



Agravo de Instrumento nº: 0046087-14.2020.8.19.0000

Agravante: União

Agravado: Hotéis Othon SA em Recuperação Judicial e outros

Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto

ACÓRDÃO

Agravo de instrumento interposto pela União Federal. Recuperação Judicial. Apresentação da CND como condição para a homologação do Plano de Recuperação Judicial (Artigos 57 da Lei 11.101 e 191-A do CTN). Dispensa fundada na parcial inconstitucionalidade da Lei 13.043/14 e na necessidade de existência de um mecanismo de centralização de todo o passivo tributário, sem o qual seriam ineficazes os dispositivos que exigem a comprovação da regularidade fiscal.

1. Ao conceder liminar na Medida Cautelar na Reclamação 43.169/SP, salientou o Supremo Tribunal Federal, na relatoria do Ministro Luiz Fux, a impossibilidade de se dispensar a apresentação da CND para os fins de homologar o Plano de Recuperação Judicial sem antes declarar a inconstitucionalidade dos artigos 57 da Lei 11.101 e 191-A do Código Tributário Nacional, sobre os quais se pontuou que “a lógica do sistema não ostenta o caráter draconiano colimado na decisão reclamada.”

2. Decisão que, a despeito de ter perdido a eficácia ante a negativa de seguimento da respectiva ação constitucional, mantém a autoridade dos argumentos brilhantemente lançados pelo então relator.

3. Jurisprudência do STJ que negava cogência à exigência das certidões ao argumento de que a Lei 10.552 não reconhecia ao devedor qualquer direito subjetivo ao





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível**



parcelamento, lacuna que foi suprida pela Lei Federal 13.043/14 e rerratificada pela Lei 14.112/20, recentemente em vigor.

4. Persistência do entendimento anterior, no aguardo de uma legislação única, capaz de permitir a reestruturação global do passivo tributário, que não se sustenta, se a simples e potencial existência de uma disciplina jurídica ideal dos parcelamentos não importa a inconstitucionalidade da “segunda melhor opção”.

5. Passivo tributário que foi excluído da recuperação judicial em obséquio ao Princípio da Legalidade e à indisponibilidade do interesse público. Dispensa das CND e restrições às penhoras de ativos da recuperanda que terminam, somadas, por amesquinhar a dívida tributária, ignorando sua dignidade e a relação entre tributos e direitos fundamentais.

6. Dificuldade para a recuperação de empresas com atuação nacional, contribuintes em inúmeros municípios, que pode ocasionar dificuldades em concreto, mas não a inconstitucionalidade das normas dispostas no interesse da coletividade, e que ademais não compromete o êxito da presente recuperação, tratando-se de empresa concentrada em poucas cidades.

7. Constitucionalidade das normas em comento que foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao julgar o Incidente de Inconstitucionalidade 0048778-19.2019.8.16.0000.

8. Recurso provido para anular a decisão que homologou o Plano de Recuperação Judicial.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível



Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Agravo de instrumento n.º 0046087-14.2020.8.19.0000**, em que é agravante a União e agravados Hotéis Othon SA em Recuperação Judicial e outros.

ACORDAM os Desembargadores da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, **em dar provimento ao recurso**, na forma do voto do Relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de agravo de instrumento interposto pela União Federal contra a decisão do juízo da 5ª Vara Empresarial que homologou o plano de recuperação aprovado na Assembleia Geral de Credores de Hotéis Othon S/A, concedendo a recuperação às requerentes sem a exigência da regularidade fiscal do artigo 57 da Lei 11.101/05, segundo o qual “Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no artigo 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidão negativa de débitos tributários nos termos dos artigos 151, 205, 206 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.”

Segundo o agravante, a ratio por trás do artigo 5º, §7º, da Lei 11.101, que prevê o prosseguimento das execuções fiscais mesmo na hipótese de deferimento da recuperação, é a inexistência de lei dispendo sobre uma possível transação tributária, do que resulta a inviabilidade de que os credores, em assembleia, disponham sobre os créditos tributários concedendo prazos ou outras condições especiais de pagamento não previstas expressamente em lei.

A exclusão dos créditos tributários, prosseguem as razões recursais, não dispensa a recuperanda de expor como pretende saldá-los, donde avulta a importância da certidão exigida pelo artigo 57 da Lei 11.101 e pelo artigo 191-A, do CTN, seja a negativa quanto a conhecida Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, que pode ser expedida, segundo o artigo 206 do CTN, na





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível



presença de créditos ainda não vencidos, ou garantidos por penhora efetivada, ou ainda com exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151 do CTN.

A exigência da certidão, destarte, complementaria a disciplina da recuperação no plano da ordem tributária, que foi aperfeiçoada com a inclusão do artigo 155-A no CTN, exigindo a previsão de parcelamento para o pagamento dos débitos tributários pelas empresas em recuperação, e que foi atendida, no plano federal, pela edição da Lei 13.043/14, que ao acrescentar o artigo 10-A da Lei 10.552/2002, trouxe especial hipótese de parcelamento para a sociedade que pleiteia a recuperação judicial.

Estabelecidas as premissas acima e descendo à situação financeira das recuperandas, salienta a União a existência de passivo tributário de R\$ 770.301.305,20 sobre o qual nada se fala no pedido de recuperação, o que reforça a percepção generalizada de que a recuperação prossegue servindo de instrumento de planejamento tributário e blindagem patrimonial em detrimento dos créditos públicos, o que geraria, dentre outras distorções, concorrência desleal com as demais sociedades que se propusessem a pagar corretamente seus impostos.

Destaca o agravante que a exigência da CND não se acha superada pela jurisprudência do STJ, que nunca teria tratado da CND quando a homologação do plano houver ocorrido após a Lei 13.043 e a previsão expressa de parcelamento da dívida tributária.

Pede a União, por fim, o provimento do recurso para que seja sustada a recuperação sem a apresentação das devidas certidões de regularidade fiscal.

A liminar foi por mim deferida para suspender os efeitos da decisão que homologou o plano de recuperação judicial.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível



Em suas contrarrazões (fls. 590/614) alega a recuperanda, preliminarmente, ser equivocada a discussão do passivo tributário apontado pela agravante. Boa parte da dívida é imputada à recuperanda na qualidade de corresponsável pelo passivo IAA USINAS, ou das Usinas Barcelos, Carapebus e Cupim. Nas respectivas CDAs, conferidas por amostragem, não haveria qualquer referência à rede Othon, tudo indicando tratar-se de falha da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Outra dívida, de R\$ 340.000.000,00 (trezentos e quarenta milhões), seria objeto de discussão judicial e estaria já garantida por penhora, além de ter sido declarada parcialmente inexistente por sentença proferida em embargos à execução.

Acresce que no rol das dívidas apresentado pela PGFN muitas CDAs já foram quitadas, outras foram submetidas ao REFIS e outras ainda acham-se, também elas, discutidas judicialmente e garantidas por penhoras.

Salienta que o passivo tributário não se acha esquecido e que a agravada pagou, ao longo de dez anos, R\$ 400 milhões em impostos.

No que toca ao artigo 57 da Lei 11.101, sustenta que há muito consolidou-se o entendimento de ser ele inaplicável na ausência de um sistema de parcelamento fiscal especial e harmônico, assim atendido aquele que interligasse todas as esferas de arrecadação para as empresas em recuperação.

A Lei 13.043/2014 abrange somente os débitos federais e não se mostra suficiente à racionalização do passivo tributário, em particular para empresas que atuem em várias praças, como seria seu caso, com filiais em Salvador, Belo Horizonte e Rio de Janeiro, de modo que apesar da nova lei, continua-se a carecer de disciplina legislativa que integre todas as fazendas, permitindo o equacionamento conjunto das dívidas com a União, Estados e Municípios.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível

No que toca especificamente à Lei 13.043, para além de sua inequívoca insuficiência, reitera a agravada a convicção, expressa na decisão agravada, de sua parcial inconstitucionalidade, na medida em que, como condição para o deferimento do parcelamento, impõe a renúncia ao direito de discutir judicialmente a exigibilidade das CDAs.

De todo modo, por derradeiro, insiste na sobrevivência da consolidada jurisprudência do STJ ao advento da Lei 13.043/14 e à previsão legal do parcelamento das dívidas tributárias da União, conforme se extrai do AgInt no AREsp 00371/RJ, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 15/5/18, o Agravo de Instrumento/TJRJ nº 0019040-70.2017.8.19.0000, Relator o Desembargador Pedro Raguene, julgado em 20/2/2018, o Agravo de Instrumento/TJRJ 0063732-57.2017.8.19.0000, julgado em 24/7/2018, o Agravo de Instrumento/TJSP nº 2109677-09.2015.8.26.0000, Relator o Desembargador Ricardo Negrão, julgado em 9/9/2015, o Agravo de Instrumento 70064900038, Relator o Desembargador André Pereira Gailhard, julgado em 26/8/2015, dentre outros.

Pede a recuperanda, ao final, o desprovemento do recurso.

Pelo parecer de fls. 622/630 opinou o Ministério Público no sentido do desprovemento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Pela Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, introduziu-se no Código Tributário Nacional o artigo 155-A, prevendo o parcelamento do crédito tributário, segundo a forma e as condições previstas na legislação específica. Posteriormente, no dia 9 de fevereiro de 2005, duas disposições de conteúdo semelhante vieram à luz: o artigo 191-A do Código Tributário,





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível



acrescentado pela Lei Complementar 118, e o artigo 57 da Lei 11.101. Ambos afirmam, em síntese, que a recuperação judicial não poderá ser deferida sem a apresentação das certidões negativas de débitos tributários.

O funcionamento deste sistema e a exigência de quitação dos tributos foram então levados à apreciação do STJ que, por sua Corte Especial, ao julgar o REsp 1187404, concluiu: "O parcelamento tributário é direito de empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o artigo 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 de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação."

Do voto do Ministro relator extrai-se a compreensão da relevância da empresa na ordem econômica do país e o imperativo de salvar aquelas viáveis mas em transitório desequilíbrio, segundo a lógica do artigo 47 da Lei 11.101. Para que não se inutilize o mecanismo de salvação das empresas far-se-ia necessário dar efetividade ao artigo 155-A do CTN e reconhecer o direito do contribuinte ao parcelamento da dívida tributária.

Este fundamental direito ao parcelamento, por outro lado, não estaria sendo plenamente atendido pela Lei 10.522/2002, segundo ensinamento do Prof. Paulo Penalva, em obra transcrita pelo voto. Primeiro porque o prazo do parcelamento ficaria a critério da autoridade fazendária. Segundo porque sua concessão estava a depender de prévia garantia real ou fidejussória.

Assim, conclui o voto, adotando a opinião do ilustre jurista, "enquanto não for editada lei específica sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedores em recuperação judicial, parece evidente a impossibilidade de aplicação do disposto no artigo 57 da Lei 11.101/2005 e no artigo 191-A do CTN no sentido de exigir a prova da suspensão da exigibilidade do crédito tributário."





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível



Destaca-se a inexistência, no voto, de qualquer alusão à necessidade de um sistema de parcelamento conjunto de todas as dívidas tributárias das fazendas públicas da União, Estados e Municípios. Nada no voto, ou no livro, condicionou a exigência da quitação fiscal ao controverso nascimento da legislação comum a todos os débitos tributários.

Fato é que foi editada a legislação reclamada com o advento da Lei 13.043/14, que inseriu o artigo 10-A na Lei 10.522/02, segundo o qual "O empresário ou sociedade empresária que pleiteia ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos artigos 51, 52 e 70 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus tributos com a Fazenda Nacional, em 84 parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada."

A luta em torno do pagamento da dívida tributária, convém destacar, não decorre simplesmente do artigo 57 da Lei 11.101 e da exigência da certidão para a homologação do plano. Igualmente relevante é compreender a existência de um nítido conflito de interesses surgido da exclusão dos créditos tributários da recuperação, somada às restrições impostas pela jurisprudência ao prosseguimento dos executivos fiscais quando estes puserem em risco o sucesso do plano. Naturalmente, se os executivos fiscais, que não são suspensos, tivessem curso livre, seria inócua a preocupação com a apresentação de certidões de quitação fiscal.

Pois bem, ao editar a Lei 13.043 supunha o Congresso Nacional estar suprindo a lacuna apontada pelo Judiciário. Havia, afinal, previsão expressa da lei com prazo e forma para o exercício do direito subjetivo ao parcelamento. Mas quando os tribunais voltaram a se debruçar sobre as recuperações posteriores à novel legislação federal, as respostas não se alteraram substancialmente. No AgInt no AREsp 1185380, relator o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, no AgInt no REsp 1838544, relatora a Ministra Nancy Andrighi, e no REsp 1864625, também relatado pela mesma ministra, reafirmou o STJ a





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível

compreensão de que "a exigência da comprovação da regularidade fiscal do devedor (assentados no privilégio do crédito tributário), não tem peso suficiente - sobretudo em função da relevância da função social da empresa e do princípio que objetiva sua preservação - para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a suspensão da crise econômico-financeira que o acometeu."

Mantida a antiga orientação, porém, três reações vieram de três tribunais diversos. Sem qualquer ordem de importância, a primeira delas foi vista no REsp 1673421, relator o Ministro Herman Benjamin, quando a 2ª Turma assentou o seguinte entendimento: "a) Constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial se deu com estrita observância dos artigos 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do artigo 151 do CTN; b) Caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação Judicial sem a apresentação do CND ou CPEN, incide a regra do artigo 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal teria 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."

O r. voto vocaliza o óbvio, a meu sentir: a combinação da dispensa das certidões com a suspensão (ou limitação) dos executivos fiscais marginaliza o credor tributário. O paradoxo é acintoso, porque a recuperação judicial transformou-se em instrumento para satisfação de todos, exceto a Fazenda Pública.

A segunda reação à persistência da antiga jurisprudência veio do STF. Ao decidir o pedido de liminar na Reclamação 43.169, ajuizada pela Fazenda Nacional contra a decisão do STJ ao julgar o REsp 1.864.625, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, acima aludido, ponderou o Ministro Luiz Fux o aparente desafio à Súmula Vinculante 10, pelo absoluto esvaziamento da





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível



norma sem observância da reserva de plenário. E sobre o sistema proposto pela Lei 11.101 (artigo 57) e o CTN (artigo 191-A), destacou o então eminente relator a aparente razoabilidade da exigência da prova da quitação fiscal, *verbis*:

Em verdade a lógica do sistema não ostenta o caráter draconiano colimado na decisão reclamada. *De lege lata*, a exigência da certidão foi desenhada pelo legislador para que o devedor regularizasse a sua situação a partir do pedido de parcelamento formalizado junto à Administração Tributária. Consectariamente, o deferimento do pedido induz à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários (art. 151, VI do CTN), permitindo a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, que atesta a regularidade fiscal da empresa e permite a concessão da recuperação (art. 206 do CTN).

A fortiori, o que os dispositivos afastados na decisão reclamada impõem é que para além da negociação com credores privados, o devedor efetive a sua regularização, por meio do parcelamento, de seus débitos junto ao Fisco. Até porque, a não efetivação desta medida possibilita a continuidade dos executivos fiscais movidos pela Fazenda (art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05), o que, em última instância, pode resultar na constrição de bens que tenham sido objeto do Plano de Recuperação Judicial, situação que não se afigura desejável.

Mais recentemente também é possível vislumbrar, em âmbito federal, a expedição da Certidão de Regularidade Fiscal ao devedor que realiza a transação tributária com o Fisco nos termos da novel Lei 13.988/2020.

Ou seja/; as disposições contidas nos arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do CTN não interditam o pedido de recuperação judicial do devedor da Fazenda Pública, apenas exigem que a regularização de tais débitos dê-se dentro das balizas legais.

Em artigo publicado no jornal Valor Econômico, esse caráter sinalagmático da transação tributária como elemento para a regularização dos débitos fiscais, desejável em qualquer processo de recuperação judicial, foi bem destacado por Gabriel Augusto Luís Teixeira e Daniele de Lucena Zanforlin:

(...) Esse novo contexto vem a confirmar o papel crucial do equacionamento da dívida tributária para a efetiva recuperação da





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível

atividade econômica, a qual não se verifica se deixar como resultado do benefício judicial um passivo milionário com o Estado e a sociedade.

Nesse sentido, não busca o Fisco e PGFN o mero incremento da arrecadação tributária, mas uma participação efetiva e positiva no soerguimento da atividade empresarial, entendendo as dificuldades inerentes ao ciclo econômico, como é exemplo a regulamentação da transação extraordinária e a transação excepcional, com procedimento de adesão simplificado e rápido e disposições que visam auxiliar a recuperação das empresas afetadas por essa crise decorrente da pandemia da COVID-19.

Com efeito, os precedentes do STJ e dos tribunais inferiores que os mimetizaram, terminam por ignorar a lei sem lhe negar a constitucionalidade, apenas por terem-na como inadequada, difícil, etc. E as leis constitucionais comportam interpretações sistemáticas, mas nunca ao preço de suprimir-lhes todo o sentido, por mais nobres que sejam suas razões.

É verdade que essa decisão perdeu sua eficácia após a redistribuição do feito à relatoria do ilustre Ministro Dias Toffoli, que entendeu por bem negar seguimento à Reclamação, reconhecendo a inexistência, na espécie, de situação caracterizadora de desrespeito ao enunciado constante da Súmula Vinculante nº 10 e do artigo 97 da Constituição Federal, o que, de toda sorte, em nada enfraquece a autoridade dos argumentos brilhantemente lançados pelo então relator.

E o terceiro desafio à jurisprudência do STJ veio do Paraná, onde a constitucionalidade dos artigos 57 da Lei 11.101 e 191-A do CTN foi posta à prova no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 0048778-19.2019.8.16.0000, relator designado o Desembargador Clayton Maranhão.

Partindo da mesma premissa do Ministro Luiz Fux de que não era possível contornar os dois dispositivos e negar-lhes a eficiência sem declarar-lhes a inconstitucionalidade, houve por bem o TJPR debater o tema exatamente sobre o prisma adotado pela Eminentíssima Ministra Nancy Andrighi quando do anulado



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível



REsp 1864625: atende à exigência da proporcionalidade, sob a ótica da adequação e da necessidade, a exigência de prova da quitação fiscal?

Do voto vencedor extraem-se inúmeras reflexões do maior interesse. Começo com a absolutamente correta ponderação de que "**os tributos constituem instrumento de suma importância para a realização dos objetivos da sociedade nos Estados democráticos**". Por isso haveria um "**dever fundamental de pagar tributo, cujo cumprimento está diretamente vinculado à concretização dos direitos fundamentais...**"

A afirmação é correta e espanca com acerto um certo desprezo pelo tributo, como se constituísse dívida de menor legitimidade, sentimento talvez originado de nossa origem colonial. Os tributos são de fato o preço que se paga por "insumos" sem os quais o empresário não vive mas que insiste em desprezar: segurança, ordenação do trânsito, limpeza pública. Os tributos são, portanto, a contrapartida paga pelos direitos fundamentais, inclusive aqueles postos à disposição das sociedades empresárias.

Na mesma linha, diga-se que as empresas têm o ônus de cumprir sua função social, o que inclui deveres, "dentre os quais o de pagar tributos." **A salvação da empresa, bem por isso, não pode ser ilícita, feita para preservar estruturas inviáveis ou servir** de oportunidade para a realização de negociatas escusas por sócios e credores inescrupulosos..." (STJ - AgRg no CC nº 107.060/60).

Complementa o sistema de recuperação, destarte, a preocupação com os créditos tributários. Ainda que não participe da recuperação ou integre o negócio jurídico recuperacional, a Fazenda e a sociedade precisam ter seus interesses igualmente tutelados, para o que não é necessário o pagamento do passivo tributário. A certidão negativa de débitos pode ser a negativa, como também a positiva com força de negativa. A dívida pode estar garantida por penhora, ter sido suspensa por liminar ou objeto de parcelamento. Relevante somente é que ela haja sido objeto de preocupações do contribuinte, e nada





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível



disso, enfim, atenta contra o princípio da proporcionalidade, traduzindo ao contrário a percepção de que os tributos também devem ser pagos, porquanto remuneram serviços igualmente essenciais sem os quais as empresas não vivem. Permitir que alguns escapem consagra aquilo que os americanos chamam de "free rider" e os alemães de "Schwarze Fahrer": aquele que obtém vantagem da contribuição dos demais e logra competir sem o peso que limita a atuação de seu competidor.

O largo voto proferido pelo eminente relator paranaense transcreve igualmente passagens do voto convergente do Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, em que S. Exa aborda as reflexões do Ministro Luiz Fux, antes transcritas, também sob a perspectiva da adequação constitucional da exigência da quitação fiscal:

"(...) De início, aponto que o mencionado princípio da proporcionalidade não se constitui em postulado autônomo de aferição da constitucionalidade de regras legais por meio do chamado controle de convencionalidade da atividade legislativa. Não se presta para, isoladamente, sindicarem as razões e as finalidades do mérito do ato legislativo, invadindo a seara reservada ao Poder Legislativo. Como bem pontuado pelo Ministro EROS GRAU no julgamento da ADI 3453, "Não podemos, a pretexto da razoabilidade ou proporcionalidade corrigir o legislador. O que se pode fazer é declarar constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. [...] A pauta da razoabilidade não pode ser usada a pretexto de adaptarmos a lei aos nossos desejos ou anseios".

A aplicação desse princípio não pode se realizar de forma autônoma, mas apenas nas hipóteses em que se verifique restrição a determinado direito fundamental ou haja colisão entre bens, valores ou princípios constitucionais. Nessa linha, bem pontuou o Desembargador CLAYTON MARANHÃO em seu voto divergente, citando Humberto Ávila, que a proporcionalidade deve ser compreendida como postulado normativo aplicativo (norma de segundo grau que direciona o intérprete na aplicação de outras normas). Trata-se, pois, de um critério de interpretação de normas constitucionais, ou seja, de um "mecanismo





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível



instrumental para aferir a legitimidade das restrições a direitos fundamentais" (BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 512)

Certo é, contudo, que "O Estado não pode legislar abusivamente" (STF-ADI 551), porquanto a atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância dos parâmetros e garantias estabelecidos na Constituição Federal.

Nessa linha, o princípio da proporcionalidade serve como parâmetro para análise dos limites da discricionariedade do poder de conformação outorgado ao legislador, que não pode se afastar dos contornos e garantias constitucionais. Cuida-se, assim, de "um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais", de "um parâmetro de identificação dos denominados limites dos limites (Schranken-Schranken) aos direitos fundamentais; um postulado de proteção de um núcleo essencial do direito, cujos limites, porém não podem ser ultrapassados" (STF-ADI 4467).

A proporcionalidade tem por objeto, pois, a proteção do chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais, evitando o esvaziamento do seu conteúdo por razão de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. Nessa linha, os chamados "limites dos limites" servem de balizas à ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Nas lições do Ministro Gilmar Mendes, "a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 332/333).

Para tanto, há de se aferir, na espécie, se a apontada exigência de certidão negativa de débito tributário para a concessão da recuperação





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível



judicial restringe, de forma excessiva, o direito ao livre exercício de atividades econômicas (art. 170, parágrafo único, da CF).

Com a devida vênia ao entendimento do Relator, tenho que a exigência legal não afeta o núcleo essencial do direito ao livre exercício de atividade econômica, pois não exige a pronta quitação dos débitos fiscais da pessoa jurídica para a concessão da recuperação judicial, mas apenas a regularização de sua situação para com o Fisco. Essa regularização pode se dar, dentre outros, por meio de parcelamento formalizado perante a Administração Tributária (art. 151, VI do CTN), da concessão de medida liminar ou tutela antecipada em ações judiciais (art. 151, V do CTN) ou até mesmo de penhora em eventual execução fiscal (art. 206 do CTN). Nessas hipóteses, possibilita-se ao devedor a obtenção de certidão positiva com efeitos negativos, autorizando a concessão da recuperação judicial.

A par disso, a exigência se apresenta adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) para garantir o equacionamento dos débitos tributários da pessoa jurídica em crise.

Adequada porque o meio utilizado (exigência de certidão negativa) é idôneo para o fim colimado, qual seja, para que a renegociação dos débitos da empresa atinja, igualmente, os débitos tributários, e não Fisco - e conseqüentemente à sociedade - os encargos financeiros do benefício judicial concedido ao devedor.

Necessária porque, dentre os meios possíveis ao atingimento do fim colimado (regularização dos débitos tributários, a exigência de certidão negativa (ou positiva com efeitos negativos) é a que se apresenta, ao mesmo tempo, mais eficaz e menos gravosa. Conforme exposto alhures, não se está a exigir a pronta quitação dos débitos tributários, mas antes apenas a estimular o devedor a diligenciar junto ao Fisco (à exemplo dos demais credores) o parcelamento e a renegociação do seu débito.

E proporcional em sentido estrito na medida em que as vantagens advindas da exigência legal (regularização dos débitos fiscais) superam





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível



as desvantagens impostas ao devedor, ao qual, repita-se, não se exige a pronta quitação total dos tributos e muito menos se interdita o pedido de recuperação judicial.

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão monocrática proferida pelo Ministro LUIZ FUX, analisou a questão e concluiu pela adequação dos mecanismos constantes das regras ora impugnadas, assentando que "Em verdade a lógica do sistema não ostenta o caráter draconiano colimado na decisão reclamada. De lege ferenda, a exigência da certidão foi desenhada pelo legislador para que o devedor regularizasse a sua situação a partir do pedido de parcelamento formulado junto à Administração Tributária. Consectariamente, o deferimento do pedido induz à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários (art. 151, VI do CTN), permitindo a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, que atesta a regularidade fiscal da empresa e permite a concessão da recuperação (art. 206 do CTN).

"*A fortiori*, o que os dispositivos afastados na decisão reclamada impõem é que para além da negociação com credores privados, o devedor efetive a sua regularização, por meio do parcelamento, de seus débitos junto ao Fisco. Até porque, a não efetivação desta medida possibilita a continuidade dos executivos fiscais movidos pela Fazenda (art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05, o que, em última instância, pode resultar na constrição de bens que tenham sido objeto do Plano de Recuperação Judicial situação que não se afigura desejável.

"Mais recentemente também é possível vislumbrar, em âmbito federal, a expedição da Certidão de Regularidade Fiscal ao devedor que realiza a transação tributária com o Fisco nos termos da novel Lei 13.988/2020.

"Ou seja; as disposições contidas nos arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do CTN não interditam o pedido de recuperação judicial do devedor da Fazenda Pública, apenas exigem que a regularização de tais débitos dê-se dentro das balizas legais" (Rcl 43169 MC/SP).

Confira-se, no que interessa, a ementa desse julgado:





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível



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

[...]

3. A exigência de Certidão de Regularidade Fiscal para a homologação do plano de recuperação judicial faz parte de um sistema que impõe ao devedor, para além da negociação com credores privados, a regularização de sua situação fiscal, por meio do parcelamento de seus débitos junto ao Fisco.

4. Consectariamente, a não regularização preconizada pelo legislador possibilita a continuidade dos executivos fiscais movidos pela Fazenda (art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05), o que, em última instância, pode resultar na constrição de bens que tenham sido objeto do Plano de Recuperação Judicial, situação que não se afigura desejável.

5. Mais recentemente também é possível vislumbrar, em âmbito federal, a expedição da Certidão de Regularidade Fiscal ao devedor que realiza a transação tributária com o Fisco nos termos da nova Lei 13.988/2020.

[...]."

Por essas razões, voto no sentido de acompanhar a divergência inaugurada pelo Desembargador CLAYTON MARANHÃO para julgar improcedente o presente incidente."

Não vejo, igualmente, qualquer inconstitucionalidade nos artigos 57 da Lei 11.101 e 191-A, do Código Tributário, que traduzem ao contrário claro sinal pelo legislador de reconhecimento da dignidade do tributo como instrumento de





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível

implementação dos direitos fundamentais e espelho do Princípio da Solidariedade que norteia o Estado Brasileiro.

Diz a agravada que a exigência das certidões seria particularmente abusiva no seu caso. A maioria das dívidas aludidas pela Fazenda Nacional são de outra pessoa jurídica e lhe são atribuídas – injustamente – como corresponsável, sem que seu CNPJ sequer apareça na CDA. Outras estão garantidas por penhoras e outras ainda estão em vias de ser parceladas.

A preocupação não se sustenta, como visto. Cabe à recuperanda buscar uma possível liminar que suspenda a exigibilidade dos créditos tributários erroneamente inscritos, garantir os duvidosos e parcelar os incontroversos. Não se exige que pague a dívida. E caso se venha a exigir a desistência deste ou daquele meio de impugnação, como condição para o parcelamento, então será esta parte objeto de questionamento.

Mas sobre tais considerações, três últimas reflexões são cabíveis. A primeira é a de que a exigência de certidão pela recuperanda é tratada em tese. Não há qualquer afirmação concreta de que isso ou aquilo haja obstado a concessão da certidão. De tão convencida da irrelevância das dívidas tributárias, sequer se tenta equacioná-las: não há necessidade. E uma possível superação do dever de apresentação das CNDs, quando cabível, deveria estar eventualmente justificada pelas circunstâncias do caso concreto.

A segunda observação é que a exigência da desistência de possíveis recursos, como condição para o parcelamento, também foi tida por inconstitucional por força da retórica, porquanto em momento algum a recuperanda sustentou que, tendo postulado judicialmente a expedição da certidão, esta lhe foi negada pela existência de impugnações em esfera administrativa ou judicial.

E a terceira consideração é a de que este relator reconhece a dificuldade de algumas empresas, com atuação nacional, de obterem certidões



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Décima Sexta Câmara Cível

negativas de cada município e estado onde atuam, com prazos e forma de pagamento diferentes e por vezes antagônicos. Seria mesmo bom, conveniente, proveitoso, que houvesse um instrumento centralizador do débito tributário, nos moldes de uma recuperação geral. O problema é que a par de não ser esse o caso da recuperanda, com atuação em poucas praças do território nacional, não existe nesta dificuldade, por si só, inconstitucionalidade das regras discutidas, que poderiam, quando muito, admitir uma interpretação que não tolhesse, no caso concreto, o acesso pela recuperanda à reestruturação. A multiplicidade de credores tributários pode ser um problema para alguém, não para a agravada.

Em suma, e para concluir, se a inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial servia de respaldo à orientação firmada pela Corte Especial em 2013 (REsp 1.187.404/MT), essa lacuna legislativa não mais subsiste, aliás, a meu sentir, desde a edição da Lei 13.043/14, quando o Congresso, em um segundo momento, reuniu-se justamente para suprir a omissão acima apontada.

Contudo, como já aduzido, mesmo após a superveniência da Lei 13.043/14, a jurisprudência continuou a afastar a aplicação do artigo 57 da Lei 11.101/05 e do artigo 191-A do Código Tributário Nacional, sob a alegação, dentre outras, de que a concessão da recuperação judicial não impedia o Fisco de cobrar seus débitos separadamente e que a legislação que regulou o parcelamento não havia sequer fixado um prazo para a apreciação deste pela autoridade tributária.

E foi diante desse cenário que o Congresso reuniu-se mais uma vez, a terceira, para tratar da problemática do parcelamento do devedor em recuperação judicial, dando origem à recentíssima **Lei nº 14.112/2020**, que, ao promover reforma substancial da Lei de Recuperação e Falências e de outras leis especiais, manteve a exigência de regularidade fiscal para o deferimento da



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível

recuperação judicial, garantindo a ampliação do prazo para quitação do débito em até 120 meses¹.

Assim, em que pese a orientação do Superior Tribunal de Justiça pela desnecessidade da apresentação das CNDs no processo de recuperação judicial, não há como deixar de reconhecer que a Lei 14.112/2020 configura verdadeiro *ius superveniens* capaz de influir no julgamento da lide, e que por essa razão deve ser considerado neste processo, em obséquio à regra insculpida no artigo 493 do CPC/15, até que haja nova manifestação daquela Corte Superior.

Em outras palavras, o artigo 57 da Lei 11.101/05 e o artigo 191-A do Código Tributário Nacional, sob a nova roupagem que lhes deram as leis 13.043/2013 e 14.112/2020, devem ser aplicados ou terem sua inconstitucionalidade reconhecida, sendo que nada, na opinião deste Relator, autoriza a declaração de nulidade dos dispositivos da Lei 11.101 ou dos artigos das leis de parcelamento que se mostram concretamente necessários à dedução do pedido recuperacional.

Meu voto é no sentido de **dar provimento** ao recurso para cassar a decisão que homologou o plano de recuperação judicial sem a comprovação da regularidade fiscal.

Rio de Janeiro, 6 de abril de 2021.

¹ Art. 10-A da Lei 10.522/2002. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderá liquidar os seus débitos para com a Fazenda Nacional existentes, ainda que não vencidos até a data do protocolo da petição inicial da recuperação judicial, de natureza tributária ou não tributária, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, mediante a opção por uma das seguintes modalidades: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)
(...)

V - parcelamento da dívida consolidada em até 120 (cento e vinte) prestações mensais e sucessivas, calculadas de modo a observar os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada no parcelamento: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

a) da primeira à décima segunda prestação: 0,5% (cinco décimos por cento); (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

b) da décima terceira à vigésima quarta prestação: 0,6% (seis décimos por cento); (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

c) da vigésima quinta prestação em diante: percentual correspondente ao saldo remanescente, em até 96 (noventa e seis) prestações mensais e sucessivas; ou (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Sexta Câmara Cível



EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO
Desembargador Relator

