



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COMPETÊNCIA PARA ATOS CONSTRITIVOS NA EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA
TRIBUTÁRIA EM FACE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Dayse Maiques de Souza Alves

Rio de Janeiro
2020

DAYSE MAIQUES DE SOUZA ALVES

COMPETÊNCIA PARA ATOS CONSTRITIVOS NA EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA
TRIBUTÁRIA EM FACE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Lucas Tramontano

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2020

COMPETÊNCIA PARA ATOS CONSTRITIVOS NA EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA EM FACE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Dayse Maiques de Souza Alves

Graduada pela Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – esta pesquisa pretende analisar os efeitos da recuperação judicial nos atos constritivos da execução fiscal, apresentando a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pois, após o advento da Lei nº 11.101/2005, para o deferimento da recuperação judicial, a jurisprudência e os doutrinadores passaram a divergir sobre a competência para atos constritivos de dívida fiscal na execução fiscal no Brasil, o que é objeto do Tema 987 do STJ.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Direito Tributário. Direito Empresarial. Competência. Recuperação Judicial. Execução Fiscal.

Sumário – Introdução. 1. Regularidade fiscal como requisito para o deferimento da Recuperação Judicial versus princípio da preservação da empresa. 2. Efeitos da recuperação judicial nos atos constritivos da execução fiscal. 3. Competência para atos constritivos decorrentes da execução fiscal na recuperação fiscal no direito português. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho visa discutir de qual órgão jurisdicional é a competência para atos constritivos de dívida fiscal na execução fiscal em face de empresa em recuperação judicial, se do juízo da Vara Empresarial ou da Vara de Execução Fiscal. Tal situação importa, pois vários processos estão suspensos aguardando a uniformização da jurisprudência sobre o tema no STJ diante do conflito jurisprudencial e doutrinário, o que gera insegurança jurídica e atravanca o Judiciário.

De acordo com o entendimento do STJ, não são adequados, em execução fiscal, os atos de constrição que possam afetar, de alguma forma, o plano de recuperação judicial da sociedade empresária, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, porquanto o pagamento do crédito tributário devido será assegurado, no momento oportuno, pelo juízo falimentar, observadas as preferências legais, não havendo, assim, prejuízo à Fazenda Pública.

No entanto, devido à multiplicidade de recursos, os ministros da 1ª Seção do STJ afetaram em fevereiro de 2018 o seguinte tema para julgamento sob o rito dos repetitivos: possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal (Tema nº 987), que ainda aguarda julgamento.

Para melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo, busca-se comprovar que a regularidade fiscal não tem sido um requisito para o deferimento da Recuperação Judicial pela aplicação do princípio da preservação da empresa.

Analisa-se, no segundo capítulo, os efeitos da recuperação judicial nos atos constritivos da execução fiscal, apresentando a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pois, após o advento da Lei nº 11.101/2005, para o deferimento da recuperação judicial, a jurisprudência e os doutrinadores passaram a divergir sobre a competência para atos constritivos de dívida fiscal na execução fiscal no Brasil.

No terceiro capítulo, pesquisa-se a competência para atos constritivos decorrentes da execução fiscal na recuperação fiscal no direito português, com objetivo de verificar o procedimento no direito daquele país.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo de forma qualitativa. Hipotético-dedutivo porque consiste na construção de conjecturas baseada nas hipóteses, isto é, caso as hipóteses sejam verdadeiras, as conjecturas também serão, de forma argumentativa defendendo a tese.

Qualitativo, uma vez que o objeto da pesquisa jurídica se vale da bibliografia pertinente ao tema, que é analisada e fichada na fase inicial da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a tese.

1. REGULARIDADE FISCAL COMO REQUISITO PARA O DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL VERSUS PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A recuperação judicial é uma ação judicial de iniciativa do devedor com objetivo de viabilizar a superação da crise da empresa, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores, na forma do disposto no art. 47¹ da Lei nº 11.101/2005:

[...] a recuperação judicial 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.[...]

¹BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

Dentre os requisitos, para a concessão da recuperação judicial, a regularidade fiscal é uma delas, conforme art. 57² da Lei nº 11.101/2005:

[...] após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.[...]

Desta forma, pela Lei nº 11.101/2005³, o processamento da recuperação judicial depende da comprovação da regularidade fiscal por parte da empresa recuperanda. Todavia, na prática o entendimento jurisprudencial que se formou, considerando a aplicação do princípio da preservação da empresa, foi no sentido de se dispensar a apresentação das certidões de quitação dos débitos fiscais, como forma de viabilizar a própria recuperação judicial, uma vez que a maioria das empresas em recuperação judicial possui débitos com o fisco em valores que não conseguem saldar, sem prejuízo da própria sobrevivência da empresa.

De fato, a exigência da certidão de quitação fiscal conforme determinado pelo art. 57⁴ da Lei nº 11.101/2005 inviabilizaria a maior parte das ações de recuperação judicial, prejudicando a possibilidade de manutenção da empresa, em franco prejuízo ao princípio da preservação da empresa.

No entanto, a Lei nº 11.101/2005 foi elaborada com fundamento no princípio da preservação da empresa previsto no art. 47⁵ que consiste em que a regra é buscar salvar a empresa, sendo a falência medida extrema que só deve ser decretada se for inviável a preservação da atividade, de acordo com Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva⁶. Logo, há um conflito entre a aplicação do princípio da preservação da empresa e o direito ao recolhimento dos tributos por parte do ente público.

Assim, ao não aplicar o disposto no art. 57⁷ da Lei nº 11.101/2005, o juiz cria a situação de desproteger o crédito fiscal para que possa deferir a recuperação judicial, em nome do princípio da preservação da empresa e em sentido diretamente oposto ao estabelecido na citada lei.

²Ibid.

³Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA, Paulo. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 14.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

Importa ressaltar, que o tributo é uma prestação pecuniária compulsória, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional⁸:

[...] Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.[...]

Portanto, o tributo tem tratamento privilegiado em todo o sistema jurídico, exatamente pela sua importância social, uma vez que sustenta a sociedade em suas atividades básicas como saúde, educação, infraestrutura e demais serviços essenciais.

Ademais, nos termos do art. 6º, § 7º da Lei nº 11.101/2005⁹, as ações de natureza fiscal sequer são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial:

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

Não havendo na citada Lei nº 11.101/2005 previsão de inclusão do crédito fiscal entre as dívidas a serem parceladas no plano de recuperação fiscal, pois parte do pressuposto de que a empresa tem que comprovar a regularidade fiscal ou que o parcelamento se dará fora do processo, se houver lei específica do ente tributante.

Todavia, os entes tributantes em sua maioria não criaram leis específicas para o parcelamento do débito fiscal, tendo a União só aprovado lei específica em 2014, permitindo o parcelamento para os débitos fiscais federais em até 84 parcelas.

A ausência de lei específica, não poderia obstar o direito à recuperação judicial, tendo o STJ dado interpretação ao art. 57 da Lei nº 11.101/2005¹⁰ de forma a admitir a tramitação da ação de recuperação judicial sem a devida comprovação da quitação fiscal.

No entanto, o Poder Judiciário acabou por fomentar o inadimplemento dos tributos, fabricando por vias transversas a indústria da recuperação judicial, pois o número deste tipo de ação cresceu vertiginosamente nos últimos anos.

Sobre o tema foi aprovado o Enunciado nº 55¹¹ na I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ, nos seguintes termos:

⁸BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/151172.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰Ibid.

¹¹BRASIL. Conselho Federal de Justiça. *I Jornada de Direito Comercial do CJP/STJ*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/128>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

[...] o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei nº 11.101/2005 e no art.191-A do CTN.[...]

De fato, há a necessidade de se preservar a empresa, pela aplicação do princípio da preservação da empresa já mencionado, todavia, a que custo? As imunidades tributárias estão previstas apenas na Constituição Federal. As isenções fiscais e os parcelamentos dos débitos tributários têm necessariamente que estar expresso em lei específica sobre o tema, exatamente para a garantia do crédito tributário que mantém a Administração Pública e seus serviços essenciais organizando toda a sociedade.

A garantia do crédito tributário é um importante pilar no Estado Democrático de Direito, assim como o princípio da preservação da empresa. Logo, diante de dois direitos fundamentais em aparente colisão, cabe a aplicação da técnica de ponderação de interesses.

De acordo com o professor Daniel Sarmento¹², se há várias formas possíveis de chegar ao resultado pretendido, o legislador ou administrador tem de optar por aquela que afete com menor intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral, recaindo, assim, na ideia de que se deve perseguir, na promoção dos interesses coletivos, a menor ingerência possível na esfera dos direitos fundamentais do cidadão.

Importa ressaltar que somente em 2014, foi editada a Lei nº 13.043/2014¹³, que dispôs acerca do parcelamento específico dos tributos das sociedades que estão em regime de recuperação judicial. O artigo 43 dessa lei instituiu o artigo 10-A, na Lei nº 10.522/02¹⁴:

[...] Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada:[...]

No entanto, tal lei apesar de recente, tem sido entendida pela doutrina como insuficiente, conforme Marlon Tomazette¹⁵:

[...] atualmente, na órbita federal tal parcelamento está disciplinado no art. 10-A da Lei nº 10.522/2002, na redação dada pela Lei nº 13.043/2014. No âmbito dos Estados, já existe o Convênio nº 59/2012 do CONFAZ, que autoriza o parcelamento do ICMS, mas depende de leis locais para implementação. Em alguns Estados e

¹² SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2003, p. 88.

¹³ BRASIL. *Lei nº 13.043*, de 13 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

¹⁴Ibid.

¹⁵TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e Recuperação de Empresas. V. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 106.

Municípios, já existem leis específicas sobre o parcelamento especial para os devedores em recuperação judicial. Todavia, no caso de falta de lei especial, não há possibilidade de extensão do parcelamento de outras unidades federativas, uma vez que não há como fugir do princípio da legalidade tributária, devendo ser usada apenas a legislação de cada ente tributante. Assim caso não haja lei especial, o máximo que o devedor poderá obter será o parcelamento geral previsto na legislação do ente tributante. [...]

Assim como pela jurisprudência que vem mantendo o entendimento até então aplicado, conforme decisão do STJ no REsp. nº 1.383.982¹⁶:

[...] TRIBUTÁRIO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARCELAMENTO DE CRÉDITO. LEI ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. LEI GERAL. APLICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO E DA RECUPERAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA. OFENSA. INOCORRÊNCIA.

1. (...)

2. A LC nº 118/2005 alterou o CTN, para introduzir o art. 155-A, §§ 3º e 4º, e estabelecer que lei específica disporá sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedor em recuperação judicial e que a falta dessa lei (situação existente à época da demanda) autoriza a aplicação da lei geral de parcelamento existente na unidade da Federação do devedor – na hipótese, a Lei nº 10.522/2002. [...]

É certo que a empresa em recuperação judicial tem direito ao parcelamento dos débitos fiscais, conforme previsto no art. 68¹⁷ da Lei nº 11.101/2005 e que para que tal parcelamento ocorra é necessário ter lei específica de cada ente tributante, para permitir tal parcelamento, em nome do princípio da legalidade. Diante da omissão legislativa reiterada, o Judiciário passou a deferir a recuperação judicial mesmo sem o pagamento dos débitos fiscais, pela ausência de lei que permitisse o parcelamento, com o objetivo de viabilizar tais demandas, em nome do princípio da preservação da empresa.

Todavia, a lógica da Lei nº 11.101/2005¹⁸ tem que ser mantida, como prevista literalmente ou ser substituída por uma nova lei. Pois, ao quebrar a lógica da Lei nº 11.101/2005¹⁹, afastando a aplicação dos dispositivos da referida lei, em busca da aplicação do princípio da preservação da empresa, gera uma incongruência no sistema, que acaba por prejudicar um crédito entendido pelo legislador como especial (crédito tributário) que tem como objetivo sustentar as obrigações e deveres do Estado, para tentar recuperar empresas na maioria das vezes inviáveis.

Logo, enquanto não houver uma legislação capaz de corresponder à realidade fática atual em relação à necessidade de parcelamento dos débitos fiscais das empresas em

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.383.982*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80399153&num_registro=201301364550&data=20180305&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2020.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

recuperação judicial, a solução jurídica tem sido o deferimento da recuperação judicial sem a apresentação das certidões de quitação dos débitos fiscais, o que acaba por fomentar o inadimplemento dos tributos, em franco detrimento de toda a sociedade.

2. EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS ATOS CONSTRITIVOS DA EXECUÇÃO FISCAL

De acordo com o art. 6º, § 7º da Lei nº 11.101/2005²⁰, as ações de natureza fiscal permanecem em andamento, mesmo com o deferimento da recuperação judicial. Não havendo na citada Lei nº 11.101/2005²¹ previsão de inclusão do crédito fiscal entre as dívidas a serem parceladas no plano de recuperação fiscal, pois parte do pressuposto de que a empresa tem que comprovar a regularidade fiscal, para ingressar com o pedido de recuperação judicial.

Pois, bem, após o deferimento da recuperação judicial, as ações de natureza fiscal quando chegam à fase do pagamento do crédito tributário, não havendo o pagamento voluntário do mesmo, há a necessidade de praticar atos constritivos de execução fiscal.

A ação de execução fiscal está regulada pela Lei nº 6.830/1980²² e de forma subsidiária pelo Código de Processo Civil²³. No entanto, no caso de execuções fiscais contra empresa em recuperação judicial houve grande discussão sobre se o juiz da Vara aonde tramita a execução fiscal poderia praticar atos constritivos contra a citada empresa, pois tais atos poderiam inviabilizar o plano de recuperação fiscal.

Diante de tal controvérsia, o STJ pacificou o entendimento inicialmente de que a competência para a constrição dos bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa, era em regra do juízo da Vara aonde tramita a execução fiscal, desde que o bem não estivesse abrangido pelo plano de recuperação fiscal, conforme seu enunciado de Súmula nº 480²⁴, editado em 2012: “o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.”

A partir da referida súmula a divergência jurisprudencial não foi resolvida, pois a discussão passou a ser de quando se estaria ou não afetando o plano de recuperação judicial para se aferir de quem era a competência para o ato de constrição, se do juízo da Vara de

²⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹ Ibid.

²² BRASIL. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

²³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 480*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27480%27>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

Fazenda Pública ou se do Juízo da Vara Empresarial, gerando diversos conflitos de competência.

Assim a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no Conflito de Competência nº 162.096²⁵, decidiu que “é do juízo em que se processa a recuperação judicial a competência para promover os atos de execução do patrimônio da empresa, ainda que em execução fiscal”.

Segundo Ministro Moura Ribeiro:

[...] á luz do art. 47 da Lei nº 11.101/2005 e considerando o objetivo da recuperação judicial, que é a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, a atribuição de exclusividade ao juízo universal evita que medidas expropriatórias possam prejudicar o cumprimento do plano de recuperação [...]

Desta forma, de acordo com entendimento de parte do STJ embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, devem ser obstados todos os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto mantida essa condição, o que na prática, suspende a execução fiscal até o fim do processo de recuperação judicial ou desloca a competência para o juízo onde tramita a recuperação judicial para decidir sobre os atos de constrição ou alienação de bens da recuperanda.

Tal entendimento está consagrado no Enunciado nº 74²⁶ da II Jornada de Direito Comercial do CJF:

[...] embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio do devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa.[...]

Logo, há divergência entre as Turmas do STJ sobre o tema, o que gerou a afetação dos REsps nº 1.694.261²⁷ e 1.694.316²⁸ que integram a Controvérsia nº 31/STJ, com o Tema nº 987²⁹: “Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC nº 162096*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94852155&tipo_documento=documento&num_registro=201802974294&data=20190424&formato=PDF>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁶BRASIL. Conselho da Justiça Federal, II Jornada de Direito Comercial. *Enunciado nº 74*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/781>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.694.261*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=93450822&tipo_documento=documento&num_registro=201702266942&data=20190322&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.694.316*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=93646734&tipo_documento=documento&num_registro=201702267118&data=20190322&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema nº 987*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1694261>. Acesso em: 13 mai. 2020.

judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária.” Que sobrestou todos os processos pendentes desde 27/02/2018 e ainda aguarda julgamento.

A divergência consiste no entendimento de que o fato de a executada estar em recuperação judicial, por si só, não constitui óbice ao prosseguimento de atos de constrição em sede de execução fiscal, conforme o disposto no artigo 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005³⁰. Eventual exceção à mencionada regra depende de demonstração concreta e inequívoca de real impossibilidade do cumprimento das regras da recuperação judicial na hipótese de se prosseguir com a penhora de bens e não de forma automática.

Ou seja, a divergência está no alcance da competência dos atos constritivos na execução fiscal, se todos os atos devem ser da competência do juízo que decretou a recuperação judicial ou se apenas os atos que importem em flagrante inviabilidade do plano, ou seja, que afetem diretamente bens que estão no plano de recuperação judicial?

Importa ressaltar que, em nome do princípio da preservação da empresa, o crédito tributário que pela Lei nº 11.101/2005³¹, não poderia sequer ser parcelado no plano de recuperação judicial, pois deveria estar completamente quitado para que a empresa tivesse direito ao processamento da recuperação judicial, acaba por ficar suspenso até que a recuperação judicial termine.

No entanto, de acordo com entendimento de parte do STJ, o deferimento da recuperação judicial apesar de não suspender a execução fiscal, impede que todos os atos de constrição ou alienação sejam proferidos pelo juiz competente para julgar a ação de execução fiscal, deslocando toda a competência para o juízo universal, ou seja, o juízo da Vara aonde a recuperação tramita que decidirá sobre a viabilidade ou não do ato de constrição ou alienação de bens da empresa em recuperação judicial, pois só tal juízo poderia avaliar se tal ato afeta o plano ou não, independente de o bem estar abrangido pelo plano.

A prevalecer o entendimento de que as empresas recuperandas podem ingressar com a recuperação judicial sem a certidão de comprovação de quitação dos tributos e ainda em execução fiscal não ter a constrição dos seus bens pelo juízo da Vara de Fazenda Pública, o STJ criará uma situação de fomento das ações de recuperação judicial, com o “calote” pelas empresas recuperandas dos créditos tributários, em nome do princípio da preservação da empresa.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹ Ibid.

Importa ressaltar que a leitura do princípio da preservação da empresa atual é de que deve ser aplicado às empresas viáveis. Assim, Fábio Ulhoa Coelho³² afirma que: “quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores.”

Logo, uma empresa que descumpra com o pagamento dos tributos de forma sistemática, não pode ser considerada viável para que tenha direito ao processamento da recuperação judicial, daí a importância da certidão de quitação dos débitos tributários para ingresso da referida ação.

Ademais, em sede de ação de execução fiscal, a suspensão de ato construtivo com o objetivo de não inviabilizar o plano de recuperação judicial demonstra a inviabilidade da própria atividade empresarial que não consegue se manter se tiver que pagar os tributos que deve, que muitas das vezes superam até os valores do plano de recuperação judicial.

Assim, considerar o juízo da Vara que decretou a recuperação judicial como único competente para todos os atos de constrição judicial das execuções fiscais significa paralisar o andamento das referidas ações, com o recebimento do crédito após o término da recuperação judicial, invertendo completamente o que está preconizado na legislação vigente.

Desta forma, pela legislação vigente, a Vara de Fazenda Pública é a única competente para os atos construtivos contra empresa em recuperação judicial, decorrentes de ação de execução fiscal.

Em verdade, a melhor forma para resolver tal divergência jurisprudencial, trazer segurança jurídica e garantir o recebimento dos tributos é que nova legislação seja aprovada, com a regulamentação da competência e da situação do crédito tributário na recuperação fiscal.

3. COMPETÊNCIA PARA ATOS CONSTRUTIVOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO FISCAL NA RECUPERAÇÃO FISCAL NO DIREITO PORTUGUÊS

O estudo da matéria no direito de outros países é uma importante fonte do direito para fins de comparação e evolução dos institutos, norteando possíveis procedimentos internos.

³² COELHO apud TOMAZETTE, op. cit., p. 37.

Assim, em Portugal, o deferimento da recuperação judicial da empresa susta o andamento de todas as execuções fiscais, conforme previsto no artigo 180^{o33} do Código de Procedimento e Processo Tributário do país lusitano - CPPT, baixado pelo Decreto-Lei n^o 433/99, que dispõe:

[...] artigo 180.º

1 – Proferido o despacho judicial de prosseguimento da ação de recuperação da empresa ou declarada falência, serão suspensos os processos de execução fiscal que se encontrem pendentes e todos os que de novo vierem a ser instaurados contra a mesma empresa, logo após a sua instauração.

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

Importa ressaltar que as demandas fiscais em Portugal se processam em Tribunais Administrativos e têm a sua competência deslocada por expressa previsão legal para o Tribunal Judicial, onde tramita a recuperação judicial.

O princípio que norteia a recuperação judicial portuguesa é o da igualdade, ou seja, nenhum credor – público ou privado - deve ter tratamento diferenciado pelo plano. Dispõe o artigo 194^{o34} do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, expedido pelo Decreto-lei n^o 53/2004:

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

2 - O tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afectado, o qual se considera tacitamente prestado no caso de voto favorável.

3 - É nulo qualquer acordo em que o administrador da insolvência, o devedor ou outrem confira vantagens a um credor não incluídas no plano de insolvência em contrapartida de determinado comportamento no âmbito do processo de insolvência, nomeadamente quanto ao exercício do direito de voto.[...]

Logo, diferentemente da legislação brasileira, o crédito fiscal português participa do plano de recuperação judicial, tendo o deslocamento da competência de juízo expressa em lei.

No entanto, o crédito tributário brasileiro nos termos da Lei n^o 11.101/2005³⁵, não pode sequer ser parcelado no plano de recuperação judicial, pois deve estar completamente quitado ou com parcelamento deferido para que a empresa tenha direito ao processamento da recuperação judicial, com direito a prosseguimento de todos os processos em execução fiscal,

³³ PORTUGAL. *Código de Procedimento e Processo Tributário*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=256A0180&nid=256&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nverso=#artigo>. Acesso em: 30 abr. 2020.

³⁴ PORTUGAL. *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=85A0194&nid=85&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nverso=#artigo>. Acesso em: 30 abr. 2020.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

por entender o legislador pátrio que o crédito tributário tem um tratamento privilegiado, ou seja, que não pode ter o mesmo tratamento que todos os demais créditos privados, em nome da supremacia do interesse público do crédito tributário.

Com essa inspiração a Lei nº 11.101/2005³⁶ foi criada, mas na prática o complexo sistema tributário dos três entes da Federação: União, Estados e Municípios, não legislaram no sentido de criar norma específica para parcelamento dos débitos tributários das empresas em recuperação judicial, de plano.

Com a ausência legislativa e a necessidade de resolver o impasse criado, o STJ firmou o entendimento jurisprudencial, com fundamento no princípio da preservação da empresa, para permitir o requerimento da recuperação judicial de empresas que estão em débito com o fisco, uma vez que estavam ou estão impossibilitadas de parcelar.

Ademais, o crédito tributário brasileiro uma vez cobrado via judicial, pela competente ação fiscal, apesar de não ter o seu curso suspenso, com o requerimento da recuperação judicial, no momento da constrição dos bens da empresa em tal situação, há um conflito de competência entre o juízo da Vara de Fazenda Pública e da Vara Empresarial, pois ambas se entendem competentes para tal ato, não tendo a lei determinado a competência da Vara Empresarial, como fez a legislação portuguesa.

Como consequência o crédito tributário brasileiro acaba por ficar suspenso até que a recuperação judicial termine, sem poder participar do plano de recuperação judicial e sem poder utilizar-se de todos os meios constritivos judiciais para obtenção do pagamento.

Desta forma, de privilegiado o crédito tributário diante de uma empresa em recuperação judicial, atualmente, fica suspenso, sendo verdadeiramente desprestigiado, pois tem um tratamento desigual com o crédito privado para pior e não para preservação de tal crédito.

CONCLUSÃO

O trabalho discutiu de quem é a competência para atos constritivos de dívida fiscal na execução fiscal em face de empresa em recuperação judicial, se do juízo da Vara Empresarial ou da Vara de Execução Fiscal. Tal situação importa, pois vários processos estão suspensos aguardando a uniformização da jurisprudência sobre o tema no STJ diante do conflito jurisprudencial e doutrinário, o que gera insegurança jurídica e atravanca o judiciário.

³⁶ Ibid.

Desta forma, buscou-se comprovar que a regularidade fiscal não tem sido um requisito para o deferimento da Recuperação Judicial, pela aplicação do princípio da preservação da empresa, conforme diversos julgados apresentados.

Esta pesquisa analisa os efeitos da recuperação judicial nos atos constritivos da execução fiscal, apresentando a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pois, após o advento da Lei nº 11.101/2005, para o deferimento da recuperação judicial, a jurisprudência e os doutrinadores passaram a divergir sobre a competência para atos constritivos de dívida fiscal na execução fiscal no Brasil.

Ressalta-se ainda a pesquisa sobre a competência para atos constritivos decorrentes da execução fiscal na recuperação fiscal no direito comparado, verificando o procedimento no direito estrangeiro, como possível fonte de inspiração para legislação futura.

Assim, conclui-se que se o juízo da Vara que decretou a recuperação judicial for o único competente para todos os atos de constrição judicial das execuções fiscais, significa paralisar o andamento das referidas ações. Logo, o recebimento do crédito fiscal só ocorreria após o término da recuperação judicial, invertendo completamente o que está preconizado na legislação vigente.

Desta forma, pela legislação vigente, a Vara de Fazenda Pública é a única competente para os atos constritivos contra empresa em recuperação judicial, decorrentes de ação de execução fiscal.

Cumprindo ressaltar que a melhor forma para resolver tal divergência jurisprudencial, trazer segurança jurídica e garantir o recebimento dos tributos é que nova legislação seja aprovada, com a regulamentação da competência e da situação do crédito tributário na recuperação fiscal. Enquanto isso não ocorre, resta ao STJ resolver a questão fixando a competência para os processos sigam seu curso.

REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio Machado. *A construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal, I Jornada de Direito Comercial. *Enunciado nº 55*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/128>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal, II Jornada de Direito Comercial. *Enunciado nº 74*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/781>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/151172.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

_____. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 480*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27480%27>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

MILANI, Mário Sérgio. *Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PORTUGAL. *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=85A0194&nid=85&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. *Código de Procedimento e Processo Tributário*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=256A0180&nid=256&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 30 abr. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA, Paulo. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2003.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Falência e Recuperação de Empresas. V. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.