

O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O CRÉDITO TRIBUTÁRIO: UM CONFLITO DE VALORES FUNDAMENTAIS

Carlos Alberto Becker¹
Augusto Becker²
Caroline Silveira Pistóia³

RESUMO: O presente trabalho está voltado ao estudo do conflito de direitos fundamentais existente entre o processo de recuperação judicial e a cobrança do crédito tributário. Isso porque, no direito empresarial, existe um princípio supremo, que é o da preservação da empresa. O legislador, por meio da Lei nº 11.101/2005, deu efetividade a esse princípio, preservando aquela empresa em crise, em razão da função social que exerce. Trata-se do instituto da recuperação judicial. Todavia, o mesmo legislador afastou o crédito tributário desse procedimento, o qual pode ser cobrado, individualmente, pelo seu credor, forte a previsão no CTN de que não se sujeita a concurso de credores. Ocorre que, em determinadas situações, os interesses da fazenda pública entram em choque com o princípio da preservação da empresa. Diante dessa situação, qual seria o interesse a prevalecer? O STJ, atualmente, vem acenando no sentido de prevalecer à manutenção da empresa em detrimento dos interesses da fazenda pública.

Palavras-chaves: recuperação judicial - crédito tributário – conflito de interesses – entendimento do STJ.

ABSTRACT: The present work is aimed to study the conflict of fundamental rights existing between the process of judicial recovery and collection of the tax credit. That's because , in business law , there is a supreme principle is the preservation of the company . The legislature , through Law 11.101/2005 , gave effect to this principle , maintaining that company in crisis , due to the social function it performs. It is the institution of bankruptcy . However , the same legislature removed the tax credit this procedure , which can be charged individually by your lender , strong prediction that the CTN is not subject to the competition of creditors . It happens that, in certain situations , the interests of the Exchequer clash with the principle of preserving the company . Given this situation, what would be the interest to prevail ? The STJ has currently nodding towards the maintenance of the company prevail over the interests of the Exchequer.

Key-words: bankruptcy - tax credit - conflict of interest - understanding the STJ.

¹ Advogado Pós-graduado em nível de especialização em Direito Empresarial e Direito Tributário e Professor da graduação do curso de direito da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. E-mail: beckerbeto@yahoo.com.br.

² Advogado Pós-Graduando em nível de especialização em Direito Empresarial. E-mail: beckeraugusto@hotmail.com;

³ Acadêmica do 3º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. E-mail: carolinepistoia@gmail.com;

INTRODUÇÃO

No direito empresarial existe um princípio máximo, qual seja: princípio da preservação da empresa. Ou seja, sempre que possível, objetiva-se a preservação da empresa. Isso porque, a empresa exerce uma função social, que consiste em gerar empregos, fomentar a economia, circular riquezas e pagar tributos.

A fim de dar efetividade a esse princípio máximo, a Lei nº 11.101/05 trouxe o instituto da recuperação judicial de empresas. Tem como 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.”.

A Lei nº 11.101/05 exclui o crédito tributário do processo de recuperação judicial. Da mesma forma, o Código Tributário Nacional dispõe que o crédito tributário não participa de concurso de credores. Portanto, o crédito tributário não sofre qualquer influência pelo processo de recuperação judicial, de modo que o fisco procede a sua cobrança judicial por meio da execução individual.

Ocorre que, em determinadas situações os institutos jurídicos entram em conflito. Os interesses da fazenda pública entram em choque com o princípio da preservação da empresa. Em outras palavras, o fisco, objetivando satisfazer seu crédito, acaba por inviabilizar o cumprimento do plano de recuperação, ao interferir diretamente nos meios de recuperação judicial – exemplo, penhorar rendimentos destinados ao pagamento dos credores, conforme previsto no plano de recuperação.

Diante dessa situação, qual seria o interesse a prevalecer? O interesse da fazenda pública, que representa toda a sociedade ou a manutenção da empresa, que exerce função social – elemento necessário para a manutenção da sociedade (por meio da geração de emprego, fomento da economia, circulação de riquezas e pagamento de tributos – elemento essencial da fazenda pública).

O STJ, atualmente, vem acenando no sentido de prevalecer à manutenção da empresa em detrimento dos interesses da fazenda pública. Trata-se de um tema fundamental, de relevante interesse social, justamente por envolver interesse da sociedade e interesse dos credores. Justificando, ainda mais, a necessidade de pesquisar a respeito desse assunto.

CAPITULO 1 – DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

1.1 Da recuperação judicial

1.1.1 Das noções introdutórias

A atividade empresarial é uma atividade de risco. Ou seja, pode dar certo como pode dar errado. E o dar errado pode decorrer de uma série de fatores, internos ou externos. Como fator interno, destaca-se a deficiência na gestão do negócio. Por sua vez, como fatores externos, pode-se destacar a desvalorização da moeda real frente ao dólar, uma catástrofe, etc.

Para essas empresas que estão passando por um período de crise, mas que exercem uma função social, o direito empresarial disponibiliza um mecanismo que tem como objetivo possibilitar ao empresário a superação dessa crise econômico/financeira. Portanto, é pressuposto para a recuperação judicial, o estado de crise do empresário.

1.1.1 Dos aspectos relevantes existentes entre as legislações no tempo

Esse mecanismo teve, inicialmente, sua disciplina no Decreto-Lei nº 7.661/1945. O então legislador adotou, para o instituto, a nomenclatura de concordata. Nesse instituto jurídico havia a figura do síndico, o qual era nomeado pelo juiz para exercer a administração do processo. No modelo, somente participava os créditos de natureza quirografária, e o único meio de recuperação do empresário era o parcelamento do débito. Ou seja, parcelava do débito quirografário.

Outra característica necessária de ser destacada, relativamente ao sistema da concordata, era a não participação dos credores nas deliberações do processo. Na oportunidade, o devedor requeria a concordata ao juiz, o qual apenas analisava o preenchimento dos requisitos legais. Uma vez preenchidos, o juiz deferia a concordata, mesmo que contra a vontade dos credores. Junior e Pitombo (2006, p. 83) assim se manifestam a respeito:

Mas na aproximação reside, paradoxalmente, a nota diferencial entre ambos os institutos: no sistema do Dec.-lei 7.661/1945 a concordata era uma moratória concedida como “favor” legal, unilateralmente requerido pelo devedor, e que seria deferida pelo juiz, desde que presentes os requisitos legais para tanto – mesmo contra a vontade de um, vários ou todos os credores.

Superveniente, foi editada a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a qual revogou o Decreto-Lei nº 7.661/1945 (art. 200). Nos termos do art. 1º, essa lei disciplina a recuperação de empresas (judicial e extrajudicial) e a falência do empresário. Observa-se, que não mais se fala em concordata, mas sim, em recuperação judicial.

O art. 47, da Lei nº 11.101/05, conceitua a recuperação judicial como sendo um mecanismo que tem como objetivo viabilizar a superação da situação de crise de devedor, cuja consequência é a manutenção da fonte produtora, do emprego e dos interesses dos credores, promovendo, desse modo, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. De acordo com a doutrina de Tomazette (2012, p. 42):

Em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 11.101/05, houve por bem criar a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial.

Da mesma forma, não se fala mais em síndico, mas sim, em administrador judicial, o qual é responsável pela condução do processo de recuperação judicial, conforme dispõe o art. 21, da Lei nº 11.101/05.

Nos termos da dicção do art. 49, da Lei nº 11.101/05, como regra geral, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Observa-se que, diferentemente do regime anterior, não participam do processo de recuperação judicial apenas os credores quirografários, mas sim, o crédito de natureza trabalhista, acidente de trabalho, garantia real, quirografário, etc. (obs. quanto ao crédito tributário, que terá tratamento particular em ponto abaixo).

Antes de ir adiante, não se pode olvidar que, nos termos do art. 5º, da Lei nº 11.101/05, somente são exigíveis no processo de recuperação judicial, as obrigações a título oneroso e as custas judiciais decorrentes do litígio com o devedor. Assim, as obrigações a título gratuito, bem como as despesas que os credores fizerem para participar do processo de recuperação judicial não são exigíveis.

Por sua vez, como meios de recuperação, o art. 50, da Lei nº 11.101/05, prevê um rol exemplificativo de situações que podem ser adotadas pelo devedor, como forma de reestruturação. Destaca-se, trata-se de um rol exemplificativo, de modo que podem ser utilizadas outras modalidades, caso forem necessárias. Nas palavras de Negrão (2011, p. 177):

O art. 50 da Lei n. 11.101, de 2005, estabeleceu, de modo meramente exemplificativo, dezesseis formas de recuperação judicial, reproduzindo algumas soluções que constavam do Decreto-Lei n. 2.321/87, que dispõe sobre o regime de administração especial temporária, matérias dos capítulos 36 e 37.

Uma diferença de grande monta, notadamente ao sistema do Decreto-Lei 7.661/45, é a participação dos credores no processo de recuperação. O devedor faz o pedido de recuperação judicial, observados os requisitos da petição inicial previsto no art. 51, da Lei nº 11.101/05. Preenchidos os requisitos, compete ao juiz deferir o processamento da recuperação judicial, o qual é irrecorrível, forte o disposto na Súmula 264, do STJ.

Da publicação do edital de processamento, o devedor tem o prazo improrrogável de sessenta dias para apresentar o plano de recuperação judicial, o qual nada mais é do que um documento em que o devedor, mediante a utilização dos meios de recuperação judicial, apresenta aos credores o que precisa ser feito para se reestruturar. Negrão (2011, p. 207) assim fixa a matéria:

O plano, contendo a discriminação dos meios, a demonstração de sua viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiros e de avaliação dos bens do ativo do devedor, deve ser apresentado até sessenta dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial.

Uma vez apresentado, o juiz publicará edital, contendo aviso aos credores do recebimento do plano, e fixando prazo de trinta dias para os mesmos manifestarem

eventuais objeções. Em havendo objeções por parte dos credores, será convocada assembleia-geral de credores, para deliberação acerca da aprovação ou não dos meios de reestruturação apresentados pelo devedor. Junior e Pitombo (2006, p. 54) assim se manifestam a respeito:

A recuperação judicial só terá êxito quando os interesses de todos os envolvidos forem equanimente contemplados. Qualquer benefício a um grupo poderá ser o estopim para o desmonte de toda uma estrutura negocial. Sem que o sistema esteja harmônico, nem sempre os resultados desejados serão atingidos.

Observa-se, num primeiro momento, a significativa participação dos credores. Ou seja, os rumos do processo não estão mais nas mãos do juiz, mas sim diante dos interesses dos credores. Assim, os credores em apresentando objeções já elidem, aparentemente, o imediato sucesso do processo de recuperação judicial. Todavia, em havendo o silêncio ou a expressa concordância com o plano, a recuperação judicial será deferida pelo juiz.

Como bem assinalado pela doutrina acima, a proposta do devedor deve ser coerente. Não pode ele querer elaborar um plano sem pensar nos interesses dos credores, porque daí não obterá o apoio necessário, cuja consequência é a falência. Da mesma forma, não pode o devedor apenas pensar na aprovação do plano, viabilizando situações favoráveis apenas para os credores, pois o fim será o mesmo, qual seja: falência, ante o descumprimento do plano.

Outra característica necessária de ser destacada, relativamente ao sistema da concordata, era a não participação dos credores nas deliberações do processo. Na oportunidade, o devedor requeria a concordata ao juiz, o qual apenas analisava o preenchimento dos requisitos legais. Uma vez preenchidos, o juiz deferia a concordata, mesmo que contra a vontade dos credores.

Com a instauração da assembleia-geral de credores, a mesma será devida em três classes, a saber: i) trabalhista mais acidente do trabalho, ii) garantia real e iii) quirografário, privilegio geral e especial e subordinado (art. 41, da Lei nº 11.101/05. Tomazette bem elucida o caso (2012, p. 204):

Com ou sem alterações na proposta inicialmente apresentada, compete à assembleia manifestar a vontade da massa de credores em relação ao plano de recuperação judicial, aprovando-o ou rejeitando-o. Para tanto, a

assembleia não será considerada como um todo, mas dividida em três classes (Lei nº 11.101/2005 – art. 41).

Nos termos do art. 45, da Lei nº 11.101/05, para obter a aprovação, é necessário o voto favorável da maioria dos credores presentes em primeira classe, independentemente do valor, e, cumulativamente, a maioria dos credores presentes e mais de 50% do valor dos credores presentes, em segunda e terceira classe. Continua Tomazette (2012, p. 204):

Para que o plano seja considerado aprovado, exige-se, a princípio, a aprovação cumulativa nas três classes, de acordo com os critérios de votação inerentes a cada uma. Assim, para a aprovação do plano é necessário o voto favorável da maioria dos credores de cada classe (computados por cabeça) e da maioria dos créditos das classes II e III (computados pelo valor).

Dessarte, pode-se perceber os principais aspectos existentes entre a antiga e atual legislação acerca da matéria, com principal destaque a natureza dos créditos sujeitos e a participação dos credores no processo de reestruturação.

1.2 Do crédito tributário

1.2.1 Dos aspectos gerais em matéria tributária

O art. 3º, do CTN conceitua tributo como sendo toda prestação pecuniária compulsória, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Nas palavras de Machado (2011, p. 55):

Sabe-se que, em princípio, não é função da lei conceituar. A lei deve conter uma regra de comportamento. Entretanto, em face de controvérsias, às vezes deve a lei estabelecer conceitos. Isto acontece com o conceito de tributo, que é atualmente, no Brasil, legalmente determinado.

Por sua vez, nos termos do art. 5º, do CTN, as espécies tributárias são: i) impostos, ii) taxas e iii) contribuição de melhorias. Em que pesa previsão legal, o STF possui orientação pacífica no sentido de que seriam cinco espécies tributárias,

quais seja: i) impostos, ii) taxas, iii) contribuições especiais, iv) contribuições de melhorias e v) empréstimos compulsórios.

1.2.2 Do crédito tributário no processo de recuperação judicial

Nos termos do caput, do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, o deferimento do processamento da recuperação judicial tem o condão de suspender, pelo prazo de 180 dias, todas as ações, execuções e o curso do prazo prescricional que correm contra o devedor. Todavia, seu § 7º, prevê que as execuções de natureza fiscal não são suspensas com o deferimento da recuperação judicial.

Essa não participação do crédito tributário no processo de recuperação judicial decorre do disposto no art. 187, do CTN. Isso porque esse comando legal prevê a não participação do crédito tributário em concurso de credores. Tomazette (2012, p. 529) fala a respeito da matéria:

Os créditos de natureza tributária não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, não havendo nem suspensão das execuções fiscais em curso (Lei nº 11.101/2005 – art. 6º, § 7º), ressalvada a hipótese de parcelamento especial. A exclusão aqui decorre do artigo 187 do Código Tributário Nacional, que afirma que o crédito fiscal não é sujeito a concurso de credores ou à recuperação judicial. Pelo princípio da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público, não se admite negociação sobre os créditos fiscais e, por isso, não há como inclui-los no processo de recuperação.

Ocorre que, o prosseguimento das execuções fiscais poderia inviabilizar o processo de recuperação judicial. Essa conclusão se opera, pelo fato de que ocorreriam penhoras de bens, para a satisfação do crédito tributário, sujeitos ao plano de recuperação, cujo resultado seria a impossibilidade física de cumprir os ditames arrolados pelo devedor e aprovado pelos credores.

Em função disso, o legislador estabeleceu, no art. 68, da Lei nº 11.101/05, a possibilidade de um parcelamento especial para os empresários em recuperação judicial, como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, VI, do CTN. Tomazette (2012, p. 97) continua:

Outrossim, o prosseguimento das execuções fiscais pode inviabilizar a continuação da empresa, uma vez que pode acarretar a penhora e a expropriação de bens essenciais para a atividade desenvolvida pelo devedor. Para contornar esse problema, a própria Lei estabelece a

possibilidade de um parcelamento especial para empresários em recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005 – art. 68), o qual ainda não existe.

Portanto, a lei de recuperação de empresas expressamente excluiu o crédito tributário do processo de recuperação judicial, em que pese haver comando legal previsto no CTN. Por outro lado, prevê um parcelamento especial destinado a essas empresas em estado de crise, objetivando viabilizar a sua reestruturação.

Depois de aprovado o plano de recuperação judicial, seja ela tácita (sem apresentação de objeções), seja ela expressa (por deliberação dos credores, em assembleia-geral), o devedor deverá apresentar certidão negativa de débitos tributários ou positiva com efeitos de negativa, consoante o disposto no art. 57, da Lei nº 11.101/05.

Observa-se que a apresentação da negativa fiscal é condição para o juiz deferir a recuperação. Essa exigência se justifica justamente pelo fato de que o crédito tributário não participa do processo de recuperação judicial.

E, não se pode admitir que os credores pudessem aprovar um plano contemplando seus créditos com o esgotamento do patrimônio do devedor, sem qualquer garantia do crédito tributário. Tal situação franquearia o recebimento de seus créditos pelas Fazendas Públicas.

Assim, nos da respectiva legislação, uma vez aprovado o plano de recuperação e apresentada a certidão negativa de débitos (ou positiva com efeito de negativa), o juiz deferirá a recuperação judicial propriamente dita, com a execução do plano. O processo perdurará pelo prazo de dois anos, nada obstando o plano prever prazo superior, o que implicará em consequências jurídicas distintas, na hipótese de não cumprimento.

CAPÍTULO 2 – DO CONFLITO DE INTERESSES E A ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS

2.1 Do conflito de interesses

2.1.1 Da função social da empresa e o princípio da preservação da empresa

Como destacado no capítulo acima, o legislador de 2005 deu principal ênfase ao princípio maior da preservação da empresa. Isso porque o empresário exerce uma função social. Ou seja, em razão da atividade desenvolvida que são gerados empregos, é distribuída renda, fomenta a economia, produz riquezas, gera fatos geradores de tributos, etc..

A função social da empresa teve sua origem na função social da propriedade. A Constituição Federal de 1988 prevê a função social em uma série de dispositivos legais, a saber: art. 5º, XXIII, art. 170, III, art. 173, § 1º, I, art. 182, § 2º, art. 184, caput e art. 185, parágrafo único. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional: art. 421, do CC/2002, art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76 e art. 47, da Lei nº 11.101/05.

De nada seria da sociedade se não fosse o empresário, notadamente a atividade empresarial. Magalhães (2009, p. 5) destaca que a empresa não é vista mais com o objetivo único de lucro. Mas sim, uma instituição social de que depende toda a humanidade, em razão da sua importância, desenvolvimento e influência. Em suas palavras:

Nela, a maior parte da população possui alguma ligação, seja como sócio, empregado, consumidor. É uma instituição social porque prevê a grande maioria de bens e serviços da sociedade e, ainda, dá ao Estado grande parcela de suas receitas fiscais.

(...)

É, assim, responsável pelo emprego, produção, ou intermediação com o consumidor, sendo a grande responsável pela receita do Estado através do recolhimento de impostos e valorização e melhora do local onde se estabelece.

O aludido doutrinador justifica toda essa influência do empresário, por meio da atividade empresarial, no fato de que o Estado Democrático de Direito deixou de participar ativamente na produção e circulação de bens e serviços. Deixou essa incumbência a livre iniciativa, que corresponde, atualmente, a um modelo de desenvolvimento econômico da sociedade.

Observa-se que se têm duas vertentes a respeito da empresa, qual seja: o lucro e a instituição social. E esse norte social não aniquila o lucro, porque sem lucro empresa nenhuma sobrevive. Na verdade, a função social é consequência do exercício da atividade empresarial, e não um objetivo a ser realizado. Nesse sentido, destaca-se os ensinamentos de Vilar (2009, p. 144):

Em um sistema capitalista, os principais agentes desse processo são as empresas, que através de suas atividades exercem função social. Pode-se até mesmo dizer que a função social do direito de empresa é exercer atividade empresária.

Essa atividade, contudo, deve atender aos interesses institucionais que a cercam e que, como parte da autorização concedida pelo Direito, lhe impõem limites, estabelecendo condições para que o exercício do direito de empresa seja considerado legítimo. Esses interesses são extremamente variados, além de amplos; logo, difíceis de serem identificados e terem seu conteúdo determinado. Para resolver esse problema, a sociedade cria diversas instituições. A maior e mais importante delas talvez seja o mercado.

Da mesma forma, a própria natureza jurídica da atividade empresarial está caracterizada no lucro. Caso contrário não seria uma atividade empresarial, exercida por meio de sociedade, empresário individual ou empresa de responsabilidade limitada. Mas sim, uma fundação ou associação, cuja natureza jurídica é exercer atividade social. Magalhães elucida com grandeza a matéria (2009, p. 10):

Mas a função social não pode ignorar a função primeira da empresa, que é o lucro. Não pode ser esta anulada a pretexto de cumprir uma atividade assistencial, filantrópica, por exemplo. A empresa tem uma função social, mas não uma função de assistência social. Primeiro, portanto, tem de reconhecer a função específica da empresa para, depois, pensar em limitar essa necessária função. A função social jamais poderá ocupar a função econômica da empresa. Empresa sem lucro não sobrevive, deixa de funcionar.

Para Tomazette (2012, p. 52), a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para proveito do empresário, é fundamental que a atenção esteja voltada, também, para os interesses dos empregados, do fisco e da comunidade. Na recuperação judicial, a função social serve como base para a tomada de decisões, bem como para interpretação da vontade dos credores e do devedor. Em suas palavras:

Em outras palavras, ao se trabalhar em uma recuperação judicial deve-se sempre ter em mente a sua função social. Se a empresa puder exercer muito bem sua função social, há uma justificativa para mais esforço no sentido da sua recuperação. Reitera-se que a recuperação é da atividade e não do seu titular.

Continua referido doutrinador aduzindo que como corolário lógico da função social, está o princípio da preservação da empresa. Trata-se do princípio mais importante na interpretação da recuperação judicial. Traz sua origem no princípio da

garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, art. 23, X, art. 170, VII e VIII, art. 174, caput e § 1º, e art. 192, todos da CF/88). Enfatiza no sentido de que a recuperação judicial não tem como objetivo salvar o empresário, mas sim a empresa – como atividade. Em suas palavras:

A recuperação judicial não se preocupa em salvar o empresário (individual ou sociedade), mas sim em manter a atividade em funcionamento. A empresa (atividade) é mais importante que o interesse individual do empresário, dos sócios e dos dirigentes da sociedade empresaria. Não importa se estes terão ou não prejuízos, o fundamental é manter a atividade funcionando, pois isso permitirá a proteção de mais interesses (fisco, comunidade, fornecedores, empregados...). Não se descarta a manutenção da atividade com o mesmo titular, mas a preferência é a manutenção da atividade em si, independentemente de quem seja o titular.

Com razão a doutrina acima, ao referir que o que interessa é a continuidade da atividade empresarial, com o mesmo ou outro titular. Tanto é verdade que, na hipótese de falência, em que o empresário não vem mais exercendo a função social, existe uma ordem legal de preferência na alienação dos bens do falido, a começar pelo estabelecimento em bloco. Essa sistemática se opera justamente para viabilizar a continuidade da empresa, só que por meio de outro empresário (ex. investidor).

Assim, o que se pode perceber é que o princípio da preservação da empresa é o maior e mais consagrado princípio do direito empresarial, notadamente quanto à recuperação judicial. Opera-se porque o empresário, por meio da empresa, exerce função social, a qual compreende interesses que vão além do próprio empresário e atingem toda a coletividade.

2.1.2 Do interesse público e o princípio da supremacia do interesse público sobre interesses privados

Como o presente trabalho versa acerca do crédito tributária diante do processo de recuperação judicial, imperioso é tecer alguns comentários a respeito do interesse público e princípio da supremacia do interesse público sobre interesses privados. Vejamos.

Como visto em tópico acima, o detentor da legitimidade do crédito tributário é a União, Estados ou Municípios. Enfim, a fazenda pública. E como tal, tem-se a conotação de que em se tratando de verba pública, a exemplo do crédito tributário,

estar-se-á falando em sociedade ou, se preferir, coletividade. Isso se opera porque o orçamento público é destinado, ou pelo menos deveria, para custear serviços públicos, como saúde, educação, cultura, etc..

Desse modo, em se falando em crédito tributário, estar-se-á falando em sociedade. Dai vem o chamado interesse público, de modo que o interesse da coletividade se sobrepõe ao interesse do individual. Ou seja, o crédito tributário interessa para toda a coletividade, porque vai ser destinado a custear despesas básicas e essências da sociedade. Por isso, esse milagroso crédito sempre se sobrepõe a qualquer outro, justamente pela hipossuficiência do interesse particular. Gasparini (2011, p. 74) bem leciona a matéria:

No embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público no dizer de José Cretella Júnior (*Tratado*, cit., v. 10, p. 39). Com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isso é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos. Assim ocorre na desapropriação, na rescisão por mérito de certo contrato administrativo e na imposição de obrigações aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, a exemplo da servidão administrativa.

Como decorrência dessa supremacia, o crédito tributário acaba por receber conotação de garantias e privilégios. Situação essa que o eleva a um grau de notória relevância frente aos créditos de natureza privada.

Para tanto, pode-se destacar o art. 183 e seguintes, do CTN, em que concretiza meios assecuratórios quanto ao cumprimento das obrigações tributárias. Da mesma forma, e reproduzindo o disposto no art. 186, do CTN, a Lei nº 11.101/05, em seu art. 83, trata o crédito tributário como privilegiado no concurso de credores, o trazendo logo após o crédito com garantia real.

Ocorre que, essa ideia de supremacia, com aplicação absoluta ao crédito tributário não merece prosperar. Isso porque assim como o crédito tributário esta pela coletividade, o processo de recuperação judicial também está para a coletividade. Como destacado anteriormente, o empresário exerce uma função social, ao gerar empregos, circular riquezas, alimentar o fisco com o próprio crédito tributário.

Pode-se acreditar se tratar de um conflito de interesses. Todavia, na verdade, corresponde a um pseudo conflito, haja vista que a atividade empresarial está antes do crédito tributário. Em outras palavras, somente há crédito tributário em havendo

atividade empresarial. Portanto, sem atividade empresarial não se tem crédito tributário, de modo que além do interesse do próprio fisco, o processo de recuperação judicial visa salvaguardar interesses de toda a coletividade.

De maneira correlata, Machado (2007, p. 80) assim enfrenta a supremacia e o crédito tributário:

No caso, a pré-compreensão que muitos têm do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular é de algo que visa a beneficiar o maior número de pessoas possível, algo como sentido democrático e, portanto, desejável. Ocorre que, exatamente por transmitir essa pré-compreensão, a prática demonstra que a invocação de ambos se dá de forma oportunista. Realmente, valendo-se da rápida velocidade com que os discursos são travados atualmente e da caga democrática que referidas expressões transmitem em um primeiro momento, o interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular são invocados para, com comodidade, atribuir-se ares de legitimidade aos mais variados atos praticados pelo fisco.

Para o doutrinador acima, em se tratando de crédito tributário, o discurso de supremacia é travado de forma oportunista, com o intuito de legitimar atos da administração pública.

Dessarte, o que se tem, em verdade, é o interesse da coletividade no processo de recuperação judicial, na qual se encontra o credor tributário, em detrimento do interesse do credor fiscal.

2.2 Da orientação dos Tribunais

Em ponto acima foi destacado que o despacho de processamento não tem o condão de suspender o feito executivo fiscal. Para alcançar essa máxima, necessário o parcelamento fiscal, como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Ademais, a certidão de regularidade fiscal (negativa de débito ou positiva com efeito de negativa) é requisito essencial para que o juiz defira a recuperação judicial propriamente dita.

A fim de dar efetividade ao processo de recuperação judicial, a Lei nº 11.101/05 dispõe acerca de um parcelamento especial para as empresas em recuperação judicial. Ocorre que, até a presente data, esse parcelamento especial não foi instituído. Em função disso, alguns desdobramentos são levados a efeito pela jurisprudência pátria, na busca da preservação da empresa. Vejamos.

2.2.1 Da continuação da execução fiscal sem prejudicar o processo de recuperação judicial

O STJ, em recente julgado, de relatoria da inovadora Ministra Nancy Andrigui, reconheceu a ausência de suspensão das execuções fiscais, com o deferimento do processamento da recuperação judicial. Todavia, destacou que são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação. O arestou restou assim ementado:

AGRAVO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL.

1. As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos.

2. 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 construção do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras.

3. Agravo não provido.

(AgRg no AgRg no CC 119.970/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 17/09/2013)

Do julgado acima, pode-se perceber que essa vedação se opera justamente para viabilizar o processo de recuperação judicial. O prosseguimento do feito executivo iria aniquilar toda e qualquer tentativa de reestruturação, notadamente quanto à necessidade do patrimônio para efetivar os meios de recuperação insculpidos no plano de reestruturação.

A Ministra Relatora levou em consideração o princípio maior do direito empresarial, notadamente no campo da recuperação judicial, qual seja: preservação da empresa, em total detrimento do crédito tributário. Isso se operou justamente em razão da função social que a empresa exerce, que vai além dos interesses do fisco. A atividade empresarial é essencial para a subsistência da sociedade, sem ela se quer fisco existe.

Portanto, tem-se nítido e coerente julgado do STJ dando efetividade ao princípio da preservação da empresa, não se falando em supremacia do interesse público, o qual está enraizado o crédito tributário. Ou seja, a empresa tem mais valor que o fisco.

2.2.2 Da não exigência de regularidade fiscal para o deferimento da recuperação judicial

O TJRS, em recente julgado, de relatoria do Desembargador Niwton Carpes da Silva, deu interpretação teleológica ao disposto no art. 57, da Lei nº 11.101/05, e reconheceu a dispensa da apresentação de regularidade fiscal (certidão negativa de débito ou positiva com efeito de negativa) para a concessão da recuperação judicial propriamente dita. O aresto restou assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIAS E CONCORDATA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROVA DA QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS. DISPENSABILIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA
Trata-se de agravo de instrumento tirado em face da decisão singular que concedeu a recuperação judicial das empresas agravadas sem a apresentação de comprovação da regularidade tributária; 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. Inteligência soberana e superior do art.47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei Federal n.11.101/2005). Nesse contexto, com os corolários e os princípios que adornam a novel legislação que permite e viabiliza, ao invés do decreto falimentar, a possibilidade da recuperação empresarial, não há espaço para a interpretação literal e restrita dos arts.57,in fine da mesma Legislação e art.191-A do CTN que exigem a apresentação de "certidão negativa de débitos tributários ou quitação de todos os tributos" como condição para a concessão da recuperação judicial. Não há empresa à beira da falência, em dificuldades financeiras, que não apresente débitos fiscais. É possível uma sobrevivência empresarial sem o pagamento dos tributos, mas impossível sem o pagamento dos insumos e fornecedores. Os tributos podem ser alvo de parcelamento, sem prejuízo da concessão da recuperação judicial. Inteligência do art.68 da LRJF. A orientação do egrégio STJ, mais consentânea com a realidade social e sensível à situação empresarial tem emprestado interpretação teleológica e axiológica ao art.57 da LRJF e art.191-A do CTN, para o fim de dispensar, para efeito de concessão de Recuperação Judicial Empresarial, a apresentação de prova de "quitação de todos os tributos" ou, mesmo, certidão positiva com efeito de negativa. Logo, pertinente e possível a homologação do plano de Recuperação Judicial sem a prévia apresentação de certidão negativa tributária ou ausência de certidão positiva com efeito de negativa, a despeito dos arts.57 da LRJF e 191-A do CTN. Decisão concessiva da Recuperação Judicial que se mantém na íntegra. AGRAVO DE INSTRUMENTO

DESPROVIDO (Agravo de Instrumento Nº 70053308920, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 24/10/2013)

Conforme se depreende do ementário, o julgado levou em consideração o princípio da preservação da empresa, bem como a sua função social. Destacou que a empresa sobrevive sem pagar tributos, mas não sem obter insumos.

O julgador se evadiu do argumento da ausência de instituição do parcelamento especial, e adotou visão moderna e adequada, ao enquadrar o fisco como ente dotado de ânsia arrecadatória, sem limites e escrúpulos. Destacou a importância da empresa na economia brasileira, em total sintonia com o princípio da preservação da empresa.

O tema é interessante, mas a limitação imposta ao trabalho é soberana. Poder-se-ia destacar outros julgados, a exemplo do TJMG (Agravo de Instrumento Cv 1.0707.11.009662-5/005, Relator(a): Des.(a) Oliveira Firmo, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/02/2013, publicação da súmula em 01/03/2013), bem como outras fundamentações. Todavia, o esboçado já se pode concluir.

Do todo o exposto, não restam dúvidas que nossos tribunais vêm favorecendo a preservação da empresa em detrimento da ânsia arrecadatória do fisco, cujos julgados tiveram início com manifestações oportunas da Ministra Nancy Andrigui, importante defensora do direito empresarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É estreme de dúvidas que o princípio da preservação da empresa se sobrepõe ao crédito tributário, justamente em razão da função social que a mesma exerce. São inúmeras decisões judiciais nesse sentido, pensando efetivamente na coletividade e não no interesse meramente arrecadatório do fisco.

Para tanto, foi necessário trabalhar acerca de cada um dos elementos, a destacar a noção do procedimento e objetivo de um processo de recuperação judicial. Da mesma forma, mostrou-se necessário tecer comentários a respeito do crédito tributário e sua supremacia, consubstanciado em privilégios e garantias.

O estudo se deu em razão da necessidade cada vez maior de olhar com bons olhos para o empresário, e não achar que todos são sonegadores. Como ficou claro nos tópicos acima, a crise, ensejadora de um processo de recuperação judicial, pode ter origem em uma série de fatores, dentre os quais, destaca-se a inexistente de qualquer malícia ou intuito fraudulento.

Ainda bem que se tem nos tribunais pátrio julgadores preparados, conhecedores do direito empresarial, com principal destaque a interpretação e alcance do princípio da preservação da empresa. Com isso, pode-se dar mais efetividade ao instituto jurídico da recuperação judicial, que muito já foi aniquilado em decorrência dos interesses do fisco.

Com isso, muitas empresas terão condições de se manter no mercado, exercendo sua função social, com a geração de empregos, circulação de riquezas e alimentando o fisco com alta carga tributária que se tem neste país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. Volume 3. 2ª edição. Editora Atlas. São Paulo (SP). 2012.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. Volume 3. 6ª edição. Editora Saraiva. São Paulo (SP). 2011.

JUNIOR, Francisco Satiro de Souza e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2006.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Número 28. Editora Magister. Porto Alegre (RS). 2009.

VILAR, Bruno Haack. *Revista Jurídica Empresarial*. Edição 09. Editora Notadez. Porto Alegre (RS). 2009.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Interesse Público e Direitos do Contribuinte*. Editora Dialética. São Paulo. 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª edição. Editora Saraiva. São Paulo (SP). 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 36ª edição, Revista. Atualizada e Ampliada. Editora Malheiros. São Paulo (SP). 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributario brasileiro*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – www.presidencia.gov.br

Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Lei nº 11.101/2005 –
www.presidencia.gov.br

Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172/1966 – www.presidencia.gov.br

Lei de Execuções Fiscais – Lei nº 6.830/80 – www.presidencia.gov.br