

# Economic Analysis of Law Review

## Os Poderes do Juiz no Processo de Recuperação Judicial e a Suspensão da Execução Fiscal da Empresa em Crise: Uma Análise Econômica

*The Powers of the Judge in the Reorganization Process and the Suspension of the Fiscal Execution Process of the Tax Debtor Company: An Economic Analysis*<sup>1</sup>

Vinícius Klein<sup>2</sup>  
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro<sup>3</sup>  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

### RESUMO

O Superior Tribunal de Justiça, de maneira majoritária, tem decidido que assiste ao juiz da recuperação judicial o poder de suspender atos de constrição de bens, determinados em sede de execução fiscal em desfavor do agente econômico em crise, sempre que referidos bens forem indispensáveis ao cumprimento do plano de recuperação apresentado. O entendimento, ainda que adotado com vistas à concretização do princípio da preservação da empresa, ao conferir ao órgão jurisdicional poderes que a lei aparentemente não lhe concede, acaba por produzir resultados econômicos indesejados tais como o agravamento dos riscos morais próprios do processo recuperacional, o desequilíbrio da ordem concorrencial e até mesmo a privação da sociedade dos tributos a que faz jus. É sobre esses efeitos que se irá discorrer no presente artigo.

**Palavras-chave:** Recuperação judicial. Poderes do juiz. Ordem econômica.

**JEL:** K22; K34; K42; L51.

### ABSTRACT

The Superior Court of Justice, in a majority manner, has decided that the judicial recovery court has the power to suspend acts of constriction of assets determined in the execution of tax proceedings against the economic agent in crisis, whenever said assets are indispensable to the fulfillment of the recovery plan presented. Even if this approach is adopted with a view to achieving the principle of preservation of the company, by giving the court powers which the law apparently does not grant it, it produces undesirable economic results, such as the worsening of the moral risks inherent in the recovery process, the imbalance of the competitive order and even the deprivation of society from the taxes to which it is entitled. It is on these effects that we will discuss in this article.

**Keywords:** Judicial reorganization. Powers of the judge. Economic system.

**R:** 07/12/18 **A:** 02/02/21 **P:** 31/08/22

<sup>1</sup> O presente artigo foi escrito antes do advento da Lei n. 14.112, de 2020, que, dentre outras medidas, acrescentou o § 7º-B ao art. 6º da Lei n. 11.101/2005, conferindo ao juízo da recuperação judicial competência para, no que diz respeito aos processos de execução fiscal, “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 norma apenas transforma em lei a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça contra a qual se insurge este trabalho. Em outras palavras, a edição da Lei n. 14.112, de 2020, não invalida os argumentos apresentados no texto.

<sup>2</sup> E-mail: [viniciusklein78@yahoo.com.br](mailto:viniciusklein78@yahoo.com.br)

<sup>3</sup> E-mail: [eduardordecastro@hotmail.com](mailto:eduardordecastro@hotmail.com)

## 1. Introdução

A controvérsia referente aos limites dos poderes do Juiz nos processos judiciais de recuperação de empresas adquiriu grande relevância, seja em âmbito doutrinário, seja em âmbito jurisprudencial, após o advento da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, doravante denominada Lei de Recuperação de Empresas (LRE).

Ao contrário do que ocorria no regime jurídico da Concordata, estabelecido no Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, a atual LRE confere aos credores amplos poderes decisórios referentes ao plano de recuperação apresentado pela empresa em crise. A recuperação, dessa forma, no regime vigente, não pode mais ser caracterizada como mero favor legal concedido pelo juiz.

Embora a LRE tenha fixado, de maneira, a nosso sentir, pormenorizada, os poderes das diversas classes de credores e os poderes do magistrado, estudiosos e Tribunais continuam a divergir sobre a validade das decisões judiciais que se imiscuem no mérito do plano de recuperação, isto é, das decisões que, contrariando o entendimento manifestado pela Assembleia Geral de Credores, deferem ou indeferem os pedidos de recuperação a partir de análise sobre a viabilidade econômica do referido plano.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a divergência revela-se sobremaneira presente. Ocorre que, embora tenha como sedimentado o entendimento de que, no processo de recuperação, “[o] magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica” (BRASIL, 2014 a), a referida Corte jamais deixou de se pronunciar pela possibilidade de o juízo recuperacional suspender atos de constrição de bens determinados em processos de execução fiscal, sempre que esses atos (de constrição) revelarem-se prejudiciais à viabilidade do plano<sup>4</sup>.

O que se percebe é que, embora não admita, o Superior Tribunal de Justiça é, ao mesmo tempo, contrário e favorável à interferência judicial no mérito do plano de recuperação. Contrário, sempre que isso implicar desrespeito às decisões dos credores privados da empresa em crise; favorável, sempre que isso implicar desrespeito *apenas* às disposições legais que protegem o crédito público.

No presente trabalho, optamos por tratar prioritariamente das consequências econômicas da adoção da segunda corrente de pensamento mencionada acima, qual seja, aquela que entende assistir poder ao juiz da recuperação para suspender as execuções fiscais propostas em desfavor do empresário devedor de tributos, desde que motivado pela concretização do princípio da função social da empresa. A opção pela análise econômica da norma se dá com o objetivo de munir aqueles que participam de sua formação (Poderes Legislativo e Judiciário) do aparato necessário ao alcance dos objetivos da ordem econômica constitucional<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> As manifestações favoráveis à suspensão de execuções fiscais potencialmente lesivas à recuperação da empresa continuaram a existir mesmo após o advento da Lei n. 13.043, de 13 de novembro de 2014, que, em seu artigo 43, instituiu o parcelamento especial de tributos federais para empresas em recuperação judicial. Nesse sentido, dentre outros, confira-se: (BRASIL, 2015 a).

<sup>5</sup> Conforme Gonçalves e Almedanha, a Análise Econômica do Direito – AED “contribui para prever as possíveis consequências das regras jurídicas, e como estas influenciam os atores sociais em cada caso... Ao final dessa análise é possível concluir que o conjunto de regras é ineficiente e isso ajudará nas propostas de modificação do sistema. Se a regra gera desperdício ela é ineficiente e injusta”. (GONÇALVES, ALMEDANHA, 2013, eletrônica).

## **Os Poderes do Juiz no Processo de Recuperação Judicial e a Suspensão da Execução Fiscal da Empresa em Crise: Uma Análise Econômica**

A hipótese é a de que a suspensão de execuções fiscais pelo juízo da Recuperação, ainda que determinada com vistas à preservação da empresa e de seus positivos dividendos sociais, traz prejuízos à ordem econômica vigente, tais como o agravamento dos riscos morais próprios do processo recuperacional, o desequilíbrio da ordem concorrencial e até mesmo a privação a sociedade dos tributos a que faz jus pelo exercício da atividade econômica por entidade dotada de capacidade contributiva.

Para tanto, percorreremos o seguinte trajeto, já iniciado por meio da presente introdução: na Seção 2, analisaremos os principais dispositivos da Lei de Recuperação de Empresas referentes ao processo de recuperação judicial, com ênfase naqueles que tratam do rito recuperacional e das prerrogativas do crédito público face aos créditos privados; na Seção 3, serão apresentados, de maneira mais detalhada, os mais relevantes argumentos (jurídicos) favoráveis e contrários à intervenção judicial no mérito do pedido de recuperação; na Seção 4, traremos à baila as principais decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ referentes ao assunto, com destaque para aquelas relacionadas aos poderes do juízo recuperacional para suspender execuções fiscais potencialmente lesivas ao regular cumprimento do plano; por fim, na Seção 5, serão apresentadas as principais consequências de ordem econômica e social da adoção do entendimento de que magistrados efetivamente podem, com base em juízo próprio sobre a viabilidade econômica de uma empresa, suspender execuções fiscais ajuizadas contra um agente econômico em crise.

A constitucionalidade das disposições legais que (i) impedem a suspensão das execuções fiscais ajuizadas em desfavor da empresa em crise (LRE, art. 6º, § 7º), (ii) condicionam o deferimento da recuperação judicial à quitação dos créditos tributários (LRE, art. 57) e (iii) conferem ao devedor em crise direito a um regime diferenciado e benéfico de parcelamento de tributos (LRE, art. 68), dado o escopo do presente trabalho, será tratada de maneira apenas lateral.

O estudo, portanto, concentra-se na segunda fase do processo de recuperação, iniciada após a sentença que defere o pedido inicial.

## **2. O Regime Jurídico de Recuperação Judicial da Empresa Devedora de Tributos**

O processo de recuperação judicial da empresa em crise, como visto, encontra-se regulado pela Lei n. 11.101, de 2005, especialmente pelas disposições contidas no Capítulo III do referido diploma legal. A recuperação judicial tem por objetivo principal proporcionar a “superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, o que, a um só tempo, permitiria “a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores” e promoveria “a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (LRE, art. 47)<sup>6</sup>.

Além de discriminar as condições para que os devedores possam requerer a recuperação (LRE, art. 48) e os créditos sujeitos à recuperação (LRE, art. 49), a LRE estabelece alguns dos

---

<sup>6</sup> Uma síntese dos objetivos da LRE pode ser encontrada em Lisboa et al; confira-se: “O objetivo central é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa enquanto unidade produtiva, mantendo assim a capacidade de produção e de geração de empregos, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para a sua recuperação, a partir de negociações com seus credores. Caso os credores entendam que a reabilitação da empresa não é possível, a Lei estimula a sua venda num rito expresso, de modo a permitir que, sob uma nova administração, a empresa continue a exercer a sua função social de gerar empregos e renda”. (LISBOA et al, 2006, p. 35).

meios passíveis de utilização pelo devedor para superação da crise econômico-financeira, dentre os quais destacamos a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações (LRE, art. 50, I), o aumento do capital social da recuperanda (LRE, art. 50, VI), a alienação do estabelecimento (LRE, art. 50, VII) e a venda de parte de seus bens (LRE, art. 50, XI).

Em linhas gerais, o rito do processo de recuperação funciona da seguinte forma: em primeiro lugar, o devedor em situação de crise protocola no juízo competente – em regra, uma Vara Especializada de Falências e Recuperação de Empresas – um pedido de processamento da recuperação, delineando as causas concretas de sua situação patrimonial e as razões de sua crise econômico-financeira e anexando a documentação comprobatória da crise e do rol de credores (LRE, art. 51); em segundo lugar, estando a petição e a documentação em ordem, há o deferimento do processamento da recuperação, após o que tem início o prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação do plano de recuperação (LRE, art. 53, *caput*); em seguida, após a apresentação do plano e a habilitação de créditos porventura não discriminados pelo devedor, a Assembleia Geral de Credores delibera sobre as condições propostas pelo devedor; por fim, havendo aprovação do plano pela assembleia e comprovando-se que não existem créditos tributários exigíveis, defere-se, por sentença, o pedido de recuperação (LRE, art. 58, *caput*), momento a partir do qual consideram-se novadas as dívidas (LRE, art. 59, *caput*).

Tem-se, portanto, um processo voltado à coordenação dos interesses de devedor e credores que, quando exitoso, culmina em um acordo para pagamento da dívida mediante condições diversas das originalmente pactuadas. Nas palavras de Garcia e Sant'Anna (2017, eletrônica), “[c]om o pedido de recuperação judicial, o devedor coloca-se em posição de negociação pública da sua dívida, sob a supervisão e a fiscalização do Poder Judiciário, do Ministério Público e de todos os seus *stakeholders*”.

Embora o art. 49, *caput*, da LRE prescreva que “[e]stão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”, os parágrafos 3º e 4º do mesmo artigo contemplam hipóteses de créditos que não se submetem aos efeitos da recuperação, dentre os quais destacamos aquele de titularidade do proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis (LRE, art. 49, § 3º, 1ª parte) e o montante entregue ao devedor decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação (LRE, art. 49, § 4º, c/c, art. 86, II).

*O crédito de titularidade da Fazenda Pública também não está sujeito à recuperação judicial.* Em primeiro lugar, deve-se observar que o legislador, ao discriminar, no art. 41 da LRE, as diversas classes de credores aptas a integrarem a Assembleia Geral, deixou de incluir – propositalmente – os Entes públicos. Em segundo lugar, e mais importante, existe regra expressa no Código Tributário Nacional, no capítulo destinado aos privilégios e garantias do crédito tributário, no sentido de que “[a] cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em... recuperação judicial” (art. 87, na redação dada pela Lei Complementar n. 118, de 2005).

Coelho fundamenta a não sujeição do crédito fazendário ao processo recuperacional no fato de que, “[e]m função do princípio da indisponibilidade do interesse público, na lei tributária não se acomoda bem qualquer tipo de negociação do crédito fiscal” (2013, p. 232). Para o autor, “[é]... inteiramente inconciliável com esse princípio de direito público a previsão, no plano de recuperação apresentado pelo devedor, de parcelamento ou abatimento do valor devido ao fisco”, uma vez que “somente a lei pode estabelecer qualquer remissão do crédito tributário” (COELHO, 2013, p. 232).

Não por outro motivo, a LRE veda a suspensão das execuções fiscais propostas em desfavor da empresa em recuperação judicial (art. 6º, § 7º).

## Os Poderes do Juiz no Processo de Recuperação Judicial e a Suspensão da Execução Fiscal da Empresa em Crise: Uma Análise Econômica

No que diz respeito ao crédito tributário, as prerrogativas do Ente Público são ainda mais relevantes, chegando a LRE a condicionar o deferimento da Recuperação à apresentação de certidões negativas dos referidos créditos (art. 57). É dizer, para poder realizar o pagamento dos credores privados nas condições especiais estabelecidas no plano – aprovado pela Assembleia Geral –, o devedor precisará, antes, quitar sua dívida tributária ou, na melhor das hipóteses, parcelar o débito<sup>7</sup>, e manter referidos créditos com exigibilidade suspensa.

Para a obtenção dessas certidões, as únicas benesses legais a que fazem jus as sociedades em recuperação, no que diz respeito à equalização de seu passivo tributário, são aquelas discriminadas no art. 155-A, §§ 3º e 4º, do Código Tributário Nacional (na redação dada pela Lei Complementar n. 118, de 2005), que estabelecem o dever dos Entes Públicos legislarem sobre condições especiais de parcelamento para empresas em recuperação judicial, condições essas que não poderão contemplar prazos inferiores ao da legislação federal específica<sup>8</sup>.

Apesar das disposições legais protetivas do crédito público mencionadas acima, é majoritário, no âmbito dos Tribunais, em especial, do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento segundo o qual assiste ao juízo da recuperação judicial competência para suspender atos constritivos determinados pelo juízo da execução fiscal, sempre que tais atos puderem, de alguma forma, inviabilizar o cumprimento das disposições do plano aprovado pela Assembleia de Credores<sup>9</sup>. Tem-se, aqui, situações em que, pouco tempo depois de apresentar certidões negativas de débitos (indispensáveis ao deferimento do pedido de recuperação), o devedor volta à situação de inadimplência, ensejando a continuidade dos atos de constrição em execuções fiscais.

Essas decisões reacendem um dos grandes debates jurídicos relacionados ao tema da recuperação de empresas, qual seja, o dos limites dos poderes do órgão jurisdicional no tocante ao mérito do plano proposto, tema esse que será objeto de estudo mais detido nas próximas seções.

### 3. Os Poderes do Magistrado no Processo de Recuperação Judicial

Conforme exposto acima, ainda graça grande controvérsia, inclusive no âmbito dos Tribunais, sobre os limites efetivos dos poderes do magistrado no processo de recuperação judicial. De um lado, encontram-se aqueles que julgam ser possível ao órgão estatal manifestar-se sobre o mérito do plano apresentado pela empresa em crise e aprovado pela Assembleia de Credores; de outro, aqueles que defendem que, à luz das disposições legais, competiria exclusivamente aos credores decidir sobre a viabilidade econômica da recuperação proposta, tendo a lei conferido ao magistrado apenas poderes para fiscalizar o cumprimento dos requisitos legais.

A primeira corrente ampara-se sobretudo na regra contida no art. 47 da LRE, que versa sobre o objetivo fundamental da recuperação judicial, qual seja, viabilizar a situação de crise econômico-financeira do devedor, com vistas a permitir a manutenção da fonte produtora de

---

<sup>7</sup> Embora nenhum crédito público, seja ele tributário ou não tributário, se sujeite à recuperação judicial, a lei condiciona o deferimento da recuperação à apresentação *apenas* de certidões negativas de débitos *tributários*. Assim, o sujeito que possua dívidas exigíveis decorrentes de um auto de infração de natureza ambiental, por exemplo, poderá ver deferido seu pedido de recuperação. O devedor em comento, porém, por força da lei, não terá qualquer garantia contra a continuidade de processo executivo fiscal.

<sup>8</sup> Uma síntese das principais questões tributárias verificadas no âmbito de um processo de recuperação pode ser encontrada em: (GONÇALVES, SIQUEIRA, 2016, p. 664-678).

<sup>9</sup> A análise pormenorizada dessas decisões será tratada, no presente trabalho, em seção específica.

riquezas, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Estabelecendo a lei que a recuperação judicial visa não só ao pagamento dos credores, mas também à manutenção da empresa, competiria ao agente do Estado (juiz) avaliar a viabilidade do plano e, em sendo o caso, envidar esforços para viabilizar essa preservação, ainda que a assembleia de credores pense de forma diversa.

Nesse sentido, confira-se o que diz Vaz:

Nesse contexto, ao juiz deve ser garantido o papel de avaliar se os ônus suportados pelos dois polos de interesses são equivalentes. Em outras palavras, cabe ao magistrado avaliar, caso a caso, o conteúdo dos planos de recuperação – não só em seus aspectos de estrita legalidade, mas também sob a ótica da viabilidade – de modo que seja possível aferir se a recuperação judicial é o meio adequado para, ao mesmo tempo, assegurar a preservação da empresa e a tutela do crédito, minimizando os impactos negativos na economia. (VAZ, 2015, p. 167)

Sobre o assunto, salientando a necessidade de adoção de uma postura mais ativa por parte do Estado-Juiz, com vistas ao alcance dos benefícios próprios da manutenção da atividade empresarial, assim leciona Campinho:

A empresa revela-se um ‘ativo social’, na medida em que nela convivem múltiplos interesses da coletividade que sobre ela gravitam. Não tem sentido eliminar-se empresa viável, cuja aferição resulta da aprovação do plano de recuperação formulado pelo devedor e aceito por seus credores, pela simples ausência da apresentação de certidões negativas. É dever do Estado evitar o fim da atividade economicamente capaz de produzir dividendos sociais. Mais do que isso: é seu dever contribuir para a preservação dos agentes econômicos capazes e viáveis. A eliminação é para aqueles incapazes econômica e financeiramente ou desonestos. É para essa situação que se destina a falência, como forma de saneamento do mercado. (CAMPINHO, 2012, p. 182)

Referindo-se especificamente aos dispositivos protetivos do crédito público, Gonçalves e Siqueira (2016, p. 676) manifestam-se no sentido de que “o Princípio da Preservação da Empresa deve prevalecer no âmbito da recuperação judicial, mesmo que o conjunto da Lei n. 11.101/2005 não dê todo respaldo estabelecido no seu art. 47”. Para reforçar sua posição, referidos autores chegam a afirmar – em claro menosprezo ao crédito tributário –, que “o Princípio da Preservação da Empresa leva em consideração o interesse da coletividade e não de uma classe de credores em especial (e.g. créditos tributários)” (GONÇALVES, SIQUEIRA, 2016, p. 675).

Warde Junior e Pereira (2015), de maneira não usual na doutrina pátria, apresentam critérios para que o juiz se imiscua no mérito do plano apresentado e, a partir de uma análise da viabilidade econômica da empresa, defira ou indefira o pedido inicial. Em primeiro lugar, deve-se evitar a homologação quando ele (o plano) for flagrantemente incapaz de proporcionar a recuperação da empresa; em segundo lugar, quando for fortemente improvável que a aprovação do plano viabilize a satisfação dos créditos nele contemplados; e, em terceiro lugar, sempre que houver prova, ainda que indiciária, de que existiu vício no acordo de aprovação do plano.

A segunda corrente, à qual nos filiamos, em sentido diametralmente oposto, à luz das disposições da LRE, manifesta-se no sentido de que ao magistrado da recuperação competiria exclusivamente o controle da legalidade dos atos praticados pelas diversas partes envolvidas no processo. A norma contida no art. 47 da LRE, dessa forma, não poderia funcionar como uma espécie de carta branca ao juiz para, com base em análise pessoal sobre a viabilidade da empresa, homologar ou deixar de homologar planos reprovados ou aprovados, respectivamente, pela Assembleia Geral.

## Os Poderes do Juiz no Processo de Recuperação Judicial e a Suspensão da Execução Fiscal da Empresa em Crise: Uma Análise Econômica

Ao contrário do que ocorria no regime jurídico da Concordata, instituído pelo Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, em que a recuperação da empresa em crise era viabilizada sobretudo por decisão discricionária do juiz, a Lei de Recuperação de Empresas confere protagonismo aos agentes do mercado não só para fiscalizar o cumprimento do plano, mas para decidir sobre a viabilidade econômica do devedor<sup>10</sup>. Em outras palavras, “[a] recuperação judicial, ao contrário da concordata (sob o regime do Decreto-Lei nº 7.661/45), não é mais um benefício titularizado e concedido pelo Estado, segundo os critérios deste, mas um acordo coletivo, uma transação judicial coletiva” (MAMEDÉ, 2012, p. 167).

Sobre o assunto, Branco explica que, “[e]m síntese, a Lei 11.101/2005 ampliou substancialmente os poderes dos credores, seja pela criação de dois órgãos que lhes são privativos e com competência própria, seja pelo aumento e facilitação dos poderes e direitos dos credores considerados em sua individualidade” (2013, p. 43). Os órgãos a que se refere referido professor são o Comitê de Credores e a Assembleia Geral de Credores.

O Comitê de Credores, no processo de Recuperação, dentre outras, possui as atribuições de fiscalizar a administração da devedora (LRE, art. 27, II, a) e a execução do plano (LRE, art. 27, II, b) e “submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas [na] Lei, a alienação de bens do ativo permanente” (LRE, art. 27, II, c). As competências da Assembleia Geral de Credores, que, ao contrário do supracitado comitê, é de instituição obrigatória, são ainda mais relevantes, destacando-se as de deliberar sobre aprovação, rejeição ou modificação do plano apresentado pela devedora (LRE, art. 35, I, a), a constituição do Comitê de Credores (LRE, art. 35, I, b), assim como “qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores” (LRE, art. 35, I, f).

Ao juiz, de acordo com o texto da lei, competiria, dentre outras providências, fixar o valor e a forma do pagamento da remuneração do administrador judicial (LRE, art. 24, caput), verificar a regularidade da documentação necessária ao pedido de processamento da recuperação judicial e, a depender do caso, deferir ou indeferir referido pleito (LRE, art. 52, caput), ordenar a expedição de editais (LRE, art. 52, § 1º) e, cumpridas as exigências legais, conceder “a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 [da] Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 [da] Lei”.

Diferentemente do que acontece na legislação americana, a LRE brasileira cuida expressamente (art. 58, §§ 1º e 2º) das hipóteses em que o juízo está autorizado a homologar o plano de recuperação mesmo que não tenha havido sua aprovação, pela Assembleia Geral, pelo chamado quórum ordinário<sup>11</sup>, não dando grande margem de atuação discricionária ao magistrado.

---

<sup>10</sup> Sobre o procedimento da concordata, precisas são as palavras de Salles (2014, p. 229-230): “Apesar de utilizar-se da mesma nomenclatura ‘concordata’, o antigo Decreto-Lei nº 7.661/1945 adotou sistema distinto: o devedor formulava o pedido de concordata, que podia ser preventiva ou repressiva, conforme fosse pedida em juízo antes ou depois da decretação da falência (art. 139). Do pedido de concordata, os credores poderiam opor embargos, indicando as provas que julgassem necessárias (art. 142), e ao juiz era atribuído o papel de proferir sentença concedendo ou não a concordata. Os fundamentos que podiam ser utilizados pelos credores para embargar a concordata vinham expressos na legislação: o credor deveria demonstrar o ‘sacrifício’ maior do que a liquidação ou a impossibilidade evidente de ser cumprida a concordata, inexistências no relatório apresentado pelo síndico, ou quaisquer atos de fraude, má-fé ou a prática de crimes falimentares. Poderia ainda alegar impedimentos quanto à pessoa do concordatário. O mérito da concessão ou não da concordata era uma questão a ser decidida pelo Poder Judiciário, conferindo ao instituto uma estrutura processual alheia ao acordo de vontade entre as partes”.

<sup>11</sup> O quórum ordinário para aprovação do Plano de Recuperação pela Assembleia Geral de Credores está previsto no art. 45 da LRE. De acordo com o dispositivo em comento, tratando-se de credor trabalhista, a “proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito” (art. 45, § 2º); tratando-se de titulares de créditos com garantia real, titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados, a “a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do

Daí falar-se que “o Brasil adotou um critério legalista para a concessão do Cram down” (SALLES, 2014, p. 221).

#### **4. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão dos limites dos poderes do juiz no processo recuperacional é tratada de maneira contraditória. No que diz respeito à relação do empresário devedor com credores privados, sujeitos ao plano, não se tem admitido ao juízo que teça considerações sobre a viabilidade do plano. No que diz respeito aos créditos tributários, porém, tem-se autorizado os magistrados a suspender, com base em critérios discricionários, atos de constrição em execuções fiscais que de alguma forma possam obstar o normal andamento do plano.

Nos autos do Recurso Especial n. 1359311 (BRASIL, 2014 a), de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a 4ª Turma do STJ deixou assentado que “o magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica”. Nas razões do voto vencedor, observou-se ainda que “o magistrado não é a pessoa mais indicada para aferir a viabilidade econômica de planos de recuperação judicial, sobretudo daqueles que já passaram pelo crivo positivo dos credores em assembleia”.

Quando do julgamento do Recurso Especial n. 1660195 (BRASIL, 2017), da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a 3ª Turma do mesmo Superior Tribunal de Justiça afirmou expressamente que “ao regular a recuperação judicial, a Lei n. 11.101/2005 optou por submeter à vontade da coletividade diretamente interessada na satisfação do crédito a faculdade de opinar e autorizar os procedimentos necessários ao reerguimento econômico da sociedade empresária em crise”. Para o referido órgão jurisdicional, “exceto para correção de ilegalidades verificadas em relação às condições prévias que autorizam a concessão da recuperação ou à elaboração do plano..., as deliberações tomadas em assembleia-geral não estão submetidas a controle jurisdicional”.

Considerações semelhantes foram realizadas no julgamento do Recurso Especial n. 1532943 (BRASIL, 2016 a), de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze. Na oportunidade, restou assentado que “[a] assembleia geral de credores compete analisar, a um só tempo, a viabilidade econômica da empresa, assim como da consecução da proposta apresentada”, ao Poder Judiciário, por sua vez, “incumbe velar pela validade das manifestações expendidas, e, naturalmente, preservar os efeitos legais das normas que se revelarem cogentes”<sup>12</sup>.

Ocorre que o mesmo Tribunal vem se manifestando no sentido de que assiste ao juízo da recuperação competência para suspender atos de constrição determinados no âmbito de processos de execução fiscal, desde que esses atos possam atrapalhar o regular cumprimento do plano.

Nos autos do Recurso Especial n. 1166600 (BRASIL, 2012 b), de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira do Turma do STJ, considerando “a situação concreta delineada pela

---

valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes” (art. 45, § 1º); e, tratando-se de titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, a “a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito” (art. 45, § 2º).

<sup>12</sup> No mesmo sentido, dentre outros, confira-se: (BRASIL, 2012 a); (BRASIL, 2013); (BRASIL, 2014 a); (BRASIL, 2016 b).



instância ordinária”, de que “o curso da execução fiscal, garantido por lei, [inviabilizaria] a recuperação da empresa”, decidiu pela suspensão dos atos de constrição postulados pela Fazenda Pública. No entendimento da Corte, “a prevalência momentânea da indisponibilidade do patrimônio público [resultaria]... em afastamento perene e instantâneo do princípio da preservação da empresa, com prejuízo para todos os demais credores, bem como para toda a coletividade”. A Ministra Relatora considerou ainda que, “caso o plano seja bem-sucedido – alcançando-se o saneamento da crise empresarial – haverá ainda capital para a realização do crédito tributário, inclusive com todos os consectários decorrentes da mora”.

A Segunda Seção da Corte, quando do julgamento do Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 136.130 (BRASIL, 2015), que teve como Relator para o Acórdão o Ministro Antonio Carlos Ferreira, deixou consignado que nem mesmo a edição de lei federal sobre parcelamento especial para empresas em recuperação judicial (Lei n. 13.043, de 2014) seria suficiente para alterar a jurisprudência sobre a competência do juízo da recuperação para suspender atos de constrição potencialmente lesivos ao regular cumprimento do plano. Para o Ministro Relator (para o acórdão), “ainda que momentaneamente suspenso o processo executivo, não se pode[ria] afastar a possibilidade de o juízo da execução proferir, no futuro, decisões provocadas por fatos novos, viabilizando a alienação dos bens atingidos por penhoras”. Essa probabilidade recomendaria “manter a competência do juízo da recuperação para decidir a propósito de eventuais disposições de bens da sociedade em recuperação”.

Esse entendimento, a nosso sentir, além de contrariar frontalmente a mens legis, acarreta consequências danosas ao equilíbrio da ordem econômica Constitucional, como se verá de maneira mais detalhada adiante.

## **5. A Suspensão da Execução Fiscal pelo Juízo da Recuperação Judicial: Análise Econômica**

O magistrado da recuperação que determina a suspensão de atos de constrição de bens (penhoras, arrestos, leilões, adjudicações etc) determinados pelo juízo da execução fiscal, em nosso sentir, ainda que motivado pelo ideal de preservação da empresa – e de seus inegáveis dividendos sociais –, *viola flagrantemente o regime jurídico vigente*, em especial, as disposições da Constituição de 1988, do Código Tributário Nacional e da Lei n. 11.101, de 2005, e contribui para a produção *de resultados econômicos indesejados*.

Analisando a medida (de suspensão) sob um prisma jurídico, podemos afirmar que se trata de verdadeiro “*favor ilícito*” concedido pelo órgão jurisdicional ao agente econômico em crise, tendo em vista que, a um só tempo, contraria disposição legal expressa (LRE, art. 7º, § 6º), desvirtua o sistema de preferências creditórias fixado no Código Tributário Nacional e na LRE, extrapola os poderes legalmente atribuídos ao juiz no processo de recuperação e elimina um dos requisitos indispensáveis à recuperação, qual seja, o da regularidade fiscal.

Quando o juiz determina que as execuções fiscais sejam suspensas para que não atrapalhem o regular cumprimento do plano aprovado pela Assembleia de Credores, o que ele está fazendo nada mais é do que *inverter a ordem de preferências creditórias legalmente estabelecida*. Em outros termos, ao suspender a execução fiscal, o magistrado da recuperação ignora a prescrição do CTN segundo a qual “o crédito tributário prefere a qualquer outro, ... ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho” (Art. 186, na redação dada pela LC n. 118, de 2005) e determina que credores outros, todos privados, sejam pagos preferencialmente.

Ao evitar-se que o patrimônio societário seja destinado à quitação dos débitos tributários, em benefício de credores privados, sob o fundamento de que tal medida é fundamental ao soerguimento empresarial, revela-se claro o *entendimento jurisprudencial de que o Fisco pode sempre – e indefinidamente – esperar*, mas os demais credores não, o que é indefensável, sobretudo num Estado Social e Democrático de Direito.

Como visto anteriormente, ao contrário do que ocorria ao tempo da vigência do Decreto-Lei n. 7661, de 1945, atualmente não mais assiste ao juiz o poder de identificar quais empresários estão aptos à recuperação e quais não estão, assim como de escolher quais medidas ele (juiz) deve adotar para proporcionar essa “redenção”. *Deve o magistrado se cingir ao controle de legalidade procedimental e da validade das manifestações de vontade externadas*, de maneira a evitar abusos e fraudes.

A opção legislativa de se ampliar o poder dos credores decorre da ideia de que os agentes do mercado – mais especificamente, os credores da sociedade em crise – *estão mais habilitados do que os agentes estatais, como aqueles que integram as Cortes Judiciais, para aferir se determinada atividade empresarial é economicamente viável ou não*. A empresa será eficiente, do ponto de vista econômico, se conseguir demonstrar aos credores, e não ao juiz, que tem condições de competir (SALLES, 2014, p. 232-233).

Além disso, ao determinar que execuções fiscais permaneçam suspensas durante o período de cumprimento do plano, o magistrado da recuperação acaba por, ainda que indiretamente, *eliminar um dos requisitos legais indispensáveis à recuperação judicial*, qual seja, o da *regularidade fiscal*.

Embora a lei condicione o deferimento da recuperação à apresentação de CND e nada disponha sobre a necessidade de manutenção dessa condição após a sentença de procedência, parece-nos evidente que a intenção do legislador foi a de também condicionar o cumprimento do plano à inexistência de débitos tributários exigíveis, na medida em que *vedou a suspensão das execuções após o “deferimento” da recuperação* (LRE, art. 7º, § 6º).

*Os agentes econômicos envolvidos na recuperação (devedor e credores) se sujeitam ao Fisco, não o contrário*. É dizer, quem quer efetivamente se reerguer mediante plano de recuperação judicial, deve ter em mente que não pode fazer um plano que ignore eventuais pendências de natureza tributária.

Não bastasse o exposto, “é inadmissível que uma decisão do juízo em que se processa a recuperação venha a vincular entes que não participam da relação processual da recuperação” (GUIMARÃES, BORDA, 2018). O procedimento em comento, conforme doutrina mais autorizada, “tem a capacidade de projetar efeitos sob aqueles que possuem créditos perante a empresa em recuperação, e não criar regras a terceiros que não têm, a princípio, qualquer relação com tal empresa” (GUIMARÃES, BORDA, 2018). Não existe nada na LRE que confira às decisões proferidas em sede de recuperação a eficácia *erga omnes* pretendida.

Considerando que a tese acatada pelo Superior Tribunal de Justiça viola tantas prescrições jurídicas, e que essas prescrições são editadas com vistas à maximização dos interesses de toda a coletividade, não apenas do devedor (SCHWARTZ, 1998, p. 1814), não é difícil concluir que *a concessão de tantos poderes ao juízo da recuperação acarreta também nefastas consequências de ordem econômica*.

Assim, é oportuno mencionar os principais efeitos ou consequências da suspensão das execuções fiscais de forma discricionária pelos magistrados.

## Os Poderes do Juiz no Processo de Recuperação Judicial e a Suspensão da Execução Fiscal da Empresa em Crise: Uma Análise Econômica

A primeira consequência de ordem econômica decorrente da adoção da tese defendida pelo STJ é a *concessão de poderes para regulação do mercado a agente que evidentemente não possui essa capacidade*. Em outros termos, aceitar que o juízo falimentar detém competência para excepcionar obrigações legais que porventura inviabilizem a recuperação econômica da empresa é aceitar a tese de que referido agente (burocrático) está apto não só a identificar ilegalidades procedimentais e vícios de vontade dos agentes envolvidos (devedor e credores), mas também, e principalmente, a proporcionar a eficiência almejada pelo mercado, o que não pode prosperar.

Como bem lecionam Rasmussen e Skeel Jr.:

Em contraste com sua expertise em fiscalização de maus comportamentos, contudo, magistrados não são tão eficientes ao desempenhar outras funções. A mais óbvia delas é a de tomar decisões sobre negócios privados. Como os agentes do mercado são penalizados pelo mercado quando fazem más decisões (eles perdem dinheiro), e agraciados ao fazerem boas decisões (eles ganham dinheiro), um agente do mercado tem um grande incentivo para fazer decisões negociais mais sábias. Em contrapartida, uma vez que um juiz de falência não tem uma participação pessoal na empresa, ela não suporta as consequências de qualquer decisão comercial tomada no contexto da falência. Como resultado, os juízes não estão tão bem posicionados para tomar decisões de negócios como os de mercado. (RASMUSSEN, SKEEL JR, 1995, p. 93)

No mesmo sentido, assim leciona Salles:

Ao restringir o controle judicial sobre a deliberação acerca do plano de recuperação à legalidade da manifestação da vontade dos credores, a Lei nº 11.101/05 concentra no Poder Judiciário o papel de analisar algo que lhe é perfeitamente típico e familiar em sua função jurisdicional: analisar o aspecto da validade dos negócios jurídicos em geral — ou seja, um controle sobre o alcance da autonomia privada fundamentado na legalidade e na boa-fé objetiva. O controle judicial sobre a decisão da assembleia de credores se concentra nas limitações impostas juridicamente à autonomia privada, e não na judicialização de seu conteúdo volitivo. (SALLES, 2014, p. 233)

O raciocínio descrito acima, positivado no Direito Brasileiro, não se baseia numa visão romântica do mercado, que inequivocamente possui falhas, mas apenas na ideia de que, em certos casos, ele é o agente mais indicado a tomar determinadas decisões, sobretudo quando comparado a servidores públicos (RASMUSSEN, SKEEL JR., 1995, p. 85).

Aqui, além da falta de expertise do Poder Judiciário, pode-se mencionar a questão da assimetria de informações entre o Poder Judiciário e os agentes econômicos envolvidos. Nesse sentido, dentre outros, Scott (2000, p. 865) argumenta que a solução judicial em uma relação de cunho negocial somente será superior à obtida pelos contratantes no ambiente de mercado quando o magistrado possuir mais informações que as partes, *permitindo que a transação seja ajustada judicialmente de forma eficiente*<sup>13</sup>. Ocorre que o Poder Judiciário busca informações para decidir usualmente junto às próprias partes, o que torna a superioridade informacional do magistrado uma condição pouco usual.

---

<sup>13</sup> Neste sentido, afirma o autor: “So, here is the empirical condition that must be satisfied in order to pursue successfully an activist strategy of ex post adjustment: informed and capable courts and uninformed parties. It is probably the case that our intuitions on the plausibility of this condition divide us to this day. (That is what makes for good academic debate). In my view, the condition is unlikely to be satisfied frequently in practice. The only time courts will be asked to direct the result ex post will be when bargaining has broken down because one or both parties have hidden information and the court has information that at least one of the parties lacked. But courts typically obtain information from the parties themselves; they do not acquire information independently.” (SCOTT, 2000, p. 865).

No âmbito da recuperação judicial, o mesmo raciocínio é claramente aplicável, uma vez que *a superioridade informacional do Poder Judiciário com relação ao mercado em geral e aos credores em especial acerca da condição econômica e financeira da empresa e a sua viabilidade futura é pouco provável*. Por exemplo, uma instituição financeira que realizou empréstimos à empresa costuma ter mais informações que o magistrado acerca da situação e da perspectiva futura do referido agente econômico. Além de não possuir dados confiáveis sobre a efetiva situação econômica da empresa recuperanda, o órgão jurisdicional costuma ter menos informações sobre perspectivas futuras do mercado em geral do que os agentes econômicos – que fazem parte deste mercado. Ademais, a decisão pela viabilidade econômica da empresa recuperanda é irreversível, uma vez que a posterior comprovação de que foi imposta judicialmente a recuperação de uma empresa inviável não poderá ser revista de forma a que seja possível voltar ao *status quo ante*<sup>14</sup>.

Ademais, o *raciocínio judicial tem dificuldade para incorporar os argumentos científicos-econômicos acerca da viabilidade econômica de uma empresa*. O padrão argumentativo presente nas decisões judiciais é de restrição a argumentos não jurídicos. Por vezes, o magistrado leva em conta no processo de descoberta da decisão argumentos científicos-econômicos que não são retratados no processo de justificação<sup>15</sup>.

O juiz que suspende a penhora e o leilão de bens necessários tanto à equalização do passivo tributário da empresa em crise quanto ao cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação deve também explicar por quanto tempo referidas penhora e leilão ficarão suspensas e de que forma se dará, no futuro, a quitação do débito. O juiz que sujeita a Fazenda Pública aos efeitos do plano de recuperação deve pensar também em um plano para quitação do passivo tributário, o que não é sua especialidade.

*Um segundo efeito econômico negativo é o agravamento dos riscos morais próprios do processo de recuperação*. O risco moral se configura sempre que um agente, ao executar uma tarefa, desvia do caminho necessário para que esta seja concluída na forma determinada e consegue escapar da sanção inicialmente desenhada<sup>16</sup>. A sanção, no caso, não é imposta porque como o nível de dedicação é de conhecimento exclusivo do agente, ele pode utilizar este fato de forma oportunista. Por exemplo, suponha que um empregado afirme que demorou muito para realizar uma tarefa em função de dores de cabeça, mas em realidade ele apenas atuou com pouca dedicação ao trabalho. Como o empregador não tem como aferir com precisão a existência das dores de cabeça, a desídia do empregado pode não ser punida. O problema é que, ao colocar menos esforço na tarefa proposta e não sofrer qualquer punição, haverá um incentivo de que na próxima vez ele novamente coloque um nível de esforço abaixo do desejado, caracterizando a situação de risco moral.

Ora, se o empresário consegue desviar do cumprimento da condição legal do pagamento de tributos ele será cada vez menos diligente com o pagamento desses tributos. Afinal, ao não perder o acesso à recuperação mesmo não aderindo a um programa de refinanciamento, ele está deixando de sofrer a punição legalmente prevista por não ter se dedicado às suas obrigações tributárias no nível juridicamente adequado.

<sup>14</sup> Para uma análise das consequências desse caráter de irreversibilidade ver: (BAIRD, MORISON, 2001, p. 356-372).

<sup>15</sup> Para um tratamento mais detalhado do tema, ver: (KLEIN, GRANDO, 2016, p. 141-148).

<sup>16</sup> O conceito de risco moral foi construído pela teoria econômica no âmbito da economia dos contratos, sendo posteriormente utilizado em outros contextos. Uma definição, neste context, pode ser vista em MACHO-STADLER; PÉREZ-CASTRILLO: “*A moral hazard problem exists when the agent’s action is not verifiable, or when the agent receives private information after the relationship has been initiated. In moral hazard problems the participants have the same information when the relationship is established, and the informational asymmetry arises from the fact that, once the contract has been signed, the principal cannot observe (or cannot verify) the action (or the effort) of the agent, or at least, the principal cannot perfectly control the action.*” (MACHO-STADLER; PÉREZ-CASTRILLO, 2001, p. 9).

## Os Poderes do Juiz no Processo de Recuperação Judicial e a Suspensão da Execução Fiscal da Empresa em Crise: Uma Análise Econômica

Partindo do pressuposto de que, “a escolha racional é a reação a um incentivo que pode estar na norma jurídica” (GONÇALVES, ALMEDANHA, 2013), e considerando que a norma jurídica, fruto da interpretação dos Tribunais, estabelece que – em muitos casos – a regularidade fiscal só se faz necessária até o momento descrito no art. 57 da LRE, não é difícil concluir que o número de empresários que optarão por priorizar o cumprimento do plano em detrimento do credor público aumentará sensivelmente.

Some-se a isso o fato de que, nos termos da LRE, desde o deferimento do processamento da recuperação judicial a empresa recuperanda poderá exercer suas atividades *independentemente da apresentação de certidões negativas*, “exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios” (art. 52, II).

Do incremento dos riscos morais do processo recuperacional pode-se antever uma outra consequência econômica, qual seja, a *redução do índice de adimplemento tributário pelas sociedades em crise após a sentença de procedência* do pedido de recuperação.

A redução da arrecadação tributária provocada pela possibilidade, ainda que abstrata, de suspensão de medidas de constrição de bens pelo juízo da execução fiscal, por sua vez, acarreta outros efeitos prejudiciais à ordem econômica, como a perda de receita do Ente público credor e o *desequilíbrio da ordem concorrencial*.

Obviamente, ao perder receita, o Ente Público, impedido de prestar a contento os serviços a que está incumbido por determinação constitucional, buscará novas fontes de financiamento, gerando indesejada alteração no cenário macroeconômico estabelecido.

Fala-se em *desequilíbrio concorrencial* por não haver qualquer grau de objetividade no auxílio concedido pelos juízes para que a empresa em crise possa se recuperar. O que, para alguns magistrados, pode representar situação fática apta a obstar a penhora e o leilão de bens úteis à consecução do plano, para outros, pode não ser suficiente para a suspensão das aludidas execuções fiscais. Passa-se, assim, a permitir que um dos agentes tenha uma redução de custos não em função de ganhos de eficiência produtiva ou tecnológica, mas sim em decorrência do deferimento de um favor judicial.

A atuação judicial tem como uma das suas características típicas – em especial nos países de *civil law*, como o Brasil – a análise focada no caso concreto e não nas consequências extrajurídicas da decisão. Assim, os impactos concorrenciais da decisão individual de liberar o pagamento de tributos não costumam ser tratados. Entretanto, o favorecimento de determinada empresa em detrimento das concorrentes em última análise pode significar o desrespeito a um dos conteúdos da livre iniciativa, a neutralidade concorrencial do Estado no âmbito da atividade econômica. Afinal, a escolha do agente econômico que deve permanecer no mercado deve ser feita pelos mecanismos do próprio mercado, não cabendo ao Estado definir qual empresa deve prosperar e qual deve ser excluída no âmbito da atividade econômica (BOMFIM, 2011, p. 180-181). O papel estatal, por conseguinte, é de criar um procedimento capaz de auxiliar qualquer agente econômico em situações de dificuldade conjuntural, mas que exerça uma atividade economicamente viável.

Como a análise da viabilidade econômica da empresa e a escolha das medidas necessárias à sua recuperação ficam a critério de cada juiz, não há como garantir tratamento igualitário aos agentes do mercado em situação de dificuldade. Enquanto alguns, a depender do magistrado, terão a faculdade de postergar indefinidamente o pagamento dos tributos, outros deverão permanecer em situação de regularidade fiscal durante toda a execução do plano, o que, num país

em que boa parte da carga tributária incide sobre a geração de riqueza, gera grave risco à igualdade de competição (MARTINS, 2005, p. 674).

Este cenário gera também um outro efeito, que é o favorecimento de uma cultura de *rent-seeking* e busca de captura do magistrado, uma vez que ele passa a decidir com ampla discricionariedade se o pagamento dos impostos gera ou não prejuízos para o plano de recuperação. A possibilidade de obtenção de privilégios e, portanto, rendas em função de escolhas discricionárias de agentes públicos gera uma competição entre os agentes econômicos pela posição privilegiada, retirando recursos que poderiam ser direcionados a busca por mais eficiência. Assim, a expressão *rent-seeking* pode ser entendida como a busca por privilégios ofertados pelo Estado através de um dispêndio de recursos privados<sup>17</sup>.

Portanto, um empresário em situação de dificuldade financeira ao invés de aderir a um programa de refinanciamento em igualdade de condições com as demais empresas pode buscar obter uma condição privilegiada de não aderir ao programa de refinanciamento e mesmo assim ter acesso à recuperação. Essa busca irá direcionar recursos em geral para a obtenção do favor judicial que seriam gastos de forma mais eficiente na própria recuperação da empresa.

Em síntese, ao tentar “ajudar” a empresa em crise e suspender, com base em critério discricionário, execuções fiscais contra ela ajuizadas, o juízo da recuperação acaba por imiscuir-se indevidamente na ordem econômica, sem capacidade para avaliar as consequências positivas e negativas da sua decisão, produzindo, diversos efeitos negativos. Ainda, apesar de não ser objetivo deste estudo mensurar estes efeitos pode-se afirmar que os efeitos negativos são significativos e tendem a ultrapassar os benefícios de permitir a recuperação de algumas empresas que não se enquadram nos requisitos legais para tanto.

## **6. Conclusão**

O novo regime jurídico de recuperação de empresas, instituído pela Lei n. 11.101, de 2005, além de positivizar o ideal de preservação da empresa, conferiu protagonismo aos credores do devedor em crise para identificação da existência – ou não – de viabilidade de reerguimento e continuidade da atividade econômica. Ao contrário do que ocorria no regime do DL n. 7.661, de 1945, não assiste mais ao órgão jurisdicional competência para conceder qualquer “favor” à empresa postulante da recuperação, devendo, ao contrário, limitar-se a controlar a legalidade procedimental e a avaliar a validade das manifestações de vontade dos protagonistas envolvidos.

No que diz respeito ao crédito tributário, o legislador optou não só por não o submeter aos efeitos da recuperação, como por condicionar o deferimento desta à regularização fiscal da empresa em crise. Como meio de auxiliar essa regularização, porém, estabeleceu-se a obrigatoriedade de criação de um regime de parcelamento especial para empresas em recuperação judicial.

A separação do tratamento jurídico dos créditos tributários com relação aos demais créditos do plano justifica-se em função da impossibilidade de negociação do montante devido sem autorização legislativa. A solução escolhida pela atual legislação de prever a necessidade de um parcelamento especial para as empresas em crise tem como principal vantagem o tratamento

---

<sup>17</sup> Sobre o conceito de *rent-seeking*, confira-se: (TULLOCK, 1967). Para uma primeira sistematização da literatura, ver: (KRUEGER, 1974).

isonômico entre as empresas, que devem aderir a um programa de parcelamento previamente ofertado pelo Poder Público com condições iguais para todos os concorrentes.

O movimento jurisprudencial abordado neste artigo, de desobrigar a empresa em recuperação do pagamento dos tributos sem a correspondente adesão ao programa de parcelamento especial, mas como base na intuição judicial de que se estaria deixando de recuperar empresas supostamente viáveis, traz efeitos negativos significativos. Neste trabalho foram identificados alguns desses efeitos: a dificuldade da regulação do mercado pelo Poder Judiciário, a perda de receita tributária, o desequilíbrio concorrencial, o agravamento do risco moral próprio do processo de recuperação e o favorecimento à cultura do *rent-seeking*.

Além dos efeitos negativos mencionados, deve-se reforçar que o movimento jurisprudencial em questão vai contra a intenção da nova legislação, de aperfeiçoar o processo de recuperação de empresas através do uso de mecanismos de mercado para tomar a decisão acerca da viabilidade ou não da atividade empresarial. A organização da atividade econômica através do mercado deve levar ao fenômeno salutar de que as empresas ineficientes sejam extintas e os agentes eficientes se mantenham e prosperem, não havendo razão para que o Estado imponha a manutenção de determinado agente econômico incapaz de gerar lucros suficientes para a sua sobrevivência. Em última instância, os custos da tentativa de recuperação de uma empresa que não atende aos requisitos legais para tanto serão suportados pelos credores e pela sociedade, seja através da perda da arrecadação tributária, seja através das perdas decorrentes da tentativa artificial de recuperar empresas que não atendem o critério legal de viabilidade econômica.

## 7. Referências

- BAIRD, Douglas; MORISON, Edward R. Bankruptcy Decision Making. **The Journal of Law, Economics & Organization**, 17, pp. 356-372, 2001.
- BOMFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O poder dos credores e o poder do juiz na falência e na recuperação judicial. **Revista dos Tribunais** n. 936. São Paulo: Outubro de 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1359311/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, acórdão publicado no Diário da Justiça de 30/09/2014.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no CC 136.130/SP**, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, acórdão publicado no Diário da Justiça de 22/06/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1660195/PR**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 10/04/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1532943/MT**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 10/10/2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1314209/SP**, Terceira Turma. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 01/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1374545/SP**, Terceira Turma, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 25/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1513260/SP**, Terceira Turma. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 10/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1166600/RJ**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 12/12/2012.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. O abuso do direito de voto pelo credor na recuperação judicial. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 14, n. 02, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248188>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

GONÇALVES, Oksandro; ALMEDANHA, Cristina Malaski. Análise econômica do direito e a suspensão das ações e execuções em face da empresa em recuperação judicial: instrumentos para o desenvolvimento. **Revista de Direito Empresarial – RDEMP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 2, maio/ago. 2013, Disponível em: <[www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96852](http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96852)>. Acesso em 30 maio de 2018.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; SIQUEIRA, Felipe de Poli. Questões tributárias no âmbito da Recuperação Judicial: enfoque no Princípio da Preservação da Empresa. *Economic Analysis of Law Review*. V. 7, nº 2, p. 664-678, Jul-Dez, 2016.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; BORDA, Daniel Siqueira. **Limites e possibilidades de empresas em recuperação judicial participarem de licitações públicas** (Ecos do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg na Medida Cautelar 23.499/RS). *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 12, n. 1, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232505>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

KLEIN, Vinicius; GRANDO, Guilherme. Os Argumentos Econômicos na Argumentação Judicial. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (orgs). **Análise Econômica do Direito: justiça e Desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016, pp. 141-148.

KLEIN, Vinicius. **A Economia dos Contratos: uma análise microeconômica**. Curitiba: CRV, 2015.

KRUEGER, Anne O. The Political Economy of Rent-Seeking Society. **American Economic Review**, 64, pp. 291-303, 1974.

LISBOA, Marcos de Barros et al.. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luís Fernando Valente de. (org) **Direito**



**Os Poderes do Juiz no Processo de Recuperação Judicial e a Suspensão da Execução Fiscal da Empresa em Crise: Uma Análise Econômica**

**Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2006

MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, J. David (2001). **An Introduction to the Economics of Information:** incentives and contracts. 2ª ed., New York: Oxford University Press.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro** v. 4 - Falência e recuperação de empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Obrigações acessórias tributárias e a disciplina jurídica da concorrência. In: *Princípios e limites da tributação*. Roberto Ferraz (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 668-682.

RASMUSSEN, Robert K.; SKEEL JR, David. A. The economic analysis of corporate bankruptcy law. **3 Am. Bankr. Inst. L. Rev.** 85, 1995.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (orgs). *Análise Econômica do Direito: justiça e Desenvolvimento*. Curitiba: CRV, 2016.

SCHWARTZ, Alan. A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy. *The Yale Law Journal*, v. 107, n. 6, pp. 1807-851, 1998.

SALLES, Daniel J. P. de C. O controle judicial sobre a homologação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 11, n. 1, p. 219-238, jan./abr. 2014.

SCOTT, Robert E. The Case for Formalism in Contract Law. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 94, n. 3, p. 847-876, 2000.

TULLOCK, Gordon. The Welfare Costs of tariffs, monopolies and Theft. **West Economic Journal**, 5, pp. 224-232, 1967.

WARDE Junior, Walfrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. Um falso combate – discricionariedade da assembleia geral de credores por oposição aos poderes do juiz no escrutínio do plano de recuperação judicial. In **Revista dos Tribunais n. 915**, ano 104, janeiro de 2015, São Paulo, p. 445-447.

VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas:** atuação do juiz. Dissertação. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito, 2015.