



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

CÍNTIA TAMARA ARAÚJO DA SILVA

**O CONFLITO ENTRE A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL E A GARANTIA DOS CRÉDITOS FISCAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA**

Monografia de Conclusão de Curso

Recife

2017

CÍNTIA TAMARA ARAÚJO DA SILVA

**O CONFLITO ENTRE A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL E A GARANTIA DOS CRÉDITOS FISCAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA**

Projeto de Monografia apresentado para obter nota no componente curricular Projeto de TCC, requisito para obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Área de Conhecimento: Direito Constitucional, Direito Empresarial, Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa.

Recife

2017

CÍNTIA TAMARA ARAÚJO DA SILVA

**“O CONFLITO ENTRE A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL E A GARANTIA DOS CRÉDITOS FISCAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA”**

Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof.

Prof.

Prof.

RESUMO

O presente trabalho possui como objeto o estudo da possibilidade de harmonização entre a busca pela preservação de empresas economicamente viáveis, porém em crise, através do instituto da recuperação judicial, criado pela Lei n. 11.101/2005, e o direito fazendário à obtenção dos créditos fiscais. De acordo com essa lei, esses créditos não são incluídos no plano recuperacional, salvo a concessão de parcelamento, o que permite o regular prosseguimento da execução fiscal e pode impedir a recuperação da empresa e, conseqüentemente, o cumprimento da sua função social. Para tanto, analisa os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica da Constituição de 1988, com destaque para o Princípio da Função Social da Propriedade, e os Princípios da Preservação e da Função Social da Empresa, já que refletem as finalidades precípua da recuperação judicial. Ademais, examina a concepção de interesse público mediante o confronto entre o interesse fazendário e o interesse social na manutenção da empresa e proposto, como tentativa de conciliação entre eles, o refreamento de atos expropriatórios contra empresas em recuperação judicial. Por fim, identifica estas três diferentes teses jurisprudenciais que têm orientado os tribunais pátrios: a Tese Legalista, a Tese Preservacionista e a Tese Preservacionista Mitigada, a fim de analisar qual delas seria preferível para solucionar tais litígios.

Palavras-chave: Preservação da Empresa. Recuperação judicial. Execução fiscal. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. Teses jurisprudenciais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I - A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SUA OBSERVÂNCIA PELA ATIVIDADE EMPRESARIAL	10
1.1 A ordem econômica na Constituição de 1988 como reflexo da transição da ideologia liberal para a ideologia social.....	10
1.2 Os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica como norteadores da atuação empresarial.....	14
1.3 O cumprimento dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica através dos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa.....	20
1.4 A recuperação judicial como instrumento de concreção dos Princípios da Função Social da Empresa e da Preservação da Empresa.....	23
CAPÍTULO II - O CONFLITO ENTRE O INTERESSE FAZENDÁRIO NA EXECUÇÃO DOS CRÉDITOS FISCAIS E A BUSCA PELA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL	28
2.1 A questão sobre o interesse público: interesse fazendário <i>versus</i> interesse social na preservação da empresa.....	28
2.2 A mitigação dos atos executivos contra a recuperanda como proposta de conciliação entre o interesse fazendário e o interesse social na preservação da empresa.....	33
CAPÍTULO III - AS TESES JURISPRUDENCIAIS SOBRE A APLICABILIDADE DE MEDIDAS EXECUTIVAS CONTRA RECUPERANDAS DEVEDORAS DA FAZENDA PÚBLICA	38
3.1 As Teses Jurisprudenciais e os seus fundamentos: a Tese Legalista, a Tese Preservacionista e a Tese Preservacionista Mitigada.....	38
3.1.1 A Tese Legalista: a prevalência da lei em detrimento da preservação da empresa.....	39
3.1.2 A Tese Preservacionista: a preservação da empresa como valor a ser primordialmente protegido.....	43
3.1.3 A Tese Preservacionista Mitigada: a proposta de flexibilização para a conciliação entre o interesse fazendário e a finalidade do instituto recuperacional.....	45
3.2 A adoção da Tese Preservacionista Mitigada como instrumento para a concreção dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica.....	49
CONCLUSÕES	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A ordem econômica prevista pela Constituição de 1988 é fruto da legitimação do Estado Democrático de Direito e, como tal, sujeitou o sistema capitalista – e, conseqüentemente, as atividades econômicas – aos ditames da solidariedade social. Por essa razão, a atividade empresária, proeminente na produção e na distribuição de riquezas, deve orientar-se em conformidade com os princípios previstos no art. 170 da Constituição, principalmente com o Princípio da Função Social.

Sendo assim, devido à enorme relevância da atuação das empresas na economia, deve-se preservá-las enquanto viáveis forem, dado que sua atividade não só produz efeitos para o agente econômico em si, mas também para os indivíduos direta ou indiretamente alcançados por ela.

No entanto, unidades produtivas podem enfrentar situações de crise econômico-financeiras capazes de inibi-las de cumprirem os objetivos e princípios constitucionais dirigidos às atividades econômicas. Para evitar, portanto, a falência em massa de empresas em dificuldades, foi criado, por meio da Lei n. 11.101/2005, o instituto da recuperação judicial, o qual, por facilitar a negociação entre a empresa devedora e os seus credores, proporciona a manutenção das atividades empresariais. Dessarte, perfaz o Princípio da Preservação da Empresa, corolário do Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade, visto que protege as empresas em situações de instabilidade transitória e torna possível, assim, o cumprimento do dever de solidariedade imposto aos atuantes na economia.

Entretanto, a referida lei estabeleceu, no art. 6º, §7º, que as execuções fiscais não se suspenderão com o deferimento do plano de recuperação e, portanto, prosseguirão normalmente até o adimplemento do crédito fiscal, sem a restrição da prática de nenhum ato executivo. Todavia, vê-se que o emprego indiscriminado de meios de execução pode tolher, em muito, a aptidão empresarial de se restabelecer, porquanto geralmente acarreta a redução do patrimônio da recuperanda e embaraça, pois, a execução do plano voltado ao soerguimento da empresa.

Neste momento, então, aos julgadores brasileiros foram lançadas as seguintes questões, as quais se pretende responder neste trabalho:

(a) À luz dos princípios da ordem econômica da Constituição de 1988, qual a importância da função social exercida pelas empresas?

(b) Tendo em vista os Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa, é possível mitigar-se o interesse fazendário em prol do interesse público na manutenção da empresa em recuperação judicial?

(c) Na prática processual, as medidas executivas poderiam ser limitadas a fim de não se inviabilizar a execução do plano recuperacional pela empresa e a sua consecutiva preservação?

Com vistas a tal propósito, propõe-se uma análise da doutrina constitucional acerca da ordem econômica prevista na Constituição de 1988, a fim de se examinarem os princípios e objetivos que a regem e os fundamentos que a alicerçam, bem como a relevância da empresa para o alcance desses escopos. Além disso, estudam-se os Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa, corolários dos princípios constitucionais, a partir da pesquisa da doutrina empresarial acerca da recuperação judicial e do conhecimento de suas finalidades. Percorrem-se, ainda, as doutrinas administrativa e constitucional referentes ao interesse público, à sua relação com o interesse privado e a possibilidade de mitigação do interesse da Fazenda Pública. Por fim, visando à compreensão das medidas executivas próprias do processo executivo pátrio e dos efeitos por elas produzidos, consulta-se a doutrina processual concentrada na atuação da Fazenda Pública, com enfoque nas execuções fiscais.

Ademais, serão investigados os diversos posicionamentos jurisprudenciais adotados na resolução dos litígios em questão, os quais podem ser diferidos em três teses.

A primeira delas, a “Tese Legalista”, aplica rigorosamente a determinação legal e admite a plena efetivação de medidas executivas, sejam elas constritivas, sejam expropriatórias, por considerarem prevalecente a obediência à regra que impõe o prosseguimento das execuções fiscais nestes casos. A segunda, a “Tese Preservacionista”, considerando como prioritária a manutenção da unidade produtiva, não admite a prática de atos assecuratórios, como a penhora, muito menos a expropriação de bens da recuperanda, sob pena de tais medidas inibirem a capacidade de restabelecimento da empresa. Por fim, a tese mais equilibrada dentre as três, a “Tese Preservacionista Mitigada”, visa a conciliar o interesse fazendário pelo crédito fiscal com a finalidade de preservação da empresa, ao autorizar apenas a penhora de bens da empresa devedora e inadmitir, então, a expropriação dos bens constritos.

Para tanto, este trabalho está estruturado em três capítulos, a seguir descritos.

O primeiro capítulo se dedica, em primeiro lugar, a explanar como a transição da ideologia liberal à ideologia social se sucedeu ao longo da história, a fim de justificar o

paradigma de ordem econômica consagrado na Constituição de 1988. Em segundo lugar, ocupa-se em analisar as disposições constitucionais reguladoras da “Ordem Econômica e Financeira”, ao examinar o art. 170 da Constituição – principal norma constitucional disciplinadora da matéria –, sem deixar de se reportar aos artigos 1º e 3º da norma suprema, também norteadores das atividades econômicas nacionais. Em terceiro lugar, volta-se a investigar, mais especificamente, o papel das empresas na promoção da justiça social, sobretudo quanto ao cumprimento da sua função social. Apresenta, enfim, a importância de se preservarem empresas em crise, para se evitar a frustração dos preceitos constitucionais, e expõe a relevância da recuperação judicial como instrumento de concreção dos referidos princípios.

No segundo capítulo, discute-se a questão sobre o interesse público em se manter a empresa recuperanda em funcionamento, em cotejo com a determinação legal que impõe o prosseguimento das execuções fiscais em curso contra ela. Dessarte, tendendo-se à adaptação da referida norma à finalidade de se preservarem as unidades produtivas em recuperação judicial, aborda a possibilidade de mitigação do interesse fazendário ao crédito fiscal nestes casos.

Por último, o terceiro capítulo expõe as três diversas orientações jurisprudenciais adotadas pelos juízes e tribunais brasileiros na solução desses litígios e apresenta os fundamentos de cada uma delas. Aponta, ainda, a tese considerada mais adequada aos ditames constitucionais e a propõe a sua adoção com vistas à pacificação do conflito de interesses objeto de estudo deste trabalho.

Para tanto, devido à facilidade de acesso às decisões destes tribunais e ao grande número de acórdãos acerca do tema em discussão neste trabalho, foram selecionadas decisões proferidas pelo Tribunal Regional da 5ª Região, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o que não exclui a ocorrência de casos semelhantes também em outros tribunais brasileiros. Foram, ademais, colacionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, em virtude da relevância desse tribunal para a uniformização de jurisprudência no Judiciário brasileiro nas questões que ofendem a Constituição de maneira reflexa, tais como acontece nos casos aqui analisados.

Sendo assim, tem-se como objetivos gerais, primeiramente, analisar qual dentre as teses jurisprudenciais melhor se ajusta aos princípios e objetivos da ordem econômica constitucional e, também, aos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa, daqueles decorrentes. Ademais, visa-se a apresentar uma proposta de pacificação desse litígio

com base na interpretação do art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005 em conformidade com a Constituição. Para se lograr tal propósito, objetiva-se, mais detidamente, estudar a doutrina pertinente e as orientações jurisprudenciais voltadas a dirimir o conflito de interesses em questão para, enfim, justificar-se a solução adotada, com fundamento na importância da preservação da empresa para o cumprimento dos ditames constitucionais.

A fim de alcançar os escopos a que se propõe, utilizam-se, neste trabalho, os métodos dedutivo e indutivo de estudo.

CAPÍTULO I: A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SUA OBSERVÂNCIA PELA ATIVIDADE EMPRESARIAL

1.1 A ordem econômica na Constituição de 1988 como reflexo da transição da ideologia liberal para a ideologia social

O modelo de ordem econômica previsto na Constituição de 1988 reflete o impacto gerado pelas modificações políticas e econômicas vivenciadas precipuamente em países da Europa Ocidental, com a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal e deste ao Estado do “Bem-estar Social”, até se chegar ao Estado Democrático de Direito, atualmente consagrado.

A derrocada do Absolutismo, que concentrava poderes ilimitados na figura do monarca, associada à crise da economia mercantilista e ao desenvolvimento de atividades comerciais, ensejou a insurreição do Terceiro Estado – a burguesia – contra a estrutura estamentária em que se apoiava o Estado Absoluto. Contrários aos privilégios conferidos à nobreza e interessados na liberdade para o exercício das atividades comerciais, os burgueses, cujo poder econômico se fortalecia em virtude da acumulação de capital, contrapuseram-se à forma de organização do poder vigente, o que culminou na Revolução Francesa, de 1789. O Terceiro Estado, portanto, uniu-se em busca da “igualdade, liberdade e fraternidade”.

Como resultado das lutas da massa popular por tratamento igualitário e, em especial, da burguesia por, concomitantemente, liberdade na realização das atividades comerciais e industriais e pelo fim dos privilégios conferidos à nobreza, formou-se, por conseguinte, o Estado Liberal.

No entanto, apesar de o movimento revolucionário ter como máxima a “igualdade, liberdade e fraternidade”, o interesse dos burgueses em criar um Estado nesses moldes era primordialmente econômico e individualista, visto que pretendiam limitar a atuação estatal à manutenção do sistema capitalista que se consolidava. Portanto, visavam à regulação estatal como forma de terem asseguradas a previsibilidade e a segurança nas relações comerciais para, assim, obterem lucros com o mínimo de riscos.¹

¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.

Sendo assim, o Estado liberal possuía como fundamentos dois importantes instrumentos de consagração dos interesses capitalistas: o liberalismo econômico e o liberalismo político.²

O primeiro deles, o liberalismo econômico, baseava-se no capitalismo industrial, alicerçado na propriedade privada, na livre concorrência, na acumulação de capitais, na valorização do capital, na liberdade de iniciativa e, principalmente, no intuito lucrativo, objetivos esses alcançados através da industrialização.³ De acordo com a concepção liberal, portanto, o Estado deveria ingerir tão-somente nos limites do indispensável para garantir a plena consecução das finalidades capitalistas.

O segundo deles, o liberalismo político, teve o seu marco mais notório no “constitucionalismo liberal”, o qual acarretou importantes implicações no aspecto jurídico do Estado Liberal. Para o alcance dos ideais revolucionários e, particularmente, dos interesses burgueses, seria necessário, por um lado, assegurar-se a restrição dos poderes monárquicos para se evitar o retorno ao Absolutismo e, por outro, o fim do tratamento privilegiado aos nobres. Destarte, a maneira mais segura de se lograrem tais finalidades seria a sistematização das normas jurídicas existentes numa estrutura hierárquica na qual houvesse uma norma suprema – a Constituição -, responsável por positivizar os preceitos basilares do Estado, dentre os quais estariam, sem dúvidas, os direitos e as garantias individuais.⁴

Entretanto, mesmo que a premissa dos revolucionários fosse a luta pela garantia de “igualdade, liberdade e fraternidade”, na prática, esses ideais foram garantidos a apenas alguns, a saber, aos detentores do capital.

Em primeiro lugar, a igualdade foi apenas formalmente assegurada, porquanto a força de trabalho humana era considerada apenas uma mercadoria, e os trabalhadores, objetos dessa relação contratual, cuja celebração era isenta de regulamentação estatal.⁵ Por conseguinte, não era dispensado o mesmo tratamento aos trabalhadores – os proletários – e

² DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico: Globalização e Constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 31.

³ PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola; BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11^a ed., vol. I. Brasília: UNB, 1998, p. 141.

⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152-153.

⁵ LIMA, Henrique Espada. Sob o domínio da precariedade: escravidão e os significados da liberdade de trabalho no século XIX. **Revista Topoi**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, jul./dez., 2005, p. 293.

aos detentores dos meios de produção – os capitalistas –, fato que tornou a igualdade uma mera previsão legal, sem qualquer aplicabilidade prática.⁶

Em segundo lugar, a liberdade tinha cunho econômico, principalmente, e se voltava a permitir o *laissez faire*, isto é, o exercício de atividades econômicas sem quaisquer amarras, tais como através da livre concorrência, da livre contratação entre os capitalistas e da livre contratação da força de trabalho.

Em terceiro lugar, a fraternidade, também ideal impulsionador da Revolução Francesa, não chegou a ser concretizada no Estado Liberal, até mesmo pelo fato de ser incompatível com o caráter individualista que marcou as concepções liberais de igualdade e de liberdade.⁷

Por conseguinte, em virtude da perspectiva capitalista de que se revestiam as aspirações revolucionárias, somada à restrita ingerência estatal nas relações econômicas e às péssimas condições de vida e de trabalho oferecidas aos proletários, o Estado Liberal tornou-se insustentável para as massas populares. Logo, essas circunstâncias levaram os trabalhadores a se rebelarem contra essa situação e a reivindicarem a intervenção estatal para lhes proporcionar o necessário à sobrevivência, fato ocorrido sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, no início do século XX.⁸

Em resposta às demandas populares, foram consagrados por Constituições futuras – a exemplo da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, alemã, de 1919 – direitos econômicos, trabalhistas, culturais e sociais, para cuja materialização seria imprescindível a prestação estatal ativa.⁹ Para tanto, não mais poderia o Estado abster-se de regular e condicionar as atividades econômicas, pois, do contrário, dado o caráter individualista do capitalismo, o exercício dos direitos sociais se tornaria irrealizável. Isso posto, almejando conciliar os desígnios capitalistas com a garantia e a efetivação dos direitos sociais, tais Constituições inseriram em seu texto normas regulamentadoras da ordem econômica, compondo-a com os anseios da população.¹⁰

⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22-23.

⁷ Idem, *ibidem*. P. 25.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v.2, n.1, jan./jun., 2013, p. 167.

¹⁰ PINTARELLI, Camila. Os Direitos Humanos e a Ordem Econômica Brasileira. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, jan./jun., 2014, p. 356.

No Brasil, a Constituição de 1934, que, inspirada na Constituição alemã de Weimar, consagrou formalmente o Estado Social, foi a primeira dentre as Constituições brasileiras a dedicar um de seus títulos à “Ordem Econômica e Social” e a estabelecer que as atividades econômicas devem garantir a todos existência digna.¹¹

As Constituições subsequentes à de 1934 continuaram, por conseguinte, a consagrar Constituições Econômicas, isto é, aquelas compostas de uma gama de normas jurídicas as quais, fundamentadas em um determinado modo de produção econômico – o capitalismo, no caso das Constituições brasileiras –, organizam a economia do país à medida que disciplinam o seu funcionamento.¹²

Nesse mesmo sentido, a Constituição de 1988, ao adotar um “modelo econômico de bem-estar”¹³, compatibilizando-o com o capitalismo, consagrou uma nova ordem econômica, já que sujeitou a livre iniciativa aos ditames da justiça social e previu a possibilidade de intervenção estatal na economia, conquanto excepcionalmente. Por consequência, essa nova ordem econômica constitucional orienta o ordenamento jurídico como um todo a observar as diretrizes, os objetivos e os princípios da Constituição Econômica. Por essa razão, pode-se considerar a Constituição ora vigente como “Programático-dirigente”, de acordo com a classificação realizada por Canotilho.¹⁴

Tendo tais fatos em vista, criou-se a concepção “material” da Constituição Econômica, a qual comporta não só as normas constitucionais a respeito, como o faz a concepção “formal”, mas também as infraconstitucionais que se voltem a perfazer a ordem econômica nos moldes postos pela norma suprema.¹⁵ Em concretização a tais preceitos, portanto, devem ser eles observados tanto pelos particulares, quanto pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, quando no exercício das respectivas funções.¹⁶

Por conseguinte, será adotada, no presente texto, a ideia de Constituição Econômica “material”, visto que não só serão examinados os princípios constitucionais da

¹¹ ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 326-327.

¹² MOREIRA, Vital *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 72.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 334.

¹⁵ DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico: Globalização e Constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 45.

¹⁶ RAMMÊ, Adriana Santos. **Recuperação Judicial & Dívidas Tributárias: A Preservação da Empresa como Fundamento Constitucional de Ajuda Fiscal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 34.

ordem econômica como também dois dos princípios infraconstitucionais aplicáveis às empresas – os Princípios da Função Social da Empresa e da Preservação da Empresa – e um dos mecanismos criados pela Lei n. 11.101/2005, para materializá-los, qual seja, o da recuperação judicial.

A Lei n. 11.101/2005 conferiu às empresas viáveis, porém em crise, a possibilidade de negociarem com os seus credores a fim de obterem condições facilitadas de adimplemento dos respectivos débitos, para que possam continuar funcionando e, portanto, cumprindo a sua função social. Para tanto, previu os institutos da recuperação judicial – objeto de estudo do presente trabalho – e da recuperação extrajudicial.¹⁷

Tendo tal fato em vista, pode-se compreender a recuperação judicial como o conjunto de medidas econômicas, financeiras, jurídicas e estruturais que, por meio da intervenção do Estado, propiciam a negociação entre a recuperanda e os seus credores com o objetivo de reestruturá-la, aproveitando-se a real capacidade produtiva remanescente da empresa em crise.¹⁸

1.2 Os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica como norteadores da atuação empresarial

O Título VII da Constituição de 1988 possui como objeto específico a “Ordem Econômica e Financeira” e prevê, a partir do art. 170 do texto constitucional, uma série de princípios e de regras atinentes ao exercício da atividade econômica no país. No entanto, o constituinte originário preocupou-se em disciplinar questões econômicas também em outros dispositivos, o que demonstra a grande relevância desse tema para o ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁷ A recuperação extrajudicial, prevista no art. 161 e seguintes da Lei n. 11.101/2005, possui um procedimento bem mais simples e célere do que o da recuperação judicial. Para o aperfeiçoamento da recuperação extrajudicial, é suficiente o acordo entre o devedor e os credores signatários, o que não o impede, porém, de requerer a homologação do plano extrajudicial, desde que preencha os requisitos dispostos no art. 48 da referida lei. Embora também seja importante para a preservação de empresas em crise, a recuperação extrajudicial não será objeto de análise deste trabalho, cujo estudo se volta ao exame da recuperação judicial em face de execuções fiscais promovidas contra empresas recuperandas e, portanto, não abrange os procedimentos extrajudiciais. Para conferir maiores detalhes sobre a recuperação extrajudicial, cf. 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.

¹⁸ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

Inicialmente, no art. 1º da norma suprema, foram postos como fundamentos do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, dentre outros, e reiterados como fundamentos da ordem econômica, no *caput* do art. 170 da Constituição. Ademais, no art. 3º, o constituinte originário definiu como sendo objetivos da República: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e, por fim, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, os quais vinculam também a ordem econômica.¹⁹

Além de pautar a economia nos referidos fundamentos e de orientá-la ao alcance dos objetivos mencionados, a Constituição de 1988 também previu, no art. 170, uma série de princípios específicos a serem observados quando do exercício de atividades econômicas, especialmente a empresarial, dada a sua importância para a economia do país.

Analisando-se o *caput* desse dispositivo, pode-se inferir, de início, que a Constituição de 1988 adotou o capitalismo como sistema econômico, porquanto a “livre iniciativa” é princípio próprio da economia de mercado.²⁰ Dessa maneira, é garantida a liberdade de escolha do ramo econômico no qual se investirá e o modo como se conduzirá a atividade,²¹ independentemente de qualquer autorização de órgãos públicos, nos termos do parágrafo único.

Por outro lado, ela harmonizou o direito fundamental à livre iniciativa ao direito social à valorização do trabalho humano, consagrado também como fundamento da ordem econômica. Com base nessa previsão constitucional, podem-se inferir duas conclusões: a primeira, a imposição a que a iniciativa privada se amolde aos direitos trabalhistas consagrados pela ordem jurídica, de modo a conciliar os desígnios puramente capitalistas aos pleitos sociais; a segunda, a responsabilidade que as atividades econômicas, mormente a empresarial, possuem na realização de um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, é por meio da conciliação dos interesses capitalistas com os ditames sociais que se pode alcançar o fim social almejado pelo constituinte: o de assegurar a todos

¹⁹ Idem, *ibidem*. P. 37.

²⁰ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 788.

²¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6ª ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 125.

existência digna e a justiça social, através da distribuição, na medida do possível, do produto econômico.²² E é justamente a busca pela composição entre esses fundamentos que orienta a disposição de princípios constitucionais da ordem econômica.

Destaque-se, porém, ser indispensável à efetiva realização dessas metas a intervenção estatal, que, ao regular a ordem econômica e criar políticas de preservação das atividades produtoras, estimula a produção e a distribuição de riquezas e, assim, a promoção de justiça social.²³

Posto isso, tendo em vista os fundamentos e as finalidades constitucionais relacionadas à ordem econômica, segue-se ao estudo dos princípios constitucionais do art. 170, com enfoque para a atuação empresarial, já que ela é, atualmente, a principal força motriz da economia brasileira.

Primeiramente, deve-se observar o Princípio da Soberania Nacional, o qual, por estar incluído no título referente à ordem econômica, deve ser interpretado no sentido econômico, e não no político, portanto.²⁴ Esse princípio pode ser interpretado sob dois ângulos: de um lado, como soberania econômica, dirige as empresas brasileiras a buscarem a modernização e o aperfeiçoamento técnico para estarem, então, aptas a concorrer em condições de igualdade com empresas estrangeiras²⁵; de outro, relacionado à soberania econômica estatal, esse princípio torna possível a intervenção excepcional do Estado no domínio econômico, quando for necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, consoante o art. 173 da Constituição em vigor.

Além disso, ainda sob a perspectiva da soberania econômica estatal, o Estado atua como “agente normativo e regulador”, uma vez que fiscaliza o mercado, controla a atuação empresarial e estabelece limitações legais às atividades econômicas.²⁶ A título exemplificativo, há a imposição de que as empresas jornalísticas e de radiodifusão obtenham a outorga da concessão, permissão e autorização, pelo Poder Executivo, para poderem prestar serviços de comunicação, segundo o art. 223 da norma suprema.

²² DA SILVA, op. cit., p. 788.

²³ RAMMÊ, op. cit., p. 34.

²⁴ DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico: Globalização e Constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 69.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226.

²⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 32, n. 32, out., 1989, p. 74-75.

Em segundo lugar, devem ser observados os princípios da Função Social da Propriedade e da Propriedade Privada, os quais, por estarem correlacionados, devem ser examinados conjuntamente.

O conceito de “direito à propriedade” se modificou ao longo da história para se adaptar ao contexto social no qual se inseria. No liberalismo, por exemplo, esse era um direito absoluto, ilimitado e individual, de modo que não se cogitava da atribuição a ele de uma “função social”.²⁷ Essa concepção foi, entretanto, sendo transformada, à medida que se passou a conferir um valor social à propriedade privada e a harmonizar-se esse direito com o interesse social.

No Brasil, essa nova compreensão do direito à propriedade privada foi inserida na Constituição de 1934, a qual, embora reforçasse o direito à propriedade ao dispor que a desapropriação deveria ser feita “nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização” (art. 113, 17)²⁸, também vedou que ele fosse exercido de maneira contrária ao interesse social. Assim, avançou em relação à Constituição de 1891, que apenas previa a possibilidade de se restringir o direito à propriedade privada em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública.²⁹

A Constituição de 1946, por sua vez, acresceu à garantia do direito à propriedade privada o dever de a referida indenização ser paga “em dinheiro”, previsão que, apesar de apresentar caráter mais conservador, visava a evitar abusos pelo Poder Público sobre esse direito. É, aliás, previsão que foi mantida nas Constituições posteriores, inclusive como direito fundamental na Constituição de 1988, previsto no seu art. 5º, inciso XXIV.³⁰

Nesse sentido, ao passo que o modelo puramente liberal foi-se mostrando a causa de muitas injustiças sociais, o exercício individualista do referido direito não mais seria sustentável, razão pela qual, desde a Constituição brasileira de 1967, à propriedade privada foi

²⁷ FALLE, Maria Helena Ferreira Fonseca. O direito de propriedade e o tortuoso processo de sua funcionalização: do conceito de propriedade liberal à função social da propriedade e da empresa. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v. 14, n. 102, fev./mai., 2012, p. 165.

²⁸ Art. 113, 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

²⁹ Art. 72, §17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

³⁰ ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo., op. cit., p. 411-412.

delegada uma utilidade social.³¹ Destarte, a Constituição de 1988 conferiu aos indivíduos o direito à propriedade privada, porém, em contrapartida, impôs um dever de solidariedade ao seu exercício e, então, adequou-o aos interesses da coletividade.³²

A propriedade, por sua vez, pode dizer respeito a uma diversidade de bens, sejam bens de consumo, sejam bens de produção. Entretanto, devido à globalização iniciada no século XX e contínua no século XXI, a propriedade dos bens de produção, caracterizada pela atividade empresarial, ganha relevo na conjuntura econômica dos vários países, inclusive do Brasil. Por conseguinte, tornou-se imprescindível revisar-se a noção de propriedade privada dos bens de produção e, concomitantemente, considerar-se a função social a ser realizada pelas empresas no desempenho de suas atividades, tema esse que será mais profundamente abordado em tópico ulterior.³³

Além desses princípios constitucionais da ordem econômica, o art. 170 da Constituição menciona, a “livre concorrência”, particularidade também da economia de mercado. A liberdade de concorrência tem como principal escopo permitir a competitividade e evitar o monopólio, que não só é prejudicial aos empresários como também aos consumidores. Dessa maneira, a concorrência torna possível a redução dos preços e, conseqüentemente, a satisfação das demandas de um maior número de pessoas, o aumento da qualidade das mercadorias, a otimização dos produtos e dos serviços e o progresso tecnológico.³⁴

Os demais princípios orientadores da economia – defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego – agrupados por José Afonso da Silva como “princípios de integração”, delineiam um perfil teleológico da ordem econômica.³⁵

Os empresários devem promover, primeiramente, a defesa dos consumidores, ao cumprirem o dever de informar, o dever de clareza na redação dos contratos, o dever de garantir a segurança dos indivíduos, dentre outras obrigações. Ademais, devem defender o

³¹ Idem, Ibidem. P. 176.

³² PEDRA, Adriano Sant’Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A Função Social da Propriedade como um Dever Fundamental. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 66, jan./jun., 2015, p. 63.

³³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 237.

³⁴ DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: Globalização e Constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 73.

³⁵ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 796.

meio ambiente, ou seja, realizar as suas atividades econômicas sem a depredação dos recursos naturais, em respeito ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.³⁶

Do mesmo modo, a atuação econômica deve ser orientada a buscar o pleno emprego, objetivo que não poderá ser alcançado sem o empenho de esforços por parte das empresas, as quais devem, por conseguinte, promover o aumento das ofertas de emprego. Aliás, essa é uma das manifestações mais significativas da função social das empresas, posto que, ao oferecerem oportunidades de emprego, elas valorizam o trabalho humano, proporcionam uma das formas de dignificação humana e, enfim, viabilizam a justiça social.

Há, ainda, o “princípio de integração” que visa à redução das desigualdades regionais e sociais, a qual deve igualmente nortear a ordem econômica, já que a atividade empresarial é, de fato, essencial para a consecução desse objetivo. Normalmente, quando uma empresa se instala em uma determinada localidade, ela impulsiona o desenvolvimento industrial, demanda mão de obra, requer, muitas vezes, a melhoria da infraestrutura, e ao fazê-lo, aquece a economia, eleva as condições financeiras e a qualidade de vida da população. Por essa razão, o Estado deve estimular a realização de atividades produtivas principalmente nas áreas menos desenvolvidas do país, como em cidades interioranas da Região Nordeste, ou menos ocupadas, como feito na Zona Franca de Manaus, onde foram criados polos econômicos que impulsionassem o crescimento econômico do estado do Amazonas. Ao incentivar a instalação das empresas nessas áreas, através de, por exemplo, benefícios fiscais, o Poder Público, em conjunto com a iniciativa privada, promove a redução das desigualdades regionais e sociais.

Por fim, nos termos do art. 170 da Constituição, deve ser dispensado tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Essa prescrição se dirige sobretudo ao Estado, que deverá realizá-la por meio de políticas públicas de facilitação e de incentivo das dessas empresas, a exemplo do Simples Nacional, regime tributário simplificado a elas destinado.

Diante do exposto, observa-se que a Constituição de 1988 buscou associar os interesses capitalistas aos ditames sociais e incumbiu a iniciativa privada, com destaque para as empresas, que são o principal expoente no exercício da atividade econômica desde o século XIX, de importante função no alcance desse objetivo. Destarte, para a promoção da justiça

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 251.

social, a valorização do trabalho, a manutenção das prestações estatais em prol da coletividade e para a observância dos princípios do art. 170 em geral é indispensável a atuação empresarial. Por esse motivo, não só se deve exigir das empresas o cumprimento de sua função social, como também se proporcionar a preservação delas, especialmente em situações de crises econômico-financeiras que, embora superáveis, dificultem o funcionamento regular da atividade.

Portanto, para a concreção de todos esses princípios, não só é essencial a contribuição dos particulares, mas também, ou mesmo principalmente, do Poder Público, cuja atuação deve ter como escopo a execução das normas constitucionais. Nesse sentido, reconhecendo a relevância das empresas para o desenvolvimento econômico brasileiro, o legislador infraconstitucional criou, através da Lei nº 11.101 de 2005, os institutos da recuperação judicial e extrajudicial³⁷, cuja finalidade precípua é justamente a de, por meio da preservação da atividade empresarial, permitir que ela continue a cumprir a sua utilidade social, como determinado pela Constituição.

À vista dessas questões, segue-se ao estudo da maneira como o instituto da recuperação judicial propicia a concreção dos Princípios da Função Social da Empresa e da Preservação da Empresa, decorrentes dos Princípios Constitucionais da Propriedade Privada e da Função Social da Propriedade, positivados no art. 170 da Constituição, incisos II e II, respectivamente.

1.3 O cumprimento dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica através dos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa

O Princípio da Função Social da Empresa não está expressamente previsto na Constituição de 1988, porém é corolário do Princípio da Função Social da Propriedade, já que

³⁷ A recuperação extrajudicial, prevista no art. 161 e seguintes da Lei n. 11.101/2005, é bem mais simples e célere do que a recuperação judicial. Para o aperfeiçoamento da recuperação extrajudicial, é suficiente o acordo entre o devedor e os credores signatários, o que não o impede, porém, de requerer a homologação do plano extrajudicial, desde que preencha os requisitos dispostos no art. 48 da referida lei. Embora também seja importante para a preservação de empresas em crise, a recuperação extrajudicial não será objeto de análise deste trabalho, cujo estudo se baseia no exame da recuperação judicial em face de execuções fiscais promovidas contra empresas recuperandas e, portanto, não abrange os procedimentos extrajudiciais. Para conferir maiores detalhes sobre a recuperação extrajudicial, cf. 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.

a empresa, propriedade de bens de produção, também deve cumprir uma função social.³⁸ Aliás, “a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica”.³⁹

Esse princípio foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 154 da Lei n. 6.404/1976, que impôs às Sociedades por Ações o dever de satisfazer a sua função social, e foi uma das justificativas para a criação da recuperação judicial, prevista na Lei n. 11.101/2005. Logo, como a empresa é executora da política econômica, ela também é encarregada de contribuir para o bem público.

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.⁴⁰ 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.

Para exercer o direito à propriedade da maneira mais útil à coletividade, a empresa tanto pode se abster de práticas prejudiciais, evitando, por exemplo, utilizar-se de meios nocivos ao meio ambiente, como pode agir, efetivamente, explorando a atividade de forma sustentável, remunerando satisfatoriamente os seus empregados, oferecendo condições dignas de trabalho, contribuindo com o fisco de maneira regular, respeitando a livre concorrência com as demais empresas, entre outras ações.⁴¹ Por isso, embora não deva perder de vista a obtenção de lucros, que é a sua principal finalidade, a atividade empresarial deve ser gerenciada de maneira eficiente e socialmente proveitosa, a fim de cumprir os preceitos constitucionais que disciplinam a ordem econômica.⁴²

³⁸ Idem, ibidem. P. 236-237.

³⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 814.

⁴⁰ 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, p. 268-276.

⁴¹ FALLE, Maria Helena Ferreira Fonseca. O direito de propriedade e o tortuoso processo de sua funcionalização: do conceito de propriedade liberal à função social da propriedade e da empresa. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v. 14, n. 102, fev./mai., 2012, p. 49.

⁴² FRANCO, Vera Helena de Mello. Função Social e Procedimento Recuperacional: a função social sob novo enfoque. **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 2, jul./dez., 2015, p. 232.

Uma vez demonstrada a significativa utilidade econômica e social das empresas, conclui-se que é preciso buscar-se ao máximo a manutenção das suas atividades, especialmente quando enfrentarem uma situação de crise. A extinção de empresas que, apesar de ultrapassarem dificuldades financeiras, sejam ainda capazes de se recuperarem, poderá causar um grande desequilíbrio na economia, porquanto implica a redução de arrecadação tributária, a diminuição de ofertas de emprego, a desestruturação das demais empresas com as quais contrata direta ou indiretamente, entre outros prejuízos. Por essa razão, consoante o Princípio da Preservação da Empresa, para o cumprimento dos objetivos e princípios constitucionais referentes à ordem econômica, deve-se primar pela manutenção das atividades empresariais, sempre que elas se mostrarem aptas a superar a crise enfrentada.⁴³

Dessarte, apesar de não ter sido expressamente previsto na Constituição, o Princípio da Preservação da Empresa decorre dos princípios constitucionais previstos no art. 170 – com destaque para o da Função Social da Propriedade, da busca pelo pleno emprego, da livre concorrência e da redução das desigualdades –, fundamenta-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e se volta ao alcance da justiça social.

Portanto, esse princípio deve, de um lado, conduzir o legislador infraconstitucional a criar mecanismos de preservação das atividades empresariais, assim como o fez ao criar o instituto da recuperação judicial, através da Lei n. 11.101/2005.⁴⁴ De outro lado, deve orientar o jurista a interpretar as normas jurídicas pertinentes às empresas, mormente às próprias do direito recuperacional, tendo como prioritária a conservação da empresa, e não a sua dissolução, sempre que essa interpretação harmonizar-se com as demais normas do ordenamento jurídico.⁴⁵

⁴³ MOTTA, Lucas Griebeler da; CHINAGLIA, Olavo Zago. O diálogo entre vetores que orientam a preservação da empresa e a ordem econômica como fundamento da teoria da *failing form*. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 36, nº 131, out., 2016, p. 155.

⁴⁴ Idem, ibidem. P. 38.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2007, p. 9. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

1.4 A recuperação judicial como instrumento de concreção dos Princípios da Função Social da Empresa e da Preservação da Empresa

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.⁴⁶ Assim sendo, visa a evitar que empresas em atividade há um período considerável de tempo, com tecnologia e mão-de-obra capazes de mantê-la produzindo, com patrimônio remanescente e cujas atividades sejam relevantes para a sociedade sejam dissolvidas, apesar de ainda terem condições de se recuperarem financeiramente. Esse é, então, o escopo principal desse instituto, consoante 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 tanto o Princípio da Função Social da Empresa, quanto o Princípio da Preservação da Empresa, que se propõem a não só estimular a atividade econômica como a mantê-la equilibrada e salutar tanto para os empresários quanto para a sociedade em geral.⁴⁷

Nesse sentido, é possível relacionar-se o Princípio da Função Social da Empresa aos objetivos mediatos da recuperação judicial, isto é, aos propósitos indiretamente alcançados pela reorganização e conservação da empresa em dificuldades, a exemplo do aquecimento da economia, a prevenção contra o aumento do desemprego, a não frustração dos consumidores, a continuidade da atividade produtiva, entre outros mencionados anteriormente neste tópico.

⁴⁶SZTAJN, 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, p. 222.

⁴⁷ SANTOS, Jonábio Barbosa dos; SOUSA, Nathália Guerra de. Falência e Recuperação de Empresas: contribuição para a materialização da função social. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 2, maio/ago., 2015, p. 107.

O Princípio da Preservação da Empresa, por sua vez, alude aos objetivos imediatos do instituto, haja vista possuir como finalidade precípua o restabelecimento de empresa que, embora não o possa fazer autonomamente, apresenta aptidão para se reerguer da dificuldade econômico-financeira. Por essa razão, o art. 50 da Lei n. 11.101/2005 confere alguns benefícios à recuperanda, a fim de facilitar-lhe a recuperação, tais como: a alteração do controle societário, o aumento do capital social, a concessão de prazos e de condições especiais para o pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, a dação em pagamento ou a novação de dívidas do passivo, entre outros. Todavia, como a medida a ser adotada dependerá das deficiências da empresa e das razões que a levaram à crise, o legislador ordinário não excluiu a possibilidade de serem empregados outros meios de recuperação, já que o objetivo primordial é, enfim, a preservação da empresa.

Por conseguinte, seja de forma mediata, seja imediata, a recuperação judicial pretende evitar que os esforços empenhados para a implantação e o funcionamento da atividade se dissipem, já que, por meio do plano recuperacional, torna possível a renegociação dos débitos da empresa para com os seus credores e, assim, a manutenção da recuperanda. Dessa maneira, ela se manterá apta a desempenhar a sua função social.

Ressalte-se, no entanto, que não se pode perder de vista o fato de a recuperação judicial, apesar de ser proveitosa para as empresas e, conseqüentemente, acarretar uma série de benefícios, ser, por outro lado, onerosa para os credores da recuperanda. Isso acontece porque, em razão do deferimento do instituto, os credores terão de se sujeitar a diversas limitações quanto à execução dos seus créditos, a exemplo da suspensão das execuções e das ações que pudessem eventualmente perpetrar contra a recuperanda, prevista no art. 6º, *caput*, da Lei n. 11.101/2005. Demais disso, por vezes, ao observarem a crise econômico-financeira enfrentada pela unidade produtiva, por receio de não receberem valor algum do que lhes é devido, os credores acabam por concordar com o adimplemento a menor. Ou seja, a recuperação da empresa em dificuldades sacrificará, inevitavelmente, o interesse creditício, o qual tampouco pode ser simplesmente negligenciado.

Em razão disso, a fim de se reduzirem ao máximo os prejuízos causados aos credores, é indispensável analisar-se, antes do deferimento do pedido recuperacional, a viabilidade econômica da empresa requerente, para se concluir pela existência ou não de capacidade recuperatória da possível recuperanda. Não é por outra razão, aliás, que a lei

autorizou a criação de uma Assembleia de Credores na recuperação judicial ⁴⁸, a qual atribui aos credores a possibilidade de deliberarem sobre matérias relevantes acerca do procedimento, tais como a aprovação do plano recuperacional, a indicação do nome do administrador judicial responsável pela gestão dos bens da empresa devedora, entre outras questões.

Contudo, na recuperação judicial, não só incumbe à Assembleia de Credores o exame da capacidade de cumprimento, pela requerente, do plano recuperacional, como também ao juiz, que deverá fiscalizar a legalidade do procedimento e verificar se, diante do estado no qual a empresa se encontra, há condições reais de ela se reerguer. Somente se a requerente for de fato economicamente viável ela fará jus à recuperação judicial. Por essa razão, é imprescindível a análise do potencial econômico, do ativo em comparação com o passivo, do tempo de funcionamento, da relevância para a sociedade, do número de empregados, da capacidade de modernização e do porte da empresa requerente, para o deferimento ou não do pedido.⁴⁹

Dessarte, a recuperação judicial não se destina a quaisquer empresas, mas apenas às que, ao menos a princípio, mostrem-se aptas a continuarem funcionando e, concomitantemente, a adimplirem os débitos por elas contraídos. É mecanismo de preservação das unidades efetivamente produtivas e realmente capazes de exercerem a sua função social, ainda que enfrentem momentânea dificuldade econômico-financeira, e não forma de se evitar, a qualquer custo, a dissolução empresarial. Do contrário, estar-se-ia não só expondo os credores às incertezas quanto ao restabelecimento da devedora, como também o próprio mercado com o qual ela estabelece relações a riscos e, como resultado, deturpando a finalidade da Lei n. 11.101/2005. Em virtude disso, caso a requerente não demonstre ter aptidão de se recuperar da crise enfrentada, mais seguro, tanto para os credores, como para o mercado e para a população direta ou indiretamente atingida, é a decretação da falência e a consequente dissolução da empresa.⁵⁰

⁴⁸ Conforme o art. 35 da Lei n. 11.101/2005, a criação da Assembleia de Credores é facultada na recuperação judicial e, também, na falência. Cf. art. 35 e seguintes da mencionada Lei.

⁴⁹ COELHO, op. cit., p. 210.

⁵⁰ A falência deve ser decretada quando o devedor não puder cumprir as obrigações contraídas dentro do prazo de vencimento, ou quando não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes para satisfazer crédito contra ele executado, ou quando pratica qualquer dos atos listados nas alíneas do inciso III do art. 94 da Lei n. 11.101/2005, a exemplo do não cumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação judicial. Cf. art. 94 e seguintes da Lei n. 11.101/2005.

Sendo assim, pode-se afirmar que, ao criar esse instituto e ao apresentá-lo como uma oportunidade de a empresa em crise, porém economicamente viável, reerguer-se, o legislador ordinário proporcionou a concreção dos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa, ambos corolários dos Princípios Constitucionais da Propriedade Privada e da Função Social da Propriedade.

Portanto, foi com essa finalidade preservacionista que o legislador determinou, como consequência do deferimento da recuperação judicial, a suspensão do curso do prazo prescricional e de todas as ações e execuções contra a recuperanda, no art. 6º, *caput*, da Lei n. 11.101/2005. Dessa maneira, pretendeu evitar a dissipação do patrimônio da empresa e a frustração do plano recuperacional.

Entretanto, nem todos os créditos contra a devedora foram abrangidos por essa regra, uma vez que, conforme o §7º desse mesmo artigo, as execuções fiscais não são alcançadas por essa suspensão, ressalvada a concessão de parcelamento previsto no Código Tributário Nacional e na legislação específica.⁵¹ Todavia, o prosseguimento de tais execuções pode dificultar, em muito, a recomposição da empresa, porquanto o aperfeiçoamento de atos expropriatórios pode vir a interferir de maneira significativa no patrimônio a ser dispensado no cumprimento do referido plano recuperacional e a, até mesmo, tornar inexecúvel a preservação da empresa, o que não é desejável. Por conseguinte, faz-se necessário que o juízo recuperacional, em atenção ao objetivo de se conservar a empresa em dificuldades, limite, se preciso for, o emprego de meios executivos contra a recuperanda, sem, por outro lado, prejudicar o direito fazendário à obtenção do crédito ao final da recuperação judicial.

Por essa razão, é essencial compreender-se que a preservação da atividade empresarial e o cumprimento de sua função social consistem em princípios fundamentadores e orientadores não só do estabelecimento da recuperação judicial, como também da sua execução durante o procedimento a ela pertinente. Do contrário, a aplicação imponderada das regras legais, especialmente nos casos de execuções fiscais contra empresas recuperandas, já que, salvo concessão de parcelamento, não se suspendem pelo deferimento da recuperação judicial, seria capaz de reduzir em muito a eficácia do instituto recuperacional.

⁵¹ A legislação específica a que se refere o aludido dispositivo veio a ser criada apenas em 13 de novembro de 2014, através da Lei n. 13.043/2014, e possibilita à empresa o parcelamento, em até oitenta e quatro parcelas, de débitos para com a União, desde que preenchidos os requisitos nela dispostos. Destaque-se, todavia, que tal parcelamento não alcança todas as espécies de débitos fiscais e, embora suspenda a execução fiscal, não implica a liberação dos bens e direitos do devedor que hajam sido constituídos em garantia dos respectivos créditos, nos termos do art. 10-A, §6º, dessa lei.

À vista disso, deve-se verificar como é possível conciliar o interesse da Fazenda Pública em executar o crédito fiscal ao cumprimento do plano de recuperação judicial, sem que se comprometa a realização dos princípios constitucionais da ordem econômica e dos deles derivados, e, principalmente, dos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa.

CAPÍTULO II: O CONFLITO ENTRE O INTERESSE FAZENDÁRIO NA EXECUÇÃO DOS CRÉDITOS FISCAIS E A BUSCA PELA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2.1 A questão sobre o interesse público: interesse fazendário *versus* interesse social na preservação da empresa

A Lei n. 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência da empresa, prevê, como forma de facilitar o soerguimento da recuperanda, a suspensão das execuções em curso contra a devedora, conforme o *caput* do art. 6º. Todavia, o §7º desse artigo excepciona dessa regra as execuções fiscais, que, salvo se a empresa houver aderido ao parcelamento, deve continuar tramitando regularmente. Por conseguinte, consoante a literalidade do dispositivo, caso a recuperanda não haja aderido ao parcelamento tributário, a execução pela Fazenda Pública pode prosseguir até a satisfação do crédito fiscal, por meio de medidas executivas assecuratórias e expropriatórias.

Essa prerrogativa conferida ao Estado está respaldada no fato de o pagamento de tributos ser imprescindível para o abastecimento do erário, cujos recursos são utilizados, enfim, na implementação de políticas públicas. Por essa razão é que o recolhimento de tributos é de interesse coletivo, pois, se desprovido de fundos, o Poder Público não poderá perfazer as suas obrigações para com a sociedade.

Seguindo-se tal raciocínio, nota-se que a previsão do art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005 se fundamenta nos Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público, alicerces não só para os atos administrativos como também para todos os atos estatais, dentre os quais se incluem os legislativos. Diante disso, é importante compreender-se, sem a pretensão de se esgotar este vasto tema neste trabalho, em que consiste o “interesse público” justificador da criação da referida prerrogativa fazendária.

Conceituar “interesse público”, abstratamente, é tarefa muito complexa, haja vista a indeterminação e a abrangência que essa expressão denota.⁵² Por ser plurissignificativo, pode, a depender da perspectiva assumida, ora dizer respeito ao interesse estatal, ora ao

⁵² BORGES, Alice Gonzalez. Interesse Público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 205, jul./set., 1996, p. 110.

interesse social, entre outros, razão pela qual não há como precisá-lo à parte das circunstâncias fáticas do caso a ser examinado.

Não obstante seja um conceito indeterminado, a noção de “interesse público” tampouco pode ser lançada à completa discricionariedade, a ponto de ser utilizada como argumento para práticas estatais autoritárias. Dessa forma, faz-se necessário compreender, ainda que de maneira imprecisa, a expressão “interesse público” tendo em vista, para tanto, os preceitos constitucionais consolidadores do Estado Democrático de Direito.

Isso posto, pode-se considerar o “interesse público” como a soma de interesses individuais em concordância dirigidos a um determinado bem da vida ou proveito, os quais, por serem representados por um número significativo de pessoas de uma determinada comunidade, passam a ser identificados como o interesse grupal. Ou seja, o interesse é considerado público pelo fato de corresponder ao interesse particular da maioria dos indivíduos que compõem um determinado grupo.⁵³

A doutrina administrativa costuma classificar o “interesse público” em “interesse primário” e “interesse secundário”, a depender da extensão do proveito de que se trata. O interesse primário é mais amplo, pois diz respeito ao bem comum, ao bem de todos os sujeitos em benefício dos quais o Estado atua, ou seja, ao bem da coletividade. Como resultado, ao Poder Público cabe resguardar, proteger e materializar o interesse público primário, o qual deve preceder aos demais interesses, sejam eles estatais, sejam privados, a fim de uns poucos não serem favorecidos em detrimento de muitos.⁵⁴

O interesse secundário, por sua vez, é mais restrito, por corresponder ao interesse da pessoa estatal, do ente governamental. Conquanto não se confunda com o primário, inclusive por ser mais específico, o interesse secundário não pode daquele se desvincular.⁵⁵

Sendo assim, tendo em vista essa noção genérica de interesse público, pode-se concluir que somente ao dito “primário” se dirigem os Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público. Evidentemente, apenas o interesse da coletividade deve prevalecer quando em conflito com interesses estritamente privados ou mesmo com os estatais. Por conseguinte, é majoritário o entendimento de que o bem comum deve, como regra, ser priorizado em detrimento de vantagens singulares.

⁵³ Idem, *ibidem*. P. 114.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 163-164.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 101-102.

Nesse sentido, ressalte-se que não se deve contrapor o interesse público ao interesse privado, pois ele não o refuta, mas equivale, na verdade, à “dimensão pública dos interesses individuais”.⁵⁶ Dessa maneira, ao passo que o interesse público difere do interesse estrito do ente público, também não se distingue de todo dos interesses e direitos individuais, motivo pelo qual não pode destes, portanto, preterir. Na realidade, o interesse público nada mais é senão o conjunto de interesses de cada indivíduo, considerados socialmente.

Diante do exposto, conclui-se, em primeiro lugar, não se poder reputar, aprioristicamente, o interesse público como contrário ao interesse privado, posto que, muitas vezes, eles se complementam, e não se excluem.⁵⁷ Obviamente, o interesse público pode ser distinto de alguns interesses particulares em específico, porém jamais será de todo a estes oposto. Deveras, os interesses individuais são componentes do interesse público, razão pela qual não podem dele ser desvinculados.⁵⁸

Em segundo lugar, tampouco se pode preterir, de antemão, o interesse público secundário ao interesse privado, porquanto nem sempre o interesse estatal, em especial o fazendário, coincidirá imediatamente com o interesse social.⁵⁹

Portanto, a problemática se situa, na verdade, não na consideração do bem comum como primordial, mas sim na identificação do que seria, efetivamente, o interesse público primário, merecedor de tutela. Por vezes, a coletividade pode ser beneficiada pela tutela de ambos os direitos em conflito em um determinado litígio; todavia, não da mesma maneira, nem na mesma extensão, o que torna possível essa determinação em concreto. Destarte, o intérprete deve apreciar os fatos do litígio à luz de um estudo sistemático do ordenamento jurídico, com enfoque nos objetivos, fundamentos e princípios constitucionais e, assim, identificará tal interesse público.⁶⁰

Nesse diapasão, voltando-se à questão do conflito de interesses entre a Fazenda Pública e a empresa em recuperação judicial, questiona-se: nesse caso, em qual deles estaria identificado o interesse público?

⁵⁶ Idem, ibidem. P. 62.

⁵⁷ KROHLING, Aloisio; FERREIRA, Dirce Nazare Andrade. O Princípio da Supremacia do Interesse Público no Estado Democrático de Direito e sua Roupagem Neoconstitucionalista. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, jul./dez., 2013, p. 491.

⁵⁸ ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do Interesse Público: proporcionalidade dos valores constitucionais. **Revista Direito e Liberdade (RDL)**, Natal, v. 16, n. 2, maio/ago., 2014, p. 17.

⁵⁹ TAVARES, Diego Ferraz Lemos. **A Supremacia do Interesse Público e o Direito Tributário**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012, p. 24.

⁶⁰ Idem, ibidem. P. 60.

Para responder a essa questão, é preciso, primeiramente, enfatizar-se a importância social conferida pela Constituição às atividades empresariais, cuja função é indispensável para a consecução dos preceitos constitucionais, especialmente daqueles relativos à ordem econômica. À iniciativa privada o constituinte dirigiu responsabilidade social peculiar, própria das atividades econômicas, as quais não podem ser, portanto, suprimidas pelo Estado. Ao Poder Público compete, assim, incentivar, estimular, promover, auxiliar e, dentro dos limites constitucionais, controlar a atuação econômica, porém, em momento algum, substituí-la, até porque a livre iniciativa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.⁶¹ Por essa razão, não é conveniente julgar como prioritário, em todo e qualquer caso, o interesse estrito da pessoa jurídica estatal.

À vista do papel de relevo exercido pelas empresas para a economia do país e das normas constitucionais supracitadas, observa-se que, nas situações agora examinadas, a ponderação dos interesses em discussão não resulta na primazia do interesse do Estado. Na verdade, nesses casos, o interesse público é melhor protegido quando preservada a atividade empresarial com potencial econômico para se reestabelecer, e não quando esta é colocada em risco em prol da satisfação do crédito fazendário. A continuidade da execução fiscal contra empresa já em crise pode atingir negativamente a sociedade em níveis muito mais profundos do que a mitigação temporária do direito fazendário à obtenção imediata dos créditos que lhe são devidos. Esse é um exemplo claro de que nem sempre o interesse da Fazenda Pública perfaz exatamente o interesse social e, também, de que o interesse público e o interesse privado são, por vezes, complementares, e não reciprocamente excludentes.⁶²

Em sendo assim, infere-se que, apesar de a Fazenda Pública exercer papel imprescindível para a proteção dos recursos públicos, em situações nas quais o interesse dela não se identifica precisamente com o da coletividade, a mitigação das prerrogativas estatais pode ser necessária para se perfazer o bem-comum. Em outras palavras, se necessária for a contenção dessas prerrogativas para o ajustamento da atuação estatal aos objetivos positivados no art. 3º da Constituição, dela não se poderá prescindir.⁶³

⁶¹ Idem, ibidem. P. 49.

⁶² ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007, p. 13. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

⁶³ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público,

A indisponibilidade dos bens pertencentes ao Estado não é, por conseguinte, absoluta, mas deve ser sopesada com os demais interesses cuja tutela é também ordenada pela norma suprema. Nesse sentido, tem-se que:

“Em algumas situações, embora o bem jurídico seja indisponível, outras normas constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Poder Público renuncie a determinadas consequências, decorrências ou derivações do bem indisponível.”⁶⁴

É justamente esse o caso quando se confrontam o direito fazendário ao crédito e o interesse empresarial e indiretamente social em se preservar a empresa, visto que o interesse público, se analisado a longo prazo, não é inteiramente compatível com o do Poder Público em executar a empresa devedora. Como já afirmado, a atividade empresarial apresenta inegável importância para a concreção dos ditames sociais constitucionalmente postos como objetivos do Estado Democrático de Direito e fundamentos da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica. Por esse motivo, mesmo sendo indispensável para o suprimento dos cofres públicos a cobrança dos créditos fazendários, diante do relevante papel da empresa para a economia e, mediatamente, para o próprio erário, a sua conservação é, sem dúvidas, prioritária.

Não é por outra razão, aliás, que os princípios previstos no art. 170 da Constituição, a exemplo dos Princípios da Função Social da Propriedade, da Defesa do Meio Ambiente e do Consumidor, assentam-se na Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, uma vez que sujeitam o direito individual ao bem coletivo.⁶⁵ Logo, de fato a manutenção da fonte produtora é o bem jurídico merecedor de prioritária proteção, posto que, através dele, não só os preceitos mencionados, como também a livre iniciativa e a livre concorrência poderão ser plenamente realizadas.⁶⁶

Sendo assim, embora não se desconsidere que o adiamento da execução dos valores devidos ao Fisco pode atenuar a capacidade estatal de cumprir as suas incumbências, essa redução será ínfima e transitória, incapaz de impedir, de todo, a atuação estatal de

n. 26, maio/jun./jul., 2011, p. 3. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

⁶⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 92.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99.

⁶⁶ TÔRRES, Adriana Nogueira; VARELLA, Vitor Hugo Erlich. Aspectos Tributários Relacionados à Recuperação Judicial das Sociedades: limites de intervenção do juízo da recuperação no que concerne à regularização das dívidas tributárias das empresas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 416, ano 108, jul./dez., 2012, p. 433.

maneira satisfatória. Muito mais prejudicial à sociedade será a falência de uma empresa em recuperação judicial, posto que, apesar de estar em crise, a recuperanda pode subsistir, reerguer-se, expandir-se, e, assim, beneficiar a população atingida por suas atividades. À vista disso, é inegável a existência de interesse público – prevacente, inclusive – na preservação de empresa em exercício de sua função social e capaz de continuar a fazê-lo, uma vez superada a dificuldade econômico-financeira.

Dessa maneira, apesar de a regra do art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005 fundamentar-se na irrenunciabilidade das finanças públicas, o sopesamento entre a sua determinação e a busca pela conservação da empresa implica a necessidade de se restringir o alcance da referida norma no processamento das execuções fiscais, principalmente quanto à efetivação de meios executivos expropriatórios.

Assim, não se refuta a existência, de fato, de interesse público na satisfação dos créditos fazendários, porém se propõe uma mitigação dos atos executivos praticados contra empresa em recuperação judicial, a fim de não se tornar impraticável o plano recuperacional, inútil o instituto e, afinal, de não se desviar dos propósitos perseguidos pela Constituição. Na realidade, somente se flexibilizadas as prerrogativas estatais poderá ser protegido o interesse público na preservação da empresa socialmente útil.

Diante do exposto e reconhecida a necessidade de se mitigarem os efeitos da exclusão da execução fiscal do concurso de credores, passa-se a demonstrar em que aspecto da prática processual a flexibilização dos benefícios fazendários pode ser concretizada.

2.2 A mitigação dos atos executivos contra a recuperanda como proposta de conciliação entre o interesse fazendário e o interesse social na preservação da empresa

Em virtude da não suspensão das execuções fiscais pelo deferimento da recuperação judicial, salvo a concessão de parcelamento, elas tramitarão normalmente até a satisfação do crédito fiscal, seja por meio de espontâneo pagamento, seja por meio de atos de intervenção estatal no patrimônio da recuperanda.

Dessa forma, caso a devedora não pague espontaneamente nem ofereça bens à penhora, a Fazenda Pública poderá se valer de atos constritivos e de atos expropriatórios para obter os recursos a ela devidos. Entretanto, essas práticas podem impedir a plena execução do plano recuperacional, pois, a depender da modalidade de intervenção, podem afetar gravemente a capacidade de restabelecimento da unidade produtiva. Por esse motivo, faz-se

necessário o exame dos mencionados tipos de medidas executórias, para se assimilarem, enfim, os reflexos que elas geram na situação da empresa em crise.

Para assegurar a satisfação do crédito ao final do feito executivo, as medidas constritivas – a penhora, principalmente – ensejam a apreensão e o depósito dos bens do devedor e restringem-lhe, portanto, os direitos de propriedade. Não obstante limitem o exercício desse direito, ao, por exemplo, gravar o objeto da constrição com a inalienabilidade, não retiram do executado a posse sobre o bem, cuja utilização pelo devedor em suas atividades produtivas será, conseqüentemente, permitida.

Todavia, apesar de não destituírem do patrimônio do devedor o bem penhorado, as medidas constritivas não devem ser efetivadas de qualquer maneira, posto que, a depender do objeto sobre o qual recairão, poderão ser bastante gravosas para o executado.

Embora o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e a Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/1980) estabeleçam uma ordem de preferência dos bens penhoráveis e destaquem o dinheiro como objeto primordial de execução, essa regra deve ser harmonizada com outros artigos previstos nesse Código. Sendo assim, como forma de minorar o potencial danoso da penhora, o art. 805 do Código Processual prevê que a execução deve se realizar da maneira menos onerosa para o devedor. Além disso, o art. 833 desse diploma legal elenca uma série de bens protegidos pela impenhorabilidade, tendo em vista a indispensabilidade deles para o executado, a exemplo do vestuário e dos utensílios necessários ao exercício da profissão. Logo, desses dispositivos infere-se que a execução deve se processar dentro dos limites necessários à satisfação do exequente, sem que se tenha de onerar excessivamente o executado para tal finalidade.⁶⁷

Já as medidas expropriatórias, subsequentes às constritivas, são meios definitivos e efetivos de adimplemento da dívida executada, uma vez que permitem ao credor a aquisição do bem em si ou do produto da alienação e encerram o processo executivo, portanto. Apesar de serem realmente eficazes para a satisfação do direito creditício, essas medidas são mais incisivas e gravosas, pelo fato de implicarem a perda da propriedade do bem a ser alienado ou adjudicado e causarem, assim, a redução do patrimônio do devedor.

À vista disso, como são providências bem mais drásticas que a constrição, os meios executivos de expropriação devem ser evitados quando contra empresas em

⁶⁷ Cf. art. 805 e 833 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e art. 11 da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/1980).

recuperação judicial e somente autorizados se o crédito a ser satisfeito houver sido contraído após a apresentação do plano recuperacional. Isso ocorre porque o abatimento no patrimônio da recuperanda dificulta em muito o cumprimento do plano e, inevitavelmente, a preservação da empresa. Ou seja, a satisfação do crédito fiscal num momento de fragilidade empresarial pode acarretar prejuízos muito maiores à unidade produtiva e, indiretamente, à sociedade do que a manutenção da garantia até o fim da execução do plano recuperacional.

A despeito da real necessidade de se assegurar a solvência da empresa devedora à Fazenda Pública, não se pode, em contrapartida, primar incondicionalmente pelo direito creditício, já que, como analisado, o interesse público não se identifica com o interesse fazendário nestes casos. À medida que se sopesam os benefícios e os malefícios em se executar de imediato o crédito fiscal ou em se suspenderem as práticas expropriatórias contra a recuperanda, observa-se ser socialmente mais proveitoso não levar, desde logo, o bem constricto à hasta pública, como normalmente ocorre nas execuções fiscais. Dessa forma, conserva-se o remanescente do patrimônio empresarial e mantém-se a aptidão da recuperanda de se reerguer da crise enfrentada.

Por esse motivo, visando a evitar que a reestruturação da empresa seja prejudicada pelo fato de a execução fiscal prosseguir, deve o juízo competente para processar e julgar o feito executivo conferir à regra ora discutida uma interpretação conforme a Constituição.⁶⁸ Ou seja, para não frustrar o objetivo constitucional de se manter a atividade econômica funcionando de maneira benéfica para a coletividade, o magistrado, em atenção à situação peculiar em que se encontra a executada, não deve autorizar medidas executórias capazes de frustrar a realização do plano recuperacional. Logo, mesmo que as execuções fiscais instauradas contra a empresa prossigam, devem, enquanto não finalizado o procedimento da recuperação judicial, limitar-se à penhora de bens suficientes para garantir o crédito fiscal, e não chegar à expropriação deles. Dessa maneira, será possível que a devedora tenha, ainda, a posse sobre os bens penhorados, embora gravados de inalienabilidade, a fim de poder utilizá-los para dar continuidade às atividades empresariais.

Ainda assim, deve-se buscar efetivar a modalidade constrictiva menos gravosa à empresa, posto que, a depender do objeto penhorado – se dinheiro, por exemplo –, até mesmo o ato constrictivo poderá embaraçar a recuperação da devedora. Posto isso, é crucial a ponderação, caso a caso, pelo julgador, dos interesses contrapostos para que, não deixando de

⁶⁸ BARROSO, op. cit., p. 9.

cumprir a determinação legal de dar continuidade à execução fiscal, não inviabilize, por outro lado, a execução do plano recuperacional. Enfim, a redução das vantagens estatais é medida inevitável nesta situação.

A título de exemplo, vê-se que inclusive o passivo trabalhista das empresas em recuperação judicial pode ser objeto de renegociação, a despeito da natureza alimentar e, portanto, indisponível que caracteriza os créditos trabalhistas.⁶⁹ A propósito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.934, ocorrido em 06 de novembro de 2009, decidiu pela constitucionalidade da flexibilização desses créditos em recuperações judiciais, por ser primordial preservar-se a função social que a empresa exerce, como se pode conferir a seguir:

“Falência e recuperação judicial. Inexistência de ofensa aos arts. 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, da CF de 1988. [...] Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. **Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho.**” (grifos nossos)⁷⁰

No mesmo sentido, a concepção adotada no julgamento supracitado poderia ser estendida às execuções fiscais, de modo a, por meio da mitigação do interesse fazendário, não se inviabilizar a manutenção da empresa nem a realização, por ela, de sua utilidade social. A proposta de solução apontada seria mais benéfica, afinal, não só para a empresa, mas também ao próprio Fisco, porquanto o encerramento de uma unidade produtiva implica o decréscimo na arrecadação tributária. Seguindo esse raciocínio, tem-se que:

“[...] impende salientar que o interesse do Fisco na arrecadação de tributos encontra-se relativizado diante da premente necessidade de reerguimento da empresa, sob pena de inviabilizar-se a própria continuidade da arrecadação, pois a paralização da empresa comprometerá não só a arrecadação tributária, como também a manutenção de empregos, da movimentação da economia na respectiva região de atuação.”⁷¹

⁶⁹ PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os Princípios do Processo de Recuperação Judicial de Empresas. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, ano X, n. 56, abr./maio, 2014, p. 75.

⁷⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934. Rel. Ricardo Lewandowski, julgada em 27/5/2009, P, DJE de 06/11/2009.

⁷¹ TÔRRES, Adriana Nogueira; VARELLA, Vitor Hugo Erlich. Aspectos Tributários Relacionados à Recuperação Judicial das Sociedades: limites de intervenção do juízo da recuperação no que concerne à regularização das dívidas tributárias das empresas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 416, ano 108, jul./dez., 2012, p. 433.

Dessarte, inclusive o Supremo Tribunal Federal, ciente da relevância da manutenção da empresa para o cumprimento dos preceitos constitucionais, priorizou a tentativa de recuperação de uma empresa em crise, em detrimento de interesses também relevantes, porém não primordiais naquele contexto. Isso posto, em prol do interesse público, é de se admitir também a contenção dos interesses da Fazenda Pública em juízo e a restrição principalmente das práticas expropriatórias contra empresas em recuperação judicial.

Observe-se, porém, que não se pretende afastar a incidência do art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005 nos litígios em análise, mas sim compatibilizar esse dispositivo com os interesses sociais envolvidos e, também, com as normas constitucionais aplicáveis à ordem econômica, as quais, como demonstrado nos capítulos anteriores, não prescindem do cumprimento da função social pelas atividades econômicas.

Assim sendo, não se deve impedir a continuidade da execução fiscal nem dos respectivos trâmites, como a busca por bens penhoráveis do devedor, a desconsideração da personalidade jurídica em caso de dissolução irregular, entre outros atos processuais.⁷² O que, na realidade, não deve ser permitida é a expropriação dos bens que hajam sido constrictos, enquanto não finalizado o procedimento recuperacional, para não se retirá-los da posse da executada e impedi-la de utilizá-los no seu funcionamento.

No entanto, essa não é uma questão pacífica nos tribunais brasileiros, dado que, diante desse conflito, diferentes posicionamentos foram por eles adotados. Ao passo que uma parcela deles decidiu por não admitir nem mesmo atos constrictivos, outra autorizou inclusive a expropriação de bens da recuperanda. Por fim, houve também tribunais que julgaram mais adequado permitir somente a penhora de bens da devedora, mas não a expropriação deles, a fim de se preservar a empresa e, concomitantemente, de se garantir o direito fazendário ao crédito fiscal.

À vista dessas distintas orientações jurisprudenciais, passa-se ao exame mais detalhado das diversas maneiras como essa problemática tem sido solucionada pelo Judiciário brasileiro.

⁷² Para maiores detalhes acerca da execução fiscal, cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAPÍTULO III: AS TESES JURISPRUDENCIAIS SOBRE A APLICABILIDADE DE MEDIDAS EXECUTIVAS CONTRA RECUPERANDAS DEVEDORAS DA FAZENDA PÚBLICA

3.1 As Teses Jurisprudenciais e os seus fundamentos: a Tese Legalista, a Tese Preservacionista e a Tese Preservacionista Mitigada.

Devido à ausência de restrições por parte da legislação falimentar, os atos executivos – tanto os constritivos como os expropriatórios – são, em teoria, aplicáveis contra empresas em recuperação judicial nas execuções fiscais que contra elas tramitem. Apesar disso, tendo em consideração a finalidade de preservação da atividade empresarial, alguns juízes e tribunais decidiram por refrear o emprego dessas medidas, seja admitindo unicamente a penhora de bens da devedora, seja nem mesmo permitindo a prática de atos constritivos.

Como será explanado adiante, inclusive dentro de um mesmo tribunal não há unanimidade de entendimento, porquanto adotaram teses diferentes em situações bem semelhantes entre si, o que demonstra ser este um tema ainda bastante polêmico no Judiciário brasileiro.

Em face dessas diferentes orientações jurisprudenciais, podem-se observar três teses seguidas pelos julgadores.

A primeira tese, aqui denominada de “Tese Legalista”, admite não só a efetivação de atos constritivos, como também de atos expropriatórios, já que, com base na literalidade dos dispositivos reguladores desta questão, o feito executivo fiscal deve prosseguir mesmo após a concessão de recuperação judicial.

A segunda tese, por seu turno, a “Tese Preservacionista”, é seguida pelos julgadores que nem permitem a prática de atos de constrição nem de alienação contra a recuperanda, em virtude dos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa, corolários dos princípios constitucionais norteadores da ordem econômica.

Por fim, a terceira tese, a “Tese Preservacionista Mitigada”, entende que, sim, é possível a realização de penhora, porquanto a execução fiscal não é suspensa pelo deferimento da recuperação judicial, mas não de atos de alienação dos bens da recuperanda, pois essa medida seria capaz de prejudicar o soerguimento da empresa.

Destarte, tendo sido brevemente apresentadas as linhas de entendimento adotadas pelos tribunais brasileiros, segue-se ao estudo de cada uma delas mais detalhadamente. Para o exame das referidas teses, foram selecionadas decisões proferidas pelo Tribunal Regional da 5ª Região, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, haja vista a facilidade de acesso às decisões desses tribunais, bem como o grande volume de processos pertinentes à problemática analisada no presente trabalho. Ressalte-se, entretanto, que não se exclui a existência de casos semelhantes a estes nos demais tribunais pátrios. Ademais, foram colacionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, em virtude da relevância desse tribunal para a uniformização de jurisprudência nas questões que representem ofensa reflexa à Constituição, tais como os casos a serem analisados em seguida.

3.1.1 A Tese Legalista: a prevalência da lei em detrimento da preservação da empresa

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

Portanto, consoante os legalistas, como o art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005 dispõe que a execução fiscal não é suspensa pelo deferimento da recuperação judicial, a cobrança pela Fazenda Pública deve prosseguir normalmente, inclusive com a constrição prioritária de dinheiro, conforme a ordem de preferência prevista no art. 11 da Lei n. 6.830/1980, e com a alienação ou adjudicação do bem penhorado, ao final do procedimento.⁷³ Consideram, destarte, a execução fiscal e a recuperação judicial processos paralelos, isto é, completamente desvinculados um do outro, de modo que o processamento no juízo falimentar em nada deve interferir no juízo executivo fiscal. Prioriza, com isso, a rígida aplicação dos artigos mencionados com vistas a garantir integralmente o pagamento dos valores devidos ao Fisco.

Em resumo, para essa tese, como a lei não excepciona a prática de certos mecanismos de execução, eles podem e devem ser aplicados de maneira plena, sem quaisquer restrições, a fim de ser assegurado o completo adimplemento dos créditos tributários.⁷⁴

Isso posto, tem-se que:

⁷³ Cf. art. 11, I, da Lei n. 6.830/80.

⁷⁴ 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)**, São Paulo, n. 119, fev., 2013, p. 131-132.

“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 [...]”⁷⁵

Nesse sentido, verifica-se que a orientação enunciada por essa tese foi acolhida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em decisão na qual se privilegiou a não suspensão do feito executivo fiscal em caso de deferimento da recuperação judicial e a proteção do crédito tributário, como se pode observar adiante:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA REALIZADA EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE LIBERAÇÃO DA CONSTRUÇÃO. 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. [...]

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: 10/12/2015, grifos nossos).

Além disso, o Tribunal de Justiça de São Paulo seguiu idêntico entendimento, ao considerar irrelevantes para a execução fiscal as decisões proferidas na recuperação judicial, ainda que a continuidade daquela possa vir a prejudicar a eficácia do instituto. Observe-se:

⁷⁵ CASTRO, Raphael Silva e. A Recuperação Judicial da Empresa Devedora da Fazenda Pública. **Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)**, São Paulo, n. 208, Janeiro, 2013, p. 133.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal. Bloqueio de valores pelo Bacen-Jud. **Não se vislumbra a impenhorabilidade, conforme disposto no art. 833, do Código de Processo Civil. Irrelevância das decisões proferidas no âmbito da recuperação judicial para a execução fiscal.** Inteligência dos arts. 6º e 29, da Lei Federal nº 6.830/80 c.c art. 187, do Código Tributário Nacional. Recurso não provido. (Relator(a): Bandeira Lins; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/02/2017; Data de registro: 23/02/2017, grifos nossos)

Por fim, esse mesmo entendimento foi aplicado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o qual admitiu a penhora sobre 5% do faturamento mensal da recuperanda, como este julgado aponta:

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

[...]

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-DJF1 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). [...]

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, consoante a Tese Legalista, é injustificada a inadmissão de atos constitutivos e de atos expropriatórios contra empresa em recuperação judicial devedora da Fazenda Pública, dado que a cobrança de créditos tributários não se sujeita ao concurso de credores e, como resultado, não estaria relacionado ao procedimento de recuperação judicial. O objetivo por eles perseguido é, portanto, a satisfação do exequente.

No entanto, tal posicionamento conservador não se apresenta o mais adequado para solucionar esta problemática. Não obstante haja, de um lado, a previsão legal que determina a continuidade da execução fiscal, o cumprimento absoluto dessa regra pode ser muito mais lesivo aos interessados do que a sua adaptação ao propósito de se recuperar a empresa em crise. Atente-se ao fato de que os interesses fazendários serão igualmente atingidos caso a empresa, tendo sofrido a expropriação de bens, perca a capacidade de superar a crise, visto que ela já não terá condições de recolher tributos.

Em conformidade com o que exposto nos dois primeiros capítulos, os princípios orientadores da ordem econômica constitucional e os deles decorrentes, como os Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa, não só devem orientar o legislador ordinário, mas também os magistrados e os administradores, haja vista a superioridade normativa de que gozam as normas da Constituição.⁷⁶ Dessa maneira, incumbe ao intérprete conciliar a determinação legal com a finalidade de se preservar a empresa, autorizando, tão-somente, a prática de medidas executórias que não inviabilizem o plano recuperacional e frustrem a possibilidade de restabelecimento da devedora.

Por essa razão, entende-se que, dado o caráter mais gravoso dos atos executivos expropriatórios, eles não devem ser praticados enquanto ainda em processo a recuperação judicial, a fim de não se impedir que a recuperanda se utilize dos bens penhorados para a execução de suas atividades. Com isso, permite-se que a empresa possa continuar em funcionamento e cumprir o plano de recuperação com maior facilidade e, finalmente, amplie-se a probabilidade de ela conseguir, efetivamente, reerguer-se.

Por conseguinte, a admissão de medidas também expropriatórias, fundamentada no apego à literalidade da lei, porém negligente aos riscos a que a empresa – e, consequentemente, a sociedade e, também, o Fisco –, está sendo submetida é desproporcional. Caso a devedora estivesse em plenas condições econômico-financeiras de adimplir o débito fiscal, sequer necessitaria de um plano de recuperação judicial. Dessa maneira, a Tese Legalista não se afigura como a mais apropriada para solucionar o conflito entre os interesses em questão, posto que não perfaz adequadamente os objetivos e princípios postos pela Constituição de 1988.

À vista das insuficiências da rígida aplicação do dispositivo ora discutido, muitos juízes e tribunais passaram a sopesar as vantagens e as desvantagens em se consumarem atos

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993, p. 137.

executivos contra recuperandas e concluíram pela flexibilização da regra legal, a fim de manter viável a preservação da unidade produtiva. De tal fato decorreram duas outras teses, as quais se firmam nos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa: a Tese Preservacionista e a Tese Preservacionista Mitigada.

3.1.2 A Tese Preservacionista: a preservação da empresa como valor a ser primordialmente protegido

No sentido oposto à Tese Legalista, a “Tese Preservacionista” é conduzida, basicamente, pelas finalidades do instituto recuperacional, isto é, pela preservação da atividade empresarial e pela realização da função social pela empresa.

Assim sendo, ela considera primordial manter-se em funcionamento a empresa, e não a satisfação do crédito fazendário, ainda que a lei ordene a continuidade da execução fiscal contra a devedora. Por conseguinte, 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. Consideram, enfim, inadequada a interpretação literal dos dispositivos que permitem o prosseguimento das execuções fiscais mesmo após o deferimento da recuperação judicial.

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, pois, nesse caso, o objetivo primordial é a reestruturação da empresa, e não o adimplemento dos débitos tributários.⁷⁷ Ou seja, a concretização do interesse público, neste contexto, dar-se-ia muito mais através da viabilização do cumprimento do plano recuperacional do que mesmo da satisfação do interesse fazendário.

Como se pode perceber, esse é um assunto bastante controvertido e gera decisões em sentidos divergentes inclusive dentro de um mesmo órgão jurisdicional, como é o caso do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Esse tribunal, reputando por prioritária a satisfação do direito fazendário, decidiu autorizar o trâmite da execução fiscal sem quaisquer restrições no acórdão supracitado. Todavia, em decisão mais recente, aplicou a Tese Preservacionista e

⁷⁷ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 168-169.

entendeu ser indevida até mesmo a penhora de bens da recuperanda, como se pode verificar adiante:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA PARA SATISFAZER O EXECUTIVO FISCAL. INVIABILIDADE DO ATO DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PRECEDENTES DO COLENDO STJ.

[...]

3. Embora o deferimento da recuperação judicial não implique automática suspensão das execuções fiscais, conforme previsto no art. 6º, parágrafo 7º, da Lei nº 11.101/05, exceto se o recuperando obtiver o benefício do parcelamento do débito tributário, não se pode olvidar que a penhora de bens da Agravada ensejará interferência direta e prejudicial ao cumprimento do plano de recuperação.

4. A jurisprudência do colendo STJ consolidou-se na linha de que o referido dispositivo não pode ser interpretado literalmente, sob pena de inviabilizar o plano de Recuperação Judicial das empresas em dificuldades financeiras, de forma que na Execução Fiscal é vedada a 'prática de atos que comprometam o patrimônio do devedor ou excluam parte dele do processo de Recuperação Judicial'. [...]

(PROCESSO: 08084020220164050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI, 3ª Turma, JULGAMENTO: 27/01/2017, PUBLICAÇÃO: 27/01/2017, 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, afastou a determinação do art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005, por considerá-lo potencial impeditivo para o cumprimento do plano recuperacional. 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.

[...]. **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 cumprimento 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)

Conquanto a Tese Preservacionista de fato progrida ao conservar o patrimônio empresarial e, com isso, propicie maior estabilidade à empresa para tentar se reestruturar, ela tampouco propõe a solução mais acertada para estes casos. Isso ocorre porque, ao impedir a

prática de todo e qualquer ato executivo contra a recuperanda, viola a previsão do art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005, visto que afasta, de todo, a sua incidência.⁷⁸

Ademais, ao dessa forma decidir, não só contraria manifestamente a ordem legal, como também desatende à proteção dos créditos fiscais, que, mesmo não sendo urgente neste caso, tampouco pode ser desprezada. Isto é, exceto em situações nas quais seja realmente impossível garantir-se o crédito fazendário sem se obstar a recuperação da empresa, deve-se evitar ao máximo lançá-lo à insegurança quanto ao seu adimplemento.

Resumindo, a despeito de essa tese compreender o papel essencial exercido pelas empresas na ordem econômica e priorizar a proteção delas, desatenta ao fato de ser necessário também garantir o adimplemento futuro dos créditos fiscais, que são recursos públicos, afinal.

Posto isso, se, por um lado, a Tese Preservacionista muito avança na concreção dos princípios constitucionais ao evitar a inviabilização do plano recuperacional, por outro, recua, na medida em que, deixando de aplicar o dispositivo legal pertinente, expõe o Fisco à completa incerteza quanto à satisfação ulterior ou não de seu direito creditício, o que, por óbvio, também não corresponde à melhor solução do litígio.

Consequentemente, para se harmonizarem esses interesses em desacordo, deve-se, ao mesmo tempo, impedir que a conclusão do feito executivo iniba a recuperação empresarial e conferir alguma garantia à Fazenda Pública de que, ao final do procedimento recuperacional, a empresa ainda disporá de bens capazes de solver a dívida fiscal. Destarte, nesse sentido e com esse escopo orientou-se a última das teses jurisprudenciais dentre as analisadas neste trabalho, a qual se afigura como a mais equilibrada e, portanto, a mais adequada: a Tese Preservacionista Mitigada.

3.1.3 A Tese Preservacionista Mitigada: a proposta de flexibilização para a conciliação entre o interesse fazendário e a finalidade do instituto recuperacional

Finalmente, há a “Tese Preservacionista Mitigada”, assim denominada pelo fato de se propor 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. Por conseguinte, se, numa perspectiva, ela é preservacionista por valorizar o

⁷⁸ 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)**, São Paulo, n. 119, fev., 2013, p. 132.

escopo da recuperação judicial e a relevância da atuação empresarial para a sociedade, em outra, é mitigada, por não ignorar a ordem legal para o prosseguimento das execuções fiscais que estejam em curso contra a recuperanda nem negligenciar a natureza pública dos recursos exigidos pela Fazenda Pública.

Dessa maneira, em obediência à lei, essa tese acolhe a prática de atos constritivos contra a recuperanda, por considerar que refutar toda e qualquer medida executiva, mesmo a meramente assecuratória, seria de fato contrariar a norma jurídica segundo a qual a cobrança dos valores devidos ao Fisco não deve ser suspensa, ressalvado o parcelamento. Representaria, além disso, um risco quanto à posterior satisfação do crédito fiscal. Logo, a penhora de bens da devedora é, em regra, admissível.

Entretanto, aos atos expropriatórios, a exemplo da alienação e da adjudicação dos bens constritos, não confere a mesma aplicabilidade, posto que essas práticas, sim, poderiam frustrar o soerguimento da empresa em dificuldades. Muito provavelmente, a empresa se apoiaria na propriedade dos bens constritos para executar o plano, de modo que a perda deles suprimiria a sua oportunidade de recuperação. Por esse motivo, somente a penhora é autorizada, pois ela servirá como garantia do futuro adimplemento da dívida fiscal, mas não causará a diminuição efetiva no ativo da empresa.

A Tese Preservacionista Mitigada foi, aliás, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça quando decidiu que os atos executivos capazes de reduzir o patrimônio da empresa em recuperação judicial não devem ser permitidos enquanto vigente o benefício.⁷⁹

Além disso, aplicando a referida orientação, em muitos outros julgados foi acolhido esse entendimento, como se pode constatar neste julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que atendeu, desta vez, ao Princípio da Preservação da Empresa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE BENS DE EMPRESA PARTICIPANTE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ATOS EXPROPRIATÓRIOS. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não é a mera aprovação da recuperação judicial que implica, necessariamente, na incidência da proteção patrimonial. Na realidade, eventuais atos de constrição podem ser realizados desde que não inviabilizem a atividade econômica da executada, em atenção ao princípio da preservação da empresa.

⁷⁹ AgRg no REsp 1.519.405/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/4/2015, DJE 06/5/2015.

2. In casu, a determinação de penhora exarada pelo juízo da execução, em princípio, é de ser mantida e não desconstituída, tendo em vista que o aludido tipo de constrição - penhora - não importa redução imediata ao patrimônio da empresa, não constituindo óbice ao cumprimento do plano de recuperação.

3. O impedimento à realização de atos expropriatórios no âmbito da execução fiscal, decorrente da necessidade de preservação da atividade empresarial, não sobrepõe o interesse privado ao público, ao revés, exsurge de uma ponderação entre dois interesses públicos legítimos, quais sejam: a) a satisfação do crédito tributário e b) a manutenção das atividades empresariais e consequente conservação de postos de emprego, desenvolvimento econômico e, inclusive, recolhimento de tributos.

4. Agravo de instrumento parcialmente provido para determinar a manutenção da ordem de penhora e avaliação de bens, não devendo ocorrer atos de alienação, pelo juízo da execução fiscal, enquanto pendente a recuperação judicial. (PROCESSO: 08073913520164050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, 4ª Turma, JULGAMENTO: 16/02/2017, PUBLICAÇÃO: 30/6/2016, grifos nossos)

Em algumas outras decisões, todavia, foi concedida 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 o bloqueio 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. (Agravo 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 Preservacionista Mitigada propõe uma solução intermediária, mais atenta às peculiaridades do caso em análise, a fim de evitar a frustração tanto do adimplemento ao Fisco quanto da recuperação da empresa.⁸⁰ Para tanto, admite a flexibilização do direito fazendário ao crédito por meio da contenção de medidas executórias aptas a minimizar a capacidade restaurativa da recuperanda. Demais disso, ao fazê-lo, obedece à determinação legal segundo a qual o feito executivo deve dar-se da maneira a menos onerosa possível para a empresa devedora, nos termos do art. 805 do Código de Processo Civil, como esta decisão do Superior Tribunal de Justiça demonstra:

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. EXEGESE 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.

[...]

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).

⁸⁰ BORGES, op. cit., p. 131-132.

Dessa forma, a Tese Preservacionista Mitigada, diferentemente das teses outrora explanadas, busca harmonizar, e não extremar, a indisponibilidade do crédito tributário e a preservação da empresa. Por essa razão, interpreta as normas jurídicas atinentes a esses litígios da maneira mais bem ajustada às normas constitucionais, o que a torna a orientação mais acertada para resolvê-los.

3.2 A adoção da Tese Preservacionista Mitigada como instrumento para a concreção dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica

Diante da situação exposta e das teses jurisprudenciais adotadas pelos tribunais brasileiros, observa-se que, ao solucionar o antagonismo entre a Fazenda Pública e a recuperanda, criado pela não suspensão pelo deferimento da recuperação judicial, a referida regra excludente deve ser interpretada de modo a permitir a concretização de valores consagrados pela Constituição.⁸¹ Deve o intérprete, por conseguinte, optar pela solução que melhor se harmonize com a função social constitucionalmente exigida das empresas e com a relevância das atividades empresariais para a coletividade.

Na prática processual, isso implica limitar a execução aos atos constritivos enquanto o procedimento recuperacional estiver em curso, já que eles normalmente acarretam menores riscos ao cumprimento do plano de recuperação judicial.

Por conseguinte, a rigorosa aplicação do referido dispositivo legal não se apresenta como a forma mais correta de se decidir esse conflito, porque pode tolher completamente a possibilidade de recuperação da empresa em crise. Como resultado, a Tese Legalista não deve ser a orientação jurisprudencial adotada para pacificar os litígios dessa natureza, uma vez que não atende aos princípios constitucionais orientadores da ordem econômica.

Por outro lado, apesar de realmente ser primordial, nesta situação, a preservação da empresa, tendo em vista os graves e possíveis prejuízos decorrentes da plena execução dos créditos fiscais por ela devidos, não se pode simplesmente negligenciar a prerrogativa estatal criada pela lei. Apesar de o interesse social preponderar na conservação da unidade produtiva,

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007, p. 20. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

não se pode negar que os valores cobrados são recursos públicos e são, portanto, indisponíveis. Portanto, embora o fizesse com fundamento nos preceitos constitucionais supracitados, não é adequado que o julgador afaste completamente a incidência do dispositivo legal, pois é possível aplicá-lo de modo ajustado aos propósitos da recuperação judicial.

Dessarte, a Tese Preservacionista também não soluciona apropriadamente o conflito de interesses em questão, visto que, mesmo concretizando os preceitos constitucionais ao obstar a prática de qualquer medida executória, expõe à incerteza o direito fazendário ao crédito. Por esse motivo, tampouco deve ser a posição consolidada nos juízos pátrios.

Diante do exposto, enfim, na busca por uma solução dessa divergência de interesses que possa, ao mesmo tempo, preservar a empresa e proteger o direito do Fisco como exequente, faz-se necessário conferir uma interpretação conforme a Constituição ao art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005. Isso porque, em virtude da superioridade hierárquica de que gozam as normas constitucionais, elas devem pautar a interpretação das normas infraconstitucionais.

Dessa forma, tomando-se como referenciais os princípios constitucionais da ordem econômica, que incumbem a atividade econômica – empresarial, no caso – de relevante papel na sociedade, tem-se como prevalecente a manutenção da empresa. Conseqüentemente, apesar de a execução fiscal não se suspender quando deferida a recuperação judicial, os atos executivos capazes de inviabilizar o restabelecimento da empresa não poderão ser autorizados.

Tendo tais fatos em vista, pode-se partir do pressuposto de que, como regra, a execução fiscal somente poderá prosseguir até a efetivação de atos constritivos, porque eles servem de garantia ao credor, mas não impedem a execução do plano recuperacional pela empresa.

Destaque-se, entretanto, que, em qualquer caso, é necessária a análise casuística pelo julgador quanto às peculiaridades da situação a ser decidida, visto que, em determinados casos, será extremamente arriscado à execução do plano recuperacional o deferimento, até mesmo, de medidas constritivas. Por isso, se, ao ponderar sobre os prejuízos possivelmente causados à empresa devedora ou ao Fisco, a depender da medida empregada, o magistrado verificar que inclusive a penhora obstará a recuperação de empresa economicamente viável, não deverá autorizar a referida constrição.

A propósito, é nesse sentido que o art. 805 do Código de Processo Civil pode fundamentar o controle judicial das práticas executivas a serem implementadas contra a devedora, uma vez que, de acordo com esse artigo, o feito executivo deve dar-se da maneira menos onerosa para o executado.

Isso posto, sob a perspectiva constitucional, a Tese Preservacionista Mitigada é a mais acertada, pois, ao flexibilizar o interesse fazendário, sem, contudo, deixar de tutelá-lo, conserva a empresa e permite, então, que ela continue a cumprir a sua utilidade social, enquanto economicamente viável for. Assim, ao interpretar a exclusão dos feitos executivos fiscais à luz da Constituição, privilegia a manutenção da unidade produtiva, ainda que, para tanto, seja necessária a atenuação do interesse fiscal.

Diante do exposto, conclui-se que somente a aplicação dessa terceira tese observa realmente a norma suprema, porquanto propicia o restabelecimento da empresa em crise e, por consequência, o exercício da sua função social. Todavia, garante também ao Poder Público a satisfação do crédito fiscal ao final do procedimento recuperacional.

CONCLUSÕES

Ao consagrar o Estado Democrático de Direito e refletir os avanços sociais ocorridos ao longo da história ocidental, pioneiramente em países europeus, demonstrou-se que a Constituição de 1988 buscou conciliar o sistema econômico capitalista à proteção dos direitos não só individuais, como também sociais.

Destarte, nos moldes como a norma suprema disciplinou a ordem econômica e estabeleceu os princípios a ela aplicáveis, conferiu às fontes produtoras função social imprescindível para o cumprimento dos objetivos por ela visados. A partir da interpretação do art. 170 da Constituição, inferiu-se que, embora as atividades econômicas sejam permitidas e estimuladas, sem dúvidas elas não podem ser exercidas de maneira prejudicial à sociedade.

À vista disso, em resposta ao primeiro questionamento proposto neste trabalho, quanto à importância da função social das empresas, observou-se que, mesmo não tendo como desígnio principal a promoção de justiça social, mas sim a finalidade lucrativa, inevitavelmente as atividades empresariais acabam por atingir os indivíduos direta ou indiretamente ligados a elas. Isso acontece porque, como visto, caso a empresa seja bem gerenciada e se expanda, implicará, necessariamente, a ampliação de oportunidades de empregos, o aumento da oferta de produtos, o incentivo à melhoria na infraestrutura da localidade na qual se situa, o fomento na arrecadação tributária, entre outros benefícios. Em contrapartida, a má gestão produzirá efeitos negativos e contrários ao interesse coletivo.

Viu-se, ainda, que as empresas devem realizar suas atividades de maneira não nociva ao meio ambiente, respeitar a livre concorrência e exercer o direito à propriedade privada em conformidade com os ditames sociais, não mantendo, por exemplo, terrenos improdutivos ou inutilizados. Isso posto, constatou-se ser de interesse público a atuação empresarial na economia nacional.

Em virtude de tal relevante papel desempenhado pelas atividades empresárias na sociedade, concluiu-se que deve ser evitado, tanto quanto possível, o encerramento de empresas em dificuldades financeiras transponíveis. Ou seja, considerando-se o Princípio da Preservação da Empresa, corolário dos preceitos constitucionais da ordem econômica, deve-se conservar a unidade produtiva que, apesar de enfrentar crise, apresente ainda condições de se recuperar. Não se pode, portanto, suprimir o potencial de soerguimento de atividades até então economicamente viáveis; deve-se, porém, aproveitar o patrimônio remanescente dessas

empresas, o maquinário, os trabalhadores e o estabelecimento empresarial como um todo para, com ele, empenhar-se para mantê-la em funcionamento.

Além disso, verificou-se que, com o propósito de perfazer o referido princípio, o legislador infraconstitucional criou a recuperação judicial, facilitadora da reestruturação de empresas em crise. Entretanto, viu-se, também, que a mesma lei criadora do instituto excluiu do concurso de credores os créditos devidos à Fazenda Pública e permitiu, assim, a continuidade de execuções fiscais contra empresas recuperandas. Tal fato acabou por gerar uma celeuma na jurisprudência quanto à aplicação prática do dispositivo, em razão do desacordo entre a sua determinação e as finalidades da recuperação judicial. Se literalmente aplicada essa regra legal e levada a cabo a execução fiscal, inclusive com a aplicação de medidas expropriatórias, colocar-se-á em risco a aptidão empresarial de se restabelecer. Logo, na busca por uma adequada solução desse conflito de interesses, três teses jurisprudenciais surgiram: a Tese Legalista, a Tese Preservacionista e a Tese Preservacionista Mitigada.

Analisados os fundamentos de cada uma dessas teses, concluiu-se que a mais apropriada para resolver esses litígios é a Tese Preservacionista Mitigada, pelo fato de ela conservar a fonte produtora ao mitigar a execução do crédito fiscal, sem, contudo, deixar de proteger o direito creditício. Assim, considerou-se conveniente a atenuação do interesse do Fisco realizada pelos preservacionistas ao refrearem o feito executivo e limitarem-no às práticas constritivas, enquanto ainda não completado o plano recuperacional.

Consoante apresentado, em virtude de as empresas serem agentes essenciais no desenvolvimento econômico e social do País, não há como se desvencilhar a sua manutenção do interesse público. Por conseguinte, em resposta ao segundo questionamento proposto, tem-se que é preferível mitigar-se, temporariamente, o interesse fazendário, a tolher-se por completo a capacidade de recuperação da unidade produtiva. Isso ocorre porque, sob o ângulo da coletividade, mesmo em se tratando de recursos públicos, ela será mais profundamente lesada pela paralisação das atividades econômicas do que pelo não abastecimento imediato do erário.

Por essa razão, entendeu-se como possível e, até mesmo, recomendável restringir-se a execução fiscal contra empresa em recuperação judicial às medidas constritivas, e não se admitirem, portanto, práticas expropriatórias. Dessa forma, evita-se a redução do patrimônio da empresa e, conseqüentemente, a inviabilização do plano de recuperação. Logo, contestando-se afirmativamente a terceira pergunta suscitada neste trabalho, reputa-se por

cabível, sim, a contenção das medidas executórias à penhora de bens, a fim de não se obstar a recuperação da empresa em crise.

Em resumo, deve-se interpretar o art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005 à luz da Constituição de 1988, do que resulta, enfim, a inevitável mitigação do interesse fazendário, quando contraposto à finalidade precípua do instituto recuperacional.

Propõe-se, portanto, como solução para os litígios entre a Fazenda Pública e as empresas em recuperação judicial a adoção da Tese Preservacionista Mitigada, com a limitação das execuções fiscais às práticas executórias constritivas, desde que estas não sejam igualmente capazes de inviabilizar a preservação da recuperanda. Somente dessa maneira poderão ser observados, de fato, os Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa, ambos decorrentes dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica.

REFERÊNCIAS

ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do Interesse Público: proporcionalidade dos valores constitucionais. **Revista Direito e Liberdade (RDL)**, Natal, v. 16, n. 2, maio/ago., 2014.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

BORGES, Alice Gonzalez. Interesse Público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 205, p. 109-116, jul./set., 1996.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, maio/jun./jul., 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

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)**, São Paulo, n. 119, p. 129-135, fev., 2013.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília,

DF, 24 set. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm. Acesso em: 02 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.519.405/PE. Relator: MARTINS, Humberto. Segunda Turma. Publicado no DJe de 06-05-2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500533187&dt_publicacao=06/05/2015. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 06-11-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605415>. Acesso em: 17 mar. 2017.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

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

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 732, p. 38 e ss., out., 1996.

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

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico: Globalização e Constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FALLE, Maria Helena Ferreira Fonseca. O direito de propriedade e o tortuoso processo de sua funcionalização: do conceito de propriedade liberal à função social da propriedade e da empresa. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v. 14, n. 102, p. 161-189, fev./mai., 2012.

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.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Função Social e Procedimento Recuperacional: a função social sob novo enfoque. **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 2, p. 225-237, jul./dez., 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

KROHLING, Aloisio; FERREIRA, Dirce Nazare Andrade. O Princípio da Supremacia do Interesse Público no Estado Democrático de Direito e sua Roupagem Neoconstitucionalista. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, jul./dez., 2013.

LIMA, Henrique Espada. Sob o domínio da precariedade: escravidão e os significados da liberdade de trabalho no século XIX. **Revista Topoi**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 289-326, jul./dez., 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTTA, Lucas Griebeler da; CHINAGLIA, Olavo Zago. O diálogo entre vetores que orientam a preservação da empresa e a ordem econômica como fundamento da teoria da *failing form*. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 36, n. 131, p. 153-160, out., 2016.

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

PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola; BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11ª ed., vol. I., Brasília: UNB, 1998.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os Princípios do Processo de Recuperação Judicial de Empresas. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, ano X, n. 56, abr./maio, 2014.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A Função Social da Propriedade como um Dever Fundamental. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p. 53-74, jan./jun., 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v.2, n.1, p. 163-196, jan./jun., 2013.

PINTARELLI, Camila. Os Direitos Humanos e a Ordem Econômica Brasileira. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, p. 335-378, jan./jun., 2014.

RAMMÊ, Adriana Santos. **Recuperação Judicial & Dívidas Tributárias: A Preservação da Empresa como Fundamento Constitucional de Ajuda Fiscal**. Curitiba: Juruá, 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Jonábio Barbosa dos; SOUSA, Nathália Guerra de. Falência e Recuperação de Empresas: contribuição para a materialização da função social. **Revista Direito e Liberdade (RDL)**, Natal, v. 17, n. 2, p. 87-110, maio/ago., 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. A experiência brasileira de Constituição Econômica. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 32, n. 32, out., 1989.

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.

TAVARES, Diego Ferraz Lemos. **A Supremacia do Interesse Público e o Direito Tributário**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

TÔRRES, Adriana Nogueira; VARELLA, Vitor Hugo Erlich. Aspectos Tributários Relacionados à Recuperação Judicial das Sociedades: limites de intervenção do juízo da recuperação no que concerne à regularização das dívidas tributárias das empresas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 416, ano 108, p. 423-436, jul./dez., 2012.

VALADÃO, Erasmo; 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.