

A execução de crédito fiscal contra empresa em recuperação judicial: uma análise sobre a aplicabilidade de atos executórios contra empresa recuperanda

Cíntia Tamara Araújo da Silva
Graduanda em Direito na Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO

A recuperação judicial é um instituto jurídico de grande relevância para a preservação de empresas que, embora sejam economicamente viáveis, estão em crise, pois facilita a negociação entre a devedora e os respectivos credores. Entretanto, como a Lei nº 11.101/2005 determina que o plano de recuperação não abrange os créditos fiscais, a execução fiscal pode prosseguir regularmente, o que pode criar obstáculos à recuperação da empresa e impedi-la de funcionar e de, conseqüentemente, exercer a sua função social. Por essa razão, apesar da determinação legal a respeito, os tribunais brasileiros têm divergido quanto aos limites da cobrança fiscal, isto é, se ela pode praticar atos constritivos e/ou expropriatórios contra as empresas recuperandas ou não. Por conseguinte, considerando-se as finalidades da recuperação judicial, este artigo visa a analisar como o Judiciário tem enfrentado essa temática.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Execução fiscal. Função social. Tribunais brasileiros.

ABSTRACT

The judicial recovery is a judicial institute of great relevance for the preservation of companies which, in spite of being economically viable, are in crisis, because it facilitates negotiations between the debtor and creditors. However, as the Brazilian Law n. 11.101/2005 determinates that the fiscal credits are not included in the restructuring plan, the tax enforcement can proceed regularly, what may create obstacles to the company's recovery and hinder it from operating and, consequently, carrying out its social function. For this reason, despite the legal determination relating to it, Brazilians courts

have been diverging about the limits of the tax charging, that is, if it is allowed to practice constrictive acts and/or expropriating acts against recovering companies or not. As a result, considering the judicial recovery purposes, this article aims to analyze how the Judiciary have faced this theme.

Keywords: Judicial recovery. Tax enforcement. Social function. Brazilian courts.

Introdução

A recuperação judicial é o instituto que possibilita a reorganização da empresa que, embora seja viável – isto é, seja ativa há um período de tempo considerável, com mão de obra e tecnologia suficientes para se manter funcionando, com patrimônio capaz de, mediante uma negociação com os credores privados, satisfazer os seus débitos –, não esteja conseguindo produzir rendas bastantes para o pagamento das dívidas por ela contraídas (COELHO, 2013, p. 174). Em resumo, a recuperação judicial se volta às empresas em estado de insolvência, mas dotadas de condições e estrutura que possibilitem o restabelecimento das “recuperandas” (CAMPINHO, 2006, p. 10).

Por conseguinte, a preservação da empresa é uma finalidade intrínseca a esse instituto, por meio do qual se busca manter em adequado funcionamento fonte produtora com potencial de recuperação e relevância para a sociedade e para a economia do país, conforme dispõe o art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

Não obstante seja objetivo desse instituto a facilitação dos pagamentos aos credores da empresa em crise, a negociação decorrente do plano recuperacional a ser cumprido pela devedora não abrange a execução dos créditos fiscais, uma vez que ela, segundo o art. 6º, § 7º da LRF e o art. 187 do CTN, não se submete à suspensão dos feitos executivos, imposta aos credores em geral da recuperanda.

Portanto, é legalmente possível o prosseguimento da execução fiscal com vistas à satisfação do crédito fiscal, de acordo com o regramento previsto na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80).

Há, em contrapartida, uma ressalva a essa regra, qual seja, a adesão de parcelamento do débito para com a Fazenda Pública, cujo regramento deve ser feito pelo CTN e pela legislação ordinária específica, de acordo com a Lei nº 11.101/2005.

O CTN, por sua vez, no art. 155-A, §§ 3º e 4º, ao tratar do parcelamento a ser concedido às empresas em recuperação judicial, exige a edição de lei específica a respeito, porém admite

que, enquanto essa lei não for elaborada, apliquem-se às recuperandas as mesmas regras das leis do parcelamento genérico. Assim o fez porque, como disposto no art. 151, inciso VI do CTN, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito, de modo que, apesar de a cobrança de crédito fiscal não se sujeitar ao concurso de credores, a execução fiscal não poderá prosseguir enquanto a empresa estiver cumprindo o pagamento das parcelas em questão. Logo, nem o interesse fazendário será frustrado, nem a recuperação da empresa será inviabilizada, pois não haverá necessidade de se aplicarem contra ela medidas constritivas nem atos expropriatórios.

Contudo, como a referida legislação específica somente veio a ser elaborada em 2014 (Lei nº 13.043/2014), muitos planos de recuperação judicial foram homologados mesmo sem a comprovação de regularidade da beneficiária perante o Fisco, requerida pelo art. 57 da LRF, para se evitar a falência de empresas ainda capazes de se recuperarem.

Como resultado, muitas das empresas às quais foi concedida a recuperação judicial, embora não houvessem aderido ao parcelamento, ainda que o geral, tinham débitos fiscais em aberto. Por essa razão, tendo em vista a inoccorrência de qualquer das causas de suspensão da exigibilidade do crédito dispostas no art. 151 do CTN, deu-se regular prosseguimento à execução fiscal nesses casos, inclusive com a efetivação de penhora e com a realização de hasta pública.

Entretanto, as empresas passaram a se insurgir contra a continuidade do feito executivo, especialmente contra a prática de atos de constrição e de alienação dos bens a elas pertencentes, alegando que essas medidas as inibiriam de cumprir o plano recuperacional e impediriam a reorganização empresarial. Portanto, violariam o princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, como mencionado anteriormente.

Neste momento, então, aos tribunais brasileiros foi lançada a seguinte questão: é possível a aplicação de atos constritivos e/ou de atos expropriatórios contra empresa em recuperação judicial? Como resposta, os órgãos julgadores apresentam soluções diversas, as quais poderiam ser divididas em três diretrizes.

A primeira tese, a qual será, neste projeto, denominada de “Tese Conservadora”, considera admissível não só a prática de atos constritivos como também a de medidas expropriatórias. A segunda delas, por seu turno, aqui denominada de “Tese Preservacionista”, é formada pelos julgadores que nem admitem a prática de atos de constrição, nem de alienação contra a

recuperanda, em virtude dos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa. Por fim, conforme a terceira tese, que será denominada de “Tese Mista”, entende-se que, sim, é possível a realização da penhora, mas não de atos de alienação dos bens da empresa em recuperação.

Dessa maneira, é bastante controversa a questão sobre o cabimento ou não da aplicação de penhora e/ou de expropriação de bens contra a empresa em recuperação judicial, uma vez que, conquanto seja determinação expressa da lei, o prosseguimento da execução fiscal poderia colocar em risco o cumprimento do art. 47 da Lei nº 11.101/2005 e inviabilizar a preservação da recuperanda.

À vista disso, é de grande relevância analisar-se qual seria o entendimento mais adequado a ser adotado em casos como esses, pois é comum que empresas em recuperação judicial sejam também devedoras fiscais, dadas as próprias condições de dificuldade econômico-financeira por elas enfrentadas. Além disso, há imprescindíveis interesses envolvidos nessas questões, haja vista ter-se, por um lado, o interesse empresarial e também público com vistas à recuperação da empresa, unidade produtiva, e, por outro, o interesse público quanto à satisfação do crédito fiscal a ser utilizado na subsistência do Estado e, conseqüentemente, da sociedade.

Por essas razões, é importante e necessário estudarem-se os fatores a serem considerados quando do julgamento de casos como esses, para cuja resolução, como se demonstrou, não há ainda jurisprudência consolidada. Para tanto, serão analisadas não só decisões de alguns dos tribunais brasileiros como também a doutrina desenvolvida a respeito desse tema.

Por fim, será proposta a pacificação dessa discussão através da adoção de uma das teses jurisprudenciais supracitadas.

1 A recuperação judicial de empresas

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.101/2005, a recuperação judicial é o instituto por meio do qual uma empresa em crise, porém economicamente viável, pode obter a facilitação do pagamento dos seus débitos e, com isso, reestruturar-se e continuar em funcionamento (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 222).

Dessa maneira, visa a, primordialmente, evitar que empresas em atividade há um período considerável de tempo, com tecnologia e mão de obra capazes de mantê-las produzindo, com patrimônio remanescente e cujas atividades sejam relevan-

tes para a sociedade sejam simplesmente extintas, o que geraria um verdadeiro desequilíbrio na economia do país. Esse é, portanto, o escopo primordial da recuperação judicial, conforme previsto no art. 47 da mencionada lei, a seguir transcrito:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Como se pode observar nesse dispositivo, o instituto recuperacional possui como fundamento para a sua existência dois princípios básicos, que se propõem a estimular a atividade econômica, quais sejam, o Princípio da Preservação da Empresa e o Princípio da Função Social da Empresa.

Nesse sentido, é possível relacionar-se o Princípio da Preservação da Empresa aos objetivos imediatos da recuperação judicial, tendo em vista que ela possui como finalidade precípua o restabelecimento de empresa capaz de se reerguer da dificuldade econômico-financeira, mas não autonomamente, e, com isso, a manutenção da atividade produtiva. Por conseguinte, através da recuperação judicial, busca-se não só evitar a extinção da atividade empresarial em crise como também a causação de prejuízos à economia e à sociedade como um todo.

O Princípio da Função Social da Empresa, por sua vez, alude principalmente aos objetivos mediatos do instituto ora estudado, isto é, aos propósitos indiretamente alcançados pela reorganização e conservação da empresa em dificuldades. Como exemplo desses efeitos reflexos, há o aquecimento da economia, a prevenção contra o aumento do desemprego, a não frustração dos consumidores, a continuidade da atividade produtiva, entre outros.

Destarte, seja de forma imediata, seja de forma mediata, a recuperação judicial pretende, sem dúvidas, evitar o encerramento de empresa capaz de superar a crise econômico-financeira.

Por conseguinte, por ser muito relevante o conhecimento desses objetivos e fundamentos da recuperação judicial para a compreensão da controvérsia relacionada à efetivação da execução fiscal contra empresa recuperanda, passa-se a analisar, mais detidamente, os princípios supracitados.

1.1 Os princípios gerais da recuperação judicial

1.1.1 O princípio geral da função social da empresa

O princípio da função social da empresa não está expressamente previsto na Constituição de 1988. Contudo, decorre do princípio constitucional da Função Social da Propriedade, uma vez que a realização de atividade empresarial é uma das formas de se exercer o direito à propriedade.

Na realidade, esse princípio foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 6.404, de 1976, a qual impôs às Sociedades por Ações o dever de satisfazer a função social da empresa. Consequentemente, por analogia, cabe a aplicação às empresas também do Princípio da Função Social da Propriedade, expressamente previsto pela Constituição em vigor, no seu art. 170, inciso III.

A função social da empresa, assim como a função social da propriedade, possui como parâmetro a solidariedade social, segundo a qual os diversos interesses presentes na sociedade – econômicos e sociais, privados e públicos – devem ser harmonizados entre si e, sempre que possível, conjuntamente realizados (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 268-276). Dessa forma, a execução da atividade empresarial deve não só beneficiar o empresário em si mas também a coletividade, ao promover a distribuição de riquezas, o fomento da economia, o desenvolvimento da tecnologia, o aumento da qualidade dos produtos e dos serviços prestados, a busca pelo pleno emprego, a satisfação dos consumidores, além de outros proveitos.

Em sendo assim, não possibilitar às empresas capazes de, mediante negociação com os credores, ultrapassar a crise econômico-financeira momentânea a oportunidade de recuperação e, simplesmente, decretar-lhes a falência seria medida muito prejudicial à economia do país e, conseqüentemente, à sociedade. Por essa razão, é muito positiva a recuperação judicial, pois ela se vale do que ainda é aproveitável da recuperanda e busca, junto aos credores da empresa, uma conciliação entre os vários interesses em conflito.

Destarte, uma das razões para a existência desse instituto é justamente a manutenção da função social da empresa, a qual, como demonstrado, é de inegável importância para a ordem econômica do país, haja vista que o sucesso ou o fracasso da atividade empresarial atinge, direta ou indiretamente, os indivíduos em geral.

1.1.2 O princípio da preservação da empresa

O princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, estabelece o principal propósito da recuperação judicial: evitar a extinção de empresa viável.

Esse fato implica, primeiramente, que o instituto recuperacional não deve beneficiar empresas em situação de crise definitiva, mas apenas aquelas que, embora estejam enfrentando adversidades econômico-financeiras, apresentem reais condições de superação. Inclusive, os próprios requisitos legais para a concessão da recuperação judicial demonstram claramente que o auxílio dela decorrente não se destina a atividades empresariais arriscadas, malsucedidas durante a maior parte do tempo em funcionamento e mal administradas, como será analisado mais adiante. Logo, não fazem jus à recuperação empresas cujos aportes patrimoniais, estruturais e tecnológicos sejam de fato insuficientes para a fazerem subsistir.

Ademais, a preservação da empresa considera, ainda, a importância social por ela configurada, não só na manutenção da atividade produtiva como também na realização dos interesses dos sócios, dos trabalhadores, dos credores, do Fisco e dos consumidores (PIMENTA, 2006, p. 153).

Tendo tais questões em vista, deve-se observar que esse princípio não só orienta e fundamenta a recuperação judicial em geral, porém deve também, ou mesmo principalmente, conduzir os atos procedimentais inerentes ao processo recuperacional, inclusive os atos e decisões judiciais.

A título de concretização desse princípio, pode-se citar, por exemplo, a indivisibilidade do juízo, que torna prevento o juízo falimentar para examinar as questões referentes ao plano de recuperação, o que inclui ações e execuções ajuizadas contra a recuperanda, ressalvadas as exceções legais (art. 6º, § 7º, Lei nº 11.101/2005) (CAMPINHO, 2006, p. 33). Dessa forma, torna-se mais acessível o controle dos atos executórios a serem praticados contra a devedora e, sem dúvidas, a preservação da empresa, dado que o magistrado poderá não autorizar a efetivação de medidas capazes de tornar inexecutível o plano de recuperação judicial.

Demais disso, pode acontecer de, mesmo não tendo o plano de recuperação sido aprovado pela Assembleia de Credores, o juiz conceder o benefício à empresa em crise, desde que preenchidas as exigências legais para tanto. Esse é o instituto denominado no direito norte-americano de *cram down*, o qual prioriza também a conservação da unidade produtiva quando a repro-

vação do plano pelos credores mostra-se desarrazoada (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 217).

Posto isso, deve o juízo falimentar avaliar se o plano de recuperação apresentado realmente condiz com o objetivo de preservação da recuperanda, assim como se as medidas processuais adotadas contra ela são cabíveis ou tornarão inviáveis a execução do planejamento e a consequente reorganização empresarial.

Esse exame torna-se ainda mais relevante nos casos em que contra a recuperanda estejam em curso processos executivos não abrangidos pela suspensão decorrente do deferimento do plano de recuperação, como será mais bem analisado em tópico seguinte. Dentre esses feitos executivos, incluem-se as execuções fiscais, ora estudadas, cujos atos expropriatórios podem vir a interferir de maneira significativa no patrimônio a ser dispensado no cumprimento do referido plano recuperacional e a, até mesmo, tornar inexecutível a preservação da empresa.

Por essa razão, é imprescindível compreender-se que a conservação da atividade empresarial consiste em princípio fundamentador e orientador não só da criação do instituto da recuperação judicial como também da sua execução durante o procedimento a ela pertinente.

1.2 Da crise da empresa

A recuperação judicial apenas se justifica caso a empresa requerente esteja enfrentando uma crise superável, não definitiva, isto é, uma crise financeira.

A crise financeira ocorre quando a empresa não consegue adimplir as dívidas por ela contraídas, dada a ausência de moeda ou de créditos suficientes para permitir o cumprimento regular dessas obrigações (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 222). De modo consequente, a empresa, temporariamente inadimplente, ingressa num estado de iliquidez, o qual, se não for superado, pode levá-la a um estado mais grave, de insolvência.

A insolvência, por seu turno, acontece quando a empresa está em dificuldades financeiras mais sérias, em crise, desta vez, econômica, caracterizada pela existência de patrimônio ativo menor do que o passivo. Diferentemente da crise financeira, portanto, a crise econômica é duradoura e impossibilita, pelas próprias condições em que a empresa se encontra, a recuperação. Resta-lhe, então, a falência.

As razões para uma atividade empresarial entrar em declínio podem ser as mais diversas, desde fatores internos à empresa –

como a má administração e a defasagem tecnológica da atividade empresarial em relação aos seus concorrentes, o que normalmente gera uma diminuição do mercado consumidor (NEGRÃO, 2014, p. 124) – até fatores externos a ela – como a insurgência de uma crise econômica nacional ou mundial capaz de desestruturar empresa já não tão lucrativa, a desqualificação dos trabalhadores, a impossibilidade de a empresa suportar os encargos tributários a ela impostos, além de outras dificuldades (PIMENTA, 2006, p. 155). Todavia, independentemente das causas ensejadoras da crise econômico-financeira da requerente, o fator crucial para a recuperação judicial é que elas não tenham levado a empresa a uma situação intransponível.

Destarte, para que a empresa possa obter a concessão da recuperação judicial, deve, a princípio, demonstrar que a adversidade financeira por ela atravessada é momentânea, pois, do contrário, não apresentará os aportes necessários para se reaver e continuar normalmente as suas atividades. E, nesse caso, a solução é realmente a falência, uma vez que a conservação dessa empresa em grave crise apenas implicará maiores danos aos credores, aos empregados e aos consumidores.

1.3 Requisitos para a concessão da recuperação judicial

Antes mesmo de se passar ao exame dos requisitos legais a serem preenchidos pelo devedor, é importante analisar-se quem é considerado devedor, nos termos da legislação aplicável à recuperação judicial.

Dessa forma, é dada a possibilidade de requerimento do instituto recuperacional tanto aos empresários individuais como também às sociedades empresárias, ressalvadas as empresas previstas no art. 1º da Lei nº 11.101/2005, às quais não se aplica a legislação falimentar. São elas as empresas públicas e as sociedades de economia mista; e as instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Assim, além de satisfazerem o requisito da legitimidade, as empresas requerentes devem cumprir as exigências que a Lei de Recuperação Judicial e Falência estabelece no art. 48, a seguir transcrito:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente

suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Consoante esse dispositivo, em primeiro lugar exige-se que a empresa exerça atividade regular – comprovada mediante certidão no Registro Público de Empresas – há mais de dois anos, lapso temporal considerado razoável para a requerente, firmada econômica e socialmente, adquirir condições de superar um momento de crise financeira (COELHO, 2013, p. 181). Entretanto, não é necessário que o setor mercadológico por ela explorado tenha sido o mesmo durante esses dois anos, pois basta a comprovação da regularidade durante esse período (CAMPINHO, 2006, p. 127).

Em segundo lugar, a requerente não pode ser falida, pois, caso o seja, o patrimônio a ela pertencente será destinado ao adimplemento das obrigações resultantes da falência, o que inviabilizaria a execução do plano recuperacional (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 224). Por essa razão, somente se as responsabilidades falimentares houverem sido extintas por decisão judicial transitada em julgado é que a empresa poderá pleitear a recuperação.

Em terceiro lugar, não pode o devedor ter recebido o benefício em questão há menos de cinco anos e, no caso da modalidade especial, há menos de oito anos, visto que, do contrário, sacrificar-se-iam em muito os credores da empresa, os quais teriam de praticamente custear a tentativa de reestruturação da atividade empresarial (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 224). Ademais, se a requerente obteve há pouco tempo essa vantagem, porém não conseguiu restaurar-se, dificilmente logrará fazê-lo numa nova recuperação judicial, em que provavelmente o estado, a estrutura, o patrimônio, a mão de obra e a clientela da empresa estarão ainda mais solapados. Logo, esse quesito também deve ser atendido.

Por fim, não pode o administrador ou o sócio controlador da requerente ter sido condenado por crime falimentar algum, a exemplo da fraude contra credores, do exercício ilegal de atividade e da omissão de documentos contábeis obrigatórios, pois a recuperação judicial não deve apoiar práticas ilícitas e gestões contrárias ao interesse da empresa. Por essa razão, somente se o responsável houver sido reabilitado é que será possível à empresa pleitear a concessão do benefício (COELHO, 2013, p. 182).

Satisfeitas essas exigências, a empresa estará apta a ajuizar a petição inicial, que, se estiver em conformidade com o art. 51 da Lei de Recuperação Judicial e Falência e com o art. 319 do Código de Processo Civil de 2015, autorizará o juiz a deferir o processamento da recuperação judicial. No mesmo despacho, o magistrado deverá proceder aos atos elencados no art. 52, inclusive ao de determinar a suspensão das ações e das execuções contra o devedor, como se pode ver no inciso III desse dispositivo:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei.

No entanto, a legislação excluiu alguns créditos da sujeição à referida suspensão, dentre os quais está o crédito tributário, de modo que a execução fiscal instaurada contra a requerente pode prosseguir normalmente, com todos os trâmites previstos na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), o que será analisado mais detidamente nos próximos tópicos.

Em seguida, a recuperanda deve apresentar o plano de recuperação, o qual, se não for refutado pelos credores, permitirá a concessão da recuperação judicial, contanto que a empresa junte certidões negativas de débito para com o Fisco, nos termos dos artigos 151, 205 e 206 do CTN. Contudo, como as condições econômicas da empresa são adversas, é bem provável a existência de dívidas também para com a Fazenda Pública, fato que sujeita a comprovação de regularidade tributária à suspensão da exigibilidade do crédito fiscal.

Posto isso, observa-se no art. 151 do CTN que uma dessas causas de inexigibilidade é a adesão ao parcelamento, a qual, como consequência própria dessa facilitação para o pagamento, autoriza a suspensão do feito executivo, inclusive das execuções fiscais contra empresa recuperanda. Entretanto, no caso específico da recuperação judicial, a legislação falimentar dispõe que o parcelamento autorizador da suspensão da execução fiscal contra a requerente deve ser aquele previsto no Código Tributário Nacional e na legislação específica, como se pode conferir no §7º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005.

Destarte, a Lei de Recuperação Judicial e Falência previu que lei específica regularia o parcelamento a ser concedido às empresas em recuperação judicial, determinação esta ratificada no CTN, no art. 155-A, § 3º, inserido pela Lei Complementar nº 118/2005. Esse parcelamento especial somente veio a ser criado em 2014, quando editada a Lei nº 13.043.

Por fim, concluídas todas essas etapas, a empresa estará, efetivamente, em recuperação judicial e deverá executar o plano recuperacional, sempre observando as demais previsões legais a respeito.

1.4 O empresário de boa-fé e o empresário de má-fé na recuperação judicial

Para fazer jus à concessão do instituto recuperacional, a requerente deve orientar sua conduta com boa-fé e lealdade perante aqueles que com ela se relacionam, tais como os credores e os consumidores, pois, do contrário, o Direito estaria tutelando práticas claramente prejudiciais a esses sujeitos. Por essa razão, é importante que o magistrado realize o controle de legalidade e analise as motivações do pedido da recuperação judicial, isto é, os fatores que levaram a empresa a solicitar o provimento desse benefício.

Considerando-se que a recuperação judicial visa a condicionar o restabelecimento econômico de empresa em crise por meio do equilíbrio entre os interesses do credor e os da devedora, ela não pode, primeiramente, ser deferida quando essa dificuldade financeira resultar da própria prática dolosa dos administradores da atividade empresarial. Ou seja, caso os sócios-gerentes da requerente tenham agido de má-fé, infringindo a lei, atuando de maneira abusiva ou prejudicando deliberadamente os seus credores, e, por consequência, tenham conduzido a empresa a problemas econômicos, não deverá ser admitida a recuperação judicial dessa atividade.

Ademais, o instituto recuperacional não pode ser utilizado como artifício para os sócios da empresa se furtarem do pagamento dos débitos da pessoa jurídica, aproveitando-se, por exemplo, do fato de as execuções que tramitem contra a recuperanda se suspenderem – ressalvadas algumas situações, como a das execuções fiscais. Por conseguinte, a recuperação judicial não pode proteger os empresários de má-fé, os quais devem, na verdade, ser punidos pelo Judiciário através de mecanismos legais, como a desconsideração da personalidade jurídica.

Posto isso, o instituto se destina apenas às empresas que, ainda que devido a uma administração ineficiente, porém não fraudulenta, estejam com dificuldades financeiras, insuperáveis sem a intervenção judicial na negociação com os seus credores.

Contudo, embora a má-fé do empresário seja determinante para o indeferimento do pedido de recuperação, a boa-fé não implica, necessariamente, a concessão do instituto. Além de agir com boa-fé, o empresário deve demonstrar também que possui as conjunções necessárias à reestruturação, isto é, que, mesmo após a recuperação judicial, terá condições suficientes para exterminar os elementos causadores do desequilíbrio econômico da atividade (PIMENTA, 2006, p. 162).

A título de exemplo, caso a requerente, apesar de estar de boa-fé, não consiga arcar com os custos normais da atividade nem com encargos trabalhistas e com os tributos a ela imputados, ela não apresenta viabilidade econômica legitimadora da concessão do benefício, o qual restará, afinal, sem efeito. Portanto, para ser auxiliada, a empresa precisa demonstrar que apresenta os recursos suficientes para, com o suporte do instituto recuperacional, restabelecer-se definitivamente.

Por conseguinte, não basta a observância dos requisitos previstos no art. 48 da Lei nº 11.101/2005, anteriormente analisado, posto que são indispensáveis, também, a boa-fé do empresário e, por fim, a viabilidade econômica da beneficiária da recuperação judicial.

2 A análise das leis nº 11.101/2005, nº 5.172/1966 (CTN) e nº 6.830/1980

As inovações trazidas pela Lei nº 11.101/2005, que instituiu as recuperações judicial e extrajudicial, revogou a previsão de concordata e modificou alguns aspectos do processo falimentar, produziram efeitos não só em relação ao direito empresarial como também em relação a outros ramos jurídicos, em especial o tri-

butário. Assim aconteceu porque, além de muitas das empresas recuperandas ou falidas serem devedoras fiscais, o crédito tributário foi excluído do concurso de credores, o que autoriza o prosseguimento regular das execuções fiscais ajuizadas contra esses contribuintes.

Portanto, imprescindível seria alterar o Código Tributário Nacional e nele se inserirem normas sobre o tratamento a ser dispensado quanto aos institutos da recuperação e da falência. Como resultado, foi elaborada a Lei Complementar nº 118, publicada em 09 de fevereiro de 2005, mesma data da publicação da Lei nº 11.101/2005, a qual alterou dispositivos do CTN e o adaptou à nova legislação falimentar.

Sendo assim, para se compreender a relação entre empresas em recuperação judicial e o Fisco, é necessário examinar-se a Lei Complementar nº 118 em conjunto com a Lei nº 11.101/2005. Por essa razão, passa-se a analisar mais detidamente essa relação, a disciplina jurídica a ela aplicável e o modo como alguns dos tribunais brasileiros têm decidido as causas a ela atinentes.

2.1 A exclusão do crédito fiscal do concurso de credores e o princípio da indisponibilidade do interesse público

A legislação falimentar estabelece, como regra geral, a suspensão das ações e das execuções ajuizadas contra a empresa requerente, no art. 6º, cuja redação prevê:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Contudo, no § 7º desse artigo, é feita a seguinte restrição:

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

No mesmo sentido, o art. 187 do CTN, inserido pela LC nº 118:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

Como se pode observar, há compatibilidade entre essas normas, pois ambas estabelecem que o fato de ser deferido o processamento de recuperação judicial não impede a continuidade da execução fiscal. Isso implica que, pela literalidade do dispositivo, a execução dos créditos fiscais pode prosseguir com seu trâmite regular, inclusive com os atos assecuratórios e expropriatórios, já que a lei não faz qualquer ressalva a esse respeito.

Tal regramento mais favorável conferido à Fazenda Pública não é, entretanto, novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois ele é concretização dos Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público, que devem pautar os atos administrativos em geral.

Em sendo assim, “interesse público” seria o interesse de todos os sujeitos em proveito dos quais o Estado atua, isto é, seria o “bem comum” a ser realizado em benefício da sociedade, destinatária dos atos da Administração Pública (CUNHA, 2016, p. 30). Por conseguinte, ao Estado cabe resguardar, proteger e materializar o interesse público, o qual deve prevalecer aos interesses tão somente particulares, para que não se favoreçam uns poucos em detrimento de muitos.

Dessa maneira, um dos órgãos estatais mais essenciais para a realização do “bem comum” é justamente a Fazenda Pública, visto que a ela compete a preservação dos recursos públicos (CUNHA, 2016, p. 32). Conseqüentemente, a má administração ou a defesa deficiente do erário não só prejudicam o Estado; afetam, principalmente, a sociedade, cujas contribuições recolhidas possibilitam a existência desses haveres, sem os quais as atividades estatais ficariam inviabilizadas.

À vista disso, é justificável a concessão de tratamento diferenciado, com as correspondentes prerrogativas, aos créditos tributários, os quais nada mais são do que patrimônio público e, como tal, merecem maior proteção. Logo, a ressalva legal feita às execuções fiscais quanto à paralisação dos processos contra a empresa em recuperação judicial está em pleno acordo com o objetivo de fazer-se prevalecer o interesse público, ainda quando ele estiver em conflito com o interesse privado.

Contudo, não se pode perder de vista o fato de que a preservação da empresa não deixa de ser, mesmo indiretamente, um interesse público, haja vista os diversos efeitos negativos que o encerramento de uma atividade empresarial viável pode causar. Por essa razão, devem-se equilibrar as regras jurídicas e os princípios orientadores dessa matéria, a fim de não se chegar a resultados extremos e desvantajosos para a empresa, para o Estado e para a sociedade.

2.2 Da execução fiscal: noções fundamentais

A execução fiscal é o processo executivo, fundado em título extrajudicial (Certidão de Dívida Ativa) proposto pela Fazenda Pública contra devedores cujos débitos fiscais, de natureza tributária ou não tributária – conforme a Lei nº 4.320/1964 –, tenham sido inscritos em Dívida Ativa. Assim dispõe a Lei nº 6.830/1980, que regula a execução fiscal (CUNHA, 2016, p. 398-399).

A instauração do processo executivo, nesses casos, dá-se com o ajuizamento de petição inicial, indispensavelmente instruída com a Certidão de Dívida Ativa, na qual constarão as informações necessárias acerca do crédito cobrado. Por se tratar de execução fundada em título extrajudicial, cita-se (e não se intima) o réu para que, no prazo de 5 (cinco) dias, ele pague o montante devido, com juros e multa de mora, ou garanta a execução, ou efetuando depósito em dinheiro, ou oferecendo fiança bancária ou seguro-garantia, ou nomeando bens à penhora, ou indicando à penhora um determinado bem que tenha sido oferecido por terceiros e aceito pela credora, segundo os artigos 8º e 9º da Lei de Execuções Fiscais. Dessa maneira, evita-se a frustração do direito fazendário ao crédito, dado que, mesmo se o contribuinte não pagar o valor da dívida, terá de apresentar à penhora um bem que seja suficiente para garantir a utilidade da execução.

Posto isso, uma vez penhorado determinado bem, cujo valor seja o bastante para o adimplemento da dívida para com o Fisco, começará a correr o prazo de 30 (trinta) dias, oferecido ao executado para que apresente a sua defesa, por meio de embargos à execução. Se rejeitados os embargos e mantida essa decisão pelo Tribunal (como geralmente ocorre, posto que o devedor costuma recorrer), prossegue-se à expropriação do bem constrito, a qual pode ser feita por quaisquer dos meios previstos no art. 825 do Código de Processo Civil de 2015, aplicável às execuções fiscais nesse ponto. Portanto, podem-se expropriar os bens do devedor por meio de adjudicação, de alienação ou de apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.

Logo, tendo sido realizada a expropriação num valor bastante para a quitação da dívida fiscal, a execução terá logrado a sua finalidade, e o processo poderá ser extinto, porquanto satisfeita a obrigação que lhe deu ensejo (CUNHA, 2016, p. 478).

2.2.1 A aplicação de medidas executivas: atos constritivos e atos expropriatórios

Obviamente, a finalidade do processo executivo (ou da fase de cumprimento de sentença, caso se trate de título executivo judicial) é o adimplemento do crédito exigido, seja por meio de espontâneo pagamento, ainda que através de parcelamento, seja por meio de atos de intervenção estatal no patrimônio do devedor.

Dessa forma, caso o devedor não pague espontaneamente nem ofereça bens à penhora, pode o credor se valer de atos constritivos e de atos expropriatórios para efetivar o seu direito.

As medidas constritivas são aquelas que, para evitar a frustração do crédito ao final do feito executivo, levam o bem do devedor à apreensão e ao depósito e restringem os direitos do proprietário, embora não o façam perder a titularidade sobre o objeto da constrição. Sendo assim, a penhora é o ato construtivo por excelência, pois ela é a garantia para o credor de que o executado não se tornará insolvente e prejudicará, por fim, o direito creditício.

Nesse sentido, a penhora é medida ainda mais relevante para as execuções fiscais, em que, como já explanado, protegem-se recursos públicos, os quais, apesar de geridos pelos entes estatais, pertencem à sociedade. Por essa razão, inclusive, aplica-se tratamento ainda mais rígido aos devedores tributários, posto que, desde a inscrição em Dívida Ativa, a alienação dos bens do executado já será considerada fraudulenta, consoante o art. 185 do CTN, com redação dada pela LC nº 118/2005. Destarte, evita-se, com maior diligência, que o pagamento da importância devida seja malogrado.

Destaque-se, ainda, que a penhora deve ser realizada preferencialmente sobre os bens de maior liquidez, a exemplo do dinheiro, que, conforme previsto no art. 835 do Novo Código de Processo Civil e no art. 11 da Lei nº 6.830/1980, deve ser o primeiro objeto da constrição. Desse modo, obviamente nem todas as modalidades de penhora causarão o mesmo impacto patrimonial ao executado, razão pela qual, mesmo que deva prevalecer o interesse creditício, a execução deve se dar da forma menos gravosa para o devedor. Essa é a previsão do art. 805 do Código de Processo Civil de 2015.

Portanto, caso o devedor não tenha se prontificado a pagar nem a aderir ao parcelamento, que é forma de facilitação do adimplemento da dívida, não só a penhora poderá ser efetivada como também atos expropriatórios poderão ser praticados. Considerando o fato de que a expropriação é a prática regular

posterior à constrição, aliás, o legislador afastou a penhorabilidade de bens considerados essenciais à sobrevivência da pessoa física ou à manutenção das atividades da pessoa jurídica, como disposto no art. 10 da Lei nº 6.830/1980:

Art. 10 - Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Essa lista de bens impenhoráveis é taxativa e está prevista no art. 833 do Novo Código de Processo Civil.

Por conseguinte, esses atos de expropriação são, sem dúvida, mais incisivos, porque acarretam para o devedor a perda da propriedade do bem que venha a ser alienado ou adjudicado. Assim, por serem providências bem mais drásticas do que a constrição, as práticas expropriatórias devem ser evitadas quando contra empresas em recuperação judicial e apenas autorizadas se o crédito a ser satisfeito houver sido contraído após a apresentação do plano recuperacional. Isso ocorre porque, do contrário, seria muito mais difícil lograr-se a preservação da empresa, e as desvantagens decorrentes da expropriação seriam provavelmente muito maiores do que a da manutenção da garantia até o fim do tempo da recuperação judicial.

Dessa maneira, é importante buscar-se equilibrar o interesse do credor, por um lado, cuja satisfação é o objetivo primordial do feito executivo, e, por outro lado, a proteção do devedor, o qual não deve ser onerado de maneira abusiva.

2.2.2 O interesse do credor e a menor onerosidade da execução para o devedor

De acordo com o art. 797 do Novo Código de Processo Civil, a execução deve ser realizada no interesse do exequente, cujo crédito deve ser, portanto, prioritariamente adimplido. Como consequência dessa regra, por exemplo, o novo CPC e a Lei de Execuções Fiscais elevam o dinheiro à posição de bem a ser preferencialmente penhorado, tendo em vista a grande eficácia dele para a satisfação do direito creditício.

No entanto, não é por essa razão que se admitirá a aplicação de medidas excessivamente prejudiciais ao devedor, quando por outros meios, igualmente eficazes, o escopo da execução puder ser alcançado. Essa é a orientação, inclusive, prevista no art. 805 do novo CPC, o qual consagra o Princípio da Menor Onerosidade da execução para o devedor.

Esse dispositivo não só autoriza o executado, o exequente, ou ambos, a provocarem o juiz, como também o próprio magistrado a atuar *ex officio*, a exercer o “poder geral de cautela”, quando verificada a desnecessária onerosidade dos instrumentos executivos eleitos. Sendo assim, a aplicação desse princípio requer a existência de vários meios igualmente aptos a realizarem o interesse do credor para, só então, ser possível a escolha da medida que exija um menor sacrifício por parte do devedor. Dessa maneira, impedir-se-á a abusividade do direito ao crédito e velar-se-á pelo Princípio da Boa-fé processual, sem se deixar de cumprir o escopo principal da execução.

Nesse sentido, no que concerne mais especificamente às execuções fiscais contra empresa em recuperação judicial, é ainda mais complexa a aplicação desse princípio, dada a relevância para a sociedade dos interesses em conflito. Assim o é porque, de um lado, há o direito fazendário ao recebimento dos créditos fiscais, o qual deve nortear a execução, cujo propósito substancial é a satisfação do exequente. E, por outro lado, há o interesse de a recuperanda se reestruturar economicamente e continuar em funcionamento, o que beneficia a sociedade, porquanto possibilita a manutenção do aquecimento da economia e da mão de obra empregada, entre outros proveitos.

Portanto, é fundamental a ponderação desses interesses, visto que, se forem utilizadas medidas executivas imoderadas e despropositadas, pode-se tornar impraticável o plano de recuperação judicial. Obviamente, não é essa a maneira mais adequada de se solucionar essa questão, inclusive pelo fato de, uma vez recuperada a empresa, ela estar apta a contribuir com o Fisco, à medida que funcionar regularmente. Tendo esse fato em vista, incumbe ao juiz o referido “poder geral de cautela”, em cujo exercício ele deve observar quais são os meios mais eficazes para a satisfação do crédito fazendário e, também, menos onerosos para a recuperanda, a fim de se lograr a finalidade da execução, sem se abusar do direito de executar (CUNHA, 2016, p. 476).

Como exemplo de medidas menos gravosas, porém eficazes, pode-se citar a substituição da penhora de um bem pela constrição de dinheiro ou, ainda, a apropriação de frutos e rendimentos, em lugar da expropriação do bem gerador dessas rendas (CUNHA, 2016, p. 474).

Destarte, a execução fiscal deve se pautar pelo equilíbrio entre o interesse creditício e a menor onerosidade para o devedor, o que impõe para o juiz a aplicação de atos executórios mais efetivos e, simultaneamente, menos prejudiciais à empresa em recuperação judicial.

2.2.3 A suspensão da exigibilidade do crédito fiscal e o parcelamento especial para empresas em recuperação judicial

Como mencionado, a execução fiscal não é suspensa pelo deferimento da recuperação judicial. No entanto, o CTN prevê algumas possibilidades de se suspender a exigibilidade do crédito fiscal no seu art. 151.

Entre as possibilidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário dispostas nesse artigo, há o parcelamento, o qual, uma vez aderido e cumprido regularmente pelo contribuinte, impedirá que contra ele sejam praticadas medidas executivas, tal como previsto no art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005.

Por esse motivo, foi dada à empresa recuperanda a oportunidade de parcelar a dívida tributária, como forma de se evitar a frustração do direito fazendário e, ao mesmo tempo, de se permitir que o pagamento desses haveres seja conciliado ao cumprimento do plano recuperacional. Logo, o parcelamento deveria ser concedido de acordo com a previsão no CTN e na legislação específica, consoante esse artigo e, também, o art. 155-A do CTN, *in verbis*:

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Entretanto, tendo em conta a necessidade de comprovação de regularidade fiscal para a concessão de recuperação judicial, mesmo que o plano já tenha sido aprovado pelos credores, a legislação tributária dispôs que a inexistência da referida lei específica implicaria a aplicação das leis gerais do parcelamento às empresas em recuperação judicial. Com essa solução, portanto, nem a empresa seria de todo prejudicada pela demora do Legislativo em elaborar essa lei, nem a Fazenda Pública deixaria de obter o pagamento dos seus créditos.

Além disso, mesmo se não estiver presente nenhuma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas no art. 151 do CTN, é possível a comprovação da regularidade se apresentada a certidão positiva com efeitos de negativa, conforme autorizado pelas seguintes regras da legislação tributária:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por **certidão negativa**, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa,

domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que **tenha sido efetivada a penhora**, ou cuja **exigibilidade esteja suspensa**.

Dessa forma, interpretando-se conjuntamente esses dispositivos, conclui-se que a recuperação judicial somente poderá ser concedida às empresas que, sendo devedoras fiscais também, hajam aderido ao parcelamento, seja ele específico, seja ele genérico; ou, por alguma outra causa prevista no art. 151, tenham obtido a suspensão da exigibilidade do crédito tributário; ou, estando no polo passivo de execução fiscal, tenham tido bens penhorados.

Conseqüentemente, observa-se que, em nenhum momento, a lei impossibilitou a prática de atos constritivos contra empresa em recuperação, mas, do contrário, tornou-lhe requisito para a concessão do instituto recuperacional, quando nenhuma das outras causas de suspensão estiverem presentes.

Entretanto, na prática, algumas dificuldades de aplicação dessas regras ocorreram, posto que, em primeiro lugar, passaram-se quase dez anos até essa lei específica vir a ser elaborada. Ou seja, durante todos esses anos, as recuperandas apenas poderiam aderir ao parcelamento geral, o qual, obviamente, não é o mais apropriado para empresas que estão tentando se reestruturar de uma crise. Esse fato levou o Judiciário, então, a dispensar a apresentação das certidões negativas, o que, por outro lado, não está de acordo com a lei, a qual ofereceu alternativas à empresa, mas, em momento algum, prescindiu da comprovação da regularidade fiscal.

Finalmente, a referida lei específica, de nº 13.043, foi elaborada e publicada em 13 de novembro de 2014, e, no seu art. 10-A, foi regulado o parcelamento específico.

Apesar disso, posicionamentos diversos foram adotados acerca dessa matéria pelos tribunais brasileiros, razão pela qual se faz necessário o exame mais detalhado das diferentes formas como essas questões têm sido decididas.

3 Da análise sobre a aplicabilidade de medidas de execução contra empresa em recuperação judicial

Conforme a legislação apresentada, os atos executivos – os constritivos e os expropriatórios – são plenamente aplicáveis con-

tra empresas em recuperação judicial nas execuções fiscais que contra elas tramitem. Não obstante essa autorização legal, alguns juízes e tribunais decidiram por restringir o emprego dessas medidas, seja apenas permitindo a penhora de bens do devedor, seja sequer permitindo a prática de atos constritivos, tendo em consideração a finalidade de preservação da atividade empresarial.

À vista dessas diferentes orientações jurisprudenciais, podem-se observar três diretrizes seguidas pelos julgadores.

A primeira tese, aqui denominada de “Tese Conservadora”, admite não só a efetivação de atos constritivos como também de atos expropriatórios, uma vez que se fundamenta na literalidade dos dispositivos reguladores dessa questão. A segunda tese, por seu turno, a “Tese Preservacionista”, é defendida pelos julgadores que nem admitem a prática de atos de constrição, nem de alienação contra a recuperanda, em virtude dos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa. Por fim, a terceira tese, a “Tese Mista”, entende que, sim, é possível a realização de penhora, mas não de atos de alienação dos bens da empresa recuperanda, pois esta seria medida muito prejudicial à devedora.

Destarte, tendo sido brevemente apresentadas as linhas de entendimento seguidas pelos tribunais brasileiros, segue-se ao estudo de cada uma delas.

3.1 As teses jurisprudenciais e os seus fundamentos

3.1.1 A Tese Conservadora

De acordo com a Tese Conservadora, devem-se interpretar os dispositivos referentes à execução fiscal contra empresa em recuperação judicial de maneira literal, isto é, admitindo-se plenamente a utilização de medidas executivas, desde as constritivas até as executórias.

Portanto, como a execução fiscal não é suspensa pelo deferimento da recuperação judicial, e, como o crédito tributário é preferido em relação a qualquer outro, a cobrança deve prosseguir normalmente, inclusive com a efetivação da penhora conforme a ordem de preferência prevista no art. 11 da Lei de Execuções Fiscais. Logo, é perfeitamente admissível, consoante os conservadores, que sejam penhorados ativos financeiros do devedor em benefício do crédito fazendário, porquanto o dinheiro deve ser o primeiro objeto de constrição a ser alcançado, como anteriormente mencionado.

Isso posto, tem-se que:

O prosseguimento da execução fiscal, em paralelo à recuperação judicial, naturalmente deve ser pleno, atingindo-se o seu ápice e objetivo final, que é a satisfação do credor exequente. Logo, [...] nada impede a alienação de bens anteriormente onerados e a entrega do produto da sua alienação à Fazenda Pública (CASTRO, 2013, p. 133).

Nesse sentido, pode-se verificar primeiramente o seguinte acórdão, proferido TRF-5ª Região. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA REALIZADA EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE LIBERAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo de Instrumento manejado pelo particular em face da decisão que indeferiu o pedido de desbloqueio de ativos financeiros, sob a alegação de que a penhora está inviabilizando o seu plano de recuperação judicial, bem como que aderiu a parcelamento tributário, o que ensejou a suspensão da exigibilidade do débito fiscal.

2. Nos autos da Execução Fiscal foi efetuada penhora via BACENJUD e RENAJUD na importância de R\$ 6.399,78 (seis mil, trezentos e noventa e nove reais e setenta e oito centavos) e a dívida diz respeito a créditos tributários não recolhidos, no valor de R\$ 1.374.659,52 (um milhão, trezentos e setenta e quatro mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e cinquenta e dois centavos).

3. A recuperação judicial é modalidade de renegociação de débitos privados e não tem o condão de suspender o processamento da Execução Fiscal, nos moldes preconizados pelo art. 6º, parágrafo 7º, da Lei nº 11.101/2005 e arts. 5º e 29, da Lei nº 6.830/1980.

4. Os créditos da Fazenda Nacional têm preferência sobre qualquer outro, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho (art. 186, CTN).

5. O art. 187 do CTN dispõe, ainda, que, "a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento".

6. Nos termos da jurisprudência do STJ, "o parcelamento da dívida tributária, por não extinguir a obrigação, implica a suspensão da execução fiscal, e não sua extinção, que só se verifica após quitado o débito, motivo pelo qual a penhora realizada em garantia do crédito tributário deve ser mantida até o cumprimento integral do acordo" (AgRg

nos EDcl no REsp 1542201/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 26/10/2015). Agravo de Instrumento improvido. (PROCESSO: 08060033420154050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI, 3ª Turma, JULGAMENTO: 10/12/2015, PUBLICAÇÃO: 11/12/2015, grifos nossos).

Ademais, o Tribunal de Justiça de São Paulo seguiu a mesma orientação, como se pode ver neste julgado:

Agravo de Instrumento – Execução Fiscal – ISS – Empresa em recuperação judicial – **Decisão agravada que deferiu pedido de penhora on line dos ativos financeiros – Possibilidade – Crédito fiscal que não se suspende com a recuperação judicial – Inteligência do artigo 6º, parágrafo 7º da Lei nº 11.101/05, artigo 655 do CPC e art. 11 da Lei 6.830/80** – Recurso não provido. (Relator(a): Cláudio Marques; Comarca: Adamantina; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 25/02/2016; Data de registro: 29/02/2016, grifos nossos).

Desta vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser possível até mesmo a penhora sobre o faturamento mensal da empresa, como se pode observar:

Agravo de Instrumento – Execução Fiscal – **Penhora sobre o faturamento mensal da empresa executada – Possibilidade desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa** – Retorno da pesquisa BACENJUD com bloqueio de valores irrisórios – Ausência de indicação de outros bens, que torna viável a penhora sobre o faturamento - Redução do percentual – Impossibilidade - Redução do percentual que implicaria na eternização da dívida - Ausência de prova, ademais, de que a penhora de trinta por cento do faturamento inviabilizará a atividade econômica da empresa - Recurso desprovido. (Relator(a): Oscild de Lima Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/04/2016; Data de registro: 14/04/2016, grifos nossos).

Por fim, esse mesmo entendimento foi aplicado pelo TRF-1ª Região, o qual admitiu, igualmente, a penhora sobre 5% do

faturamento mensal da recuperanda, como se pode verificar adiante:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - POSSIBILIDADE. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. [...]

2. Trata-se de agravo regimental interposto pela LOTAXI TRANSPORTES URBANOS LTDA em face de decisão que negou seguimento ao presente agravo de instrumento, nos termos do art. 557, caput, do CPC c/c art. 29 do RITRF/1ª Região, protocolizado - por sua vez - contra decisão que deferiu pedido de substituição da penhora do bem ofertado pela executada à p. 130 pelos bens indicados pela exequente à p. 322 (in fine) e determinou que se proceda ao desconto mensal do valor equivalente a 5% (cinco por cento) dos créditos relativos ao transporte de passageiros, havidos perante o Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal - STPC/DF, apurados em favor da executada nos relatórios de resgate de crédito, emitidos pela operadora do Sistema de Bilhetagem Eletrônica (SBA), hoje o DFtrans, em garantia da execução e, a lare, propiciando o prosseguimento das atividades da executada.

3. A jurisprudência desta Corte e do e. STJ é firme no sentido de admitir a penhora sobre o faturamento somente em situações excepcionais e em percentual que não inviabilize as atividades da empresa.

4. A penhora incidente sobre faturamento da empresa é medida excepcional, admissível, pela jurisprudência de nossos tribunais, na hipótese de inexistirem bens livres e desembaraçados suficientes para garantir a execução ou quando existirem bens de difícil alienação. (Precedente: STJ, AgRg no Ag 880.231/RJ) (in AGA 1999.01.00.058754-4/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Sétima Turma, Re-DJF 1 p.3 21 de 10/10/2008).

5. **Nesse sentido, o colendo STJ já se manifestou, inúmeras vezes, sobre a possibilidade da penhora recair sobre o faturamento da empresa, em percentual razoável (normalmente 5%) e que não prejudique as suas atividades** (AgRg no REsp. 1.320.996/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 11/9/2012, AgRg no Ag. 1.359.497/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, DJ de 24/3/2011, AgRg no REsp. 1.328.516/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 17/9/2012; AgRg na MC 19.681/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, Dje 19/12/2012 e AgRg no AREsp. 242.970/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Dje 22/11/2012).

6. Tendo em vista as particularidades do caso concreto (penhora sobre o faturamento), tal medida, na proporção fixada, vai ao encontro dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como da manutenção da viabilidade econômica da executada.
7. De acordo com a dicção do artigo 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005 “As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica”. A par disto, o art. 187 do CTN, no mesmo sentido, determina que “a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”. Precedentes.
8. Agravo Regimental não provido. (AGA – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 0025745-94.2012.4.01.0000 – DF – DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA – 7ª turma – JULGAMENTO: 29/07/2014 – PUBLICAÇÃO: 08/08/2014, grifos nossos).

Destarte, de acordo com a Tese Conservadora, enfim, é injustificada a inadmissão de atos constritivos e de atos expropriatórios contra recuperanda devedora da Fazenda Pública, dado que a cobrança de créditos tributários não se sujeita ao plano recuperacional. Contudo, essa não é uma questão pacífica, pois, como se demonstrará, muitas decisões têm flexibilizado as normas que determinam a continuidade da execução fiscal e dado preferência à preservação da empresa.

3.1.2 A Tese Preservacionista

A “Tese Preservacionista” fundamenta-se, principalmente, nas finalidades do instituto recuperacional, isto é, preservar-se a atividade empresarial e realizar-se a função social da empresa.

Como decorrência desses objetivos, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que os atos executivos capazes de reduzir o patrimônio da empresa em recuperação judicial não devem ser permitidos enquanto vigente o benefício (AgRg no REsp 1.519.405/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 06/5/2015).

Posto isso, não obstante reconheçam o fato de a execução fiscal não se suspender pelo deferimento da recuperação judicial, os preservacionistas consideram que não só os atos expropriatórios mas também os atos constritivos inviabilizam a execução do plano recuperacional, por colocarem em risco o funcionamento da empresa em crise.

Assim entendeu o STJ neste julgado:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL. REEXAME PROBATÓRIO.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o deferimento do processamento de recuperação judicial não é capaz de suspender, por si só, as execuções fiscais. Contudo, nos termos do art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/05, os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial devem ser obstados enquanto mantida essa condição (AgRg no REsp 1.519.405/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 6/5/2015).

2. Não cabe, na via especial, rever entendimento da Corte de origem de que não há prova de que a penhora signifique a impossibilidade de continuidade da empresa. Inteligência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 779.631/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016, grifos nossos).

A propósito, alguns doutrinadores defendem que nem mesmo deveria ser dada aos créditos fiscais a prerrogativa de não se sujeitarem ao processo de recuperação judicial, uma vez que, nesse caso, o objetivo primordial é o de reestruturação da empresa. Para Campinho (2006, p. 168-169), por exemplo, a legislação concede demasiadas vantagens ao Fisco, em detrimento da recuperanda, pois, além de não sujeitar o crédito tributário ao processo falimentar, exige da devedora a comprovação da regularidade fiscal, o que seria muito gravoso para ela.

No entanto, esse é um assunto bastante controvertido e gera decisões em sentidos divergentes inclusive dentro de um mesmo tribunal, como é o caso do TRF-5ª Região. Esse tribunal, reputando por prioritária a satisfação do direito fazendário, decidiu autorizar o trâmite da execução fiscal sem quaisquer restrições. Todavia, em decisão mais recente, aplicou a Tese Preservacionista, julgou impossível a penhora de bens da recuperanda e, conseqüentemente, deu provimento ao recurso por ela interposto. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATOS EXPROPRIATÓRIOS NO JUÍZO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por MENDO SAMPAIO SA contra decisão da doutra Juíza Federal da 5ª. Vara da SJ/AL que indeferiu a suspensão da execução fiscal em virtude da existência de processo de recuperação judicial.

2. Estando a empresa agravante em recuperação judicial, a penhora de seus bens efetuada em sede de execução fiscal poderá obstaculizar o plano de pagamento já deferido no âmbito do Juízo Estadual. Com efeito, embora a recuperação judicial não suspenda a execução fiscal em curso, não poderão ser determinados atos de constrição que inviabilizem os objetivos traçados no plano de pagamento estabelecido, haja vista os ditames estabelecidos pela Lei 11.101/05. Precedentes: AGRCC 201102777289, NANCY ANDRIGHI, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 20/11/2012; AG 00048997920114050000, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 12/05/2011 - Página:368; AG 00157089420124050000, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 21/02/2013 - Página:74.

3. Agravo de instrumento provido. (PROCESSO: 08065091020154050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, 1º Turma, JULGAMENTO: 20/02/2016, PUBLICAÇÃO: 22/02/2016, grifos nossos).

Igual divergência de entendimento pode ser constatada no Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual aderiu, desta vez, à Tese Preservacionista, diferentemente do que fez no julgado citado no tópico anterior. Observe-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Penhora de bens de empresa em recuperação judicial – Inadmissibilidade – Atos constritivos na execução fiscal que podem inviabilizar a recuperação judicial da executada – Precedentes do STJ e desta Corte. RECURSO PROVIDO.

“As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos. **Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumpri-**

mento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras” (STJ, CC 116213/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/09/2011, DJe 05/10/2011). (Relator(a): Vicente de Abreu Amadei; Comarca: Guaratinguetá; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/03/2016; Data de registro: 09/03/2016, grifos nossos).

Por conseguinte, a Tese Preservacionista defende a anteposição do interesse em se reestruturar a empresa em crise ao direito fazendário, mesmo que, para isso, este seja sacrificado, ao menos durante a vigência da recuperação judicial.

3.1.3 A Tese Mista

Finalmente, há a tese aqui denominada de Mista, pelo fato de visar a equilibrar os interesses em conflito, nem desconhecendo o direito da Fazenda Pública à satisfação do crédito tributário, nem colocando em risco o cumprimento do plano recuperacional.

Dessa maneira, os juristas que a defendem admitem a prática de atos constritivos contra a recuperanda, também pelo fato de, como é cediço, a execução fiscal poder tramitar regularmente. Para essa tese, obstar-se toda e qualquer medida executiva, mesmo a meramente assecuratória, seria violar a determinação legal que impõe a continuidade da cobrança do crédito tributário. Logo, a penhora de bens da devedora seria, em regra, admissível.

No entanto, já em relação aos atos expropriatórios, a exemplo da alienação, do leilão e da adjudicação dos bens constritos, não haveria a mesma possibilidade, posto que essas práticas, sim, poderiam frustrar o soerguimento da empresa em dificuldades. Obviamente, se a empresa contava com esses bens para o cumprimento do plano, perdê-los poderá inviabilizar a sua recuperação. Por essa razão, permite-se a penhora, que servirá como garantia do futuro adimplemento da dívida fiscal, mas não a expropriação, a qual é bem mais agressiva e pode, realmente, prejudicar a empresa cuja situação financeira já é complicada.

Para esclarecer tal posicionamento jurisprudencial, é válida a leitura de julgados que demonstram as razões de assim decidir.

A propósito, têm sido colacionadas decisões de um mesmo tribunal justamente para se comprovar a existência de dissensão

entre os julgadores do próprio órgão quanto a esse tema. Sendo assim, leia-se este julgado, proferido recentemente pelo TRF-5ª Região, que divergiu da orientação seguida nas decisões já apresentadas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO DA LEI 10.522/02. CONDIÇÕES NÃO PREENCHIDAS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA DE ATOS QUE IMPORTEM EXPROPRIAÇÃO DE BENS. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Dos autos verifica-se que, dos 4 (quatro) comprovantes de pagamentos de GPS juntadas, apenas 2 (duas) trazem os números das CDAs respectivas, estando, dessa forma, comprovados os pagamentos da parcela 1/60 das Certidões de Dívida Ativa nº 40.402.919-1 e 36.754.779-1.

2. Por meio de petição, a Fazenda Nacional informa que os parcelamentos aludidos pela executada foram rescindidos por falta de pagamento, não havendo assim causa para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

3. Conquanto seja possível a realização da penhora de bens da empresa em recuperação judicial, a realização de leilão e consequente expropriação de bens que compõem o patrimônio da empresa em recuperação judicial inviabilizará o cumprimento do plano de recuperação.

4. Agravo de instrumento parcialmente provido, **apenas para obstar os atos que impliquem na expropriação dos bens que porventura venham a ser penhorados** nos autos da Execução Fiscal nº 0002170-68.2013.4.05.8000.

(PROCESSO: 08058812120154050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, 4ª Turma, JULGAMENTO: 14/01/2016, 15/01/2016, grifos nossos).

Alguns julgados, por outro lado, admitiram apenas a constrição de determinados bens, mas não a penhora, por exemplo, de percentual do faturamento da empresa ou de ativos financeiros, tendo em vista o caráter mais oneroso que a indisponibilidade desses bens apresenta. Nesse sentido, foi proferida esta decisão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa possui a seguinte redação:

TRIBUTÁRIO E FALIMENTAR – EXECUÇÃO FISCAL – SUSPENSÃO DE ATOS CONSTRITIVOS – EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONFLITO DE INTERESSES PÚBLICOS – PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA – SUSPENSÃO DOS ATOS DE ALIENAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR.

O processamento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas impede os atos de alienação do patrimônio do devedor. Precedentes do Colendo STJ. Penhora de faturamento. Inadmissibilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido. (Relator(a): Décio Notarangeli; Comarca: Cotia; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/03/2016; Data de registro: 02/03/2016, grifos nossos).

Podem-se destacar, ademais, trechos dessa decisão, em que se pode perceber a tentativa de se conciliar o interesse fazendário com os objetivos da recuperação judicial. Observe-se:

Na espécie consta que a agravada está em recuperação judicial (fls. 14/15). Nessas circunstâncias, e na esteira do entendimento jurisprudencial antes mencionado, **estão automaticamente suspensos os atos que impliquem alienação do patrimônio da devedora na execução fiscal – mas só estes, insista-se – devendo a execução fiscal prosseguir nos atos de constrição** (penhora, avaliação, etc.), que não se suspendem pelo deferimento de recuperação judicial.

A penhora de faturamento, porém, se reveste de peculiaridade, pois implica perda da disponibilidade sobre os ativos financeiros e redução indireta do patrimônio colocando em risco o próprio cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado. Assim, em atenção aos princípios da função social e manutenção da empresa, deve a execução prosseguir com outros atos de constrição, afastada a penhora on line de ativos financeiros. (Agravado de Instrumento, processo nº 2027367-09.2016.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de São Paulo, Comarca de Cotia; Relator: Décio Notarangeli; Julgamento: 02/3/2016; Registro: 02/3/2016, grifos nossos).

Como se pode notar, a Tese Mista busca solução intermediária, mais atenta às peculiaridades do caso em análise, a fim de evitar a frustração tanto do crédito tributário como da recuperação da empresa (BORGES, 2013, p. 129-135). Para tanto, assim como foi feito no julgado supracitado, fundamenta-se no Princípio da Menor Onerosidade para o Devedor, o qual deve orientar o magistrado quando do exame do cabimento, ou não, de determinadas medidas executivas contra o executado, conforme este dispositivo da legislação processual civil:

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, **o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.**

Sendo assim, muito interessante foi a solução encontrada pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no acórdão proferido no AgRg no AREsp 543830/PE, publicado em 10 de setembro de 2015.

Nesse julgado, o Ministro e relator do recurso, Herman Benjamin, divergiu da jurisprudência da Corte Superior, a qual flexibilizava a exigência de comprovação da regularidade da recuperanda para com o Fisco, dada a inexistência, até 2014, de lei que previsse o parcelamento específico para as empresas em recuperação judicial. Consoante já explicado, a adesão ao parcelamento causa a suspensão da execução fiscal, desde que regularmente cumprido o pagamento das respectivas parcelas. Ou seja, se a empresa houver parcelado os seus débitos fiscais, ou se alguma das demais causas suspensivas houver ocorrido – entre as quais está a penhora efetivada antes da concessão do instituto recuperacional –, o feito executivo fiscal não poderá tramitar contra ela.

Destarte, considerando que não se podem renegociar os créditos privados da recuperanda em detrimento dos créditos fazendários, o Superior Tribunal de Justiça decidiu da seguinte forma.

Se o plano de recuperação judicial houver sido concedido mediante a comprovação da regularidade fiscal da empresa, com a apresentação das Certidões Negativas de Débito ou das Certidões Positivas com Efeitos de Negativas, como exigem os art. 57 e 58 da legislação falimentar, a execução fiscal deve ser suspensa, dada a inexistência do crédito fiscal nesse caso, conforme o art. 151 do CTN. Do contrário, se não foi comprovada a regularidade fiscal da recuperanda, consoante o art. 6º, § 7º da Lei nº 11.101/2005, a execução fiscal não poderá ser paralisada.

Por outro lado – e é esta consideração que permite enquadrar-se esse entendimento na Tese Mista –, admitiu-se, nesse julgamento, a flexibilização das medidas constritivas, em virtude do Princípio da Menor Onerosidade previsto no art. 805 do Novo Código de Processo Civil, antes transcrito. Observe-se a ementa desse acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. DECISÃO MONOCRÁTICA, CONFIRMADA NO JULGAMENTO DO AGRAVO INTERNO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC.

INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO UNIVERSAL DE BENS. ART. 185.-A DO CTN. INAPLICABILIDADE EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXÉGESE HARMÔNICA DOS ARTS. 5º E 29 DA LEI 6.830/1980 E DO ART. 6º, § 7º, DA LEI 11.101/2005.

[...]

3. Segundo preveem o art. 6, § 7º, da Lei 11.101/2005 e os arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980, o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal.

4. Importa acrescentar que a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados.

[...]

10. Dessa forma, deve-se adotar a seguinte linha de compreensão do tema: a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN; b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal.

11. Nesta última hipótese, seja qual for a medida de constrição adotada na Execução Fiscal, será possível flexibilizá-la se, com base nas circunstâncias concretas, devidamente provadas nos autos e valoradas pelo juízo do executivo processado no rito da lei 6.830/1980, for apurada a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC).

12. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para anular o acórdão hostilizado. (REsp 1480559/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 30/03/2015, grifos nossos).

Dessa forma, a Tese Mista, diferentemente das teses anteriormente explanadas, busca harmonizar, e não extremar, a indisponibilidade do crédito tributário e a preservação da empresa.

4 Da conciliação entre a preservação da empresa e a indisponibilidade do crédito fiscal

4.1 Da possibilidade de aplicação de atos constritivos

À vista das considerações feitas em relação à finalidade e ao procedimento da recuperação judicial, à sua relação com o crédito tributário e com as execuções fiscais e, por fim, às diversas orientações seguidas pelos tribunais brasileiros, pode-se, então, propor a pacificação da jurisprudência pela aplicação da tese que melhor se adapte às peculiaridades dessas questões.

Em sendo assim, observa-se que a tese mais adequada a solucionar os conflitos entre os interesses da Fazenda Pública e os da empresa em recuperação judicial é, de fato, a Tese Mista. Isso ocorre porque, admitindo-se a efetivação de práticas constritivas, está-se garantindo a satisfação do crédito tributário e evitando-se que a execução fiscal reste ineficaz, o que é desejável (BORGES, 2013, p. 133). Consequentemente, cumpre-se a determinação legal de que o feito executivo fiscal não deve ser suspenso pelo deferimento da recuperação judicial e, principalmente, não se negligencia o caráter fundamental do dever de pagar tributos (PISANI, 2015, p. 209-222).

Por outro lado, com o impedimento de que medidas constritivas sejam feitas em relação aos bens incluídos no plano recuperacional da empresa, possibilita-se a manutenção de condições favoráveis à reestruturação das atividades empresariais e à sua preservação. Logo, propicia-se, com isso, a realização da função social da empresa, a qual abrange não só os interesses dos sócios da empresa como também dos trabalhadores, dos consumidores e do Fisco também, já que, sem rendas, as empresas não poderão recolher tributos.

Entretanto, é importante atentar que, embora o direito fazendário ao crédito deva prevalecer, até pelo fato de a cobrança desses valores dever prosseguir, não se pode promover a execução de maneira desnecessariamente onerosa para o devedor. Especialmente no caso da empresa em recuperação judicial, cuja situação financeira está ainda mais fragilizada, deve-se sempre ter em vista o Princípio da Menor Onerosidade para o Devedor, o qual refreará medidas excessivamente gravosas para a recuperanda.

Finalmente, conclui-se pela possibilidade, sim, de se aplicarem medidas executivas contra a empresa recuperanda, mas não de atos expropriatórios. Ainda assim, devem ser examinadas as peculiaridades do caso em questão, a fim de o direito fazendário ao crédito ser conciliado a atos executórios que não levem a

devedora em recuperação judicial a não conseguir cumprir o plano recuperacional.

Conclusão

A Lei nº 11.101/2005, ao criar a recuperação judicial, permitiu que unidades produtivas em crise, porém viáveis, tivessem a oportunidade de negociar com os seus credores e de tentar reestruturarem-se, continuando, portanto, a realizar a função social da empresa.

Por essa razão, pode-se afirmar que o instituto recuperacional tem como finalidade a preservação da empresa, por visar a justamente evitar ao máximo o encerramento de atividades empresariais capazes de superar as dificuldades financeiras por elas enfrentadas. É justamente por ter esse objetivo que as ações e as execuções ajuizadas contra o devedor devem ser suspensas.

No entanto, nem todos os credores da recuperanda se sujeitam a essa suspensão, porquanto a alguns deles foi dada a possibilidade de executarem o devedor, mesmo se deferido o benefício previsto na Lei nº 11.101/2005. Esse é o caso dos créditos devidos à Fazenda Pública, a qual pode instaurar ou dar continuidade a cobranças de valores a ela devidos pela empresa em recuperação judicial, dada a determinação do art. 6º, § 7º, da legislação falimentar.

Embora as execuções fiscais instauradas contra empresas em recuperação judicial não se suspendam, é possível que a efetivação de medidas executivas prejudiquem o cumprimento do plano recuperacional. É por esse motivo que a jurisprudência se divide sobre a questão de se admitir, ou não, a prática de atos constitutivos e/ou de atos expropriatórios contra a empresa em recuperação judicial.

Dessa forma, apesar de haver posicionamentos que consideram aplicáveis todas as medidas executórias contra a unidade produtiva em recuperação e outros que não admitem qualquer providência executiva contra a devedora, assume-se aqui um posicionamento intermediário, ou seja, admitem-se atos assecuratórios, mas não expropriatórios. Assim é feito, visto que, do contrário, ou estar-se-ia negligenciando a indisponibilidade do interesse público e a preferência ao crédito tributário, ou estar-se-ia inviabilizando, na maior parte dos casos, a execução do plano de recuperação pela empresa.

Destarte, adotando-se essa orientação mais equilibrada, não se onera de todo o credor, nem se prejudica o devedor. Enfim, perfaz-se a finalidade do feito executivo, que é a de satisfazer o

direito creditório, sem se desatentar para o parâmetro da menor onerosidade para o devedor.

Referências

BORGES, Tarcísio Barros. A Execução Fiscal e a Recuperação Judicial: Possibilidade de venda da empresa *in totum* por Força de Decisão do Juízo Executivo. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, v. 119, p. 129-135, fev. 2013.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Raphael Silva e. A Recuperação Judicial da Empresa Devedora da Fazenda Pública. **Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)**, v. 208, p. 128-146, jan. 2013.

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

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos Objetivos da lei de recuperação de empresas e de falência**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação Judicial de Empresas: caracterização, avanços e limites. **Revista Direito GV** 3, v. 2, n. 1, p. 151-156, jan./jun. 2006.

PISANI, Carolina Dorneles. A cobrança tributária em face de empresa em processo de recuperação judicial: uma reflexão à luz de recente julgado do STJ e da edição da lei 13.043/2014. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 123, p. 209-222, jul./ago. 2015.

SZTAJN, Rachel; PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.