mayor reconocimiento de los créditos ordinarios, de modo que la derogación de la regla general de la ‘parsconditiocreditorum’ unicamente debe admitirse en situaciones excepcionales que resulten claramente justificadas por razones de justicia material.*”

ÁVILA DE LA TORRE. Alfredo. La clasificación de los créditos. In: José Antonio García-Cruces Gonzáles, *Jurisprudencia y Concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 440-441.

²³ OLIVEIRA BARCIA. *El crédito tributario*, cit., p. 7.

metade deles, ordinários, ou seja, o credor tributário, a exceção de quando possui créditos garantidos por direito real, sempre será também um credor quirografário. É mais, o credor tributário participa do convênio concursal – similar a nossa recuperação judicial –, seus créditos se submetem ao mesmo, ele possui direito de voto, assim como possui alguma margem de negociação, pese à legalidade de seu crédito.

É clara a perda de privilégios do crédito tributário espanhol, no entanto, não se pode afirmar que a reboque dessa perda veio a diminuição de efetividade da cobrança no bojo do processo concursal ou o aumento da efetividade dos demais créditos ou da recuperabilidade das empresas. Isso significa que não necessariamente serão os privilégios que o crédito tributário tem que irão fazer com que ele seja mais ou menos adimplido. Na verdade, parece que o sistema da insolvência termina por ser um sistema muito mais comunitário do que nossa legislação prevê, ou seja, a universalidade concursal e a igualdade entre os credores quando bem aplicadas tem a tendência de melhorar todos os créditos em conjunto. O pensamento egoístico de cada credor termina por gerar um sistema manco, que não é eficaz para ninguém.

2. Comentários ao artigo 6º §7º-B da Lei nº 11.101/05

A lei nº 14.112/20 alterou o artigo 6º da Lei nº 11.101/05, com a criação do parágrafo 7º-B, mantendo a não suspensão das execuções fiscais em razão do deferimento da recuperação judicial e definindo regra expressa a respeito do juízo competente para eventuais atos constitutivos do patrimônio da empresa em recuperação. Para melhor entendimento da mudança parece interessante a transcrição dos parágrafos:

Redação original revogada:

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, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 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. (revogado pela Lei 14.112/20).

Redação atual concedida pela Lei 14.112/20:

Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

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

Como se verifica da redação original do artigo 6º da Lei nº 11.101/05, em especial se lida em conjunto com o artigo 187 do Código Tributário Nacional, desde o início da vigência do sistema da recuperação judicial brasileiro o crédito fiscal sempre foi um crédito não submetido ao regime legal da recuperação e, conseqüentemente, o juízo da recuperação não tinha competência legal para os atos constitutivos perante a empresa em recuperação e, sim, o juízo da execução fiscal.²⁴

Essa era a regra. Outra coisa foi a criação jurisprudencial em torno dela. As turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça fixaram jurisprudência no sentido oposto ao comando legal, de que somente o juízo da recuperação poderia decidir a respeito de atos constitutivos nas execuções fiscais em razão do princípio da preservação da empresa.²⁵

²⁴ “Assim, em relação à execução fiscal, não fica ela suspensa com o deferimento da recuperação judicial, mas se o empresário ou sociedade empresária obtiver o parcelamento do débito tributário, abrangente daquele objeto da execução, é claro que ficará esta suspensa (art. 151, VI, CTN).

Em face do exposto, ressalta-se o seguinte: 1º) o empresário ou sociedade empresária que pleitear a recuperação judicial deverá apresentar após a aprovação do respectivo plano, as certidões negativas de débitos tributários (art. 57) ou pelo menos, a comprovação de pagamento ou suspensão da exigibilidade dos débitos tributários (art. 151, VI, CTN); 2º) impõe-se ao empresário ou sociedade empresária pleitear o imediato parcelamento do débito tributário, cuja cobrança executiva não fica suspensa (art. 6º, § 7º, da Lei 11.101, de 2005); 3º) enquanto o Projeto-Lei 05250/2005 (PL 05250/2005) aprovado no Senado, não for aprovado na Câmara, e editado, não há lei especial sobre o parcelamento dos créditos tributários para as empresas em recuperação judicial, sendo pertinentes as leis gerais de parcelamento nos termos do § 4º do art. 155-A do Código Tributário Nacional, com a redação da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005; 4º) obtendo o empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, o parcelamento do crédito tributário, quer por lei especial, quando for editada (art. 155-A, § 3º, do CTN), quer por lei geral, enquanto não for aquela aprovada (art. 155-A, § 4º, do CTN), terá ele suspensa a exigibilidade do crédito (art. 151, VI, CTN) e, por conseguinte, terá a suspensão da execução fiscal por força da ressalva do § 7º do art. 6º da nova Lei e do art. 151, VI, CTN).”

SILVA PACHECO, José. *Processo de Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007, p. 176-180.

²⁵ “[...] Contudo, conquanto o prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deva se dar perante o juízo federal competente – ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora –, o controle sobre atos constitutivos contra o patrimônio da recuperanda é de competência do Juízo da recuperação judicial, tendo em vista o princípio basilar da preservação da empresa. 3. Com efeito, a Segunda Seção possui firme o entendimento de que embora a execução fiscal não se suspenda, os atos de constrição e de alienação de bens voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias submetem-se ao juízo universal, em homenagem ao princípio da conservação da empresa.

Por outro lado, a primeira Seção do STJ, a partir de precedentes de sua 2ª turma, abriu divergência a respeito de tal posicionamento, defendendo uma diferenciação entre os casos em que se exigiu a certidão de débito fiscal na recuperação judicial, dos que não exigiram.²⁶

A referida divergência terminou na afetação do Tema 987 pelo plenário da Corte Especial do STJ assim ementado: “*Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária.*”

Em consequência, o que se verificou até muito recentemente foi a inação total das Fazendas Públicas quanto a seus créditos diante de empresas em recuperação, já que em decorrência da sistemática dos Recursos Repetitivos todas as execuções fiscais ficaram suspensas, sem a possibilidade de realização de qualquer ato construtivo. A essa circunstância somou-se a não submissão do crédito tributário ao negócio jurídico entabulado na recuperação e a dispensa da certidão fiscal negativa para a aprovação do plano de recuperação; dessa receita resultou a desastrosa posição do credor tributário no regime da insolvência.²⁷

A mudança legislativa trazida nesse ponto pela Lei nº 14.112/20 tem mais relação com um acerto de contas com a jurisprudência do que uma verdadeira mudança de conteúdo da norma legal e, como bem leciona Eduardo Secchi Munhoz, “no Brasil, há a tendência de esperar que [...] uma reforma legislativa, possa, por si só, dar conta dos problemas verificados na

4. A edição da Lei n. 13.304/2014, que instituiu o parcelamento especial em favor das empresas em recuperação judicial – benefício que, em tese, teria o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário da sociedade recuperanda – não alterou o entendimento pacificado na Segunda Seção sobre o tema. (AgRg no CC 136.130/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 13/05/2015, DJe 22/06/2015).”

AgInt no CC 159771 / PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/02/2021, DJe 30/03/2021.

²⁶ “A Segunda Turma do STJ, em recente julgamento a respeito do tema controvertido (REsp1.512.118/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, publicado no DJe de 31.3.2015), revisitou a jurisprudência relativa ao tema, para assentar o seguinte entendimento: a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será paralisada em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN; b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação Judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal”.

REsp 1488778/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 30/05/2016.

²⁷ Em razão da mudança legislativa efetivada pela Lei nº 14.112/20, em 23/06/2021 a Primeira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.694.261/SP proferiu a seguinte decisão: “A Primeira Seção, por unanimidade, determinou a remoção da submissão do recurso especial ao regime dos recursos repetitivos, cancelando-se o Tema Repetitivo 987, nos termos da proposta do Sr. Ministro Relator”.

realidade”, o que também parece ser o ideal pensado para essa reforma.²⁸

Tal fato se deve porque o art. 6º §7º-B da lei nº 11.101/05 continua excluindo os créditos fiscais do processo de recuperação judicial, mantendo, portanto, a possibilidade de esses créditos serem perseguidos por fora do processo da recuperação, e cabendo ao juízo da recuperação a exigência da certidão negativa dos débitos fiscais quando da aprovação do plano, tendo em vista a não alteração do artigo 57 da lei de falências e recuperação.²⁹

A grande novidade está na normatização da forma como tal feito ocorrerá, deixando claro que a manutenção das execuções fiscais significa a competência do juízo da execução fiscal para determinar os atos constritivos do patrimônio da empresa em recuperação, “admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens essenciais à manutenção da atividade empresarial”, como consta na parte final do art. 6º §7º-B da lei nº 11.101/05, que faz expressa remissão à sistemática da cooperação jurisdicional prevista no artigo 69 do Código de Processo Civil.

A verdade é que essa nova previsão legal poderia ter sido plenamente aplicada com a antiga norma, já que o processo de recuperação judicial não é e nem nunca foi um processo submetido a um juízo universal como é a falência, de modo que não existe uma atração do juízo da recuperação para os atos constritivos a serem efetivados nas execuções fiscais.³⁰

Assim é que, se somarmos a essa afirmação a previsão trazida em 2015 pelo Código de Processo Civil em seu artigo 69 §2º, IV, tínhamos aí um caminho interpretativo a ser trilhado pelos tribunais muito similar à atual redação do artigo 6º §7º-B da Lei nº 11.105/05, ainda que se pudesse alegar o caráter voluntário dos atos concertados entre os juízes e a ausência de previsão na lei nº 11.101/05 para tanto. Provavelmente teria sido um caminho mais equilibrado entre o processo de insolvência e o de execução fiscal. Infelizmente foi preciso uma alteração

²⁸ SECCHI MUNHOZ, Eduardo. Financiamento e investimento na recuperação judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord.). *Dez anos da lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 266.

²⁹ “A remissão feita pelo art. 191-A do CTN aos arts. 151, 205 e 206 do CTN consiste em clara alusão à circunstância de que a prova de quitação nesse caso, pode ser feita não só através da apresentação de ‘certidões negativas’ (art. 205), mas também de ‘certidões positivas com efeito de negativa’ (art. 206), sobretudo daquelas fornecidas diante de causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151)”.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional, Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426-427.

³⁰ “A despeito da falta de previsão legal, a universalidade do juízo da recuperação judicial é construção jurisprudencial para assegurar a maior utilidade do instituto da recuperação. A função principal da universalidade na recuperação judicial seria a de permitir ao juiz aferir todas as questões imprescindíveis à superação da crise econômico-financeira pela qual passa o devedor, bem como para tutelar o cumprimento do plano de recuperação judicial com a satisfação dos credores”.

BARBOSA SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 638.

legislativa para tanto, e que em nada garante que a jurisprudência tomará rumo distinto.³¹

No entanto, ainda que mantendo certa prudência, verificamos indícios de que a jurisprudência caminha rumo a uma mudança, em três recentes julgados da 2ª Seção do STJ ficou clara a nova divisão de competências para os atos de constrição nas execuções fiscais, definindo o STJ que somente existirá um verdadeiro conflito de competência entre os juízos da execução fiscal e da recuperação judicial quando, após o deferimento pelo juízo da recuperação do pedido de substituição do bem então constrito pelo juízo da execução, este último não efetivar a substituição, não antes disso:³²

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA PELA FAZENDA NACIONAL CONTRA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, COM O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO, A AUTORIZAR A CONSTRIÇÃO JUDICIAL DOS BENS DA RECUPERANDA. A CARACTERIZAÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA PERANTE ESTA CORTE DE JUSTIÇA PRESSUPÕE A MATERIALIZAÇÃO DA OPOSIÇÃO CONCRETA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL À EFETIVA DELIBERAÇÃO DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A RESPEITO DO ATO CONSTRITIVO. CIRCUNSTÂNCIA NÃO VERIFICADA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A divergência jurisprudencial então existente entre esta Segunda Seção e as Turmas integrantes da Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça acabou por se dissipar em razão da edição da Lei n. 14.112/2020, que, a seu modo, delimitou a competência do Juízo em que se processa a execução fiscal (a qual não se suspende pelo deferimento da recuperação judicial) para determinar os atos de constrição judicial sobre os bens da recuperanda; e firmou a competência do Juízo da recuperação judicial para, no exercício de um juízo de controle, "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".

3. Ainda que se possa reputar delimitada, nesses termos, a extensão da competência dos Juízos da execução fiscal e da recuperação judicial a respeito dos atos constritivos determinados no feito executivo fiscal, tem-se, todavia, não se encontrar bem evidenciado, até porque a lei não o explicita, o modo de como estas competências se operacionalizam na prática, de suma relevância à caracterização do conflito

³¹ Em recente julgamento do Conflito de Competência nº 181032 - SP (2021/0209874-7) pelo Superior Tribunal de Justiça ficou clara essa divisão de competência entre os juízos fazendários e empresariais:

[...] observa-se que as execuções fiscais não estão sujeitas aos efeitos da recuperação judicial da devedora e, notadamente, às suspensões e restrições determinadas pelo art. 6º, incisos I, II e III, da Lei n. 11.101/2005, com redação dada pela Lei n. 14.112/2020. Entretanto, *conforme a nova sistemática legal, cabe ao Juízo da recuperação judicial 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, conforme o art. 6º, § 7º-B, da Lei n. 11.101/2005, com redação dada pela Lei n. 14.112/2020. Evidentemente, cabe ao Juízo da recuperação judicial definir a qualidade do bem de capital constrito na execução fiscal como essencial, bem como cabe àquele Juízo determinar a sua substituição por outro ativo da devedora em recuperação judicial, em atividade cooperativa com o Juízo da execução fiscal.* (Brasília, 05 de julho de 2021. MINISTRO HUMBERTO MARTINS Presidente (Ministro HUMBERTO MARTINS, 07/07/2021, grifo nosso)''

³² AgInt no CC 180.775/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/11/2021, DJe 07/12/2021; AgInt no CC 180.775/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/11/2021, DJe 07/12/2021.

positivo de competência perante esta Corte de Justiça.

3.1 É justamente nesse ponto - em relação ao qual já se antevê uma tênue dispersão nas decisões monocráticas e que motivou a submissão da presente questão a este Colegiado - que se reputa necessário um direcionamento seguro por parte do Superior Tribunal de Justiça, para que o conflito de competência perante esta Corte Superior não seja mais utilizado, inadvertidamente, como mero subterfúgio para se sobrestar a execução fiscal (ao arrepio da lei), antes de qualquer deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito da constrição judicial realizada, e, principalmente, antes de uma decisão efetivamente proferida pelo Juízo da execução fiscal que se oponha à deliberação do Juízo da recuperação judicial acerca da constrição judicial.

4. A partir da vigência da Lei n. 14.112/2020, com aplicação aos processos em trâmite (afinal se trata de regra processual que cuida de questão afeta à competência), não se pode mais reputar configurado conflito de competência perante esta Corte de Justiça pelo só fato de o Juízo da recuperação ainda não ter deliberado sobre a constrição judicial determinada no feito executivo fiscal, em razão justamente de não ter a questão sido, até então, a ele submetida.

4.1 A submissão da constrição judicial ao Juízo da recuperação judicial, para que este promova o juízo de controle sobre o ato constitutivo, pode ser feita naturalmente, de ofício, pelo Juízo da execução fiscal, em atenção à propugnada cooperação entre os Juízos. (...)

4.2 Caso o Juízo da execução fiscal assim não proceda, tem-se de todo prematuro falar-se em configuração de conflito de competência perante esta Corte de Justiça, a pretexto, em verdade, de obter o sobrestamento da execução fiscal liminarmente. Não há, por ora, nesse quadro, nenhuma usurpação da competência, a ensejar a caracterização de conflito perante este Superior Tribunal. A inação do Juízo da execução fiscal - como um "não ato" que é - não pode, por si, ser considerada idônea a fustigar a competência do Juízo recuperacional ainda nem sequer exercida.

4.3 Na hipótese de o Juízo da execução fiscal não submeter, de ofício, o ato constitutivo ao Juízo da recuperação judicial, deve a recuperanda instar o Juízo da execução fiscal a fazê-lo ou levar diretamente a questão ao Juízo da recuperação judicial, que deverá exercer seu juízo de controle sobre o ato constitutivo, se tiver elementos para tanto, valendo-se, de igual modo, se reputar necessário, da cooperação judicial preconizada no art. 69 do CPC/2015.

5. Em resumo, a caracterização de conflito de competência perante esta Corte de Justiça pressupõe a materialização da oposição concreta do Juízo da execução fiscal à efetiva deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito do ato constitutivo.

6. Conflito de competência não conhecido.³³

Nas palavras de Marcelo Sacramone:

O crédito fiscal não se submete à negociação coletiva dos credores promovida pela recuperação judicial. Por consequência, não se justifica a suspensão das execuções fiscais, de sua prescrição ou de quaisquer medidas constitutivas sobre o patrimônio do devedor. O prosseguimento das execuções fiscais, entretanto, não significa absoluta liberdade para a realização de medidas de constrição. Ainda que não houvesse norma legal até então, a jurisprudência assentou a universalidade do Juízo da recuperação judicial para assegurar maior utilidade ao instituto da recuperação. Pela jurisprudência, ao Juízo universal da recuperação cumpriria autorizar todas as medidas constitutivas promovidas por credores não sujeitos à recuperação judicial como forma de se garantir o melhor cumprimento do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores. A autorização não implicava sua competência para a execução individual. Apenas a medida de constrição determinada pelo Juízo da execução individual necessitava ser autorizada pelo Juízo da recuperação judicial como forma de se protegerem os

³³ CC 181.190/AC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/11/2021, DJe 07/12/2021.

interesses da coletividade de credores e não apenas, mas sem a exclusão, dos credores não sujeitos.³⁴

Isso significa que, em nossa opinião, não estamos ante uma novidade legislativa, mas estamos ante uma tentativa de ruptura da jurisprudência formada, jurisprudência essa que em alguns pontos atuou *contra legem*. Outra questão é saber se a manutenção do crédito fiscal fora do regime da recuperação – agora sem a suspensão do Tema 987 do Superior Tribunal de Justiça e com a possibilidade de uma nova jurisprudência se formar em torno da efetividade de atos constritivos da execução fiscal – é o melhor caminho a ser seguido, como bem pondera Manoel Justino Bezerra Filho.³⁵

A mudança legislativa claramente reforça a ideia de que a dívida das empresas em recuperação deve ser equacionada como um todo, e não somente a parte que se submete ao plano, e mais, parece tentar frear o sistema que terminou por ser imposto ao fisco, em que as empresas em recuperação utilizavam o endividamento fiscal como uma forma de financiamento, já que paravam de pagar o crédito fiscal e, com isso, tentavam pagar os demais credores que se submetiam ao plano de recuperação, gerando ainda uma forma de concorrência desleal.

O fato de a mudança legislativa não ter dado um passo mais largo, em direção à inclusão do fisco no regime da recuperação, mantém esse regime híbrido que a jurisprudência deturpou e terminou por colocar o crédito fiscal como o crédito sem qualquer importância e sem qualquer perspectiva de recebimento. Certamente que a manutenção desse regime híbrido está intimamente ligada às características especiais do crédito tributário, como a indisponibilidade e legalidade, inclusive com questões de hierarquia legal a serem enfrentadas. No entanto, isso não significa a intransponibilidade de tais postulados.³⁶

O artigo 3º da Lei nº 14.112/2020 alterou o artigo 10-A da Lei nº 10.522/02 e introduziu os artigos 10-B e 10-C, criando justamente aquilo que era tão exigido pela jurisprudência e motivo das reiteradas dispensas de apresentação da certidão negativa de débito fiscal nas recuperações judiciais: mecanismos de parcelamento e composição especial do débito

³⁴ BARBOSA SACRAMONE, Marcelo. *Comentários*, cit., pp. 138-139.

³⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 105.

³⁶ “Como já mencionado, o crédito fazendário é aquele detido por pessoas jurídicas de direito público, sendo regido por normas de direito público. Ao trazer o direito público para essa disciplina creditícia, a relação jurídica tem contornos muito diferentes do crédito privado. Nessa perspectiva, não há como a Fazenda Pública participar de uma assembleia de credores e ter seus créditos negociados por votação da massa de credores. A lei é o limite que impede a colocação desse tipo de crédito no processo.”

TOMAZETTE, Marlon. *Comentários à Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Foco, 2021, p. 83.

tributário de empresas em recuperação.³⁷

Não obstante tal mudança legislativa, e aqui reforçamos nossa tese de que mais bem estamos ante uma tentativa de ruptura da jurisprudência formada, em recente decisão, de 23 de agosto de 2021, a Terceira Turma do STJ nos autos do Resp nº 1885046/PR reiterou sua jurisprudência para indicar a impossibilidade de exigência da CND para a homologação do plano de recuperação judicial. A única conclusão que podemos chegar com tal decisão é que a tentativa de mudança da jurisprudência aparentemente parece estar fracassando:³⁸

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. INADEQUAÇÃO E DESNECESSIDADE DA REFERIDA EXIGÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Terceira Turma deste Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que, mesmo após a edição de leis regulamentando o parcelamento dos créditos tributários de empresas em crise, não pode ser exigida a apresentação de certidões negativas de débito tributário como requisito para a concessão de recuperação judicial, porquanto essa exigência se mostra desnecessária, inadequada e incompatível com o princípio da preservação da empresa.

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Essa alteração legislativa se enquadra na própria jurisprudência do STJ, que entende ser direito do contribuinte em recuperação judicial o parcelamento de seus débitos, e termina por estipular um parcelamento especial do crédito tributário pertencente à União em até 120 meses para as sociedades em recuperação judicial, além da previsão de regras para transação tributária dos referidos créditos. Com isso, e em razão do art. 155-A §4º do Código Tributário Nacional, que exige que os entes federados concedam parcelamentos iguais ou superiores aos previstos pela União para sociedades empresárias em recuperação judicial, provavelmente viveremos um outro problema.³⁹

³⁷ “Se bem que é verdade que desde 2014 existe a Lei Federal nº 13.043/14 que, ao acrescentar o artigo 10-A a lei nº10.522/02 parece ter cumprido o comando do artigo 68 da Lei nº11.101/05 e artigo 155-A do Código Tributário Nacional, criando as regras para o parcelamento especial de empresas em recuperação. Da mesma forma, e desde 2008, a Lei do Estado do Rio de Janeiro, Lei nº 5.351/2008, prevê o parcelamento especial para empresas em recuperação, lei atualmente revogada. No entanto, as referidas legislações não foram suficientes para modificar a jurisprudência formada.”

MENDES DE OLIVEIRA, Paulo; DIAS NOLASCO, Rita. Os créditos tributários e o novo modelo de recuperação judicial. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de (coord). *Lei de Recuperação e Falência: pontos relevantes e controversos da reforma ela Lei 14.112/20*. São Paulo: Foco, 2021. E-book.

³⁸ REsp 1885046/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 23/08/2021, DJe 25/08/2021.

³⁹ “O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões

Os demais entes federados terão que se adequar à nova sistemática e produzir legislações para se adequar aos novos termos legais, e, ainda que o art. 10-C §4º da Lei nº 10.522/02 preveja a possibilidade dos demais entes replicarem os termos da transação federal, fato é que o processo legislativo é algo que está fora do alcance da Administração Tributária. Isso pode significar um caminho para a jurisprudência, o de exigir um parcelamento conjunto de todos os entes públicos, seja como for, o que fica claro é que a dívida tributária das empresas em recuperação não pode continuar a ser tratada como irrelevante.

3. O crédito tributário no direito concursal espanhol.

Em setembro de 2020 passou a vigor a nova lei da insolvência espanhola, promulgada às pressas em meio à crise econômica gerada pela pandemia, o novo *Texto Refundido de la Ley Concursal* revogou a anterior legislação concursal de 2003, mantendo, no entanto, a característica geral do sistema anterior quanto à existência de um único procedimento inicial para todos os insolventes, chamado de *fase común del concurso de acreedores*.⁴⁰

Isso significa que o processo de insolvência se inicia com o pedido do insolvente ou de seus credores e que não se sabe, neste momento, se tal processo seguirá para um convênio, o equivalente à nossa recuperação judicial, ou para uma liquidação, equivalente à nossa falência.⁴¹

Assim é que, essa primeira fase tem por objetivo fixar a massa ativa e a passiva do devedor concursado, e vai finalizar com a apresentação de um informe pelo administrador judicial, cuja competência é fazer uma especial referência a respeito da situação econômica e financeira do devedor, com a finalidade de verificar então o caminho a ser seguido, se o convênio ou a liquidação. Esse informe é apresentado ao juiz concursal e aos credores, que podem impugná-lo de forma incidental ao processo.⁴²

Neste momento dois caminhos se abrem para o processo de insolvência espanhol,

de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.”

Resp 1.187.404 - MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJE 21/08/2013.

⁴⁰ OLIVEIRA BARCIA. *El crédito tributario*, cit., p. 5.

⁴¹ FRIGOLA RIERA, Antoni. Reconocimiento de créditos. In: BELTRÁN, Emilio M.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, José Antonio (edits.). *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 2.510.

⁴² GARCÍA GÓMEZ, Antonio. J. Créditos tributarios y de la seguridad social (I). In: GARCÍA-CRUCES, José Antonio (ed.). *Jurisprudencia y Concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 491.

o convênio ou a liquidação, sendo certo que, em um primeiro plano, as duas soluções possuem a mesma finalidade prevista da lei concursal espanhola, qual seja a satisfação dos credores do devedor insolvente. Não obstante, eles possuem procedimentos e princípios muito diferentes para alcançar esse objetivo, já que “*el convenio pretende conseguir esa satisfacción a través de quitas y esperas de los créditos que propicien la conservación de la empresa en crisis; mientras, la liquidación lo lleva a cabo haciendo líquido [...] la masa activa del concursado.*”⁴³

A lei concursal espanhola de 2003, revogada integralmente em 2020, nesse ponto não foi materialmente modificada pelo *Texto Refundido de la Ley Concursal*, merecendo transcrição parte de sua exposição de motivos:

*La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso.*⁴⁴

É na fase comum do concurso espanhol que ocorre a classificação dos créditos, isso porque a lei utiliza as mesmas regras de classificação seja para um convênio seja para uma liquidação, não existindo créditos incluídos em uma e excluídas em outra. A lei concursal de 2003 trouxe profunda modificação na classificação dos créditos tributários, modificação essa muito debatida ao longo dos anos pela jurisprudência e mantida, em seus termos gerais, pelo *Texto Refundido* de 2020, tendo como finalidade a geração de uma maior igualdade entre os credores.⁴⁵

Essa modificação, de forma sucinta e com a finalidade de fazermos uma análise comparativa com o nosso regime da insolvência, retirou o caráter unicamente privilegiado do crédito tributário ao decompô-lo, ou seja, não existe um crédito tributário espanhol totalmente privilegiado, exceto se ele tiver uma garantia real, o que, frise-se, é uma situação bastante normal.⁴⁶

Assim, todo crédito tributário espanhol sem uma garantia real terá seu valor dissecado para fins de classificação, sendo que sempre 50% de seu valor será classificado como

⁴³ AGUILAR RUBIO, Marina. *Crédito tributario y concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, 2009, p. 320.

⁴⁴ OLIVEIRA BARCIA. 2020, p. 69, grifo nosso.

⁴⁵ THOMÁS PUIG, Petra María. *La posición de la administración tributaria y el crédito tributario en el proceso concursal*. Madrid: La Ley, 2011, p. 247.

⁴⁶ Os créditos tributários com garantia real possuem uma espécie de *inmunidade frente al concurso*, nas palavras do ilustre professor Garcia Vicente.

GARCÍA VICENTE, José Ramón. Garantías reales. In: BELTRÁN, Emilio M.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, José Antonio (edits.). *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 1628.

ordinário, correspondente ao nosso crédito quirografário, e o restante do valor será privilegiado geral e subordinado. Essa classificação foi identificada como um verdadeiro “*descenso a los infiernos*” por parte da doutrina espanhola, em razão das graves consequências que surgem daí.⁴⁷

A própria exposição de motivos da lei concursal de 2003 deixou clara sua intenção de diminuir os privilégios dos créditos tributários no concurso de credores, muito inspirada em outros ordenamentos europeus, como o Português, que já em 2003 havia eliminado todos os privilégios dos créditos tributários.⁴⁸

É claro que essa diminuição de privilégios veio recheada de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, no entanto, e para o que nos interessa, parece que a origem para iniciar esse caminho está na capacidade de a sociedade aceitar que se exerça uma ponderação de valores, colocando em um lado da balança os princípios que norteiam os créditos tributários e que efetivamente os diferenciam dos demais créditos, e no outro os princípios norteadores do regime da insolvência. Outra coisa é saber se a diminuição de privilégios do crédito tributário no âmbito do procedimento da insolvência concretamente lhe retira o poder de cobrança, ou seja, se junto a essa diminuição virá uma menor arrecadação pelo credor tributário no processo da insolvência.⁴⁹

A questão se deve ao argumento de que somente com a diferenciação do crédito tributário, envolto em privilégios que muitas vezes desvirtuam os objetivos do sistema da insolvência, seria possível efetivar o comando constitucional da exação tributária. E isso pode ser, em parte, um argumento enganoso. Vejam, não estamos aqui defendendo a extinção pura e simples dos privilégios dos créditos tributários, pelo contrário, a intenção é problematizar até que ponto eles são necessários. Não é uma fácil tarefa.

E como se demonstrará a seguir, o crédito tributário espanhol se submete ao convênio, com diversas restrições relacionadas aos princípios da legalidade e indisponibilidade que o cerca, assim como não é um crédito integralmente privilegiado, ou seja, além de participar do convênio, o crédito é classificado de uma forma não totalmente privilegiada e, ainda assim, o que se nota é que o aparato administrativo de cobrança desse crédito no bojo do processo da insolvência se adaptou às novas regras e consegue, com certo êxito, arrecadar mais que outros credores.⁵⁰

⁴⁷ AGUILAR RUBIO. *Crédito tributario*, cit., p. 91.

⁴⁸ AGUILAR RUBIO. *Crédito tributario*, cit., p. 126.

⁴⁹ OLIVEIRA BARCIA. *El crédito tributario*, cit., p. 48.

⁵⁰ OLIVEIRA BARCIA. *El crédito tributario*, cit., p. 125.

O devedor ou os credores que sejam titulares de ao menos um quinto do passivo concursal podem apresentar propostas de convênio que basicamente estão restritas a formas e condições de pagamento. O administrador judicial avalia a proposta ou propostas existentes, em especial o plano de pagamento e de viabilidade econômica e financeira, posteriormente submete à junta de credores e, por fim, caberá ao juiz homologar o convênio ou não.⁵¹

A participação do crédito tributário no convênio é limitada a propostas de parcelamentos ou descontos, conforme previsão do artigo 317 do *Texto Refundido*, isso significa que, apesar de participar dos termos do convênio, de se submeter à novação dos créditos que supõe o próprio convênio, as formas de sua participação são limitadas, muito provavelmente em razão dos princípios da legalidade e indisponibilidade que, de forma similar ao regime tributário brasileiro, também incidem no crédito tributário espanhol por aplicação direta da Constituição.⁵²

Não é só, além desse limite – que em realidade nos remete ao sistema sugerido pelo artigo 68 da lei nº 11.101/05 para a satisfação dos débitos tributários brasileiros da empresa em recuperação – existe uma outra característica do regime concursal espanhol que termina por gerar o afastamento do crédito tributário dos termos do convênio.

É o chamado direito de abstenção do credor privilegiado. Explica-se: o credor cujo crédito seja classificado como privilegiado somente se submete aos termos do pactado no convênio se votar favoravelmente a ele; se votar contra ou se abster, os termos do convênio não repercutem juridicamente sobre seus créditos. Assim, antes da modificação estrutural sofrida na lei de insolvência espanhola em 2003, todos os créditos tributários eram privilegiados, o que terminava por concretamente excluí-los do plano de reestruturação da empresa em crise, em razão do direito de abstenção.

No entanto, com a segregação da classificação do crédito tributário, transformando-o em crédito quirografário em alguma parte do seu total, a administração tributária espanhola se viu obrigada a participar ativamente das negociações, já que o voto da maioria de sua classe termina por submeter seus créditos ao plano de recuperação e retirar seu direito de satisfazer seus créditos à margem do convênio.⁵³

⁵¹ OLIVEIRA BARCIA. *El crédito tributario*, cit., p. 70.

⁵² OLIVEIRA BARCIA. *El crédito tributario*, cit., p. 83.

⁵³ *El derecho de abstención surge fundamentalmente como consecuencia del principio de indisponibilidad del crédito tributario, habiéndose sostenido tradicionalmente que la Administración Tributaria debía ejercitar siempre tal derecho y que no podía participar en los convenios concursales. Reconocido legalmente a través del artículo 129.4 LGT 1963, su ejercicio comportaba que la Hacienda Pública no quedara vinculada por el convenio y cobrara en el lugar que le correspondiera.*

RIBES RIBES, Aurora. La posición de la hacienda pública en el proceso concursal. In: RIBES RIBES, Aurora

Por outro lado, a lei geral tributária espanhola, em seu artigo 164 autoriza a subscrição do convênio ou mesmo a realização de acordo direto entre credor tributário e devedor em recuperação, bastando para tanto a autorização da autoridade administrativa tributária e que o acordado não seja mais favorável para o devedor do que aquilo que ficar estipulado no convênio geral.⁵⁴

Nesse sentido, apesar de o sistema de recuperação judicial espanhol incluir o credor tributário em seu processo, diferentemente do que ocorre no Brasil, na prática a situação espanhola termina por ficar muito parecida com a situação brasileira após a reforma da Lei nº 14.112/20, já que na grande maioria dos convênios a Administração Tributária estipula acordos paralelos com o devedor, acordos similares às transações e parcelamentos previstos na Lei nº 14.112/20.

Por outro lado, a definitiva submissão do crédito tributário ao convênio, em especial quando tal crédito é classificado como não privilegiado, terminou por quebrar o grande estigma da indisponibilidade do crédito tributário, já que ele irá se submeter aos termos de um convênio mesmo quando tenha proferido voto contrário. Isso significa que os postulados da indisponibilidade e legalidade tributárias, previstos na lei geral tributária e na constituição espanhola, conseguiram ser mitigados pela lei da insolvência.

A doutrina espanhola confirma essa conclusão:

*La suscripción de acuerdos o convenio se configura como una potestad discrecional – en caso de créditos de carácter privilegiado -, y necesaria – en caso de créditos ordinarios o subordinados -, de la Hacienda Pública que implica un trato singular a un deudor frente al deber general de contribuir reconocido por el art. 31 de la CE, de lo que deriva su carácter excepcional.*⁵⁵

Devemos ressaltar que essa atuação da Administração Tributária espanhola é constantemente fiscalizada pela sociedade, já que se exige uma fundamentação expressa dos motivos que levaram a conceder descontos e parcelamentos de um crédito tributário de uma empresa em recuperação judicial, sendo certo que tais motivos devem sempre passar pelo juízo de ponderação entre a menor perda necessária do crédito para manter a empresa em atividade. Essa forma de atuar parece similar a que a Lei nº 14.112/20 propôs para os créditos tributários.

(ed.). *La fiscalidad del concurso de acreedores*. Madrid: Wolters Kluwer, 2016, p. 140.

⁵⁴ *Debe observarse que estos acuerdos se celebran al margen del proceso concursal, lo que no se traduce en la irrelevancia de éste; antes al contrario, la existencia del proceso concursal es el presupuesto habilitante previsto por el legislador para posibilitar un acto de disposición del crédito público.*

RIBES RIBES. *La posición*,...cit., p. 142.

⁵⁵ AGUILAR RUBIO. *Crédito tributario*,...cit., p. 339.

4. Conclusão.

De todo o exposto neste artigo, verificamos que a mudança legislativa efetivada pela Lei nº 14.112/20 na redação do artigo 6º da Lei nº 11.101/05 não é exatamente uma novidade legislativa, de forma que não podemos afirmar que ela terá destino diferente de sua predecessora. Certamente que, no mínimo, se trata de uma sinalização a respeito da necessidade de mudança na forma como o crédito tributário terminou por ser tratado nas recuperações judiciais, em razão da sistemática e reiterada interpretação jurisprudencial que o colocou como um nada jurídico e existencial.

Por outro lado, não se pode chegar nesse ponto e entender a mudança legislativa como uma espécie de revanchismo pelos anos de inação do Fisco em relação às empresas em recuperação e, a partir daí, iniciar-se uma perseguição desmedida que termine por levar a conservação da empresa a um lugar de insignificância. É muito importante a mobilização de todos os entes federados na busca de um equilíbrio entre os seus deveres como Administração Tributária e a necessidade de manter um regime coerente da recuperação judicial.

Referências

AGRA, Weber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

AGUILAR RUBIO, Marina. *Crédito tributario y concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, 2009.

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. La clasificación de los créditos. In: José Antonio García-Cruces Gonzáles, *Jurisprudencia y Concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 439-487.

BARBOSA SACRAMONE, Marcelo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BISBAL MENDEZ, Joaquín. *La empresa en crisis y el derecho de quiebras: una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.

BISBAL MENDEZ, Joaquín. La insoportable levedad del Derecho concursal. *Revista de Derecho Mercantil*, Issue 214, 1994, pp. 1-15.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020*. Altera as Leis n.ºs 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1. Acesso em: 1º out. 2021.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel. *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*. Granada: Editorial Comares, 1999.

FRIGOLA RIERA, Antoni. Reconocimiento de créditos. In: BELTRÁN, Emilio M.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, José Antonio (edits.). *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 2.505-2.525.

GARCÍA GÓMEZ, Antonio. J. Créditos tributarios y de la seguridad social (I). In: GARCÍA-CRUCES, José Antonio (ed.). *Jurisprudencia y Concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 489-533.

GARCÍA VICENTE, José Ramón. Garantías reales. In: BELTRÁN, Emilio M.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, José Antonio (edits.). *Enciclopedia de derecho concursal, Tomo II*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 1627-1650.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional, Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES DE OLIVEIRA, Paulo; DIAS NOLASCO, Rita. Os créditos tributários e o novo modelo de recuperação judicial. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de (coord). *Lei de Recuperação e Falência: pontos relevantes e controversos da reforma e a Lei 14.112/20*. São Paulo: Foco, 2021. *E-book*.

OLIVEIRA BARCIA, Roberta. *El crédito tributario en el concurso de acreedores*. 2020. 129

p. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade de Direito de Salamanca, Universidade de Salamanca, Espanha, 2020.

RIBES RIBES, Aurora. La posición de la hacienda pública en el proceso concursal. *In*: RIBES RIBES, Aurora (ed.). *La fiscalidad del concurso de acreedores*. Madrid: Wolters Kluwer, 2016, p. 115-151.

SECCHI MUNHOZ, Eduardo. Financiamento e investimento na recuperação judicial. *In*: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord.). *Dez anos da lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 264-290

SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio da. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA PACHECO, José. *Processo de Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007.

THOMÁS PUIG, Petra María. *La posición de la administración tributaria y el crédito tributario en el proceso concursal*. Madrid: La Ley, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. *Comentários à Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Foco, 2021.

ULHOA COELHO, Fábio. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

Recebido em: 25/11/2022

Parecer em: 15/12/2022

Parecer em: 30/03/2022