



Da cobrança de créditos fiscais de empresas em recuperação judicial: custos, experiências internacionais e análise crítica da jurisprudência brasileira

Bruno Menegat

Procurador da Fazenda Nacional lotado Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Santa Cruz do Sul/RS. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Rafael Folador

Procurador da Fazenda Nacional lotado Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Canoas/RS. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Custo da Recuperação Judicial. 3 O Crédito Fiscal nos Programas de Recuperação de Empresas nos modelos Estrangeiros. 4 A Necessidade de Regularização Fiscal para Concessão da Recuperação Judicial na Ordem Jurídica Brasileira e o Juízo Universal da Recuperação. 5 Conclusão.

RESUMO. O presente trabalho visa examinar a posição do crédito fiscal no cenário da recuperação judicial de empresas, observando o regime legal da questão e os princípios constitucionais sobre ela incidentes, bem como realizando um juízo crítico acerca das posições jurisprudenciais firmadas em torno da temática. Para tanto, serão analisados brevemente os custos do processo de recuperação judicial, além do tratamento que alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros dão à questão problemática. Ademais, serão estudadas as posições dos tribunais pátrios sobre aspectos como a exigibilidade de regularização fiscal para concessão de recuperação judicial,

a caracterização de um juízo universal da recuperação judicial e a possibilidade de alienação de bens integrantes do plano aprovado pelos credores privados.

PALAVRAS-CHAVES. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL.

ABSTRACT. This article aims to examine the tax credit position in the scenario of judicial recovery of companies, observing the legal regime of the issue and the applicable constitutional principles, and making a critical judgment about the jurisprudential positions established around the issue. In order to do so, the costs of the judicial reorganization process will be briefly analyzed, as well as the treatment that some foreign legal systems give to the problematic question. Also the positions of the Brazilian courts on aspects such as the tax regularization requirement for judicial recovery, the characterization of a universal judgment of judicial recovery and the possibility of alienation of assets that are approved by private creditors to be part of the recovery plan will be studied.

KEYWORDS. JUDICIAL RECOVERY OF COMPANIES. TAX CREDIT. FISCAL EXECUTION.

1 Introdução

A literalidade do parágrafo 7º do artigo 5º da Lei nº 11.101/05, ao dispor que *as execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial*, trouxe para o instituto de soerguimento das empresas uma clara premissa: somente é possível lançar mão das medidas de superação da crise econômico-financeira desde que as empresas estejam em dia com suas obrigações tributárias. Do contrário, é plenamente lícito, tal como determinado pelo legislador, o prosseguimento normal dos processos de execução, ou seja, que sejam executados tantos quanto bastem de um devedor para a quitação dos créditos contra si constituídos.

Contudo, a prática jurisprudencial vem mitigando a aplicação deste dispositivo de diversas maneiras. Pretere-se, em certos casos, a quitação de débitos fiscais, a fim de, com arrimo no princípio da *preservação da empresa*, cancelar medidas recuperatórias que impactam diretamente nas ga-

rantias patrimoniais do crédito fiscal e do andamento ordinário dos feitos executivos, com suas preferências legais, frente aos credores particulares.

O presente artigo visa abordar a juridicidades destas interpretações pretorianas, confrontando-as com o ordenamento jurídico brasileiro e o manejo de seus princípios reitores. Antes, contudo, passar-se-á por um breve resumo da atual situação dos processos de recuperação no Brasil e dos seus custos, diretos ou indiretos, que pesam sobre tal procedimento, além de uma concisa análise de alguns sistemas jurídicos estrangeiros no específico tema do trato dos créditos do erário em face de empresas recuperandas. Após, serão abordados os temas mais recorrentes na prática judiciária nacional, notadamente os que versam sobre a ausência de certidão negativa de débitos para a concessão de planos recuperacionais, o “juízo universal” da recuperação e a possibilidade de alienação de bens integrantes dos planos de soerguimento. Todos estes aspectos, por fim, serão vistos sobre o crivo interpretativo do manejo das regras e princípios constitucionais, tendo por finalidade aperfeiçoar a satisfação do credor público e sua conciliação com os planos de recuperação propostos por empresários e sociedades empresárias.

2 O Custo da Recuperação Judicial

Ainda à guisa de introdução, sob a ótica da ciência da administração, cumpre partir do princípio de que o processo de recuperação judicial representa sempre um *custo*, seja este direito ou indireto. Os custos diretos incluem as despesas judiciais/processuais e os honorários advocatícios, de contadores e do administrador, que incidem sobre o procedimento judicial; os indiretos referem-se aos impactos nas vendas e nos lucros das empresas envolvidas no processo, sendo estes mensurados, pois, como oportunidades perdidas.¹

Em recente estudo contábil realizado com dados do Poder Judiciário dos estados de Minas Gerais e de São Paulo, constatou-se que os processos de recuperação judicial, em custos diretos, consomem em torno de vinte e seis por cento dos ativos das empresas e, sob a ótica indireta, os procedimentos retornam aos credores cerca de vinte e cinco por cento do total de seus créditos contra a recuperanda. Também, levantou-se que as estratégias

¹ GONÇALVES, Leonardo Franke. Quanto Custam as Dificuldades Financeiras no Brasil? (dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 05.

mais usuais para quitação de tais valores são a concessão de período de carência e o parcelamento do crédito em doze vezes, além da redução de funcionários.² Interessante notar, ainda, a fim de tornar mais concreto o quadro acima colocado, que, no rumoroso caso de recuperação judicial da companhia aérea Varig S.A., apesar de os custos diretos do processo terem sido irrisórios frente ao seu grande ativo, os custos indiretos, notadamente restrição de crédito, o excesso de tempo do processo e a perda de vendas, fatores agravados com a deflagração do processo de recuperação, foram demasiadamente altos para soerguer a companhia³, que teve, ao fim, sua falência decretada pelo Poder Judiciário do Rio de Janeiro.⁴

Todos estes custos, contudo, seriam economicamente justificados se as recuperações fossem encerradas nos prazos estipulados legalmente e com o cumprimento integral de seus planos. Ambas as hipóteses, contudo, não ocorrem satisfatoriamente na prática forense. De fato, já há jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as execuções individuais dos credores devem ficar sobrestadas ainda que escoado o prazo peremptório de seis meses previsto no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/05⁵, frustrando, assim, todos os meios executivos dos credores privados para satisfação de seus haveres, até que, *sine die*, seja aprovado – ou não – o plano⁶. Vê-se que esta dilação excessiva dos prazos de suspensão das execuções individuais pode ensejar o que se denomina de “indústria da recuperação”, ou seja, o manejo de tal instituto com a única finalidade de retardar/impossibilitar o pagamento de haveres. Ademais, estudo estatísti-

² JUPETIPE, Fernanda. Custos de Falência da Legislação Falimentar Brasileira (Dissertação de Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 49.

³ JUPETIPE, Fernanda; MÁRIO, Pueri. Custos de Falência: Estudo de Caso da Recuperação Judicial da Varig SA. In: Congresso Nacional de Administração e Ciências Contábeis, 2011, p. 17.

⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 1ª Vara Empresarial. Processo Falimentar 02600447-16.2010.8.19.0001.

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.610.860/PB, Ministra Nancy Andrihgi, 3ª Turma, j. 13/12/2016, onde se lê: [o] *mero decurso do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da LFRE não é bastante para, isoladamente, autorizar a retomada das demandas movidas contra o devedor, uma vez que a suspensão também encontra fundamento nos arts. 47 e 49 daquele diploma legal, cujo objetivo é garantir a preservação da empresa e a manutenção dos bens de capital essenciais à atividade na posse da recuperanda.*

⁶ Cf. LUCAS, Laís Machado. Transcorridos 10 Anos de Recuperação Judicial no Brasil, pode-se falar em (in)eficácia do instituto? In GARCIA, Ricardo (Org.) 10 Anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: Inovações, Desafios e Perspectivas. Porto Alegre, Editora Fi, 2016, p. 288.

co dos processos que correm perante a comarca da capital do Estado de São Paulo revela que apenas cerca de cinco por cento dos planos de recuperação são cumpridos integralmente, em grande parte devido à mora judicial. Refere-se no estudo que:

(...) a quantidade de empresários ou sociedades empresárias que tiveram suas recuperações judiciais encerradas por cumprimento do plano e soergueram suas atividades é baixa, quando comparado ao total de pedidos de processamento, pois percentualmente representa apenas 5,02% do total dos pedidos de processamento. Porém, tal comparação não está correta, visto que a simples comparação de valores absolutos ignora diversos fatores que necessariamente devem ser levados em consideração. Por esta razão, aplicado o filtro de análise utilizado por esta pesquisa, qual seja o tempo médio necessário para encerramento por cumprimento, pode-se afirmar que a quantidade de empresários e sociedades empresárias que tiveram o encerramento por cumprimento do plano de suas recuperações judiciais supera àquelas onde houve a convalidação da recuperação em falência, pois 56% das recuperações foram encerradas por cumprimento, enquanto 44% foram convalidadas em falência.⁷

Mesmo utilizando o critério do pesquisador acima, os dados bem refletem as dificuldades pelas quais passam as recuperandas e os credores privados, e tomam especial contorno se consideradas as proporções que tais procedimentos tomam em épocas de crise e de queda de crédito. Dados do Serasa Experian comprovam que, em 2016, houve o maior número de pedidos de recuperação judicial desde o início da vigência da Lei nº 11.101/05, representando um aumento de cerca de quarenta e quatro por cento em relação ao ano anterior. Há setores, como o comércio, por exemplo, em que a alta chegou a cem por cento⁸.

⁷ OLIVEIRA, Rafael Alves. Recuperação Judicial: uma análise empírica dos processo de recuperação distribuídos junto à 2ª Vara de Falências e Recuperações do Foro Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, com ênfase nas recuperações judiciais encerradas por cumprimento. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015, p. 93.

⁸ SERASA EXPERIAN. Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações. Disponível em

Neste cenário, deve-se ter bastante claro que procedimentos da recuperação são custosos e, pois, cumpre às partes e ao Poder Judiciário assim os tratar, manejando corretamente tanto o princípio da preservação da empresa como o da efetividade da tutela judicial, refletido em um processo de execução satisfatório e célere.

3 O Crédito Fiscal nos Programas de Recuperação de Empresas nos modelos Estrangeiros

A comparação de legislações estrangeiras e de seus resultados servirá para apontar quais as soluções e os entraves enfrentados nos demais países estudados no trato do soerguimento das empresas, especificamente em matéria fiscal. Propõe-se uma análise mais aprofundada das normas portuguesas, ante o entrelaçamento de sua história e de sua cultura jurídica com o Brasil, além de uma mais concisa análise dos ordenamentos mexicano e espanhóis. Para a escolha destes países considerou-se, também, o fato de todos pertencerem à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, entidade que diuturnamente promove estudos sobre as legislações tributárias e comerciais das nações e aponta soluções para seu aprimoramento.

Em Portugal, existem procedimentos diferenciados de cobrança de créditos constituídos em favor do Estado, também lá denominados de *execução fiscal*, além de um processo de soerguimento empresarial, sob a nomenclatura de *recuperação de empresa*; estas semelhanças decorrem da intensa herança jurídica deixada por Portugal ao Brasil, notadamente no campo fiscal.⁹ A disciplina sobre os efeitos dos processos de superação da crise econômico-financeira por empresas frente às execuções fiscais está no artigo 180º do Código de Procedimento e Processo Tributário do país lusitano - CPPT, baixado pelo Decreto-Lei nº 433/99, que dispõe:

Artigo 180.º

1 – Proferido o despacho judicial de prosseguimento da ação de recuperação da empresa ou declarada falência, serão sustados os processos de execução fiscal que se encontrem pendentes e todos

⁹ Cf, sob o ponto de vista histórico, CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. Apontamento para estudo da história da Advocacia Fiscal brasileira e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – Das Origens Lusitanas até o advento da Lei nº 2.442/55, in Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional, ano 11, nº 8 2009, p. 25-86.

os que de novo vierem a ser instaurados contra a mesma empresa, logo após a sua instauração.

2 – O tribunal judicial competente avocará os processos de execução fiscal pendentes, os quais serão apensados ao processo de recuperação ou ao processo de falência, onde o Ministério Público reclamará o pagamento dos respetivos créditos pelos meios aí previstos, se não estiver constituído mandatário especial.

3 – Os processos de execução fiscal, antes de remetidos ao tribunal judicial, serão contados, fazendo-se neles o cálculo dos juros de mora devidos.

4 – Os processos de execução fiscal avocados serão devolvidos no prazo de oito dias, quando cesse o processo de recuperação ou logo que finde o de falência.

5 – Se a empresa, o falido ou os responsáveis subsidiários vierem a adquirir bens em qualquer altura, o processo de execução fiscal prossegue para cobrança do que se mostre em dívida à Fazenda Pública, sem prejuízo das obrigações contraídas por esta no âmbito do processo de recuperação, bem como sem prejuízo da prescrição.

6 – O disposto neste artigo não se aplica aos créditos vencidos após a declaração de falência ou despacho de prosseguimento da ação de recuperação da empresa, que seguirão os termos normais até à extinção da execução.

Nota-se, pois, que o modelo português é completamente diverso do brasileiro, notadamente porque há expressa determinação de *suspensão* dos executivos fiscais, com envio destes ao juízo onde se processa o pedido de recuperação em caso deste deferido. Há, assim, uma radical alteração da competência, notadamente porque, nos termos dos artigos 211º e 212º da Constituição daquela nação, as demandas fiscais se processam perante *tribunais administrativos*, enquanto as demais correm nos tribunais judiciais ou comuns¹⁰. A única possibilidade de prosseguimento das execuções

¹⁰ Dispõe o artigo 211º, 1: 1. *Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais.* Já o artigo 212º, 3 refere: 3. *Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.*

neste estágio é no caso de a recuperanda adquirir novos bens, nos termos do item 5 do artigo acima transcrito, denotando a carga de alta preferência do crédito tributário. Há, ainda, no mesmo código, previsão de parcelamento diferenciado, denominado *pagamento em prestações*, em até cento e cinquenta prestações, para empresas nesta situação¹¹.

Nada obstante, o princípio reitor do soerguimento empresarial, que deve, na maioria das vezes, passar por uma declaração de insolvência prévia, é o da *igualdade*, ou seja, nenhum credor – público ou privado - deve ter tratamento diferenciado pelo plano. Dispõe o artigo 194º do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, expedido pelo Decreto-lei nº 53/2004:

1 - O plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objectivas.

2 - O tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afectado, o qual se considera tacitamente prestado no caso de voto favorável. 3 - É nulo qualquer acordo em que o administrador da insolvência, o devedor ou outrem confira vantagens a um credor não incluídas no plano de insolvência em contrapartida de determinado comportamento no âmbito do processo de insolvência, nomeadamente quanto ao exercício do direito de voto.

¹¹ Dispõe o artigo 196 do CPPT: 6 – *Quando, para efeitos de plano de recuperação a aprovar no âmbito de processo de insolvência ou de processo especial de revitalização, ou de acordo a sujeitar ao regime extrajudicial de recuperação de empresas do qual a administração tributária seja parte, se demonstre a indispensabilidade da medida, e ainda quando os riscos inerentes à recuperação dos créditos o tornem recomendável, a administração tributária pode estabelecer que o regime prestacional seja alargado até ao limite máximo de 150 prestações, com a observância das condições previstas na parte final do número anterior.* (Redação dada pela Lei n.º 100/2017, de 28 de agosto) 7 – *Quando o executado esteja a cumprir plano de recuperação aprovado no âmbito de processo de insolvência ou de processo especial de revitalização, ou acordo sujeito ao regime extrajudicial de recuperação de empresas, e demonstre a indispensabilidade de acordar um plano prestacional relativo a dívida exigível em processo executivo não incluída no plano ou acordo em execução, mas respeitante a facto tributário anterior à data de aprovação do plano ou de celebração do acordo, e ainda quando os riscos inerentes à recuperação dos créditos o tornem recomendável, a administração tributária pode estabelecer que o regime prestacional seja alargado, até ao limite máximo de 150 prestações, com a observância das condições previstas na parte final do n.º 5.*

Vê-se, pois, que os impostos e as contribuições previdenciárias, lá destinadas à denominada Segurança Social, devem estar contemplados no plano de insolvência, e as alterações/diferenciações de pagamento de tais obrigações devem seguir, em igualdade, as mesmas condições fixadas aos credores privados. Essa medida faz com que a média de recuperação de crédito sejam superiores, em Portugal, às médias dos demais países da OCDE.¹²

Situação semelhante ocorre no México, onde as autoridades tributárias participam ativamente de todo o processo de recuperação. De se ver, inicialmente, que a Lei de Concurso Mercantis desta nação, de 12 de maio de 2000, possui objetivos muito semelhantes aos esposados pela legislação brasileira, dispondo em seu artigo 1º que *é do interesse público conservar as empresas e evitar que o não-cumprimento generalizado das obrigações ponha em risco a viabilidade das mesmas e das demais com que mantenha relações de negócios*¹³. Há duas etapas, conciliação e quebra, dualidade que muito tem em comum com os institutos da recuperação e a falência no ordenamento brasileiro.

Quanto à primeira fase, que busca evitar a liquidação da sociedade empresária em crise, há previsão de que, desde a prolação de sentença que declare o concurso de credores, haja suspensão de toda e qualquer cobrança de créditos fiscais contra a empresa. Veja-se:

Artículo 69.- A partir da sentença do concurso mercantil, os créditos fiscais continuarão vencendo atualizações, multas e acessórios que correspondam às disposições aplicáveis.

(...)

A partir da sentença do concurso mercantil e até o término do prazo para a etapa de conciliação, se suspenderão os procedimentos administrativos de execuções dos créditos fiscais. As au-

¹² FREIRE, Emília Caetano, A Eficiência da Legislação de Falências em Portugal: um estudo comparado (dissertação de mestrado), Universidade do Porto, Porto, 2013, p. 37.

¹³ Dispõe, em língua original, o referido artigo: *Artículo 1o.- La presente Leyes de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios. Con el fin de garantizar una adecuada protección a los acreedores frente al detrimento del patrimonio de las empresas en concurso, el juez y los demás sujetos del proceso regulado en esta Ley debe ránregir sus actuaciones, en todo momento, bajo los principios de trascendencia, economía procesal, celeridad, publicidad y buena fe.*

toridades fiscais competentes poderão continuar os atos necessários para a determinação e segurança dos créditos fiscais a cargo do comerciante.¹⁴

Apesar desta suspensão, os agentes fiscais passam, após a sentença do concurso mercantil, a atuar em todas as etapas do referido processo, que converte-se para a fase dos acordos, ou seja, para a formulação de propostas dos credores para pagamento¹⁵. Neste momento, o legislador mexicano faz importante diferenciação: a depender do montante das dívidas tributárias da empresa frente ao total de seus credores, podem-se conceder mais ou menos descontos para quitação das exações. Veja-se o artigo 146-B do Código Fiscal dos Estados Unidos Mexicanos:

Artigo 146-B- No caso de contribuintes sujeitos a um procedimento de processos de concurso mercantil, as autoridades fiscais podem cancelar parcialmente os créditos tributários relativos a contribuições que deveriam ser pagas antes da data em que o procedimento para processo de insolvência, desde que o comerciante tenha celebrado um acordo com os seus credores no termos da respectiva Lei e de acordo com o seguinte:

I. Quando o valor dos créditos tributários representa menos de 60% do total de créditos reconhecido no processo de insolvência, o cancelamento não deve exceder o benefício mínimo da concedido pelos credores que, não sendo partes relacionadas, representam juntos quando menos 50% do valor reconhecido aos credores não tributários.

II. Quando o valor dos créditos tributários representa mais de 60% do total dos créditos reconhecido no processo de falência, o cancelamento, determinado nos termos da subseção acima, não excederá o valor que corresponde aos acessórios das contribui-

¹⁴ Tradução livre de: *A partir de la sentencia de concurso mercantil, los créditos fiscales continuarán causando las actualizaciones, multas y accesorios que correspondan conforme a las disposiciones aplicables. (...) A partir de la sentencia de concurso mercantil y hasta la terminación del plazo para la etapa de conciliación, se suspenderán los procedimientos administrativos de ejecución de los créditos fiscales. Las autoridades fiscales competentes podrán continuar los actos necesarios para la determinación y aseguramiento de los créditos fiscales a cargo del Comerciante*

¹⁵ Previsto nos artigos 145 e seguintes do referido código.

ções devidas. A autorização de cancelamento deve estar sujeita aos requisitos e diretrizes estabelecidos pelo regulção deste Código.¹⁶

Nota-se, pois, que tal medida revela preocupação do legislador com o montante do crédito fiscal a ser cobrado, evitando processos concursais com o único objetivo de lesar o fisco. Vê-se, também, que, havendo relação entre os descontos concedidos pelos credores particulares e o público, há promoção da igualdade dos créditos formulados contra a devedora.

Na Espanha, a posição do credor fiscal é semelhante às acima mencionadas, possuindo o país ibérico legislação destacadamente protetiva do crédito tributário. Inicialmente, é de se ver que não há previsão de suspensão das execuções fazendárias; ao contrário, se já há penhora – lá denominada *embargo* – o processo deve seguir seu curso normal, desde que tal ato de constrição seja anterior ao deferimento do concurso universal. Note-se o artigo 164 da Lei Geral Tributária espanhola, *Ley 58/2003*:

1. Sem prejuízo do respeito da ordem de prioridade para a cobrança de créditos, é estabelecido por lei em função da sua natureza, em caso de concordância do processo de execução para a cobrança de impostos com outros procedimentos de execução, seja singular ou universal, judicial ou não judicial, a preferência pela execução dos ativos bloqueados no procedimento será determinada de acordo com as seguintes regras:

1. Quando se trata de outros processos ou procedimentos singu-

¹⁶ Tradução livre de: Artículo 146-B.- *Tratándose de contribuyentes que se encuentren sujetos a un procedimiento de concurso mercantil, las autoridades fiscales podrán condonar parcialmente los créditos fiscales relativos a contribuciones que debieron pagarse con anterioridad a la fecha en que se inicie el procedimiento de concurso mercantil, siempre que el comerciante haya celebrado convenio con sus acreedores en los términos de la Ley respectiva y de acuerdo con lo siguiente: I. Cuando el monto de los créditos fiscales represente menos del 60% del total de los créditos reconocidos en el procedimiento concursal, la condonación no excederá del beneficio mínimo de entre los otorgados por los acreedores que, no siendo partes relacionadas, representen en conjunto cuando menos el 50% del monto reconocido a los acreedores no fiscales. II. Cuando el monto de los créditos fiscales represente más del 60% del total de los créditos reconocidos en el procedimiento concursal, la condonación, determinada en los términos del inciso anterior, no excederá del monto que corresponda a los accesorios de las contribuciones adeudadas. La autorización de condonación deberá sujetarse a los requisitos y lineamientos que establezca el reglamento de este Código.*

lares de execução, o procedimento de execução será preferido se a apreensão realizada no decurso do procedimento de execução for o mais antigo.

2. Quando for concorrente com outros processos de insolvência ou processos de execução universal, o procedimento de execução será preferido para a execução dos bens ou direitos que lhes são reconhecidos, desde que o embargo acordado no mesmo tenha sido feito antes da data da declaração do concurso.

Especificamente quanto ao processo do concurso na falência, novamente, tal como nos casos acima vistos, há possibilidade de a Fazenda Pública firmar acordos com o devedor, desde que este esteja em patamar de igualdade com os demais credores. Dispõe-se, no mesmo artigo:

4. A natureza privilegiada dos créditos fiscais confere ao Tesouro o direito de abster-se em processos de falência. No entanto, o Tesouro pode subscrever no decorrer destes processos acordos ou convênios previstos na legislação sobre falências, bem como concordar, de acordo com o devedor e com as garantias consideradas apropriadas, condições únicas de pagamento, não eles podendo ser mais favoráveis para o devedor do que aqueles incluídos no acordo ou convênio que encerra o processo judicial. Este privilégio pode ser exercido nos termos previstos na legislação sobre falências. Do mesmo modo, pode concordar com a compensação dos referidos créditos nos termos previstos na regulamentação tributária.

Para a subscrição e conclusão dos acordos e convênios referidos no parágrafo anterior, apenas será necessária a autorização do órgão competente da administração tributária.¹⁷

¹⁷ No original, o artigo em sua completude: *1. Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la ley en atención a su naturaleza, en caso de concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o universales, judiciales o no judiciales, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas: 1.º Cuando concorra con otros procesos o procedimientos singulares de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente si el embargo efectuado en el curso del procedimiento de apremio fuera el más antiguo. 2.º Cuando concorra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que el embargo acordado en el mismo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso. Para ambos casos, se estará a la fecha de la diligencia de embargo del bien o derecho. 2. En caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de*

Interessante notar que há, ainda, medidas que limitam a apropriação de créditos do Imposto sobre Valor Agregado – IVA, de sistemática não-cumulativa similar à nacional, em casos de deferimento do concurso de credores, em importante desestímulo à geração de débitos com tal imposto¹⁸.

4 A Necessidade de Regularização Fiscal para Concessão da Recuperação Judicial na Ordem Jurídica Brasileira e o Juízo Universal da Recuperação

De acordo com o modelo delineado pelo legislador pátrio, a regularidade fiscal é condição para a concessão da recuperação judicial, conforme art. 57 da Lei n. 11.101/05. No entanto, ciente da provável dificuldade da empresa em crise em quitar de imediato seus débitos fiscais, previu-se no art. 155-A, §3º, do Código Tributário Nacional (CTN) que lei específica - presumivelmente mais vantajosa - disporia sobre as condições de parcelamento de créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

Dessa forma, viabilizar-se-ia a regularização da situação fiscal da devedora - com a suspensão da exigibilidade dos créditos dessa natureza, nos termos do art. 151 do CTN, bem como de eventual execução fiscal em curso - de forma compatível com sua delicada situação econômica, uma vez que o adimplemento se daria em prestações a longo prazo.

julio, Concursal y, ensu caso, en l aLey 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del período ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso o bien se trate de créditos contra lamasa. 3. Los jueces y tribunales colaborarán con la Administración tributaria facilitando a los órganos de recaudación los datos relativos a procesos concursales o universales de ejecución que precisen para el ejercicio de sus funciones. Así mismo tendrán este deber de colaboración, respecto de sus procedimientos, cualesquier a órganos administrativos con competencia para tramitar procedimientos de ejecución. 4. El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, la Hacienda Pública podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogida sen el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial. Este privilegio podrá ejercerse en los términos previstos en la legislación concursal. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa tributaria. Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá únicamente la autorización del órgano competente de la Administración tributaria.

¹⁸ VASCO, Domingo Carbajo. Algunas Cuestiones Tributárias en Los Concursos de Acreedores. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, p. 104.

Como a edição da lei federal específica a que alude ao art. 155, §3º, do CTN tardou a ocorrer, a jurisprudência passou a invocar a omissão legislativa como fundamento para a dispensa da exigência de certidões de regularidade fiscal para a concessão de recuperação judicial - embora a solução legal para tal omissão fosse a aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação, como prevê o art. 155-A, §4º, do CTN.

O entendimento acima referido é exemplificado teor do acórdão do REsp n. 1.187.404/MT¹⁹, no qual o Superior Tribunal de Justiça afirmou:

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

Tal interpretação restaria superada com o advento da Lei n. 13.043/14, a qual, introduzindo o art. 10-A na Lei n. 10.522/02, previu o parcelamento especial voltado ao empresário ou à sociedade empresária que pleitear ou

¹⁹ DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é “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”. 2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN. 3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013)

tiver deferido o processamento da recuperação judicial. São características de tal modalidade de parcelamento o prazo de 84 meses, mais alongado que o de 60 meses previsto para o parcelamento ordinário (art. 10 da Lei n. 10.522/02), e prestações menores no início do período de fruição da benesse (0,666% da 1ª à 12ª prestação), com posterior incremento (1% da 13ª à 24ª prestação, 1,333% da 25ª à 83ª prestação e o remanescente na 84ª), facilitando-se o pagamento no momento agudo da crise.

É de se observar que o parcelamento em questão é favorável às recuperandas, quando cotejado com o ordinário, permanentemente aberto à adesão, sem a necessidade de que o interessado ostente alguma condição especial. No entanto, costumam ser consideradas tímidas as condições do art. 10-A na Lei n. 10.522/02 quando comparadas às dos frequentes parcelamentos especiais (vulgos “Refis”) instituídos pela União, aos quais está normalmente associada a remissão parcial de créditos, bem como prazos mais longos para o pagamento dos débitos, de até 180 meses.

De todo modo, mesmo com a edição da lei de parcelamento específica, não restou substancialmente alterada a jurisprudência do STJ acerca da temática, persistindo o corriqueiro fenômeno de se dispensar a apresentação da exigível certidão de regularidade fiscal para a outorga da benesse do soerguimento judicial da empresa previsto na Lei n. 11.101/05.

Evolução significativa no cenário pretoriano, no entanto, ocorreu a decisão proferida pela Segunda Turma do STJ no REsp 1.512.118, relatado pelo Min. Herman Benjamin. Em seu voto, condutor do julgamento unânime, o Ministro manifestou lúcida e sintética análise da posição do crédito fiscal na recuperação judicial - que não pode ser de preterição em relação ao crédito privado²⁰:

“(...) Sucede que a lógica do microssistema de Recuperação Judicial prevê que tal medida só tem por finalidade a renegociação dos débitos do estabelecimento empresarial com credores privados. É por esta razão, aliás, que a concessão da Recuperação Judicial:

- a) não implica suspensão da Execução Fiscal (art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005); e
- b) pressupõe, com base no art. 57 da Lei 11.101/2005, a apresentação da Certidão de Regularidade Fiscal (CND, ou Certidão Positiva com Efeito de Negativa).

²⁰ PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO UNIVERSAL DE BENS. ART.

Quer isto dizer que o legislador, embora tenha instituído um meio de promover a regularização das empresas em dificuldade, mediante aprovação de um plano que envolva apenas os credores privados (únicos participantes do aludido processo), não o fez às custas dos créditos de natureza fiscal.

Dito de outro modo, as sociedades empresárias não podem pagar seus credores privados em detrimento das Fazendas Públicas.”

185.-A DO CTN. INAPLICABILIDADE EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXEGESE HARMÔNICA DOS ARTS. 5º E 29 DA LEI 6.830/1980 E DO ART. 6º, § 7º, DA LEI 11.101/2005. 1. 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. 2. Importa acrescentar que a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados. 3. Nesse sentido, o art. 57 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que a apresentação da Certidão Negativa de Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial - ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser aprovado pela assembleia-geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte - art. 41 da Lei 11.101/2005). 4. Consequência do exposto é que o eventual deferimento da nova modalidade de concurso universal de credores mediante dispensa de apresentação de CND não impede o regular processamento da Execução Fiscal, com as implicações daí decorrentes (penhora de bens, etc.). 5. Não se desconhece a orientação jurisprudencial da Segunda Seção do STJ, que flexibilizou a norma dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 para autorizar a concessão da Recuperação Judicial independentemente da apresentação da prova de regularidade fiscal.

6. Tal entendimento encontrou justificativa na demora do legislador em cumprir o disposto no art. 155-A, § 3º, do CTN - ou seja, instituir modalidade de parcelamento dos créditos fiscais específico para as empresas em Recuperação Judicial. 7. A interpretação da legislação federal não pode conduzir a resultados práticos que impliquem a supressão de norma vigente. Assim, a melhor técnica de exegese impõe a releitura da orientação jurisprudencial adotada pela Segunda Seção, que, salvo melhor juízo, analisou o tema apenas sob o enfoque das empresas em Recuperação Judicial.

8. 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. 9. 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). 10. Recurso Especial provido para reformar o acórdão hostilizado.

(REsp 1512118/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 31/03/2015)

Assim, preconizou-se neste julgado o seguinte entendimento²¹:

“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) em 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.

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).”

Seguindo tal linha de pensamento, o STJ tem manifestado forte tendência no sentido de não suspender a execução fiscal em razão de recuperação judicial concedida sem a regularização da situação fiscal. No entanto, refere que os atos constritivos e expropriatórios poderiam ser, em alguma medida, flexibilizados (leia-se restringidos ou de certa forma obstados), e nisso reside o principal obstáculo à efetividade da execução fiscal no cenário da recuperação judicial, nitidamente inóspito ao crédito fazendário.

Discute-se, inclusive, a competência para decidir acerca de atos de expropriação patrimonial da recuperanda, se do juízo da execução fiscal ou do juízo da recuperação judicial. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça mantém a Súmula 480, segundo a qual *o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano*

²¹ *Idem.*

de recuperação da empresa. Lendo o verbete *a contrario sensu*, ter-se-ia que se insere na competência do juízo da recuperação judicial decidir sobre a constrição de bens abrangidos pelo plano de recuperação empresarial.

O exame da jurisprudência do STJ, notadamente das decisões sobre conflitos de competência entre juízos federais processantes de execuções fiscais e juízos “universais” de recuperação judicial, aponta que o entendimento da Corte é no sentido de que, embora não suspensa a execução fiscal, será competência do juízo da recuperação decidir sobre atos de constrição ou alienação de bens e direitos da recuperanda, inclusive para a satisfação do crédito perseguido no feito executivo fiscal. É o que se extrai do que fora decidido, no ano de 2017, nos Conflitos de Competência n. 144.157²² e 149.811/RJ²³.

²² CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA DE ATOS EXECUTÓRIOS CONTRA O PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA. LEI N. 13.043/2014. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DA SEGUNDA SEÇÃO. 1. As causas em que figurem como parte ou assistente ente federal relacionado no inciso I, do art. 109, da Constituição Federal, são da competência absoluta da Justiça Federal ou de Juízo investido de jurisdição federal, não se sujeitando os créditos tributários federais à deliberação da assembleia de credores à qual submetido o plano homologado pelo juiz estadual. 2. Contudo, conquanto o prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deva se dar perante o juízo federal competente - ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora -, a prática de atos constitutivos contra o patrimônio da recuperanda é da competência do Juízo da recuperação judicial, tendo em vista o princípio basilar da preservação da empresa. Precedentes. 3. A edição da Lei n. 13.304/2014, que instituiu o parcelamento especial em favor das empresas em recuperação judicial - benefício que, em tese, teria o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário da sociedade recuperanda - não alterou o entendimento pacificado na Segunda Seção sobre o tema. (AgRg no CC 136.130/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 13/05/2015, DJe 22/06/2015). 4. Agravo interno não provido. (AgInt no CC 144.157/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017)

²³ CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDAS ATIVAS - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PRELIMINAR AFASTADA - COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL - PRECEDENTES DO STJ. n1. Nos termos do que restou decidido pela Corte Especial, a Segunda Seção é competente para o julgamento do conflito uma vez que não se discute nos autos a competência para processar e julgar cobrança de crédito fiscal, mas sim para decidir sobre o patrimônio de sociedade em recuperação judicial. Precedentes. 2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem ser submetidos ao juízo universal. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 7.ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ, o qual poderá, a seu prudente critério, manter ou cancelar a penhora promovida pelo juízo fiscal sobre bens das empresas suscitantes. (CC 149.811/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/05/2017, DJe 16/05/2017)

Cumpra mencionar que, embora haja alguma dúvida acerca da competência interna no STJ para a apreciação dos conflitos de competência acima referidos - se da alçada da Primeira Seção, especializada em Direito Público, ou da Segunda Seção, que julga, em síntese, Direito Privado -, prevalece o entendimento de que a competência é da Segunda Seção²⁴. É possível que, em alguma medida, tal circunstância venha contribuindo para fazer preponderar uma noção mais voltada à visão de direito privado que permeia a questão, com certa sobrevalorização do *princípio da preservação da empresa* em desfavor da recuperação do crédito público.

Desse modo, observa-se que a jurisprudência nacional afasta-se ligeiramente do modelo legal previsto para a questão do crédito fiscal na recuperação judicial para, além de dispensar a regularização fiscal da interessada na benesse legal, permitir um prosseguimento apenas formal do executivo fiscal, com a imposição de óbices quase intransponíveis à efetivação de atos de constrição e alienação patrimonial, resultando, por vezes, na satisfação primeira de credores privados em detrimento do crédito público, o que não se conforma aos valores consagrados na ordem jurídica brasileira.

5 Conclusão

À guisa de conclusão, deve-se ter em conta, inicialmente, o verdadeiro alcance do termo *função social da empresa* e seu contorno constitucional, utilizado diuturnamente nas sentenças e acórdãos acima referidos. Efetivamente, este pode ser retirado, ainda que implicitamente, do artigo 170 da Constituição Federal, ante a importância dada à proteção da livre iniciativa, da circulação econômica e do incentivo à produção nacional²⁵.

²⁴ AGRAVO INTERNO EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA INTERNA. SEGUNDA SEÇÃO. ATO DE CONSTRIÇÃO EFETIVADO. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. 1. Segundo o decidido pela Corte Especial, no julgamento de Questão de Ordem no CC 136.167-SP, compete à Segunda Seção processar e julgar conflito de competência entre o juízo da recuperação judicial e o da execução fiscal, seja pelo critério da especialidade, seja pela necessidade de evitar julgamentos díspares e a consequente insegurança jurídica 2. O prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deverá se dar perante o juízo federal competente, ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora, exceto a apreensão e alienação de bens. A superveniência da Lei 13.043/2014 não alterou esse entendimento. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no CC 138.810/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 23/11/2017)

²⁵ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Curso Elementar de Direito Econômico, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2014, p. 117.

Ao analisar o mencionado dispositivo, Eros Roberto Grau elucida e sintetiza a ordem econômica desejada pelo legislador constituinte, salientando que a economia também deve servir para a construção de uma sociedade justa e igualitária. Veja-se:

A contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma 'ordem econômica', ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva da marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (no que, de resto, opera-se o reforço da legitimação do poder).²⁶

Na linha apresentada pelo doutrinador, é indissociável o conceito de ordem econômica e promoção de políticas públicas. Portanto, não se podem aceitar interpretações que deixem em segundo plano os créditos tributários em sede de recuperação, dada a sua inegável destinação para a redistribuição de riquezas e promoção da igualdade entre os cidadãos. Isso porque, desde há muito, entende-se que o direito tributário não se esgota a em função meramente arrecadatória, mas também viabiliza prestações positivas por parte do Estado, o que reflete do denominado *dever fundamental de pagar impostos*²⁷. Com efeito, nestas situações, privilegiar-se-iam interesses particulares frente ao crédito tributário e sua função de reduzir desigualdades sociais.

Ainda quanto ao ponto dos direitos fundamentais, e cotejando-o com as experiências estrangeiras, é de se notar que as interpretações judiciais em comento violam o princípio da igualdade dos credores frente à massa devedora, ao excluir as Fazendas Públicas de tal processo. Como refere Robert Alexy, o princípio geral da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável que decorra da natureza das coisas ou de uma razão objetivamente evidente para a diferenciação²⁸. Quanto a razoabilidade, refere que:

²⁶ GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 6ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p.13.

²⁷ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina, Coimbra, 2015, p. 185.

²⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 403.

Não é tarefa do Tribunal Constitucional examinar se o legislador se decidiu pela regulamentação mais justa ou mais conveniente, mas apenas se os limites externos, traçados pelo conceito de arbitrariedade, foram respeitados (...) Nos termos desta concepção, dois casos seriam sempre substancialmente iguais e, por conseguinte, deveriam ser tratados igualmente se esse tratamento igual satisfizer postulados como o da justiça ou da adequação em maior medida que um tratamento desigual.²⁹

Quanto ao ponto em apreço, vê-se que a necessidade de regularidade fiscal para uma empresa gozar dos instrumentos da lei de recuperações justifica-se pela igualdade de tratamento entre os credores, satisfazendo critérios de *justiça e adequação*, já que destoa do ordenamento nacional o privilégio de credores privados frente a públicos. Ademais, como referido pelo autor alemão no final de sua sentença, o tratamento desigual trazido pelas decisões judiciais à Fazenda Pública não se mostram legítimos por conferir trato desigual a situações substancialmente iguais – a satisfação de créditos.

As decisões abordadas versam, notadamente, de lesão aos interesses do fisco frente aos demais credores privados, pois, subvertendo a ordem legal, permitem a transação das garantias das execuções fiscais – o patrimônio da recuperanda –, ainda que esta não apresente regularidade quanto a seus tributos. Neste ponto, é pertinente a perplexidade de Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn com tal situação:

Por outro lado, é de se indagar em que medida o critério da função social é suficiente para manter uma empresa, sem condições econômicas objetivas de eficiência atuando. Basta, para tanto, a aprovação dos credores quanto ao plano apresentado? Tem eles ‘expertise’ adequada para apreciar a viabilidade da atividade? Não seria de considerar a possibilidade de danos à esfera subjetiva de outrem, terceiros inocentes que, de boa-fé, ao negociarem com essa empresa podem ser atingidos em seu patrimônio pela sua preservação? Só a manutenção de postos de trabalho é razão suficiente para suportar a ineficiência? (...) Justifica-se, perante a equidade, colocar em risco os demais participantes do mercado

²⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 406.

que podem ser atingidos pela preservação indevida de um organismo falsamente produtor de riquezas? Estas são perguntas para as quais não temos respostas.³⁰

De fato, muitas vezes, as assembleias de credores têm conhecimento da inviabilidade econômica da recuperanda, mas entendem que a melhor maneira de resguardar seus créditos é acordar formas de pagamento para que, no caso de eventual fechamento da empresa, todo o seu patrimônio não acabe revertido para credores privilegiados, como trabalhadores, titulares de garantias reais e fisco. Como referido pelas autoras e como decorre da própria lógica das economias abertas, empresas inviáveis devem ser retiradas do mercado, sofrendo a sociedade empresária as consequências legais de tal fato, notadamente a quitação preferencial dos créditos assim determinados em lei.

O princípio da preservação da empresa e sua função social são, indubitavelmente, conceitos jurídicos indeterminados, a serem preenchidos, casuística e racionalmente, pelo juiz. No entanto, o magistrado não é legislador, de modo que a imposição de determinados comportamentos pelo Judiciário, além de afrontar o princípio da separação dos poderes, poderia e pode, frente ao atual panorama jurisprudencial, conduzir a abuso³¹.

Pode-se concluir, pois, que interpretações dos tribunais nacionais que entrem a cobrança do crédito fiscal em face de empresas em processo de recuperação, além de não encontrarem similaridade com as ordens jurídicas estrangeiras aqui estudadas, não encontram suporte na ordem constitucional vigente, se cotejados os princípios reitores da ordem econômica e o da igualdade. Procurou-se demonstrar, assim, além dos sempre necessários ajustes à legislação das recuperações judiciais, que se mostra cabível a alteração do entendimento dos tribunais pátrios, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, no trato do crédito fiscal frente às recuperandas, a fim de possibilitar a plena satisfação dos haveres da Fazenda Pública mediante os métodos administrativos e, principalmente, mediante execuções judiciais.

³⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. Falência e Recuperação da Empresa em Crise: Comparação com as Posições do Direito Europeu, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 285-286.

³¹ *Idibem*, p. 279.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo, Malheiros, 2006.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Curso Elementar de Direito Econômico, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2014.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. Apontamento para estudo da história da Advocacia Fiscal brasileira e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – Das Origens Lusitanas até o advento da Lei nº 2.442/55, in Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional, ano 11, nº 8 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. Falência e Recuperação da Empresa em Crise: Comparação com as Posições do Direito Europeu, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

FREIRE, Emília Caetano, A Eficiência da Legislação de Falências em Portugal: um estudo comparado (dissertação de mestrado), Universidade do Porto, Porto, 2013.

GONÇALVES, Leonardo Franke. Quanto Custam as Dificuldades Financeiras no Brasil? (Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 6ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

JUPETIPE, Fernanda. Custos de Falência da Legislação Falimentar Brasileira (Dissertação de Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

_____; MÁRIO, Poueri. Custos de Falência: Estudo de Caso da Recuperação Judicial da Varig SA. In: Congresso Nacional de Administração e Ciências Contábeis, 2011.

LUCAS, Laís Machado. Transcorridos 10 Anos de Recuperação Judicial no Brasil, pode-se falar em (in)eficácia do instituto? In GARCIA, Ricardo (Org.) 10 Anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: Inovações, Desafios e Perspectivas. Porto Alegre, Editora Fi, 2016.

NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almeida, Coimbra, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Alves. Recuperação Judicial: uma análise empírica dos processos de recuperação distribuídos junto à 2ª Vara de Falências e Recuperações do Foro Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, com ênfase nas recuperações judiciais encerradas por cumprimento. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

SERASA EXPERIAN. Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações. Disponível em: