



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

PRISCILA CAVALCANTI ALBUQUERQUE

EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA

SOUSA
2016

PRISCILA CAVALCANTI ALBUQUERQUE

EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Monnizia Pereira Nóbrega

SOUSA
2016

PRISCILA CAVALCANTI ALBUQUERQUE

A EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NA
CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO AFRONTA AO PRINCÍPIO DA
PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Monnizia Pereira Nóbrega

Data de aprovação: _____

Banca Examinadora:

Orientadora: Monnizia Pereira Nóbrega

Examinador (a)

Examinador (a)

*Dedico este trabalho a Deus e aos meus pais,
Jailton e Fátima.*

AGRADECIMENTOS

Chegar até aqui não foi fácil, mas Deus, em sua infinita bondade, prepara tudo para que aconteça da melhor forma e, por isso mesmo, agradeço primeiramente a Ele, por renovar minhas forças a cada oração que eu assim pedia e por me carregar em seus braços quando eu, por vezes, caía. Agradeço à minha mãezinha, Nossa Senhora de Fátima, por interceder como mãe junto ao seu Filho por mim e nunca me desamparar.

Palavras não são suficientes para demonstrar a gratidão que nutro por meus pais, Jailton e Fátima. Sem o apoio, atenção e, sobretudo, amor incondicional deles por mim, nem aqui eu teria chegado.

Mainha, obrigada por ser a rocha fundamental que sustenta minha fé, pois quando pensei em fraquejar, foi a senhora, enviada por nosso Papai do Céu, quem segurou minha mão e não permitiu que isso acontecesse; obrigada pelas longas conversas por telefone que foram necessárias para que eu pudesse entender que “eu era capaz”; por sofrer e comemorar cada insucesso e cada pequena vitória alcançada; por vivenciar dia-a-dia junto comigo não só esse momento, mas tantos outros importantes; por me mostrar que sem amor nada seríamos. Eu não seria ninguém sem a senhora.

Painho, obrigada por ser a fortaleza que eu preciso para seguir em frente, pois é na sua força e coragem que me inspiro todos os dias para tentar ser alguém melhor; obrigada por me acalmar com suas palavras quando, por vezes, ligava aflita; por me incentivar com seus conselhos; por entender minha ausência em muitos momentos; por acreditar em mim, talvez até mais do que eu mesma; e por ser esse pai tão presente na minha vida. Eu não seria ninguém sem o senhor.

Agradeço à minha irmã, Luciana, por sempre estar ao meu lado, mesmo na distância; por torcer pela minha vitória e comemorar quando alcançada; por ter me ajudado nos momentos que mais precisei e, sobretudo, por ser parte do amor de Deus para comigo e dar sentido a uma palavra linda: família.

Agradeço ao meu namorado, amigo, companheiro e confidente, Kaian. Muitas são as coisas pelas quais posso agradecer nesses quase dez anos de relacionamento, mas hoje, especificamente, quero agradecer por ter acreditado que eu conseguiria. Obrigada por tentar de todas as formas me deixar feliz, leve e com um sorriso no rosto para seguir em frente. Obrigada, também, pelo apoio e torcida de sua família, desde o começo do curso.

Agradeço a todos os meus avós, por serem exemplos de coragem para vencer as adversidades da vida e dedicação em tudo que se faz: Vovô Cícero e Vovó Carmelita (*in memoriam*), obrigada por torcerem por mim, está chegando a hora de ter uma neta “Doutora”, como o senhor sempre quis; Gungum e Vovó Dita, obrigada pelas orações e carinho de sempre.

Agradeço aos meus tios e tias, em especial Tia Jailma e Erika, por vibrarem com cada conquista minha; primos e demais familiares que caminharam junto comigo.

Agradeço aos meus amigos de Paulo Afonso-BA, em especial Luana e Raysla, que desde o Ensino Médio me apoiam e compartilham dos mesmos medos e incertezas de se buscar a realização de um sonho “fora de casa”, e aos demais amigos e professores do Colégio Sete de Setembro, época que lembro com saudade e gratidão.

Agradeço aos meus amigos do EAC/EJC de Paulo Afonso-BA, por me mostrarem que podemos buscar seguir os ensinamentos de Deus sem, contudo, precisar deixar de ser jovem, alegre e feliz.

Agradeço aos meus amigos de Juazeiro-BA (cursinho e Univasf) por fazerem parte de uma época turbulenta de minha vida, mas com certeza, época que muito aprendi como pessoa, estudante e futura profissional.

Agradeço à minha família sousense, em especial as Migonildas, por compartilharem comigo todas as alegrias, tristezas, fracassos e vitórias nesses cinco anos de curso. Flavinha, Jaque, Jéssica, Belle, Ingredhy e Mica, eu não teria chegado aonde cheguei se não fosse com o apoio de todas vocês. A árdua tarefa de morar longe de casa ficou mais leve quando dividi o peso com vocês e sei que Deus vem preparando um lindo futuro para nós que estamos plantando, na esperança de, logo mais, colher.

Agradeço em especial a Flavinha, por ser um ombro amigo quando mais precisei, por atravessar dificuldades acadêmicas segurando minha mão e, sobretudo, por me fazer ver o quanto podemos buscar evoluir como pessoa, com humildade, fé e pensamento positivo. Nossas conversas sempre me faziam ter em você uma extensão da minha família e, por tudo isso, Flavotinha, agradeço imensamente.

Agradeço a Vitória, vizinha, amiga e presente de Deus em minha vida. Obrigada, primeiramente, por sempre me levar para pertinho da palavra Dele. Obrigada pela torcida, pelo apoio (de todas as formas) e pela dedicação de sempre. Com certeza a “missão” OAB e Monografia seria muito mais difícil sem você por perto.

Agradeço a todos que tive o privilégio de conviver nos meus dois anos de estágio na AGU/PFE: estagiários, Procuradores e funcionários. Muito mais do que conhecimento

jurídico eu tive, com vocês, experiências de vida e de amizade. Foi gratificante ter conseguido aquela aprovação em 2013, foi gratificante ter sido recebida por pessoas maravilhosas e, sobretudo, foi gratificante dividir meus dias com todos vocês.

Agradeço a todos que fazem parte da família Zumba, por me acolherem em um momento de fim de curso (correria, estresse e ansiedade) e por fazerem mais leves os meus dias, através da dança e da companhia alegre de todos.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha orientadora, Monnizia. Sua dedicação na área acadêmica e o modo como honra a carreira de professora me chamou atenção desde cedo, quando fui aluna na disciplina de Direito Empresarial. Além de fã da matéria, passei a ser fã de uma profissional empenhada em dar sempre o seu melhor. Por isso, agradeço a oportunidade, quase que nos últimos instantes, de poder ser sua orientanda e agradeço, sobretudo, o fato de a senhora ter acreditado que eu podia dar mais e ser melhor.

Essa conquista é nossa!

O fracasso é um elemento intrínseco à iniciativa: há, em toda ação humana, uma esperança de sucesso e um risco, mesmo não considerado, de fracasso.

Gladston Mamede.

RESUMO

Diante da evolução histórica sofrida pelo Direito Empresarial, com a adoção da Teoria da Empresa, tem-se que a atividade econômica organizada com o objetivo de circulação de bens e/ou serviços, denominada empresa, adquire uma função relevante no meio social onde está inserida, sendo, pois, de fundamental importância a sua manutenção. Partindo-se do fato de que o risco é próprio da atividade empresarial e, somando-se a isso a função social desempenhada pela empresa, necessário se fez a criação de um instituto jurídico que permitisse a continuidade desses organismos economicamente viáveis. A Recuperação Judicial, portanto, é instituto jurídico que visa a superação da crise econômico-financeira e permite, por meios legais, a continuidade das atividades, bem como a manutenção dos empregos dos trabalhadores, a arrecadação tributária e toda a cadeia de interesses existentes no seu entorno. Dessa forma, dada a relevância da empresa para a sociedade como um todo, o presente trabalho tem como finalidade analisar a exigência da certidão negativa de débitos tributários imposta à empresa devedora que pleiteia a Recuperação Judicial sob o enfoque de que tal obrigatoriedade constitui afronta ao princípio da preservação da empresa, por impedir, por vezes, que o instituto recuperatório se concretize. Para se alcançar tal objetivo, o presente estudo utiliza-se do método de abordagem dedutivo, bem como do método de procedimento do tipo comparativo, e a pesquisa documental. A técnica de pesquisa adotada consiste na documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, traduzindo-se, pois, na análise de dispositivos legais, doutrinas especializadas, bem como artigos e monografias acerca do tema. Vê-se, portanto, que relevante se faz o presente trabalho, tendo em vista não haver definições legais exatas no tocante à problemática apresentada, de modo que a flexibilização da exigência da certidão negativa de débitos tributários, parece ainda ser a solução mais acertada, primeiramente por viabilizar a Recuperação Judicial da empresa devedora e, por fim, por não haver, de fato, lei específica que possibilite o parcelamento desses débitos.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Certidão negativa. Débitos tributários. Preservação da empresa.

ABSTRACT

The evolution history of Business Law has enabled adoption of the theory of the Company, which is an organized economic activity for the purpose of movement of goods and/or services. A company acquires a role in the social environment where it is situated which is of fundamental importance to its maintenance. The risk in the act of forming a company lies with the business activity, but the social function performed by the company is also of importance. Consequently, it became necessary to create a legal institute in order to allow the continuity of economically viable concerns, given the importance of the company for society as a whole. The Judicial recovery is a legal framework aimed at overcoming economic and financial crises. It allows, by legal means, the continuity of activities and the maintenance of workers jobs, tax revenues and the entire chain of existing interests. This study aims to analyze the requirement for a negative certificate of debt tax, which is imposed on the debtor company. Under such circumstances, reorganization can become an obligation, which could constitute an affront to the principle of preservation of the company by sometimes preventing recuperation. To achieve this goal, this study makes use of a deductive approach method, comparing and contrasting documented evidence. Analysis of legal provisions, specialized doctrines, as well as articles and monographs on the subject will be presented. The work presented here suggests that a more flexible requirement of negative certificate of tax debts seems to be the right solution, that first enables the reorganization of the debtor company and with specific laws that allows the installment of these debts.

Keywords: Reorganization. Negative certificate. Tax debts. Preservation of company.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

ACC – Adiantamento em Contrato de Câmbio

Art. – Artigo

AI – Agravo de Instrumento

c/c – combinado com

CC – Código Civil

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNDs – Certidão Negativa de Débitos

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça eletrônico

DL – Decreto Lei

EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada

EPP – Empresa de Pequeno Porte

EResp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

EDcl no CC – Embargos de Declaração no Conflito de Competência

INRE – Instituto Nacional de Recuperação Empresarial

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LEF – Lei de Execução Fiscal

LFC – Lei de Falência e Concordata

LRE – Lei de Recuperação de Empresas

ME – Microempresa

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ-MG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJ-SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	PRINCÍPIOS INFORMADORES DA EMPRESA.....	15
2.1	DA TEORIA DA EMPRESA	15
2.2	FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	22
2.3	PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	28
3	DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	33
3.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR	33
3.2	CONCEITO E PROCESSAMENTO	41
3.3	CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL	48
4	EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	54
4.1	DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	54
4.2	RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A EXECUÇÃO FISCAL: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS	58
4.3	A INCONGRUÊNCIA DO ART. 57 DA LRE FACE O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	64
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
	REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a empresa, juntamente com a função social que desempenha, é de suma importância na geração de empregos, na manutenção da fonte produtora e geradora de riqueza, bem como no desenvolvimento socioeconômico da localidade onde se situa. No antigo Decreto-Lei 7.661/45, que disciplinava a Lei de Falências e Concordatas, entretanto, havia muito mais o interesse em uma solução liquidatória do que, efetivamente, a preservação de empresas economicamente viáveis em momentos de crise.

Mais de dez anos se passaram desde a promulgação da Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação Empresarial, LRE) que revogou o mencionado Decreto e, ainda assim, necessário se faz confrontar os objetivos desta lei, e do ordenamento jurídico como um todo, com algumas peculiaridades criadas pelo legislador, a exemplo da exigência de quitação da empresa devedora com o Fisco, para que esta possa ter concedida a Recuperação Judicial.

Fazendo decorrer a seguinte problemática: de que forma a exigência da certidão negativa de débitos tributários na concessão da Recuperação Judicial afronta o princípio da preservação da empresa? Parte-se, dessa forma, do pressuposto (hipótese) que, se determinada empresa atravessa uma crise econômico-financeira, muitas são as possibilidades de existirem débitos pendentes para com o Fisco, então a apresentação desta certidão, para se obter o deferimento do acordo recuperatório, pode inviabilizá-lo.

O presente trabalho, dessa forma, mostra-se de grande relevo no tocante às relações constituídas sob a égide do Direito Empresarial, tendo em vista que discute temáticas que ainda carecem de contornos legais precisos. Analisar a exigência (ou não) da certidão em comento é discutir, sobretudo, a importância do princípio da continuidade empresarial.

Como objetivo geral, portanto, o presente trabalho pretende analisar de que maneira o art. 57, da LRE, viola o princípio da preservação da empresa, na medida em que obstaculiza a real aplicação do acordo de Recuperação Judicial.

Especificamente, pretende-se destacar os princípios informadores da empresa, em especial a função social que esta desempenha, bem como a importância socioeconômica de sua manutenção. Além disso, busca-se compreender, em linhas gerais, o instituto da Recuperação Judicial para que se possa identificar, por fim, as principais celeumas existentes entre o mencionado instituto e o prosseguimento das execuções fiscais, sobretudo no tocante à incongruência entre o art. 57, da LRE, e o princípio da preservação da empresa, elencando o atual posicionamento jurisprudencial no tocante à problemática suscitada.

Para alcançar os objetivos traçados, o presente trabalho utilizará o método dedutivo de abordagem, ou seja, partindo-se do geral chegar-se-á aos fenômenos particulares (conexão descendente). O princípio da preservação da empresa (geral) é colocado, pois, como parâmetro para discussão acerca de sua violação à medida que se questiona a exigência das certidões negativas de débitos tributários na concessão da Recuperação Judicial de determinada empresa quando esta atravessa crise econômico-financeira (particular).

No tocante ao métodos de procedimento (procedimentos técnicos a serem seguidos pelo pesquisador dentro de determinada área de conhecimento), o trabalho se utilizará do método comparativo, de modo que através de comparações, objetiva-se a verificação de semelhanças e a explicação de divergências. E a pesquisa documental, voltada ao estudo das decisões judiciais relacionadas à temática ora trabalhada.

Ademais, a técnica de pesquisa utilizada será por meio de documentação indireta, do tipo pesquisa bibliográfica, ou seja, quando elaborada a partir de material já publicado sobre o tema. No presente trabalho, de forma específica, será por meio da análise dos dispositivos legais (do Direito Brasileiro e do Direito Estrangeiro/Comparado), da doutrina especializada e de áreas afins, bem como da leitura e análise de artigos científicos, revistas, monografias, entre outros.

Dessa forma, o presente trabalho se estruturará em três capítulos. O primeiro, de cunho histórico, traçará uma evolução do Direito Empresarial: das Corporações de Ofício, passando pelos Atos de Comércio e culminando com a Teoria da Empresa. Segue, pois, com a conceituação do que vem a ser a função social desta, dada a relevância que tal atividade tomou, e finda com os entendimentos doutrinários acerca do princípio da preservação da empresa.

No segundo capítulo, por sua vez, se terá como necessário o estudo, ainda que breve, sobre a historicidade do Direito Falimentar no Brasil e no mundo, bem como o conceito e o processamento do instituto em questão, qual seja, Recuperação Judicial, para que se possa compreender sua importante finalidade. Por fim, se elencará os créditos que estão sujeitos, nos termos da lei, ao acordo recuperatório em questão.

O terceiro e último capítulo se iniciará com a temática dos débitos tributários, tendo em vista que não estão inclusos no rol de créditos abrangidos pelo acordo, o que culmina com a não suspensão das execuções fiscais contra a empresa devedora. E se terá na sequência, em virtude do exposto, a discussão acerca da Recuperação Judicial *versus* execução fiscal, haja vista os grandes impactos que o plano recuperatório poderá sofrer, caso algum bem (essencial ao cumprimento deste) seja alienado pelo juízo da execução. Apresentar-se-á, por oportuno, a

posição dos Tribunais brasileiros a respeito do tema. Por fim, destaca-se a discussão acerca da incongruência do art. 57, da LRE, face o princípio da preservação da empresa, apresentando não só essa temática, mas também, outras que dela derivam.

O presente trabalho traz como fundamento, portanto, a importância da função social da empresa e, conseqüentemente, a busca pela manutenção de suas atividades quando ainda economicamente viável (princípio da preservação da empresa), por meio do instituto da Recuperação Judicial, haja vista que em um mundo interligado economicamente como se vê nos dias atuais, a extinção de uma empresa não traz prejuízos somente para os que dela fazem parte, mas sim, para toda sociedade, direta ou indiretamente.

2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA EMPRESA

Entender os princípios que norteiam a empresa (em suas diversas acepções) é, antes de tudo, entender a História do Direito Comercial – e suas três fases marcantes – como sendo o início da prática de circulação de bens que, posteriormente, resultaria em uma ciência autônoma, em um ramo jurídico independente, hoje chamado de Direito Empresarial. Partindo-se disso, vê-se que o comércio é muito mais antigo do que se imagina, pois existe desde a Idade Antiga quando remotas civilizações começaram a se destacar na atividade mercantil, a exemplo dos fenícios, mas foi durante a idade Média que atingiu um estado mais avançado, passando a ser característica de todos os povos, não mais de alguns.

2.1 DA TEORIA DA EMPRESA

Durante a época da produção feudal, na Idade Média, surgiram em diversas regiões europeias os chamados “direitos locais”, em decorrência de ser este um período de extrema descentralização política, tendo em vista que o poder político era compartilhado por toda nobreza fundiária. O Direito Canônico, ao mesmo tempo, ganhava força em algumas regiões da Europa, mas sua repulsa ao lucro afastou a classe burguesa que crescia cada vez mais com a prática mercantil. Era necessário um Direito que atendesse às necessidades dessa classe ascendente e que pudesse ser aplicado nas diversas celeumas que surgiam com o crescimento da atividade mercantil. A respeito, Ramos (2010, p. 3) afirma que: “as regras do Direito Comercial foram surgindo, pois, da própria dinâmica da atividade negocial.”

De acordo com o citado autor (*ibidem*), emerge deste cenário as Corporações de Ofício, que compõem a primeira fase do Direito Comercial:

Nessa primeira fase do direito comercial, pois, ele compreende os usos e costumes mercantis observados na disciplina das relações jurídico-comerciais. E na elaboração desse “direito” não havia ainda nenhuma participação “estatal”. Cada Corporação tinha seus próprios usos e costumes, e os aplicava, por meio de *cônsules* eleitos pelos próprios associados, para reger as relações entre os seus membros. Daí porque se falar em normas “pseudossistematizadas” e alguns autores usarem a expressão “codificação privada” do direito comercial.

Percebe-se desse modo, que nessa época, a desagregação social e política decorrente da pulverização do Estado, motivo este que levou os comerciantes a criarem suas corporações, cuja função era editar normas aplicáveis ao comércio e julgar os eventuais conflitos provenientes desta aplicação, deu origem a um direito único de caráter consuetudinário e corporativo emanado de uma classe social, em vez de se originar do Estado (BERTOLDI; RIBEIRO, 2013).

Ainda nessa fase, marcada pelo subjetivismo - visto que as regras das Corporações eram destinadas somente aos mercadores filiados a uma delas - surgem os primeiros institutos comerciais no mundo jurídico (alguns títulos de créditos, contratos mercantis, matrícula dos comerciantes, regime dos livros comerciais, entre outros).

A segunda fase, inaugurada com a edição do Código Civil em 1804 e do Código Comercial em 1808 na França, deu-se a partir da intensificação contínua do comércio, de modo que a competência dos Tribunais Consulares foi crescendo, e já abarcava transações realizadas entre mercadores e não comerciantes, por exemplo. Ocorre que, paralelamente, houve a formação dos Estados Nacionais Monárquicos e com o conseqüente monopólio jurisdicional que o Estado exercia, as Corporações de Ofício foram perdendo espaço até surgir os diplomas supracitados (codificação napoleônica). Houve, dessa forma, uma bipartição do direito privado: de um lado o Direito Comercial; do outro, o Direito Civil. Nas palavras de Ramos (2010, p. 5):

O direito comercial inaugura, então, sua segunda fase, podendo-se falar agora em um sistema jurídico estatal destinado a disciplinar as relações jurídico-comerciais. Desaparece o direito comercial como direito profissional e corporativista, surgindo em seu lugar um direito comercial posto e aplicado pelo Estado.

Nessa segunda fase, surge a Teoria dos Atos de Comércio, denominação criada tendo em vista a necessidade de se estipular um critério que restringisse a incidência do Direito Comercial, já que o antigo critério de comerciante não mais satisfazia. Era a substituição, portanto, do caráter subjetivo do Direito Comercial - pois deixa de ser dos comerciantes - passando a ser dos que praticam os chamados Atos de Comércio, adquirindo, dessa forma, um caráter objetivo.

Baseado nos ideais da Revolução Francesa, que abominava o privilégio de classes, o Código Francês, em vigor em 1808, inovou ao disciplinar objetivamente toda a matéria por ele tratada, de modo que a ideia de uma legislação Comercial destinada a reger as relações de

uma determinada classe social é superada. Qualquer indivíduo - independentemente de quem seja - que viesse a praticar determinados atos, tidos como Atos de Comércio, estaria sob a égide do novo diploma legal, de modo que não mais importava a verificação da qualidade do sujeito (comerciante ou não), bastava apenas que este praticasse os chamados Atos de Comércio (BERTOLDI; RIBEIRO, 2013).

Coelho (2011, p. 25) resume:

Inaugura-se, então, um *sistema* para disciplinar as atividades dos cidadãos, que repercutirá em todos os países de tradição romana, inclusive o Brasil. De acordo com este sistema, classificavam-se as relações que hoje em dia são chamadas de direito privado em *civis* e *comerciais*. Para cada regime, estabeleceram-se regras diferentes sobre contratos, obrigações, prescrição, prerrogativas, prova judiciária e foros. A delimitação do campo de incidência do Código Comercial era feita, no sistema francês, pela *teoria dos atos de comércio*. Sempre que alguém explorava atividade econômica que o direito considera ato de comércio (mercancia), submetia-se às obrigações do Código Comercial (escrituração de livros, por exemplo) e passava a usufruir da proteção por ele liberada (direito à prorrogação dos prazos de vencimento das obrigações em caso de necessidade, instituto denominado *concordata*).

Cabia ao legislador, portanto, a tarefa de listar quais seriam tais atos de comércio, e assim o fez com o Código de Comércio Português (1833) e o Código Comercial Espanhol (1885), assim como o legislador brasileiro, que enumerou condutas tipicamente consideradas de mercancia do Regulamento 737 (1850), regulamento este que complementava o Código Comercial Brasileiro.

De acordo com o art. 19, do Regulamento 737, portanto, consideravam-se atos comerciais, em uma linguagem atual utilizada por Coelho (2011): *a*) compra e venda de bens móveis ou semoventes, no atacado ou varejo, para revenda ou aluguel; *b*) indústria; *c*) bancos; *d*) logística; *e*) espetáculos públicos; *f*) seguros; *g*) armação e expedição de navios.

Na visão de Mamede (2013), desse modo, quem viesse a montar uma pequena birosca à beira mar para vender latinhas de cerveja, lucrando pequenos valores, estava submetido ao Direito Comercial (pois era tido como comerciante) haja vista tratar-se de compra e venda de efeitos móveis. Em contrapartida, uma imobiliária de grande porte, com faturamento mensal de milhões, não era considerada comerciante, pois sua atuação não se encontrava disciplinada na legalidade do mencionado art. 19 do Regulamento 737.

Percebe-se, diante do exemplo, que os Atos de Comércio começavam a ficar distante da realidade fática que a sociedade da época vivia e a superficialidade desta Teoria dava-se

por ela não abarcar uma gama de atividades econômicas tão ou mais importantes que o comércio de bens, conforme afirma Coelho (2011):

Na lista dos atos de comércio não se encontravam algumas atividades econômicas que, com o tempo, passaram a ganhar importância equivalente às de comércio, banco, seguro e indústria. É o caso da prestação de serviços, cuja relevância é diretamente proporcional ao processo de urbanização. Também da lista não constavam atividades econômicas ligadas à terra, como a negociação de imóveis, agricultura ou extrativismo.

Em 1942, portanto, a Itália inova com a edição de um Código Civil com um sistema diferente de aplicação de leis para regular a atividade econômica dos particulares. Nele, segundo Coelho (2011, p. 27), “[...] alarga-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra a se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais.” Era a chamada Teoria da Empresa que inaugurava a terceira fase do Direito Comercial, “[...] superando o conceito de mercantilidade e adotando [...] o critério da empresarialidade como forma de delimitar o âmbito de incidência da legislação comercial.” (RAMOS, 2010, p. 10) Dessa forma, qualquer atividade econômica, exercida pela forma empresarial, estaria – a princípio – sobre a égide do Direito Empresarial.

Acerca do conceito do que viria a ser empresa, Ramos (2010) utiliza-se da definição do jurista Alberto Asquini segundo o qual a empresa poderia ser vista sob o perfil subjetivo, referindo-se ao empresário, pessoa física ou jurídica; perfil funcional, pelo qual a empresa é uma atividade econômica organizada; perfil objetivo (patrimonial), ou seja, o estabelecimento empresarial nada mais é senão o conjunto de bens destinados ao exercício de determinada atividade econômica; e por fim, o perfil corporativo – hoje ultrapassado – por entender o jurista que a empresa é uma reunião do empresário e seus colaboradores formando uma comunidade laboral.

Desse modo, é importante destacar que, atualmente, adota-se a perspectiva funcional do que seria empresa e no que tange às suas diversas acepções apresentadas por Asquini, Ramos (2010, p. 12) as sintetiza:

Assim, quando quisermos fazer menção à empresa no seu perfil subjetivo, o correto é usar a expressão empresário (ex.: determinado *empresário* está contratando funcionários). Quando quisermos fazer menção à empresa no seu perfil objetivo, o correto é usar a expressão estabelecimento empresarial (ex.: um *estabelecimento empresarial* foi vendido por um valor muito alto).

Por outro lado, quando quisermos fazer menção à empresa no seu perfil funcional, ou seja, como uma atividade, o correto é usarmos simplesmente a expressão *empresa* (ex.: o objeto social daquela sociedade é a exploração de uma *empresa* de prestação de serviços de tecnologia).

No tocante ao Direito Brasileiro, a Teoria dos Atos de Comércio vigorou por muito tempo com o Código Comercial de 1850, uma das normas mais duradouras da história do Brasil (sua primeira parte, que tratava do comércio em geral, esteve em vigor até janeiro de 2003). Entretanto, assim como na França, também houve críticas quando percebeu-se a insuficiência daquela Teoria. Ramos (2010) afirma que tais críticas davam-se, sobretudo, quando não se conseguia explicar o porquê da não incidência das normas Comerciais a algumas atividades tipicamente econômicas e de grande importância para o mercado como já citado como exemplo, a prestação de serviços, a negociação imobiliária, a agricultura e pecuária.

A respeito, Coelho (2011) aponta que as defasagens entre a Teoria dos Atos de Comércio e a realidade disciplinada pelo Direito Comercial, assim como a atualidade do Sistema Italiano de bipartir o direito privado começam a ser apontadas na doutrina brasileira na década de 1960, quando então há uma maior ênfase sobre as instabilidades dessa Teoria. E, segue afirmando (2011, p. 29):

[...] alguns juízes começaram a decidir processos desconsiderando o conceito de atos de comércio — embora fosse este ainda o do direito positivo, porque ainda em vigor o antigo Código Comercial. Estes juízes concederam a pecuaristas um favor legal então existente apenas para os comerciantes (a *concordata*), decretaram a falência de negociantes de imóveis, asseguraram a renovação compulsória do contrato de aluguel em favor de prestadores de serviço, julgando, enfim, as demandas pelo critério da empresarialidade. Durante este largo tempo, também, as principais leis de interesse do direito comercial editadas já se inspiraram no sistema italiano, e não mais no francês. São exemplos o Código de Defesa do Consumidor de 1990, a Lei de Locação Predial Urbana de 1991 e a Lei do Registro de Empresas de 1994.

A jurisprudência brasileira, desse modo, começava a aplicar institutos tipicamente comerciais a agentes econômicos que estavam à margem do conceito de comerciante da época. É o que se vê, por exemplo, com o seguinte julgado do STJ (2000):

TRIBUTÁRIO. COFINS. INCIDÊNCIA. COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. – [...] O Excelso Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, no que se refere às

empresas vendedoras de mercadorias e/ou prestadora de serviços, quanto ao campo de incidência da COFINS ou do extinto FINSOCIAL, equiparou faturamento à receita bruta, o que desautoriza a conclusão de que faturamento havia sido empregado em sentido restrito. - **O imóvel é um bem suscetível de transação comercial, pelo que se insere no conceito de mercadoria. - Não se sustém, data venia, nos dias que correm a interpretação literal do disposto no artigo 191 do Código Comercial e do artigo 19, § 1o, do Regulamento n. 737. Em épocas de antanho, os imóveis não constituíam objeto de ato de comércio. Atualmente, tal não se dá, por força das Leis ns. 4.068/62 e 4.591/64.** - Preliminar rejeitada. - Embargos de Divergência recebidos. Decisão por maioria de votos. (STJ - EREsp: 166366 PE 1999/0031641-0, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, **Data de Julgamento: 08/11/2000**, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20020812
 --> DJ 12/08/2002 p. 161). (grifos nosso).

Percebe-se, portanto, que mesmo sendo datado de 08/11/2000 - ou seja, ainda na vigência do Código Comercial Brasileiro - o mencionado julgado, assim como outros, já se utilizava do critério de empresarialidade para fundamentar decisões e não mais do conceito de comerciante (ainda positivado), mostrando o avanço jurisprudencial da época e mostrando, por fim, que a passagem da Teoria dos Atos do Comércio para a Teoria da Empresa (efetivada no Brasil com o Código Civil de 2002) não foi repentina, mas sim, gradativa.

Finalmente o Projeto de Código Civil, que tramitava no Congresso Nacional desde 1975, foi sancionado dando origem ao Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10/01/2002) e trouxe no Livro II da Parte Especial o que fora denominado pelo legislador de “Direito de Empresa”¹, definindo, de logo, no art. 966, que empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Empresário, dessa forma, pode ser pessoa física (denominado empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária).

Apesar de não haver uma definição precisa do que seja empresa, apenas um conceito indireto e subjetivo, restou claro que o ordenamento jurídico pátrio passou a adotar definitivamente a Teoria da Empresa (BERTOLDI; RIBEIRO, 2013).

Do mencionado dispositivo, entretanto, retira-se os elementos necessários à compreensão jurídica da empresa que, segundo Mamede (2013) são: estrutura organizada, atividade profissional, patrimônio específico, finalidade lucrativa e identidade social. A estrutura organizada dá-se a partir do momento em que não mais se prioriza o ato (ato de

¹ Ressalte-se que, atualmente, as expressões Direito Comercial e Direito Empresarial convivem harmoniosamente, em que pese alguns autores defenderem o uso mais apropriado da segunda (Empresarial), tendo em vista a adoção da Teoria da Empresa para o mundo jurídico frente à tradicional expressão “Comercial” que surgiu com os Atos de Comércio, na segunda fase da etapa evolutiva desse ramo do direito.

comércio), mas sim a estruturação de bens materiais e imateriais – constituídos a partir de um capital que se investe na empresa – destinados à realização bem sucedida do objeto de atuação.

Por sua vez, a atividade profissional é a sucessão contínua de ações para realizar o objeto declarado, não mais um ou alguns atos. O patrimônio especificado diz respeito às faculdades e obrigações empresariais, que deverão experimentar escrituração (contabilidade) própria. A finalidade lucrativa relaciona-se com o fato de que a atividade organizada de bens e procedimentos visa à produção de riquezas apropriáveis (lucro), ou seja, remuneração para o capital. Por fim, a identidade social remete a um aspecto comunitário da empresa, que possui uma existência socialmente reconhecida, de modo que quando se fala, por exemplo, “que o Bradesco fez isso ou aquilo” há o entendimento de que a sociedade compreende a empresa como um ente existente em seu meio, portanto, dotado de identidade.

Sobre a atividade econômica empresarial, Franco (2012, p. 54) aponta que:

Toda atividade empresarial é econômica, criando uma utilidade prática. Mas nem toda atividade econômica é atividade empresarial, somente assim consideradas as atividades econômicas lícitas. Não basta, porém, seja lícita. A atividade deve ser regular, isto é, desenvolver-se conforme as exigências administrativas. Note-se, todavia, que a atividade empresarial não se limita àquela comercial em sentido estrito (intermediação). A atividade empresarial tem uma conotação mais ampla que aquela de mera intermediação entre o momento da produção e do consumo. Ela pode ser civil, industrial, de intercâmbio de bens, de distribuição ou securitária. Qualquer que seja, todavia, deve ser exercida em nome próprio, posto que se exercida em nome de outrem, ter-se-á uma preposição, uma representação ou uma comissão. Titular é sempre quem exerce a atividade [...]. Deve, outrossim, ser exercida profissionalmente, e isto significa habitualmente e com o intuito de lucro. Entenda-se a ideia de lucro aqui como utilidade. É lucrativa a atividade que produz uma utilidade, e não somente aquela que se traduz em dinheiro. De qualquer forma o critério de economicidade é essencial. A atividade deve produzir o suficiente para, pelo menos, remunerar os fatores de produção e, dentre eles, o capital investido [...]. Por final, o exercício da atividade empresarial pressupõe uma organização de pessoas e meios para a realização do fim visado. A organização de pessoas é representada pelo titular da atividade (o empresário) e seus colaboradores. Os meios são instrumentos utilizados e, dentre eles, o capital investido.

Do exposto, vê-se, portanto, que os conceitos de estabelecimento, empresa e empresário não se confundem, embora se interliguem. Empresa, pois, é uma atividade organizada e por ser atividade é algo dotado de certa abstração. Empresário, por seu turno, é quem exerce a empresa, é o sujeito de direito (que pode ser pessoa física, empresário individual; ou jurídica, constituída sob a forma de sociedade, cujo objeto social é a exploração

de uma atividade econômica organizada). Estabelecimento empresarial, por fim, é o complexo de bens que o empresário se utiliza para exercer uma empresa, ou seja, reunião de bens utilizados pelo empresário no exercício de sua atividade econômica.

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Partindo da definição de que empresa é toda atividade econômica organizada exercida pelo empresário que busca torná-la eficiente para a produção do mercado, é que seguirá a análise sobre o princípio da função social da empresa. Não há, entretanto, como suscitar qualquer discussão sobre princípios sem fazer referência ao conceito de Mello (2003, p. 817), para o qual:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Percebe-se, desse modo, o quão relevante é a base principiológica que estrutura determinado ordenamento jurídico, sobretudo quando vista pela ideia de que princípio consiste em um “mandamento nuclear de um sistema”.

Baseado no fato de que toda atividade empresarial visa o lucro e utiliza-se da propriedade e das relações contratuais, pode-se afirmar, dessa forma, que a função social da empresa decorre da função social da propriedade (PEREIRA; MAGALHÃES, 2014). Esta, disposta expressamente no art. 170, II e III da Constituição Federal de 1988, é o marco inicial para se chegar à compreensão da função social da empresa. Veja-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo nosso).

É possível afirmar, a partir da leitura do dispositivo em questão, que a Carta Magna busca uma harmonização de princípios conflitantes, a exemplo da propriedade privada de um lado e a função social da propriedade de outro, ou ainda, a livre concorrência em contraste com o princípio da defesa do consumidor (LOPES, 2006 *apud* MASSOLI, 2015).

Percebe-se, também, que na Lei Maior há uma constante preocupação em unir os interesses capitalistas, através da valorização da livre iniciativa, e interesses sociais, com a valorização do trabalho de modo a proporcionar uma existência digna. Um equilíbrio que, quando alcançado, resulta no exercício da propriedade de modo a atender sua função social.

Destaca-se, ainda, o art. 5º, incisos XXII e XXIII da CF/88, que garante o direito de propriedade, desde que esta atenda sua função social, de modo que a propriedade não é mais vista como um direito individual, inviolável e absoluto, tampouco como uma instituição pertencente somente ao direito privado.

Na definição de Fiuza (2007), a propriedade não é somente o direito de exercer com exclusividade o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação de um bem. Falar em propriedade somente nesse aspecto, segundo o autor, é falar muito pouco, pois é esquecer os deveres do dono e os direitos coletivos da propriedade para com a sociedade. A propriedade possui um caráter dinâmico, consistente em relações de movimento que se modificam no tempo e no espaço. Sem a visão dinâmica sugerida, não será possível falar em função social da propriedade, quiçá em função econômica desta.

Sendo, pois, a função social da propriedade um dos princípios que estão dispostos no Título “Da Ordem Econômica e Financeira” da CF/88, Mendes (2009, p. 1407) cita a Constituição de Weimar como origem de tais dispositivos:

Para se ter idéia da importância que esse princípio assumiu no mundo contemporâneo, basta se ter presente o que diz o art. 14-2 da Constituição da Alemanha — "a propriedade obriga" —, um configura, sem sombra de dúvida, a mais radical contraposição ao dogma individualista que reputava sagrado o direito de propriedade e assegurava ao seu titular, em termos

absolutos, o poder de usar, gozar e dispor dos seus bens — *jus utendi, fruendi et abutendi* —, sem nenhuma preocupação de caráter social. Não por acaso, foi a Constituição de Weimar a primeira a conter um bloco normativo especificamente destinado a regular a atividade econômica, no que veio a ser imitada por diversas cartas políticas que se lhe seguiram, como a nossa Constituição de 1934. [...] No Brasil, esse princípio adquiriu cidadania constitucional com a já referida Carta Política de 1934, cujo art. 113, item 17, na linha da nossa tradição jurídica, continuou a assegurar o direito de propriedade, com a ressalva — e nisso consistiu a novidade — de que, doravante, ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo.

Nota-se que a evolução do Direito fez com que a propriedade passasse a ter um sentido social e não mais apenas individual, estando destinada à satisfação de exigências de cunho social (ROSSIGNOLI, 2015). A partir de algum momento, portanto, as empresas passaram de instituições destinadas a atender apenas os interesses dos sócios, para serem vistas como importante meio de contribuição para a circulação de riquezas, o fornecimento de empregos e para a economia em geral (*ibidem*). Daí a importância de se discutir a sua função social.

A dificuldade, no entanto, reside justamente na definição do que vem a ser significar o termo função social, seja ela referente à propriedade ou, mais especificamente, à empresa. Isso acontece tendo em vista a existência de duas correntes doutrinárias que tratam a função social da empresa sob ângulos diversos. Conforme Massoli (2015, p. 458):

[...] há corrente que entende que a função social da empresa passa pela assunção de responsabilidades que ultrapassam o desenvolvimento do objeto social pela empresa. Lado outro, existe uma vertente da doutrina que defende que, como principal foco, a empresa deve buscar o atendimento do interesse dos acionistas.

Disciplinado em diversas passagens do ordenamento jurídico pátrio, dentre as quais os artigos 116 e 154, da Lei 6.404/76 (que dispõe sobre a Sociedade por Ações); o art. 47, da Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas); e o art. 421, do Código Civil (segundo o qual a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato), o termo “função social” pode ser analisado, dentre outras formas, através do seu sentido literal, de forma pormenorizada.

Função significa o papel que alguém ou algo deve desempenhar em determinadas circunstâncias, ou seja, falar em função corresponde a definir um objetivo a ser alcançado (PEREIRA; MAGALHÃES, 2014). Em relação ao termo social, este deve ser encarado como “[...] pertencente à sociedade humana considerada como entidade dividida em classes

graduadas, segundo a posição na escala convencional: posição social, condição social, classe social.” (PEREIRA; MAGALHÃES, 2014, p. 42)

No tocante às duas correntes mencionadas que tentam explicar a função social da empresa, tem-se que a primeira, na fala de Massoli (2015, p. 462): “[...] evoca-se no sentido de que a empresa deve guiar suas atenções e atividades no desenvolvimento do objeto social, em prol dos acionistas, ou seja, os *shareholders*, vez que a função precípua da empresa é a geração de lucro.” Ainda, segundo o mesmo autor (*ibidem*): “[...] se os acionistas investiram seu capital na empresa e acreditaram no desenvolvimento daquela atividade, não há resolução mais justa que promover o retorno do sucesso da atividade aos que nela aportaram seus recursos.”

Nesse sentido, destaca-se o conceito de função social da empresa apresentado por Coelho (2012, p. 58), esculpido de modo a compreender a função social da empresa como consequência natural do seu próprio desenvolvimento, haja vista a geração de empregos, a circulação de bens, o pagamento de tributos ao Fisco, dentre outros:

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.

E Wald (2012, p. 35) entende que, quando uma empresa atende às normas consumeristas, concorrenciais e trabalhistas, atinge, por conseguinte, sua função social:

Na sociedade contemporânea, a figura da empresa, em especial, da grande empresa, extrapola os interesses exclusivamente privados, uma vez que concilia interesses aparentemente divergentes de investidores, administradores, empregados, consumidores, do mercado e do Estado. [...] Assim, a disciplina da empresa está relacionada com os consumidores (direito do consumidor), com o bom funcionamento do mercado (direito concorrencial) e com os trabalhadores (direito do trabalho). Nesses ramos do direito, o conceito é formado com a interpretação das regras, pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista o fim que se pretende atingir e os interesses a serem tutelados. [...] De fato, a empresa representa um importante elemento na economia, que gera riquezas e está relacionada com o funcionamento do mercado e, em virtude disto, é relevante verificar a sua função social, isto é, o seu papel dentro da comunidade e a forma como está sendo usada. [...] Assim, a empresa que desempenha uma função social traz

alguns ditames para a conduta de quem é seu titular, relevando o seu perfil institucional e demonstrando que não tem apenas uma relevância para o direito comercial e privado, mas para outros ramos do direito, em especial, para o direito econômico e o direito do desenvolvimento.

De acordo com Massoli (2015, p. 468), a empresa quando cumpre com suas obrigações gera, naturalmente, um quadro de bem estar social no seu entorno, quadro este benéfico para a sociedade onde a empresa atua, de modo que “qualquer atribuição com viés de obrigatoriedade que se conceda à empresa além do explicitado, aponta para o desvirtuamento de sua função, que não é a função social”.

Não resta dúvida, desse modo, quão importante é a função social de uma empresa na comunidade onde está inserida. Há controvérsia, no entanto, sobre a intensidade do grau de responsabilidade a ser assumido pela empresa no exercício de sua função no tocante a tal comunidade e indaga-se, portanto, até que ponto a empresa deve prezar pelo social, sem esquecer sua finalidade lucrativa.

Um questionamento de grande valia sobre o equilíbrio que se deve ter entre o privado e o social é o suscitado por Almeida (2003, p. 145), para a qual:

O paradoxo que parece defluir da nova concepção da empresa como sujeito de direito no Estado contemporâneo, é a indagação de se atribuir uma função social à empresa numa organização moldada sob a ótica capitalista. Isso não inviabilizaria as empresas por se atribuir funções outras que não as diretamente relacionadas à produção de riquezas? Essa postura não anularia ou dificultaria o fim último das mesmas, que é o lucro? Parece que não, e é importante dizer que essa instituição não irá renunciar à sua finalidade lucrativa ao voltar-se para a sua função social. É que as empresas, na atualidade, acabam sendo tão responsáveis quanto o Estado, no que se refere a assegurar os direitos individuais do cidadão, dando-se ênfase na melhora não apenas do aspecto econômico, mas também do social e da comunidade na qual está inserida, o que, em última análise, beneficia todas as partes.

Partindo desse questionamento é que há uma segunda corrente, para a qual uma empresa somente cumpre sua função social quando sua governabilidade é direcionada para todos aqueles envolvidos com o seu desenvolvimento, ou seja, os *stakeholders*². Nesse sentido, o mero respeito e atendimento às normas do Direito do Consumidor, Direito do

² O conceito de *stakeholder* ou ‘parte interessada’ é definido como qualquer pessoa ou grupo que tem interesse ou possa ser afetado pelas ações de uma organização. São citados como exemplos: público interno, fornecedor, consumidor, cliente, instituição pública, comunidade, proprietários, banqueiros, sindicatos, órgãos governamentais, entre outros (ABNT, 2004).

Trabalho e Direito Concorrencial não são suficientes para a concretização de sua função social (MASSOLI, 2015).

É preciso que a empresa atue de forma positiva, ocupando um lugar junto ao Estado, dada a sua relevância para com a sociedade. Nesse sentido Pereira e Magalhães (2014, p. 48) entendem que: “[...] a função social da empresa não consiste – apenas – em manter a atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas. Defende-se uma compreensão mais ampla [...], no contexto do Estado Democrático de Direito.” E prosseguem afirmando que:

[...] a empresa, ao reunir, enorme capacidade de influência perante a coletividade, não pode ser tratada apenas como uma produtora de riquezas, mas também como um poder. Este – o poder – não traduz somente direitos, mas também obrigações. Dessa forma, deve ser exigida da mesma uma proporcional – e correspondente – responsabilidade social.

Percebe-se, dessa forma, que a autonomia que os empresários possuem não é um completo e desenfreado exercício do livre arbítrio, de modo que os atos por eles praticados não devem somente evitar fins antissociais, vai além, devem estar em consonância com o motivo pelo qual a livre iniciativa foi assegurada e reconhecida, que é a busca da efetivação da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Conforme o exposto, portanto, não se pode considerar que o simples funcionamento regular da empresa garanta sua função social.

Nesse viés, a empresa deverá, no exercício de sua função social, buscar a repartição da riqueza decorrente de sua atividade, é o que dispõe Massoli (2015, p. 463):

A função social não tem, portanto, a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins da sociedade, até porque isto implicaria a violação da dignidade dos empresários. O objetivo da função social é o de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, reinserindo a solidariedade social na atividade econômica. [...] Ocorre que esses compromissos não são atingidos quando a empresa se restringe a não prejudicar os consumidores e os demais cidadãos. Já se viu que o cumprimento da função social, no seu aspecto positivo, não diz respeito apenas à ausência de prejuízos; mais do que isso, exige a existência de benefícios sociais. [...] Para efeitos da função social da empresa, o que verdadeiramente importa é a distribuição social dos benefícios econômicos, a fim de proporcionar a todos uma existência digna.

E complementa Almeida (2003, p. 145) que:

Uma empresa da área de cosmetologia que resolva industrializar determinados bens de forma ecologicamente sustentável, pode produzir interessantes consequências para o entorno onde está instalada e ou produzir efeitos ampliados em sua atividade. Se o fornecedor de matérias primas é obrigado a produzir de forma sustentável, ele passa a respeitar o meio ambiente; se o consumidor atento identifica a atividade empreendedora como sendo ambientalmente sustentável, irá adquirir simpatia pelo empreendimento. Tendo sido estabelecido um diferencial competitivo, a atividade empresarial tem chances extraordinárias de se tornar um agente multiplicador do bem estar social. Logo, a percepção atual não é mais de uma mera produtora ou transformadora de bens ofertados ao mercado, ao contrário, representa a possibilidade de construir uma comunidade mais justa e equilibrada.

De todo modo, independentemente das controvérsias ideológicas expostas, fato é que a função social da empresa, quando cumprida, traduz-se em reflexos positivos para a sociedade, seja através do fortalecimento da economia local; seja nos benefícios gerados ao consumidor, tendo em vista que este terá como opção de escolha uma empresa que consegue equilibrar interesse privado e social; seja em relação à oferta de empregos; seja no aumento de tributos arrecadados pelo Estado; seja pela própria dinâmica econômica, em decorrência da efetivação da livre iniciativa e da livre concorrência.

2.3 PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Diante da importância socioeconômica que a empresa possui, há que se reconhecer que o desenvolvimento da atividade empresarial movimenta a economia e gera efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais no cotidiano de uma série de pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. Quanto maior a extensão da atividade empresarial (companhias de grande porte), maiores os reflexos das decisões tomadas no cumprimento de seu objeto, tendo o poder, portanto, de alterar de forma significativa a rotina de uma gama de entes (MASSOLI, 2015).

Entende Coelho (2012, p. 60) que:

Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da *atividade econômica*, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locução identificadora do princípio, “empresa” é conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (“empresário”) nem com o lugar em que é explorada

(“estabelecimento empresarial”). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento.

Percebe-se, pois, que a preocupação do legislador em “preservar a empresa” diz respeito à preservação da atividade empresarial, ou seja, a empresa em sua concepção funcional, haja vista sua importância para a comunidade na qual está inserida.

A necessidade de se estabelecer uma proteção jurídica às empresas decorre do risco de empreender, tendo em vista que, “o fracasso é um elemento intrínseco à iniciativa: há, em toda ação humana, uma esperança de sucesso e um risco, mesmo não considerado de fracasso. Ser humano é conviver, mesmo que inconscientemente, com riscos.” (MAMEDE, 2012, p. 2)

Diante de tais riscos, nota-se que investir em uma atividade empresarial não é certeza de lucros, tampouco que estes serão duradouros, pois empresas podem enfrentar crises e no lugar de lucros, registrar prejuízos. Segundo Mamede (2013, p. 404), “esses prejuízos podem conduzir a uma situação de insolvência, ou seja, a um quadro de incapacidade patrimonial de pagar (solver) todas as suas obrigações”.

Nesse sentido, tratando sobre obrigação e solução, Mamede (2012, p. 2) afirma que:

As obrigações civis – as relações jurídicas de crédito/débito – nascem tendo por destino a solução, nascem para ser solvidas. Como já definira o Direito Romano, a obrigação é um vínculo de direito por imposição do qual somos obrigados a solver algo a alguém [...]. A relação obrigacional, em sentido estrito, vincula polos, partes, umas obrigadas às outras. [...] Nem sempre, todavia, a obrigação jurídica encontra a solução que dela se espera comumente, qual seja, a satisfação do crédito – ou, *mutatis mutandi*, o adimplemento do débito correspondente. **O inadimplemento da obrigação torna a relação jurídica conflituosa: o credor desejando receber o que lhe é devido, o devedor se negando a fazê-lo voluntariamente. Essa controvérsia, se não encontra uma solução negocial, demanda intervenção do Estado pela via da atuação judiciária**, para o que se faz necessário o manejo da ação [...]. (grifo nosso).

A empresa é uma atividade econômica que interage no mercado, de forma que, insolvente ou não, compõem um labirinto de relações jurídicas com grande repercussão social. Constitui uma unidade de distribuição de bens e/ou serviços, sendo ponto de alocação de trabalho e oferta de empregos; constitui, sobretudo, um elo na grandiosa corrente chamada mercado e, por isso, não pode desaparecer sem causar sequelas (FAZZIO JÚNIOR, 2008).

Partindo-se da ideia de que a coletividade também é afetada em seu interesse metaindividual, tem-se a comparação de Coelho (2012, p. 75), segundo o qual “é útil a

imagem de três círculos em torno da empresa – a exemplo das elipses representantes dos movimentos dos planetas ao redor do Sol.”

O autor (2012) explica que no círculo de dentro estão os interesses dos empresários, dos sócios de uma sociedade empresária, dos investidores estratégicos, dos acionistas do bloco de controle, juntamente com os administradores graduados (nas companhias com alto nível de dispersão acionária).

No segundo círculo, por sua vez, estão os interesses dos *bystanders*, ou seja, dos trabalhadores, cujo cerne está na preservação dos seus empregos, bem como na melhoria dos salários e das condições de trabalho; dos consumidores, que necessitam dos produtos, bens e/ou serviços fornecidos pela empresa; do Fisco, que através de sua arrecadação tributária interfere diretamente no desenvolvimento da atividade econômica; dos fornecedores de insumos, muitas vezes empresas satélites que são exploradas por micro, pequenos e médios empresários; dos investidores não sofisticados no mercado de capitais, quando a empresa é explorada por companhia aberta, por exemplo; e por fim, da vizinhança beneficiada com a valorização dos estabelecimentos empresariais que encontram-se no entorno de suas casas.

No círculo mais extenso, o terceiro, há os interesses metaindividuais coletivos (difusos), ou seja, o de todos os brasileiros que são favorecidos quando, de fato, há plena efetivação dos direitos comerciais (a citar, por exemplo, o barateamento dos preços, tendo em vista o princípio da livre concorrência); bem como toda a economia local, regional, nacional e global que se beneficia com o desenvolvimento que, afinal, é a *soma* dos desenvolvimentos das respectivas empresas.

Diante de tamanha relevância social, Mamede (2012, p. 118) entende que: “[...] a crise econômico-financeira da empresa é tratada juridicamente como um desafio passível de recuperação, ainda que cuide de atividade privada, regida por regime jurídico privado.” Sendo assim, tem-se que, a edição da LRE (Lei de Recuperação de Empresas), Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, veio para regular a Recuperação Judicial, Extrajudicial e a Falência do empresário e da sociedade empresária, haja vista a necessidade de um tratamento específico para as empresas em crise.

O art. 47, da LRE, em consonância com o princípio da preservação da empresa, dispõe que a Recuperação Judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, com o objetivo de promover, dessa forma a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Sobre o princípio da preservação da empresa, Coelho (2012, p. 61) afirma que:

O Princípio da Preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial.

Em complemento, oportuna é a explanação do Instituto Nacional de Recuperação Empresarial (INRE):

[...] daí a necessidade de uma disciplina legal que permita ao devedor empresário ou à sociedade empresária entabular um plano e prosseguir no saneamento da crise e conseqüente reorganização societária. Recuperar significa administrar a crise transitória da empresa, reduzir a exclusão social e, acima de tudo, manter a concorrência, a competição, gerando o desenvolvimento integrado e a conservação do mercado ditando padrões de eficiência à moderna sociedade. Explica-se, assim, a finalidade legal de buscar à exaustão a recuperação-procedimento e não o conflito-processo, mediante a livre negociação, o diálogo entre credores, com a perspectiva de se diagnosticar a crise, superar a dificuldade e recuperar a empresa por meio de alternativas múltiplas que se baseiam também na imaginação e criatividade em cada caso concreto.

A grande ênfase aos princípios da função social e da preservação da empresa é decorrente, pois, de uma perspectiva vanguardista sob a qual o Direito vem sendo analisado. Com essa nova abordagem, objetiva-se a redução de atividades socialmente predatórias, a exemplo da exploração da classe operária pela classe detentora dos meios de produção, com intuito somente no lucro e no prestígio individual, de modo a valorizar os benefícios sociais proporcionados pela atividade empresarial.

Além de configurar incentivo à manutenção da empresa e à produção de bens ou serviços e lucros, a Recuperação Judicial ou Extrajudicial permite maiores chances de perpetuação dessa atividade com base nas vantagens, para a coletividade, dentre elas a conservação de empregos, o pagamento de tributos ao Estado, a movimentação econômica local e regional, sobretudo onde se instala a empresa. A absorção de tais preceitos pelo Direito é refletida na Lei de Recuperação de Empresas, a qual, quando posta em comparação com institutos mais antigos, a exemplo da Concordata, revela que o Direito Empresarial evolui em compasso com a sociedade.

Resta clara, dessa forma, a intenção do legislador em propiciar à empresa que se encontra em crise financeira, o soerguimento da atividade produtiva, devendo o Estado, como

agente também interessado na sua manutenção, fornecer subsídios para a concretização deste objetivo comum.

3 DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Partindo-se da ideia de que o risco de insolvência de empresários e de sociedades empresárias – submetidos ao humor do mercado, rara vezes cordial – é muito mais presente no cotidiano da sociedade do que a insolvência dos não empresários é que houve uma necessidade de um procedimento concursal específico para tal. Ademais, não se pode deixar de lado o papel desempenhado pela empresa na sociedade, tampouco sua função social. A empresa configura-se como bem jurídico cuja proteção se justifica não somente em decorrência do interesse dos seus sócios, mas também de seus funcionários, investidores, fornecedores, consumidores, do próprio ente estatal e, de um modo geral, da sociedade, haja vista ser esta beneficiada, mesmo que indiretamente, com a atividade empresarial. Tais particularidades é que respaldam a previsão de um regime alternativo à Falência, qual seja a Recuperação Judicial.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR

De acordo com Bertoldi e Ribeiro (2013) é indispensável o contexto histórico de um instituto para que se possa atingir um nível de compreensão satisfatório do cenário atual. Não há como conhecer as atuais características sem o entendimento prévio dos motivos de suas concepções, bem como da forma como sua utilização se perpetuou ao longo do tempo. Ver-se-á, dessa forma, que as soluções previstas na Lei de Recuperação de Empresas (LRE) são frutos de mudanças nos institutos jurídicos, sob influência das necessidades que se instauraram gradativamente, sedimentadas, pois, com o tempo.

Na Antiguidade, o adimplemento das obrigações públicas e privadas tinha uma solução uniforme, no sentido de que o devedor garantia o pagamento de suas dívidas com sua vida ou liberdade. Na Grécia, sabe-se da prisão do devedor insolvente. Em Roma, a partir da Lei das XII Tábuas, tem-se que o adimplemento das obrigações era garantido não pelo patrimônio do devedor, mas por sua pessoa (liberdade e vida). Foi no Direito Pretoriano, portanto, que se desenvolveu a ideia de que a insolvência poderia ser solucionada de forma limitada ao patrimônio do devedor.

Sobre a mudança de se garantir as dívidas não mais através do próprio corpo ou liberdade, mas sim por meio do campo patrimonial, Ramos (2014, p. 572) afirma:

Somente com a edição da *Lex Poetelia Papiria* em 428 a.C., a qual proibiu o encarceramento, a venda como escravo e a morte do devedor, o direito romano passou a conter regras que consagravam a sua responsabilidade patrimonial, em contraposição às regras de outrora, que o puniam com a pena de responsabilidade pessoal por suas dívidas. Enfim, passou-se a entender que os bens do devedor, e não a sua pessoa, deveriam servir de garantia aos seus credores.

Houve, com essa pequena evolução alcançada, uma mudança de perspectiva, de modo que, nas palavras de Miranda (2013, p. 12), “[...] a pessoa física tornou-se juridicamente distinta da pessoa jurídica (denominações não existentes à época, mas cujo conceito está arraigado nas previsões legais à época aplicadas) [...]” e o ordenamento jurídico romano se deparou com indagações que careciam de respostas, a exemplo da situação em que o patrimônio do devedor não fosse suficiente para a satisfação de todos os credores. A mais remota solução legislativa que se tem conhecimento para tal questionamento estava disciplinada no Código de Justiniano. Completa Ramos (2014, p. 573):

Com efeito, no direito de Justiniano havia a previsão de uma execução especial contra o devedor insolvente: tratava-se da chamada *missio in possessio bonorum*, por meio da qual os credores adquiriam a posse comum dos bens do devedor, os quais, por sua vez, passavam a ser administrados por um curador, o *curator bonorum*. A partir de então, os credores adquiriam, conseqüentemente, o direito de vender os bens do devedor, com o intuito de saldar a dívida que este tinha em relação àqueles.

Retomando a concepção de que o campo patrimonial do devedor é que é o alvo quando ocorre inadimplemento, é que se destaca, paralelamente, a temática da execução coletiva. Do exposto, notou-se, com o decorrer do tempo e ao longo da evolução do Direito Empresarial, que havia uma insatisfação dos credores quando estes tinham um devedor em comum, ou quando o patrimônio deste não era suficiente para saldar todas as suas dívidas.

Coelho (2011), corroborando tal pensamento, afirma que a garantia dos credores está representada, portanto, pelos bens do devedor. Havendo, dessa forma, inadimplemento de qualquer obrigação por qualquer pessoa, tem o credor o direito de se socorrer ao Poder Judiciário para promover, nos termos da lei, a execução de tantos bens patrimoniais do devedor quantos bastem à total satisfação do seu crédito. Nesse sentido, a execução se

processaria, em regra, de forma individual, com um exequente voltando-se para um executado, para dele obter o cumprimento da obrigação devida.

Coelho (2011, p. 348) ainda segue:

Quando, porém, o devedor tem, em seu patrimônio, bens de valor inferior à totalidade de suas dívidas, quando ele deve mais do que possui, a regra da individualidade da execução torna-se injusta. Isto porque não dá aos credores de uma mesma categoria de crédito as mesmas chances. Aquele que se antecipasse na propositura da execução possivelmente receberia a totalidade do seu crédito, enquanto os que se demorassem — até porque, eventualmente, nem tivesse ainda vencido a respectiva obrigação — muito provavelmente não receberiam nada, posto encontrarem o patrimônio do devedor já totalmente exaurido.

O modelo de execução individual não poderia ser aplicado, no caso exposto, tendo em vista que geraria a insatisfação de determinados credores, frente à satisfação de outros. No intuito de evitar, portanto, a satisfação de alguns credores em detrimento de outros, e de modo a conferir as mesmas possibilidades de quitação da dívida em relação a credores pertencentes a uma mesma categoria é que houve o afastamento da regra da individualidade da execução. O Direito prevê, dessa forma, a obrigatoriedade da execução concursal, denominada antigamente de execução coletiva.

Mamede (2012) entende que é preciso uma ordem quanto à apuração do patrimônio do devedor, ou seja, o *quantum* total de seus bens; bem como um levantamento minucioso do seu patrimônio passivo, a saber, o valor efetivo de suas dívidas. Por fim, faz-se necessária a distribuição do montante levantado com a alienação dos bens segundo dois critérios distintos, diz o autor (2012, p. 7):

[...] (1º) o interesse público em que certos créditos, por sua natureza, sejam satisfeitos preferencialmente, em desproveito de outros que, por sua natureza, têm menor relevância social e econômica; e (2º) garantir que todos os credores, titulares de faculdades de mesma natureza, sejam tratados em igualdade de condições, opção jurídica que se identifica com o princípio da *par conditio creditorum*, ou seja, princípio do tratamento dos credores em igualdade de condições.

O *conditio creditorum*, herdado do Direito Romano, é definido, por sua vez, como um conjunto de regras, em seus aspectos materiais e processuais, relativas à insolvência do devedor e ao chamamento dos credores. Dessa forma, todos estes gozam de iguais critérios no tocante à partilha dos bens existentes que, em regra, não os satisfazem integralmente. Deriva-

se, do exposto, um dos princípios que ainda preserva sua atualidade, qual seja, o princípio da *par conditio creditorum*. Por este, há o tratamento isonômico dos credores, afastando-se, sobretudo, a ideia de que o primeiro crédito em quesito temporal será o primeiro a ser satisfeito. A prioridade temporal justifica-se quando o devedor é solvente e não sendo o caso, será afastada para que todos possam concorrer de forma igualitária (BERTOLDI; RIBEIRO, 2013).

Do exposto, percebe-se que a previsão legal do Código de Justiniano, ou seja, o surgimento de uma regulamentação específica, gerou o Direito Concursal como hoje se conhece, embora ainda possuísse aspectos extremamente repressivos, tendo em vista que os dispositivos buscavam com mais obstinação a punição do devedor do que a integral satisfação dos seus credores, já que retirava os bens do devedor e deixava na administração de terceiro (MIIRANDA, 2013).

Ainda na esteira evolutiva, na Idade Média as repúblicas italianas de Gênova, Florença e Veneza começavam a desenvolver-se no tratamento jurídico da insolvência até que se percebeu que a *quebra* do comerciante tinha suas especificidades e merecia tratamento diverso. Era o início, dessa forma, do instituto da Falência como procedimento específico para a questão da insolvência comercial que evoluiu para insolvência empresarial (MAMEDE, 2012).

Sintetizando o exposto, Fazzio Júnior (2008, p. 9) afirma que: “[...] o concurso creditício regulado nas comunas italianas não era exclusivo dos mercadores, tinha feição predominantemente penal, transformou-se lentamente de execução pessoal em patrimonial e trouxe à luz as primeiras acordanças tendentes a evitar a liquidação.”

O estudo dos Estatutos da Idade Média indica, portanto, que o instituto da Falência, nessa época, não se restringia à sociedade mercantil, haja vista estender-se a todos os que não adimpliam seus créditos. Foi somente na legislação napoleônica, contudo, que houve um tratamento disciplinar próprio, dissociando a insolvência civil da empresarial, influenciando, inclusive, o Código Comercial do Brasil de 1850.

Em 1804 e 1807, respectivamente, são editados os Códigos Civil e Comercial na França. Pode-se dizer, desse modo, que existe um sistema jurídico estatal destinado a disciplinar as relações jurídico-comerciais da época. Nesta fase o Direito Privado é dividido: de um lado, o Direito Civil; do outro, o Direito Comercial.

Sobre a evolução do Direito Falimentar na Idade Moderna, complementa Fazzio Júnior (2008, p. 9):

Conquanto a evolução do direito concursal, na Idade Moderna, não observe homogeneidade nos diversos Estados, uma coisa é certa: na Idade Moderna surgiu o Estado como entidade política e jurídica, com sensível interferência na disciplina das relações de crédito, inclusive na regência dos casos de insolvência. Os Estados Nacionais arrogaram-se a exclusividade da imposição de sanções e judicializaram o deslinde de situações jurídicas criadas pela insatisfação obrigacional. A liquidação do patrimônio passou a ser assegurada pelos organismos judiciais encarregados de aplicar a lei.

E no que diz respeito a separação do Direito Comercial em relação ao Direito Civil, no tocante à insolvência do devedor, Ramos (2014, p. 573) aponta:

[...] a codificação napoleônica, [...], provocou uma profunda mudança no direito privado, dividindo-o em dois ramos autônomos e independentes [...]. O direito civil se consolidou como regime jurídico geral (direito comum) aplicável à quase totalidade das relações privadas, e o direito comercial se firmou como regime jurídico especial aplicável à disciplina das atividades mercantis, identificadas a partir da antiga *teoria dos atos de comércio*. A mudança que o *Code de Commerce* de Napoleão trouxe para o direito comercial atingiu, conseqüentemente, o direito falimentar, que passou a constituir um conjunto de regras especiais, aplicáveis restritamente aos devedores insolventes que revestiam a qualidade de comerciantes. Para o devedor insolvente de natureza civil, não se aplicavam as regras do direito falimentar, mas as disposições constantes do regime jurídico geral, qual seja, o direito civil.

A evolução trazida pelo Código Napoleônico não acarretou, contudo, a evolução no tocante ao aspecto punitivo e repressivo pelo qual o devedor era subordinado. A Falência, considerada na época uma “patologia de mercado”, como bem coloca Ramos (2014) atribuída aos devedores que agiam desonestamente, passará por grandes transformações com o decorrer do tempo e da evolução econômica. O Direito Falimentar ver-se-á obrigado a acompanhar o processo de mudança pelo qual a sociedade atravessava.

No que tange ao Direito Brasileiro, pode-se citar marcos importantes na trajetória do Direito Falimentar, com uma fase inicial que se dá com a publicação do já mencionado Código Comercial de 1850. Tal fase encerra-se com a edição do Decreto 917 em 1890, na República, que modificou consideravelmente a estrutura da Falência. O Decreto fracassou, tendo em vista, dentre outras coisas, a excessiva autonomia dos credores e o falseamento do sistema na aplicação da lei, culminando o fim dessa fase e a edição da Lei 2.024/1908.

Com o passar do tempo e a necessidade de alterações, esta foi substituída pelo Decreto 5.746/1929. Anos depois, por ocasião da Ditadura Vargas, foi encomendada a um grupo de juristas, a feitura de um anteprojeto para uma nova Lei de Falências, o que deu ensejo ao

Decreto-lei 7.661/1945 (Lei de Falência e Concordata – LFC), reforçando os poderes do magistrado e diminuindo o dos credores. O lance final dessa linha evolutiva deu-se em 1993, com a apresentação ao Congresso Nacional de um projeto de lei que dava uma nova roupagem jurídica à Falência, resultando na Lei 11.101/2005, a chamada Lei de Recuperação de Empresas.

No tocante ao Decreto-lei 7.661/45, que tratava da Falência e da Concordata, o seu art. 1º, disciplinava que era considerado falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagasse no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitimava a ação executiva. O sentido da palavra “comerciante” referia-se, pois, àqueles que praticavam os chamados Atos de Comércio, já mencionados.

Nesse sentido Teixeira (2016) expõe que a Falência tinha finalidade de extinguir a atividade do comerciante, era tida como um processo de liquidação deste. O processo falimentar ocorria, portanto, quando o comerciante estava insolvente, ou seja, as dívidas maiores que o patrimônio; ou impontual, quando não pagava no vencimento suas obrigações. Dessa forma, o juiz prolatava uma sentença declarando o estado de falido do comerciante, por não ter condições de efetuar seus pagamentos.

O mesmo autor (2016) prossegue descrevendo que iniciava-se, na sequência, um levantamento com a apuração de todos os créditos, direitos e patrimônio do devedor, que posteriormente seria dividido proporcionalmente aos seus credores, como quitação das dívidas contraídas e não adimplidas. Por sua vez, o termo concordata, em uma acepção inicial, significa acordo com credores/concordância. Entretanto, na vigência da LFC, o instituto passa a ter um caráter de favor legal ao devedor, sem que houvesse, necessariamente, a concordância dos credores.

A respeito da LFC, Bertoldi e Ribeiro (2013, p. 493) complementam:

Nessa lei, a concordata era o instituto jurídico previsto para ser utilizado pelo empresário para a recuperação de sua atividade. Nas formas preventiva ou suspensiva, a concordata possibilitava a remissão parcial das dívidas, a dilatação nos prazos de vencimento ou ambos. Vale mencionar ainda, como característica depreciativa, que a concordata somente atingia uma categoria de crédito, aquele dos créditos quirografários, sem garantias.

Sobre o tema, Requião (1995 *apud* ARAÚJO, 2010, p. 22) elucida que “O instituto jurídico da concordata visa resolver a situação econômica de insolvência do devedor, ou prevenindo e evitando a falência (concordata preventiva) ou suspendendo a falência (concordata suspensiva), para proporcionar a recuperação e restauração da empresa.” Ou seja:

A concordata preventiva, como a própria palavra está a indicar, visa a prevenir a falência do devedor. Toma ele, antes de declarada a falência, a iniciativa de requerê-la ao juiz, que concedendo-a, previne a falência, mas, se negá-la, declara *ex officio* a falência do peticionário. A concordata suspensiva tem por fim suspender a falência, restabelecendo no devedor falido a plenitude de sua atividade empresarial. Surge, portanto, posteriormente à falência já declarada, evitando a liquidação da empresa. É chamada também, porém impropriamente, de extintiva da falência. Na verdade, [...] ela não extingue a falência, mas apenas a suspende: se a qualquer momento, o concordatário não cumprir suas obrigações ou infringe a lei, reabre-se a falência. Daí porque a denominação mais adequada é a de concordata suspensiva da falência.

Na Concordata Suspensiva, portanto, o processo de Falência era suspenso, com o objetivo de que o devedor pudesse ter a chance de não ter sua atividade encerrada e, para isso, precisava preencher alguns requisitos, como por exemplo, oferecer o pagamento mínimo de 35% dos débitos à vista ou 50% a prazo em até 2 (dois) anos (art. 177, da LFC). No caso da Concordata Preventiva, entretanto, sua utilização dava-se antes que algum credor do devedor requeresse em juízo a sua Falência. “Prevenir” era, portanto, a função do instituto. Nesse caso, o comerciante apresentava o pagamento aos seus credores quirografários da seguinte forma: 50% dos débitos à vista; ou a prazo: 60% em 6 meses, 75% em 12 meses, 90% em 18 meses, 100% em 24 meses (art. 156, da LFC).

Assim como qualquer outra solução para a problemática da insolvência, a Concordata Preventiva possuía diversos inconvenientes, tendo em vista seu excesso de formalidade e os prazos intransigentes que previa, além de não envolver todos os credores que tinham direitos. Em outras palavras, os problemas reais das empresas em crise não eram alcançados por tal instituto (FAZZIO JÚNIOR, 2008), razão pela qual se mostrou uma solução obsoleta, no decorrer dos anos.

Bertoldi e Ribeiro (2013) apontam que um dos grandes defeitos do Decreto-lei 7.661/45 residia na lentidão que estava presente em todas as fases do processo falimentar proveniente do grande acúmulo de trabalho do Poder Judiciário, haja vista que este era responsável, em última análise, pela aplicação do formalismo que revestia o procedimento. A morosidade, dessa forma, ainda era favorável ao devedor desonesto, uma vez que permitia, de forma natural, a incidência da prescrição da punibilidade no caso da ocorrência de crimes falimentares que viessem a ocorrer. E a LRE teria a pretensão de inovar nesse e em tantos outros aspectos quando, por exemplo, preveria a Recuperação Judicial e Extrajudicial de empresas, bem como estabeleceria prazos para o desenvolvimento desses processos.

Fazzio Júnior (2008, p. 2), em fundada crítica ao Decreto-lei 7.661/45, afirma:

Seu enfoque preferencialmente protectivo do crédito público e dos interesses dos credores insatisfeitos expunha um processo falimentar inconsequente e uma concordata sem horizontes, perdida entre as propostas preventivas irreais e indutoras do estágio mercantil terminal. As sanções, os critérios determinativos da quebra, os procedimentos liquidatórios – **tudo, na LFC, cheirava a mofo da nostalgia econômica e do inútil jurídico, não poucas vezes reiterados pela doutrina e pela jurisprudência.** As terapias ambulatoriais localizadas por que passou a normação concursal não produziram, nem poderiam produzir, os resultados anelados, porque seus fundamentos não se modificaram. A conduta cirúrgica, nessas circunstâncias, tornou-se eleição inadiável. (grifo nosso).

Após 60 (sessenta) anos de vigência (haja vista o advento de uma nova Lei de Falência, em 2005), o Decreto-lei 7.661/45 estava em evidente descompasso com o atual ordenamento jurídico, sobretudo com a Constituição Federal de 1988. E sobre a influência da Carta Magna, Martins (2015, p. 66) sintetiza, a respeito da Lei 11.101/05:

A Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor desde 5 de outubro de 1988, consolida uma democracia política, econômica e social, firmando a maior estabilidade institucional da história republicana do país. Respalhada em uma economia de mercado democrática, a Constituição Cidadã tutela a empresa pelo reconhecimento da sua liberdade de empreendedorismo. **O Direito empresarial tende a buscar, dos dispositivos elencados na Carta Magna, uma série de princípios para disciplinar, garantir e proteger o regime de uma empresa, desde o início das atividades à sua extinção**, quais sejam: livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170), liberdade de associação (art. 5º, XVIII e XX), liberdade de trabalho, ofício e profissão (art. 5º, XIII e art. 170, parágrafo único), propriedade privada dos meios de produção (art. 5º, XXII e art. 170), função social da propriedade (art. 5, XXIII e art. 170, III), livre concorrência (art. 173, parágrafo 4º), defesa do consumidor (art. 5º XXXII e art. 170, V), defesa do meio ambiente (art. 170, VI e art. 225), redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º e art. 170, inciso VII) e busca do pleno emprego (art. 170, VIII). (grifo nosso).

E assim, após extensa tramitação, foi promulgada a Lei 11.101/2005, também chamada de Lei de Recuperação de Empresas, que se dispunha a tratar das dificuldades da empresa de forma a reestruturá-la, e não mais com o fito de leva-la à extinção e cessação de suas atividades. O novo diploma legal traz, portanto, uma dupla solução para as empresas em crise: prevê o instituto da Recuperação de Empresas como proposta de soerguimento destas quando são economicamente viáveis, enquanto que a Falência apresenta-se como o meio mais eficiente para a solução judicial da situação econômica das empresas inviáveis.

3.2 CONCEITO E PROCESSAMENTO

Diferentemente do Decreto-lei 7.661/45, cuja finalidade principal era eliminar do mercado o agente econômico que não tivesse condições de se manter no mercado e de cumprir seus deveres, a LRE visa possibilitar a recuperação das empresas que atravessam crise, mas que, no entanto, podem superá-la. Para isso, a nova lei fornece condições para alcançar esse fim. Caso a Recuperação não seja possível, portanto, a norma também contempla o instituto da Falência como forma de liquidar a atividade empresarial, ficando claro que este não é o objetivo primeiro.

Fazzio Júnior (2008) corrobora o exposto ao afirmar que a reestruturação da empresa passou a compor o rol dos objetivos das modernas legislações concursais. Apesar de não ser a finalidade mais importante, é tido como o caminho mais eficaz para atender o direito dos credores e direcionar a atividade empresarial para não comprometer a segurança do mercado e sua periferia social.

E complementa o autor (2008, p. 85):

Essa é a grande diferença da LRE em relação ao sistema da LFC. Acabou-se o favor judicial da concordata. Agora, há um favor creditício que o juiz oficializa. E está certo, porque quem tem o direito de crédito é que tem, também, disponibilidade dele. Na concordata, aos credores era praticamente imposta uma proposta dilatória ou remissória. E é fácil de explicar por que era sempre aceita. Quando o devedor propunha, já estava certo que era capaz de cumprir. Se os credores houvessem por bem embargar a proposta do devedor e se fossem bem-sucedidos, o devedor iria à falência. O dilema da concordata era esse: o sucesso do devedor poderia muito bem não significar sucesso dos credores. Pedir concordata era pedir crédito para cumprir crédito anterior não cumprido; era um segundo crédito. E a impugnação dos credores a essa reincidência de crédito trazia o insucesso definitivo dos credores, isto é, a falência, porque a insolvência do devedor já estava confessada. A recuperação é melhor. Nela, os credores não se restringem a concordar ou não com uma proposta. [...] Podem conhecer a verdadeira situação do devedor. [...] Não serão destinatários de um favor legal, mas sujeitos ativos da recuperação. (grifos nosso).

Sobre o eixo interpretativo da LRE, portanto, tem-se sua composição pelo princípio da preservação da empresa, bem como sua função social e o estímulo da atividade econômica, previstos no art. 47, da LRE, de modo que a empresa que atravessa crise, mas é considerada viável e de interesse do mercado, deve ser mantida.

Coelho (2008) entende que a crise de uma empresa pode ser econômica, financeira ou patrimonial. Será econômica quando as vendas dos produtos ou a prestação de serviços não são realizadas em quantidade suficiente à manutenção do negócio. Ter-se-á crise financeira quando o empresário não tem fluxo de caixa, dinheiro ou recursos disponíveis para pagar suas prestações obrigacionais. Por fim, crise patrimonial será quando o ativo do empresário é menor do que o seu passivo e seus débitos superam os seus bens e direitos.

Ressalte-se que, embora a LRE utilize a expressão “crise econômico-financeira” em seus dispositivos, a aplicação da mesma dá-se a qualquer tipo de crise, uma vez que determinada empresa pode ter a sua problemática encaixada em mais de uma categoria apontada.

De extrema relevância para a nova concepção do Direito Recuperacional, o art. 47 da Lei 11.101/05 assim dispõe:

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.

Por esta definição legal, ficam positivados os princípios da função social da empresa, bem como o princípio da preservação da empresa. Como finalidade da Recuperação da Empresa, portanto, tem-se a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. (MAMEDE, 2012) chama atenção para a ordem de grandeza e prioridade assim disposta na LRE, de modo que o primeiro fim objetivado é a preservação da fonte produtora, ou seja, da empresa. A manutenção dos empregos dos trabalhadores, bem como a atenção aos credores são grandezas de segunda e terceira dimensão, respectivamente, tendo em vista que não haveria preservação de trabalhos se a fonte produtora (empresa) não fosse, prioritariamente, preservada.

O autor (2012, p. 119) prossegue com uma distinção oportuna, segundo o qual:

[...] a empresa (fonte produtora) não se confunde com empresário ou sociedade empresária. Os interesses do empresário ou da sociedade empresária devedora não estão sequer contemplados pelo artigo 47 da Lei 11.101/05. Embora a recuperação de empresa possa atender aos interesses e direitos patrimoniais do devedor ou da sociedade empresária, não é essa a

finalidade da recuperação judicial da empresa: não se defere a recuperação para proteger o empresário ou a sociedade empresária (nem os sócios e administradores desta). A recuperação judicial pode concretizar-se até em desproveito do devedor, que pode ser apartado da empresa, a bem da manutenção desta.

De acordo com a LRE, portanto, a Recuperação de Empresa dá-se de forma Judicial e Extrajudicial, arts. 47 e 161, respectivamente. Disciplina também uma modalidade diferenciada para a Recuperação da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), a Recuperação Judicial Especial, além de prevê a Falência, que já existia desde a antiga legislação.

Assim, estão sujeitos ao regime jurídico da Lei 11.101/05 os devedores empresários, ou seja, tanto o empresário individual quanto à sociedade empresária (arts. 966 e 982, do CC), assim como a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, introduzida pela Lei 12.441/11), salvo as exceções contidas no art. 2º, da LRE³. As exclusões mencionadas decorrem de opção política do legislador, que destina tratamentos jurídicos diferenciados para tais atividades. Por atividade empresarial, vale lembrar, entende-se qualquer atividade econômica organizada e desenvolvida profissionalmente, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (excluindo-se os de natureza intelectual), à luz do mencionado art. 966, do Código Civil.

A Recuperação Judicial, disciplinada nos arts. 47 e seguintes da Lei 11.101/05, compreende três fases. Coelho (2011, p. 422) as resume bem:

O processo da recuperação judicial divide-se em três fases bem distintas. Na primeira, que se pode chamar de *fase postulatória*, a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido. Na segunda fase, a que se pode referir como *deliberativa*, após a verificação de crédito, discute-se e aprova-se um plano de reorganização. Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício. A derradeira etapa do processo, chamada de *fase de execução*, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo. (grifos do autor).

³Art. 2º. Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

De início, relevante destacar que poderá requerer a Recuperação Judicial o devedor que no momento do pedido exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e que atenda, de forma cumulativa, aos requisitos elencados nos incisos I ao IV, do art. 48, da LRE, quais sejam: não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial; não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial com base no plano especial e, por fim, não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na LRE.

No tocante à competência para o processamento do instituto jurídico em análise, tem-se que será no Juízo Estadual do principal estabelecimento do devedor ou da filial que tenha sede fora do Brasil (art. 3º, da LRE). A competência estadual é reforçada, ainda, pelo art. 109, I, da CF/88 ao expressar que não compete à Justiça Federal a apreciação de causas falimentares.

Em relação ao processamento da Recuperação Judicial, tem-se, primeiramente, que a ação constitutiva surge com a iniciativa do devedor. Para isso, o pedido formulado deverá conter os requisitos e documentos instrutórios que estão dispostos no art. 51, da LRE, quais sejam: exposição das causas da crise econômico-financeira; relação completa dos credores; relação dos empregados e débitos pendentes; extratos bancários atualizados; certidões de cartórios de protesto; relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores; certidão de regularidade no Registro Público de Empresas Mercantis – Junta Comercial; relação das ações judiciais em que for parte (autor e réu); demonstrações contábeis dos três últimos exercícios; demonstrações contábeis levantadas exclusivamente para instruir o pedido, compreendendo balanço patrimonial, demonstrações de resultados etc.

Em sequência, o art. 52, da LRE, estabelece que regularmente formulado o pedido, o juiz determinará seu processamento em despacho contendo as determinações do art. 52, de modo que: nomeará administrador judicial⁴; ordenará a suspensão das ações e execuções em curso contra o devedor; e determinará a expedição de edital com resumo do pedido, relação de credores, advertência sobre os prazos para habilitações de créditos; e alerta quanto ao prazo para os credores apresentarem objeções (oposição, obstáculo, impedimento, contestação) ao plano de Recuperação Judicial apresentado pelo devedor.

⁴ Administrador judicial é um auxiliar qualificado do juiz, nomeado por este. Deverá ser um profissional idôneo, preferencialmente: advogado, contador, administrador de empresas ou economista. Pode ainda ser uma pessoa jurídica especializada (art. 21, da LRE).

Sobre o juiz determinar o processamento da Recuperação, através do despacho de processamento, esclarece Fazzio Júnior (2008, p. 156) que:

[...] não significa deferimento do pedido. É o marco inicial do exame do pedido de recuperação judicial ofertado pelo devedor. Em outras palavras, o despacho de processamento inaugura o procedimento verificatório da viabilidade da proposta para que se conclua sobre sua aprovação, como foi formulada ou modificada, ou sua rejeição e consequente falência do devedor.

Da decisão que autoriza o processamento do feito recuperatório, o devedor apresentará em juízo, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, o seu plano de recuperação, sob pena de convação em falência (art. 53, da LRE). Nele, deverá conter a discriminação detalhada dos meios de recuperação a ser empregados⁵, bem como seu resumo; a demonstração de viabilidade econômica da empresa e o laudo econômico-financeiro de avaliação dos bens do devedor (art. 53, I a III, da LRE).

Caberá ao juiz, pois, ordenar a publicação do plano de Recuperação Judicial fixando o prazo para possíveis objeções (art. 53, parágrafo único, da LRE). Determina o art. 55, da LRE, que dentro do prazo de 30 dias após a publicação do edital do rol de credores feita pelo administrador judicial (art. 7º, §2º, da LRE), qualquer credor poderá apresentar oposição ao plano de recuperação. Havendo objeção, o juiz convocará a Assembleia Geral de Credores para deliberar sobre o acordo judicial (art. 56, caput e § 1º, da LRE).

Sobre a Assembleia Geral de Credores, Bertoldi e Ribeiro (2013, p. 529), explicam que:

⁵Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

[...] é um órgão coletivo que desempenha um importante papel para o desenvolvimento do processo de recuperação e de falência. A Assembleia-Geral de Credores reúne os credores para formar a vontade coletiva, diferentemente do que aconteceria num sistema de voto por consulta. A ideia de organização e aproximação dos credores encontra sua sustentação não apenas no interesse de cada um dos credores em receber seus créditos, mas também como a expressão de um interesse coletivo, que se caracteriza pela pretensão à preservação da empresa pelo desenvolvimento da recuperação judicial, ou pelos mecanismos neste sentido inseridos na disciplina da falência.

Não havendo impugnação, o pedido poderá ser deferido pelo juiz, conforme prevê o art. 58, da LRE, *in verbis*: “Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.”

Percebe-se, dentre outras coisas, que a LRE posicionou os credores em uma importante função de acolher ou não o pedido feito em juízo pelo devedor, na tentativa deste se recuperar de sua crise econômico-financeira. E vê-se que a Recuperação Judicial não mais é tratada como um favor legal, diferentemente do que ocorria na LFC, sua concessão ou não depende dos credores, participantes ativos da ação em questão.

A Recuperação Judicial tem prazo máximo de duração estipulado em até 2 (dois) anos, após a sua concessão (art. 61, da LRE). O devedor ficará em Recuperação, portanto, até que se cumpram todas as obrigações impostas pelo plano com vencimento no prazo mencionado. Durante esse período, o descumprimento de qualquer obrigação estipulada no plano culminará na convalidação da Recuperação Judicial em Falência (art. 61, §1º, da LRE), nos termos do art. 73⁶, da LRE. Ocorrendo tal hipótese, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e com a ressalva dos atos validamente praticados no âmbito da Recuperação (art. 61, §2º, da LRE). Passados os referidos 2 (dois) anos, a contar da decisão concessiva de Recuperação Judicial, havendo o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano recuperacional, qualquer

⁶ Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei; II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei; III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei; **IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.** Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do caput do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do caput do art. 94 desta Lei. (grifo nosso).

credor poderá requerer a execução específica ou a falência do devedor, com base no art. 94, da LRE (art. 62, da LRE). Ramos (2014, p. 742), portanto, conclui:

[...] ainda que o processo de recuperação judicial venha a ser extinto por sentença, nos termos do art. 63, poderão os credores, caso alguma obrigação do plano seja descumprida, requerer a decretação da falência do devedor, fundamentando seu pedido no art. 94, III, alínea g, da LRE.

Cumpridas as obrigações vencidas no prazo de 2 (dois) anos, portanto, o juiz decretará, por sentença, o encerramento da Recuperação Judicial, determinando, conforme art. 63, da LRE:

- I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do caput deste artigo;
- II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas;
- III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor;
- IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial;
- V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

O pagamento dos credores e a conseqüente satisfação de todas as obrigações assumidas no plano de acordo autorizam o devedor a requerer, junto ao Judiciário, uma sentença que determine o encerramento da Recuperação Judicial. Esta, por sua vez, não é declaratória de extinção das obrigações do devedor, declara apenas que o plano foi cumprido.

Dos dispositivos legais expostos e tomando como base o princípio da preservação da empresa vê-se, portanto, um nítido incentivo à busca pelo processo recuperacional em detrimento do encerramento das atividades (este, realizado por meio da abertura do processo falimentar). Sabe-se quão prejudicial pode ser a Falência e, em alguns casos, representa maior desvantagem, sobretudo para os credores, cujos créditos podem não ser adimplidos, em virtude do esgotamento de recursos da empresa falida.

A Recuperação de Empresa possibilita, desse modo, a manutenção da estrutura organizacional e societária, além da continuação da atividade econômica de circulação de bens e/ou prestação de serviços. Some-se a isso o fato de que, apesar de uma empresa ter

atravessado determinada crise ou má gestão, a recuperação possibilita que esta não fique totalmente comprometida.

3.3 CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Falência e Recuperação Judicial de empresas são denominadas de procedimentos concursais, tendo em vista que de um lado concorre a empresa devedora, e do outro, a totalidade de seus credores. Essa totalidade de credores, portanto, é o que justifica serem a Falência e a Recuperação Judicial denominados de “juízos universais” ou “juízos concursais”, dando maior ênfase à jurisdição, do que à ação ou ao procedimento. Tal força atrativa (*vis atrativa*) é determinante para harmonizar o interesse do devedor, falido ou em recuperação, e de seus credores.

Mamede (2013, p. 406) explica:

Essa regra geral de submissão ao juízo universal conhece, no entanto, exceções. Dois grandes grupos: (1) obrigações que não são exigíveis do devedor, na hipótese de recuperação judicial ou de falência; e (2) obrigações que não são atraídas pelo juízo universal. No primeiro grupo, listam-se as despesas que os credores fizeram para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor, além das obrigações a título gratuito [...]. Para além das obrigações que não são atraídas para o juízo universal, há dois outros tipos de obrigações. Em primeiro lugar, o artigo 187 do Código Tributário Nacional, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 118/05, estabelece que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita ao concurso de credores, excluindo, portanto, sua submissão ao juízo da falência e da recuperação judicial de empresas. Em segundo lugar não estão sujeitos aqueles titulares de obrigações inseridas em relações jurídicas nas quais ocupam a posição de proprietário de bem jurídico. (grifo nosso).

Nem todos os credores do devedor, contudo, estão sujeitos aos efeitos da Recuperação Judicial, caso ela venha a ser concedida, a despeito do que preceitua o art. 49, da LRE, segundo o qual “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.”

Vale ressaltar que não serão abrangidos pelo acordo de Recuperação Judicial os créditos: 1) de natureza tributária (art. 57, da LRE c/c art. 187, do CTN); 2) dos credores do devedor (em Recuperação Judicial) contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso

(art. 49, § 1º, da LRE); 3) decorrentes de importâncias entregues ao devedor como adiantamento em contrato de câmbio para exportação – ACC (art. 49, § 4º, c/c art. 86, II, da LRE); 4) do arrendador mercantil (contrato de *leasing*), do proprietário fiduciário, do promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, do proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (art. 49, § 3º, da LRE). E, de acordo com Teixeira (2016):

Isso se dá em razão da preservação do direito real sobre a propriedade do bem, que tem o alienante ou promitente em detrimento do adquirente pelo fato de ter havido um inadimplemento contratual deste. Assim, **esses credores poderão exercer seus direitos contra o devedor a margem do processo de recuperação, podendo efetuar cobrança, execução, reintegração de posse ou busca e apreensão, a depender do caso.** Mas vale esclarecer que o exercício destes direitos assegurados a estes credores poderá inviabilizar a recuperação judicial da empresa, especialmente se grande parte de sua dívida tiver relação com estes credores. (grifo nosso).

Partindo-se das exclusões de que tratam os §§3º e 4º, do art. 49, da LRE, entende Ramos (2014) tratar-se, basicamente, de créditos bancários. Segundo ele, “a nova legislação falimentar deu tratamento privilegiado a esses créditos, determinando que eles não se submetem aos efeitos da Recuperação Judicial. O objetivo foi dar mais segurança ao crédito bancário no Brasil, e com isso tentar diminuir os juros dessas operações (o chamado *spread*).” (RAMOS, 2014, p. 679)

As justificativas para a exclusão de determinada categoria dos créditos abrangidos pela Recuperação Judicial são diversas. Entre esses créditos excluídos, por exemplo, tem-se os créditos constituídos após o pedido. Segundo Almeida (2007, p. 321):

[...] nem poderia ser de outra forma. Estes devem ser pagos nas datas fixadas para o seu vencimento. São exatamente os créditos de fornecedores que, após a distribuição do pedido de recuperação, continuaram dando sua contribuição para o soerguimento da empresa. A recuperação de qualquer empresa está diretamente ligada aos financiamentos bancários e ao fornecimento de mercadorias, sem o que se tornará inviável a manutenção das atividades empresariais.

No tocante aos bens de capital, mencionados no art. 49, §3º da referida lei, sobre os quais recai a garantia da alienação fiduciária, não podem ser retirados da sociedade que está em Recuperação Judicial enquanto não esgotado o prazo de suspensão das execuções, qual seja, 180 (cento e oitenta) dias.

A expressão “bem de capital”, na visão de Coelho (2008), tem sido entendida de modo restrito pelo Poder Judiciário, referindo-se apenas aos insumos que não se transferem, na circulação de mercadoria, aos adquirentes ou consumidores dos produtos fornecidos ao mercado pela empresa devedora. A matéria-prima, portanto, não seria considerada bem de capital, embora seja insumo. Se o escopo é proteger a posse da sociedade empresária em recuperação sobre bens imprescindíveis ao exercício de sua atividade, está fora desse grupo, portanto, os insumos incorporados aos produtos fabricados ou comercializados, haja vista a mesma sociedade recolocá-los na cadeia de circulação de mercadorias.

Nesse sentido, faz-se oportuno destacar a decisão prolatada pelo TJ/SP (2008) no Agravo de Instrumento 1227167-0/3, segundo a qual, “[...] bens de capital ou de produção são aqueles não consumidos no processo produtivo, aptos a gerar riquezas. Trata-se, por exemplo, de máquinas e equipamentos, bem como de veículos.” Segue ementa:

O fertilizante dado em alienação fiduciária constitui matéria-prima, consumida no processo produtivo ou comercializada na indústria do agronegócio, e não bem de capital, razão pela qual não se aplica a exceção prevista na parte final do art. 49, § 3º da Lei 11101/05. Recurso improvido. (TJ-SP - AG: 1227167003 SP, Relator: Gomes Varjão, Data de Julgamento: 15/12/2008, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/01/2009). (grifo nosso).

Coelho (2008) excetua, por oportuno, o fato de que havendo o critério de “paralisação das atividades empresariais” como definidor dos bens de produção, poderá haver casos, portanto, em que o insumo se classifique na categoria de bens, mesmo sendo este incorporado aos produtos comercializados ou fabricados.

Vê-se, pois, que apesar do que está disposto no caput, do art. 49, da LRE, a regra não é absoluta, haja vista as exceções, quais sejam: créditos nos quais o credor tenha posição de fiduciário, seja de bens móveis ou imóveis; créditos decorrentes de arrendamento mercantil; créditos no qual o credor seja promitente vendedor em cujo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade; créditos decorrentes de venda com reserva de domínio; créditos decorrente de adiantamento de contrato de câmbio e créditos fiscais (art. 49, §§ 3º e 4º, da LRE).

No tocante ao desdobramento do conceito de habilitação de créditos e sua finalidade, é importante destacar, inicialmente, que uma das características mais marcantes do passivo de uma empresa é a sua indeterminação. Sabe-se que no exercício de uma atividade empresarial, há a contração de dívidas, algumas inerentes ao seguimento da atividade (débitos trabalhistas, tributários, entre outros); outras, destinadas a financiar o empreendimento (a exemplo da

contratação de empréstimos). Independentemente do fundamento do passivo, certo é que sua determinação é difícil de ocorrer. É comum que o próprio empresário, por vezes quem mais conhece seu negócio, não tenha noção exata de quanto está devendo, seja em relação à existência, seja no tocante ao montante (PEREIRA, 2011). Diante desse cenário, pois, que estão as habilitações de créditos individuais de cada credor, bem como o procedimento para verificação dos créditos.

Mamede (2013, p. 409) afirma que:

Sem habilitar o seu crédito no procedimento coletivo, o credor não poderá exercer os direitos respectivos. Essa habilitação pressupõe a verificação da adequação do crédito para o procedimento, sendo descartadas as pretensões que não atendam aos requisitos legais. Trata-se um procedimento de vital importância [...].

Em linhas gerais, tem-se que a verificação de créditos é realizada pelo administrador judicial (podendo ter o auxílio de profissionais especializados) e toma como base os livros contábeis apresentados, os documentos comerciais e fiscais do devedor, bem como os documentos apresentados pelos credores (art. 7º, da LRE), parte mais interessada no procedimento. A relação feita estará disposta no edital que confere publicidade à constituição do chamado “juízo universal”, ou seja, o edital que informa o deferimento do pedido de Recuperação Judicial (art. 52, caput, da LRE).

Os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data da publicação do edital, para apresentar ao administrador judicial as suas respectivas habilitações ou as suas divergências quanto aos créditos relacionados (art. 7º, §1º, da LRE). Aqueles, portanto, que não cumprirem tal prazo, terão suas habilitações de crédito recebidas como retardatárias (art. 10, da LRE). Na Recuperação Judicial, dessa forma, os titulares dos mencionados créditos retardatários, com exceção dos créditos provenientes da relação de trabalho, não terão direito ao voto nas decisões proferidas pela Assembleia Geral de Credores (art. 10, §1º, da LRE).

Pertinente é a observação de Pereira (2011) ao afirmar que, conquanto não haja preclusão do direito dos credores retardatários ingressarem no feito, cessa para este o direito de ser tratado igualmente aos outros credores (cerne do já mencionado princípio da *par conditio creditorum*). Terá, pois, que suportar restrições em seu poder de interferência nos órgãos deliberativos da Falência ou Recuperação, bem como cerceamento nos rateios a

receber. Por fim, nos termos do art. 10, §§ 5º e 6º, da LRE, haverá trâmites diferenciados para tratar da habilitação retardatária, de acordo com a época em que foram apresentadas.

Com base nas verificações e habilitações de crédito, o administrador judicial completará ou alterará a relação de credores e créditos, devendo publicá-la por edital no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar do fim do prazo que se concedeu para habilitação de crédito ou divergências. Nesse novo edital, além da nova lista de credores, serão indicados local, horário e o prazo comum em que o comitê de credores, qualquer credor, o devedor ou seus sócios, ou mesmo o Ministério Público terão acesso aos documentos fundamentais da feitura dessa relação (art. 7º, §2º, da LRE). A partir desta publicação (onde constam os créditos verificados e habilitados), inicia-se um prazo de 10 (dez) dias para possível apresentação de impugnação aos créditos elencados (art. 8º, da LRE). Sem impugnações, o juiz homologará a relação dos credores constantes do edital anterior como quadro geral de credores (art. 14, da LRE).

Havendo impugnações, estas serão dirigidas ao juiz através de petição devidamente instruída com os documentos que tiver o impugnante, o qual indicará as provas consideradas necessárias (art. 13, da LRE). Os credores que tiveram seus créditos impugnados serão chamados para contestar a impugnação, no prazo de 5 (cinco) dias, juntando os documentos que tiverem e indicando outras provas que repute relevantes (art. 11, da LRE). O administrador judicial será responsável pela consolidação do quadro-geral de credores, a ser homologado pelo juiz, com base na relação dos credores a que se refere o art. 7º, § 2º, desta Lei e nas decisões proferidas nas impugnações oferecidas (art. 18, da LRE).

Por fim, o quadro geral de credores, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, citará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da Recuperação Judicial ou da decretação da falência. Será, por conseguinte, juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações (art. 18, parágrafo único, da LRE).

Em um breve resumo, portanto, da Recuperação Judicial no que diz respeito aos seus créditos, observa-se que, estando a documentação completa para a sua concessão, nos termos da lei, o juiz defere o processamento do pedido através de despacho (art. 52, da LRE), a partir do qual, várias medidas serão tomadas no decorrer do processo, como já mencionado. Destacam-se, por oportuno, os efeitos produzidos pelo despacho no tocante aos credores comerciais, trabalhistas e tributários.

Diferentemente da Concordata Preventiva, cuja espécie dilatória limitava em 24 (vinte e quatro) meses o pagamento dos créditos comerciais (art. 156, § 1º, II, da LFC), na

Recuperação Judicial, estes devem ser pagos com seus acréscimos sem data limite para tal. Além do exposto, a LRE inovou ao enumerar no seu art. 50 mecanismos de recuperação da empresa, propondo soluções para o devedor superar a crise, configurando outra mudança, haja vista que a Concordata Preventiva, nesse aspecto, era restrita, pois previa apenas a remissão dos créditos ou a dilação dos prazos (art. 156, parágrafo único, da LFC) como alternativas para solução do passivo.

No tocante aos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, vencidos até a data do pedido de Recuperação, a LRE estipulou que o plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para o seu pagamento. Além disso, não poderá prever prazo que exceda 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido do instituto recuperatório, configurando-se, pois, uma tutela aos interesses dos trabalhadores (art. 54, da LRE).

Em relação aos créditos tributários, entretanto, surgem as discussões, tendo em vista que optou o legislador não abarcá-los na Recuperação Judicial (art. 6º, § 7º, da LRE), tornando-se um grande entrave ao cumprimento dos princípios da LRE, dentre eles o princípio da preservação da empresa.

4 EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Com o advento da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, houve intensa discussão sobre os impactos de suas previsões nas relações tributárias, fato que culminou com a alteração de alguns dispositivos do Código Tributário Nacional (CTN), através da Lei Complementar nº 118/2005, a exemplo da inclusão dos §§ 3º e 4º, no art. 155-A, prevendo a necessidade de instituição, por lei, de parcelamento especial para a empresa em Recuperação Judicial. A Lei Complementar, dessa forma, buscou adequar as disposições dos respectivos âmbitos normativos.

Apesar do cuidado em atualizar as regras a respeito da relação jurídica de direito material entre o Fisco e o contribuinte, decorrente das inovações trazidas pela LRE, o mesmo não se pode dizer no tocante ao processo de cobrança da obrigação tributária⁷. Cobrada através de execução fiscal, definida como “ação exacional do Fisco por excelência, por meio da qual a tutela jurisdicional é provocada para que sejam promovidos atos tendentes à invasão e alienação patrimonial para a satisfação do crédito tributário” (CATUNDA, 2013, p. 2). A empresa em recuperação poderá sofrer grandes impactos, tendo em vista a não suspensão destas execuções, face o que dispõe o mencionado art. 6º, § 7º, da LRE.

4.1 DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Inicialmente, percebe-se que, da leitura dos dispositivos da LRE, o crédito tributário não participa do concurso de credores, assim como sua quitação não pode ser objeto do plano de Recuperação Judicial. Tal observação é confirmada por meio do art. 187, parágrafo único, do CTN, cujo conteúdo diz respeito à possibilidade de concurso de credores em dívida tributária, ocorrendo apenas entre as pessoas jurídicas de Direito Público, na seguinte ordem: União, Estados e Distrito Federal, e Municípios, sendo que nas duas últimas opções a concorrência é conjunta e pró-rata.

⁷ Miranda (2013, p. 25) assim dispõe: Segundo a Teoria adotada no Código Tributário nacional, quando a situação fática se subsume ao fato gerador previsto em lei, nasce a obrigação tributária. Tal obrigação consiste num vínculo jurídico transitório entre o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor) e tem por objeto uma prestação em dinheiro.

Dito isto, sabe-se que apesar de comumente uma empresa em Recuperação Judicial ser devedora do Fisco em razão de uma dívida não tributária, o que ocorre, na maioria dos casos, é que os débitos destas provem do não pagamento de créditos tributários, levando-se em conta até mesmo os problemas financeiros que lhe são inerentes quando em crise. Crédito tributário é, portanto, a denominação dada ao crédito da Fazenda Pública ou ente parafiscal, inicialmente apurado em um procedimento administrativo (lançamento), que lhe dá certeza, liquidez e exigibilidade, impondo ao contribuinte (ou responsável) a obrigação de pagar determinado tributo (DIAS NETO, 2015).

Observa-se, ainda, que tal crédito era tratado em dois momentos distintos quando da vigência da legislação antiga, o Decreto-lei 7.661/45 e o Decreto-lei 858/69. O art. 174, do Decreto-lei 7.661/45, bem como o art. 191, do Código Tributário Nacional, estabeleciam que a concessão da Concordata estava sujeita à prova da quitação dos tributos referentes à atividade mercantil do concordatário, previsão que tornava praticamente impossível o cumprimento da Concordata Preventiva, dando ensejo à reiterada prática de desistir do instituto como única alternativa para evitar a quebra.

O segundo momento era referente ao ajuizamento da Concordata, de modo que o devedor deveria provar a inexistência de execução fiscal ajuizada em seu nome (art. 3º, do DL 858/69). Caso contrário, o parágrafo único do aludido dispositivo, previa que teria efeito de certidão negativa aquela que, mesmo acusando Executivo Fiscal proposto, viesse acompanhada de prova da existência de penhora aceita, mediante certidão expedida pelo Cartório ou Secretaria do Juízo respectivo, ou seja, caberia ao devedor provar a existência de penhora aceita pela Fazenda Pública.

Em uma breve análise da Lei 11.101/05, percebe-se, pois, que esta apenas suprimiu a exigência mencionada no DL 858/69, mantendo – à paridade do art. 174 do DL 7.661/45 – a comprovação da regularidade do crédito tributário para a concessão da Recuperação Judicial, nos termos do art. 57:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-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 nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

De maneira igual, portanto, o CTN previu, em seu art. 191-A, com a redação dada pela Lei Complementar 118/2005, que a “a concessão de recuperação judicial depende da

apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.” Estabelece-se, dessa forma, um problema, haja vista o que dispõe o art. 6º, §7º, da LRE, no sentido de não haver suspensão das execuções fiscais contra o devedor:

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

[...]

§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.

Guimarães (2006, p. 11), em uma análise crítica sobre os entraves à efetivação da LRE, assim dispõe:

É lamentável que o novo instituto da recuperação, de tanta relevância social, possa não ter incluído os créditos tributários dentre aqueles sujeitos à sua jurisdição. **Como solucionar a situação de uma empresa em crise se o seu passivo fiscal fica à margem do processo? [...] quando o empresário encontra-se em dificuldades financeiras, são exatamente os tributos e encargos financeiros aqueles que primeiro deixam de ser pagos ou recolhidos.** Pretender resolver a crise da empresa sem que a Fazenda Pública possa dar a sua contribuição é um retrocesso. **Se a empresa tem uma função social a ser preservada, o Estado deve ser o primeiro interessado na manutenção da atividade produtiva, na manutenção dos empregos e no aumento da arrecadação.** É inconcebível que o Fisco, além de não contribuir para a recuperação, frise-se, *coloque em risco* o salvamento da empresa, caso o parcelamento, conforme previsto no art. 68, não seja deferido. Tal postura não se coaduna com o Estado moderno voltado para os interesses sociais. (grifos nosso).

Nas palavras de Fázio Júnior (2008, p. 21), “se é verdade que a proteção do crédito mantenedor da regularidade do mercado é um intento que precisa ser perseguido, não é menos verdade que o interesse socioeconômico de resguardar a empresa [...] prevaleça sobre quaisquer outros [...]”. Sendo assim, a exceção contida no §7º, do art. 6º, da LRE, mostra-se incoerente com os objetivos da própria lei, haja vista que a não suspensão das execuções fiscais pode interferir no processo de recuperação pelo qual a empresa atravessa. Isso porque a atividade judicial executiva que segue em curso será conduzida no intuito de haver constrição e alienação do patrimônio do devedor, com vistas à satisfação do crédito tributário, podendo recair tais medidas sobre bens eventualmente comprometidos no plano recuperacional da empresa.

Cabe ressaltar, por oportuno, que o princípio da praticabilidade da tributação é o princípio responsável por autorizar tais medidas pelo Fisco, ou seja, ele “[...] se traduz na possibilidade de que, no inadimplemento, o Fisco vá atrás de métodos para satisfazer o débito, o que se verifica, sobretudo, através da execução” (DIAS NETO, 2015, p. 20). Dessa forma, esse princípio confere ao tributo a característica deste ser exequível, ou seja, fundamenta a possibilidade de a Fazenda alienar bens dos contribuintes devedores a fim de satisfazer o débito exequendo.

Nota-se que, apesar da LRE ter um objetivo nobre, ao prever a possibilidade de reerguimento das empresas, a situação do Fisco como credor apresenta situações antagônicas dentro do texto legal. O art. 52⁸, II, da referida lei, por exemplo, bem como seu art. 60, mostram-se como forma de auxílio ao princípio da preservação da empresa.

Detalhando o art. 60, da LRE, tem-se que:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Dias Neto (2015, p. 21) expõe que, “ao analisar o que fora exposto pela primeira vez, é comum pensar na alienação livre de ônus como sendo uma desvantagem para a recuperanda, uma vez que apenas liquida parte de seu ativo sem se desonerar de outras dívidas”. Coelho (2010), contudo, explica que se a lei não excetuasse expressamente a sucessão do adquirente, o mais provável é que ninguém se interessasse por adquirir determinada filial ou unidade posta à venda (haja vista os ônus que viriam com ela) e, nesse caso, a recuperação não seria alcançada, perdendo-se, inclusive, os credores.

Vê-se, portanto, que há a possibilidade de venda dos bens da empresa devedora, estabelecimentos ou filiais isoladas de forma livre e sem qualquer possibilidade de ônus, o que configura uma vantagem para o devedor, diferentemente das inúmeras desvantagens que o legislador previu, muitas delas em dissonância com os próprios objetivos da LRE, a

⁸ Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: II - determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei.

exemplo, portanto, dos mencionados arts. 57 e 6º, §7º que acabam por embarçar o prosseguimento da Recuperação Judicial.

Por fim, merece destaque Harada (2015), quando trata das barreiras que permeiam a atividade empresarial no Brasil, haja vista a alta carga tributária ser uma delas:

É público e notório que o contribuinte brasileiro é obrigado a conviver com um sistema tributário complexo, confuso e dispendioso que lhe rouba anualmente 3.600 horas de trabalho só para dar cumprimento às obrigações tributárias, acessórias e principais. Por essa razão, o Brasil vem subindo no *ranking* de países mais burocratizados e sendo ao mesmo tempo rebaixado a cada ano que passa no *ranking* de competitibilidade de seus produtos e serviços mercado internacional globalizado.

Há que se ter em mente, portanto, uma necessária harmonização entre os objetivos pretendidos pela LRE (bem como a importância que a Constituição Federal atribuiu aos agentes econômicos) com a realidade conjuntural das empresas, tendo em vista que uma das dificuldades econômico-financeiras destas, em geral, tem raiz exatamente na elevada carga de tributos e na complexidade do sistema tributário vigente, cuja operacionalização mostra-se difícil, sobretudo quando se analisa o crédito fiscal na Recuperação Judicial.

4.2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A EXECUÇÃO FISCAL: POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

O deferimento do processamento da Recuperação Judicial, como já mencionado, suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor pelo prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação do edital anunciando o deferimento (art. 6º, § 4º c/c art. 52, § 1º, da LRE). Essa suspensão, contudo, não se estende às execuções de natureza fiscal (art. 6º, § 7º, da LRE), tendo em vista que o crédito tributário não se submete à Recuperação Judicial.

O art. 187⁹, do CTN, no mesmo sentido, assim dispõe: “ a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”. Em consonância com o exposto, tem-se o

⁹ “Embora esse artigo esteja inserido no CTN, que foi editado para regular a relação de direito material entre o Fisco e o contribuinte, seu conteúdo tem natureza processual, pois fixa a competência jurisdicional para a cobrança da dívida tributária.” (CATUNDA, 2013, p. 10)

art. 29, da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF) que estabelece que: “a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.” Com relação aos artigos supramencionados, Souza (2007, p. 872) explica:

Significa a desnecessidade de habilitação do crédito tributário nos juízos universais a que a regra se reporta, assegurada à Fazenda Pública a execução de seus créditos através de ação própria, perante juízo, cuja competência é fixada de acordo com as regras pertinentes (art. 578¹⁰, CPC), excluída a competência de qualquer outro, por mais abrangente ou especializado que seja.

Em posição contrária ao dispositivo que prevê a não suspensão do crédito tributário, Paiva (2005, p. 134) entende que:

Fica criada uma proteção injustificável para a Fazenda Pública, proteção essa nociva aos interesses da lei, que é a manutenção da unidade produtiva, pois na prática exclui os créditos fiscais da recuperação judicial (o que não acontece com nenhum outro credor), quando se sabe que uma das maiores causas da ruína das empresas é justamente a alta carga tributária. [...]. **O prosseguimento da execução fiscal com a penhora de bens da empresa devedora, durante o prazo de negociação do plano de recuperação com os demais credores poderá inviabilizar a recuperação.** (grifo nosso).

Sabe-se que a finalidade da suspensão dos prazos prescricionais é fazer com que a empresa aproveite esse tempo para se reerguer, reorganizar suas atividades de modo a iniciar o plano de Recuperação Judicial, ou mesmo concedê-la momentos de sossego (PEREIRA; OLIVEIRA, 2015). No entanto, vê-se que a exceção prevista no art. 6º, § 7º, da LRE, não se mostra coerente com a base principiológica sob qual fora editada a LRE, pois o magistrado que estivesse conduzindo as ações executivas do Fisco propostas em face da empresa devedora em Recuperação Judicial pode dar pleno prosseguimento à cobrança do tributo, inclusive com a constrição de bens que, eventualmente, estejam comprometidos com o plano recuperacional. Não há um “sossego”, como mencionado, mas sim, uma pressão ainda maior sobre o empresário ou sociedade empresária.

Sobre a realização do crédito tributário pelo Estado, Fux (2001, *apud* CATUNDA, 2013, p. 2) explica que:

¹⁰ Artigo correspondente no novo Código de Processo Civil: art. 46, §5º.

Na execução, o Estado-juiz não se limita a pronunciar que A deve a B, senão a fazer com que o devedor pague ao credor, voluntariamente ou através dos meios executivos utilizados nesta espécie de processo e que visam a conferir à parte o mesmo resultado que ela obteria se houvesse o cumprimento espontâneo da obrigação.

É o mencionado princípio da praticabilidade da tributação, que assegura ao Estado mecanismos de busca a fim de satisfazer o seu crédito. Nesse sentido, Paulsen (2012, p. 79) assim dispõe:

A atribuição de competência tributária aos entes políticos ocorre para que possam, legitimamente, buscar recursos no patrimônio privado para fazer frente aos gastos públicos com custeio e investimentos. O exercício da tributação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento. Só se admite a intervenção no patrimônio das pessoas porque é necessário para o financiamento das atividades que cabe ao Estado promover. É essencial, por isso, que a tributação ocorra por mecanismos que lhe permitam chegar aos seus objetivos do modo mais simples, econômico, confortável e eficiente possível. É necessário, assim, que as leis tributárias sejam aplicáveis, de modo que a apuração dos créditos seja viável e que o Fisco disponha de mecanismos que reduzam o inadimplemento e a sonegação, bem como facilitem e assegurem a fiscalização e a cobrança. (grifo nosso).

Percebe-se, entretanto, que a aludida regra que permite a continuidade da execução fiscal, bem como os meios de que o Fisco dispõe para tal, choca-se na previsão legal que permite a livre disposição de uma parcela dos bens da empresa devedora para a quitação das dívidas com os credores particulares, previsão esta que, inclusive, compõe o rol de medidas de recuperação da empresa, elencados no art. 50, da LRE (nota explicativa nº 5).

Ainda na esteira das incongruências entre a questão dos créditos tributários e a Recuperação Judicial, faz-se necessário destacar o art. 5º, da LEF. Utilizando-se, ainda, da obsoleta expressão “Concordata” no lugar de “Recuperação Judicial”, assim dispõe: “a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário”.

Entretanto, diante da influência determinante do princípio da preservação da empresa que se encontra em estado de recuperação, há uma nítida relativização do cenário esculpido pelo CTN e pela LEF, de modo que as ações do Fisco continuam a tramitar nas varas ou juízos de execução fiscal, contudo, a satisfação do crédito tributário passa a sofrer interferência direta da LRE, haja vista que a empresa tem o direito de continuar

desenvolvendo suas atividades e cumprir o plano recuperacional que foi homologado pelo juízo competente para processá-la.

Diante dessa problemática, portanto, várias decisões judiciais têm adotado o posicionamento segundo o qual, apesar da continuidade das execuções fiscais com o deferimento do instituto da Recuperação Judicial, os atos de alienação ou de constrição dos bens comprometidos com o plano recuperacional deverão ser efetuados somente com a concordância do Juízo onde se processa a referida Recuperação, configurando a mencionada relativização da preeminência do crédito fiscal diante de empresa em Recuperação Judicial.

Nesse sentido, tem-se a decisão do STJ (2015), no julgamento dos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no conflito de competência nº 128618 MT 2013/0192734-0:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DE ENCERRAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. **JUÍZO ACERCA DA ESSENCIALIDADE OU NÃO DO BEM. AO FUNCIONAMENTO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA.** OMISSÃO CONFIGURADA. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. CONFLITO CONHECIDO. 1. Depreende-se do art. 535, I e II, do CPC que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição ou omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado. 2. Verificada a presença de omissão no julgamento, possível conferir efeitos modificativos aos embargos de declaração a fim de extirpar o vício. 3. **Como ainda não ocorreu o trânsito em julgado da sentença de encerramento da recuperação judicial, o Juízo falimentar continua atraindo para si as decisões acerca do patrimônio da empresa devedora.** 4. Outrossim, "até que seja editada a Lei prevista no § 3º do art. 155-A do CTN, embora as execuções fiscais não sejam suspensas com o deferimento da recuperação judicial, os atos de alienação ou de constrição que comprometam o cumprimento do plano de reorganização da empresa somente serão efetivados após a anuência do Juízo da recuperação judicial". (AgRg no CC 129.622/ES, SEGUNDA SEÇÃO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 24/09/2014, DJe 29/09/2014). 5. **O juízo de valor acerca da essencialidade ou não do bem ao funcionamento da empresa cumpre ser realizada pelo Juízo da recuperação judicial, que tem acesso a todas as informações sobre a real situação dos bens da empresa em recuperação judicial.** 6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer do conflito e declarar competente o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Várzea Grande/MT. (STJ - EDcl nos EDcl no CC: 128618 MT 2013/0192734-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/03/2015, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/03/2015). (grifos nosso).

Ainda que a execução fiscal, portanto, não seja suspensa com o deferimento da Recuperação Judicial, os atos de alienação referentes ao patrimônio social das empresas em recuperação estão submetidos ao juízo universal, tendo em vista o fim maior da LRE, ou seja, a preservação da empresa.

Catunda (2013, p. 12), complementa:

[...] Não que seja afastada a execução fiscal como processo adequado para a cobrança do crédito tributário ou a jurisdição própria para o seu processamento, mas os atos tendentes à constrição e alienação do patrimônio da empresa em recuperação judicial produzidos na execução fiscal ficam restringidos. Isto, por força do que dispõe o mencionado artigo 47 da Lei Federal no 11.101/2005, que assegura o princípio da preservação da empresa e, ainda, pelo conteúdo do seu artigo 83 que indica a ordem de preferência para pagamento dos créditos existentes contra o devedor e que colocou o crédito tributário em “quarto lugar”. A ordem de classificação dos credores com a nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência sofreu profunda alteração, pois, a partir dela, preferem ao crédito tributário, (i) os créditos derivados da legislação do trabalho (limitados a 150 salários-mínimos por credor), (ii) os créditos decorrentes de acidentes de trabalho e (iii) os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado. (grifo nosso).

Ainda quanto à proibição de atos que atentem contra o princípio que garante a continuidade da atividade empresarial, relevante se faz o posicionamento da Ministra Nancy Andrigui em uma decisão do STJ (2012), no julgamento do Recurso Especial nº 1166600 RJ 2009/0225326-2:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TRANSFERÊNCIA DE VALORES LEVANTADOS EM CUMPRIMENTO DE PLANO HOMOLOGADO. GARANTIA DE JUÍZO DE EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE SIMULTÂNEO. INVIABILIZAÇÃO DO PLANO DEREcupERAÇÃO JUDICIAL. 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 da homologação do plano aprovado, 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 inviabilizem a recuperação judicial, ainda que indiretamente resulte em efetiva suspensão do procedimento executivo fiscal por ausência de garantia de juízo.** 3. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1166600 RJ 2009/0225326-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/12/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/12/2012). (grifo nosso).

Em que pese ter sido proferida há três anos, vê-se que a referida decisão está em consonância com os recentes julgados desta Corte. Veiculada no Informativo nº 512/2013, o STJ observou, na ocasião desta decisão, que, apesar de a execução fiscal contra a empresa em Recuperação Judicial não ser suspensa pelo deferimento do processamento recuperatório, tampouco pela homologação do plano recuperacional aprovado, os valores nele previstos e essenciais à sua execução, não poderiam ser transferidos ao juízo da ação executiva com o intuito de garantir a satisfação do crédito fazendário, tendo em vista que tal medida tornaria dificultosa a recuperação da empresa, cuja manutenção traduz-se em interesse de ordem pública.

Do exposto, observa-se que a falta de bens sobre os quais possa recair a penhora, por exemplo, pode dar ensejo à suspensão da execução fiscal¹¹, sempre que as únicas verbas que poderiam garantir o juízo da execução não puderem ser transferidas a este por serem essenciais ao cumprimento do plano aprovado e homologado. Percebe-se, dessa forma, que se a empresa, ainda dotada de viabilidade econômica, cumprir o plano de recuperação proposto, a execução fiscal, posteriormente, pode ser retomada. Tal falta não ensejaria, portanto, a insolvência do devedor perante a Fazenda.

Mamede (2012, p. 44), ressaltando o princípio da preservação da empresa como um dos pilares para a predominância do juízo universal da Recuperação Judicial, mesmo quando mostrar prejuízo para a Fazenda Pública, afirma:

A previsão de que a cobrança do crédito tributário não está sujeita a concurso de credores, nem a habilitação em falência ou recuperação de empresas, não traduz, de forma alguma, uma independência da Fazenda em relação ao *concursum creditorum*, agindo como se nada houvesse ocorrido. Pelo contrário, **o patrimônio empresarial está vinculado ao juízo universal, inclusive em face ao princípio da preservação da empresa.** Assim, (1) caso já tenha havido praça na execução fiscal, mas não tenha havido pagamento à Fazenda, não poderá ela pretender ser paga antes de se verificar se aqueles valores serão necessários para satisfazer aos créditos que têm preferência sobre o crédito tributário; (2) **caso haja bem constrito, ainda não praceado, seu destino dependerá das deliberações tomadas no juízo universal, independentemente de haver ou não praça devidamente marcada; não pode a Fazenda pretender a venda do bem, desconhecendo que ele pode ser vital para a solução adotada no juízo concursal**, a exemplo do trespasse ou arrendamento do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados (artigo 50, VII, da Lei 11.101/05), usufruto da empresa (artigo 50, XIII, da Lei 11.101/05), alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco

¹¹ Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. (Lei 6.830/80 – LEF)

(artigo 140, I, da Lei 11.101/05), e alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente (artigo 140, II, da Lei 11.101/05). (grifos nosso).

A atualidade do mencionado princípio, nos casos de conflito (aparente) com o juízo da execução fiscal, fica evidente, dentre outros julgados, com a recente decisão do TJ/SP, prolatada em 02/03/2016, referente ao Agravo de Instrumento nº 20273670920168260000:

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. (TJ-SP - AI: 20273670920168260000 SP 2027367-09.2016.8.26.0000, Relator: Décio Notarangeli, **Data de Julgamento: 02/03/2016**, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/03/2016). (grifos nosso).

Vê-se, pois, que o princípio da preservação da empresa, sem dúvidas, é o grande norteador da LRE, tendo profundos reflexos no ordenamento jurídico como um todo, uma vez que tem conduzido a jurisprudência e a doutrina acerca da necessidade da manutenção da empresa economicamente viável, ainda que, para isso, haja uma relativização sobre os créditos tributários, restando ao Fisco aguardar o encerramento da Recuperação Judicial para, em momento posterior, buscar atender o seu crédito por meio da constrição de bens ou dinheiro da empresa.

4.3 A INCONGRUÊNCIA DO ART. 57 DA LRE FACE O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Sabe-se que a evolução da economia mundial, mais veloz e interligada economicamente, é uma das consequências da globalização que, em relação ao Direito Empresarial, traduz-se, por exemplo, a partir da nova visão dada à empresa e sua função social, bem como de sua importância socioeconômica. Partindo-se da concepção de que o risco é inerente à atividade empresarial e tendo em vista toda linha evolutiva traçada, foi

necessária a edição de uma Lei que resguardasse a empresa que atravessa crise, bem como toda coletividade que a ela se interliga.

Acerca das crises das quais uma empresa pode ser vítima, Fazzio Júnior (2008, p. 5) aponta que:

Nenhum organismo empresarial é imune às crises. Uns mais, outros menos. Crises prolongadas, crises transitórias. Crises mais profundas, crises superficiais. **A história do organismo empresarial, similar à economia de mercado, é uma sucessão de períodos em que se alternam altos e baixos.** A raiz das crises por que se passa o organismo empresarial também é de matriz diversa. Não há linearidade. (grifo nosso).

No sentido de resguardar esses organismos empresariais é que, atualmente, um dos princípios empresariais mais enaltecidos pela doutrina especializada é o princípio da preservação da empresa, o qual vem sendo amplamente difundido, inspirando alterações legislativas recentes, como própria edição da LRE.

O já mencionado art. 47, da LRE, portanto, sintetiza os objetivos dessa “nova” Lei, quando dispõe que o instituto da Recuperação Judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, com a finalidade maior 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.

Sobre a relevância da empresa, Campinho (2012, p. 126) explica:

Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico social. **É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado.** A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem. (grifo nosso).

Tendo em vista, pois, a relevância da manutenção da empresa viável e diante dos dispositivos legais expostos até aqui, vale destacar, por oportuno, a incongruente previsão do art. 57, da LRE, mencionado alhures. Por meio desse dispositivo, a empresa que pleiteia a

Recuperação Judicial deve, após a juntada aos autos do plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores, apresentar certidões negativas de débitos tributários, em consonância com o que dispõe os arts. 151, 205, 206, do CTN.

A incongruência é nítida, haja vista que diante de uma empresa que atravessa crise econômico-financeira os tributos são, comumente, as primeiras obrigações deixadas de lado em razão, muitas vezes, dos vultosos valores que possuem.

Observa-se que a exigência do art. 57, da LRE, decorre da previsão legal do art. 6º, §7º, do mesmo diploma legal, que prevê a continuidade das execuções fiscais em face da empresa devedora, ou seja, o deferimento da Recuperação Judicial não suspende as ações executivas do Fisco, ressalvada, portanto, a concessão de parcelamento nos termos do CTN e da legislação ordinária específica.

Dessa forma, em virtude do advento da exigência contida no dispositivo retro (art. 57, da LRE), foi editada a Lei Complementar nº 118 de 2005, objetivando a adequação do CTN aos novos ditames da recente legislação empresarial. Dentre as alterações, destaca-se o art. 191-A, do CTN que prevê a vinculação da concessão da Recuperação Judicial à apresentação da certidão negativa de débitos tributários, de que tratam os arts. 205 e 206, do CTN.

Sabe-se que grande parte das empresas que passam por situações de crise econômico-financeira (e, para tanto, buscam a Recuperação Judicial) possuem dívidas com a Fazenda Pública, seja no âmbito municipal, estadual ou federal. Dito isto, portanto, é praticamente impossível para o devedor, apresentar certidões negativas de débitos tributários, conforme a exigência legal (ARAÚJO, 2010).

Neste sentido, Marques (2007, p. 114) expõe que:

Parece haver consenso de que a exigência de apresentação das certidões de regularidade fiscal no início do processo de recuperação inviabilizará a preservação de inúmeras empresas perfeitamente viáveis. **Disponibilizar o inovador instituto da recuperação somente às empresas que estiverem em dia com suas obrigações fiscais é, no mínimo, afastar-se por completo da realidade econômico-financeira que vivenciamos.** (grifo nosso).

Exigir, dessa forma, a apresentação das citadas certidões para que seja deferido o processamento do acordo recuperacional acaba por se tornar uma situação que atrasa ou até impede a Recuperação Judicial. Isso ocorre, pois tal previsão tolhe da empresa a capacidade de exercer o seu direito de se reerguer, tendo em vista que o dispositivo força a mesma a

quitar suas dívidas ou realizar parcelamentos muitas vezes desvantajosos para poder tentar uma Recuperação (PEREIRA; OLIVEIRA, 2015).

Tratando sobre o tema, o Enunciado 55, da 1ª Jornada de Direito Comercial, assim definiu: “o parcelamento de 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 11.101/2005 e no art. 191-A do CTN”.

Diante do exposto, relevante se faz a compreensão do art. 68, da LRE, segundo o qual as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de Recuperação Judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos no CTN. Exatamente por isso, o art. 1º, da Lei Complementar nº 118/05 acrescentou os §§ 3º e 4º, ao art. 155-A, do CTN para adequar os dois diplomas normativos, nos seguintes termos:

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

[...]

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei específica. (grifo nosso).

Até o novembro de 2014, portanto, quando foi promulgada a Lei 13.043/14, a apresentação da certidão negativa de débitos tributários para que as empresas obtivessem a concessão da Recuperação Judicial não era exigida em sua plenitude, pois não havia sido criado, até então, um parcelamento específico para empresas nessa situação. Machado (2015) explica:

Desta forma, **os juízes aplicavam o entendimento de que a empresa em recuperação judicial não poderia ser penalizada pela inércia do Poder Legislativo** quando chegasse o momento de apresentar suas certidões negativas, dispensando a aplicação do artigo 57 da Lei 11.101/05, que, em princípio, traz a determinação para exibição daqueles documentos. (grifo nosso).

Tomando como base o quadro de incertezas instaurado com o advento da LRE e a consequente exigência do art. 57, Araújo (2010, p. 52) afirma:

Diante do maior rigor adotado pela lei atual, que transforma a apresentação das certidões em requisito para a própria concessão do regime especial, não será de causar surpresa o fato de a jurisprudência [...] conceder-se a recuperação judicial a despeito da falta de certidões negativas apresentadas pelo devedor. **A flexibilização da regra pela jurisprudência talvez seja a única forma de evitar a total inviabilização do sistema de recuperação que pode decorrer da aplicação isolada do art. 57.** [...] Desde o início da lei, verifica-se que, de fato, a jurisprudência tem se orientado no sentido de conceder a recuperação judicial, mesmo ante a ausência de certidões negativas, ou positivas com efeito de negativas. Os fundamentos adotados para tais decisões são, desde a não aprovação, até a presente data, da lei destinada a prever programas especiais de parcelamento para empresas em recuperação, até o interesse público na recuperação, que encontraria fundamento constitucional. (grifo nosso).

A flexibilização da regra do art. 57, da LRE, pela jurisprudência tendo em vista o fim maior de preservar a empresa foi o que se observou, de fato, durante um bom tempo nos Tribunais brasileiros, a despeito do julgado a seguir, proferido pelo TJ-MG (2009), em sede de Agravo de Instrumento nº 10079.07.371306-1/002:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL - LEI 11.101/05 - IMPUGNAÇÃO CRÉDITO - MOMENTO OPORTUNO - INTEMPESTIVIDADE - APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL - FLEXIBILIZAÇÃO - PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO - OBSERVÂNCIA. [...] **A exigência do art. 57 da Lei de Recuperação de Empresas deve ser mitigada tendo em vista o princípio de viabilização da empresa de que trata o art. 47, bem como diante da inexistência de lei específica que regule o parcelamento de débitos fiscais das empresas em recuperação (art. 68 da Lei 11.101/05).** O processo de recuperação judicial visa conciliar os interesses da empresa recuperanda e dos seus credores, pelo que devem ser observadas as exigências traçadas no plano de recuperação judicial aprovado pela Assembléia Geral de Credores, com a anuência da devedora. (TJ-MG 100790737130610021 MG 1.0079.07.371306-1/002(1), Relator: HELOISA COMBAT, Data de Julgamento: 29/09/2009, Data de Publicação: 16/10/2009). (grifo nosso).

No mesmo sentido, tem-se a seguinte decisão do STJ (2014), no julgamento do Recurso Especial nº 1173735 RN 2010/0003787-4:

DIREITO EMPRESARIAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO E MONTAGEM DE INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM A PETROBRAS. PAGAMENTO DO SERVIÇO PRESTADO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DA

EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTS. 52 E 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". 2. **Segundo entendimento exarado pela Corte Especial, em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessária comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial** (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013). 3. Dessarte, o STJ, para o momento de deferimento da recuperação, dispensou a comprovação de regularidade tributária em virtude da ausência de legislação específica a reger o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. Nessa linha de inteligência, por óbvio, parece ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público. 4. [...] 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1173735 RN 2010/0003787-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 22/04/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2014). (grifos nosso).

Percebe-se, dos julgados, que o art. 57, da LRE não deve ser interpretado única e exclusivamente em seu sentido literal e de forma isolada, mas sim de forma sistemática com todo o ordenamento jurídico, caso contrário poderia acarretar violação ao princípio da razoabilidade. A Lei de Recuperação Judicial nasceu exatamente para que empresas em crises econômico-financeiras pudessem vencê-la e continuar em sua atividade econômica de forma a permanecer cumprindo a sua função social, gerando riquezas tributáveis e propiciando emprego aos trabalhadores.

Como dito, em novembro de 2014 houve a publicação da Lei nº 13.043 que previu, dessa forma, o tão aguardado parcelamento especial para as sociedades em Recuperação Judicial. Vê-se, no entanto, em linhas gerais, que a recente lei não representa um direito, propriamente dito, para o contribuinte, tendo em vista que a possibilidade de parcelamento

está subordinada a condições notadamente onerosas para a empresa em Recuperação, em desacordo com o aludido princípio da preservação da empresa.

A Lei 13.043/14 trouxe, em seu art. 43, o acréscimo do art. 10-A à Lei 10.522/02 (que trata, dentre outros assuntos, dos débitos fazendários como sendo passíveis de parcelamento em até 60 meses), como se vê:

Art. 43. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

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:

I - da 1ª à 12ª prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento);

II - da 13ª à 24ª prestação: 1% (um por cento);

III - da 25ª à 83ª prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); e

IV - 84ª prestação: saldo devedor remanescente.

Ocorre que, além de trazer um prazo ainda ínfimo para o pagamento apenas dos tributos federais, pouco maior do que os 60 (sessenta) meses previsto no art. 10 da Lei 10.522/02 para parcelamento ordinário, a Lei 13.043/14 obriga as empresas a desistirem das ações e recursos contra a Fazenda, reconhecendo, portanto, a dívida na sua totalidade, cuja constitucionalidade é absolutamente duvidosa. Some-se a isso o fato de que, o novo texto legal não abordou como seriam parceladas as dívidas Estaduais e Municipais, configurando outra “falta legislativa”. Acerca da Lei 13.043/14, dispõe Pereira e Oliveira (2015, p. 330) que:

A análise do parágrafo primeiro¹² demonstra um problema, uma vez que inclui no parcelamento os débitos inscritos e não inscritos, mesmo aqueles que se encontram em discussão judicial, o que pode representar um atraso na recuperação das empresas. Além disso, e que é aparentemente mais grave, o parágrafo segundo¹³ prevê a desistência voluntária, expressa e irrevogável de

¹² §1º O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos do empresário ou da sociedade empresária constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis.

¹³ §2º No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo.

qualquer discussão acerca dos créditos inseridos no parcelamento, sendo tal desistência referente ao direito de ação, impugnação e recurso em qualquer seara, seja administrativa ou judicial.

Em uma breve análise sobre o art. 43 da lei em comento, Harada (2015) afirma que esta não atende à finalidade do art. 68, da LRE pelas razões que seguem: o art. 43, como já mencionado, somente previu a possibilidade de parcelamento de débitos em âmbito federal e o art. 57 da LRE, contudo, exige certidões negativas das três esferas políticas. Os 27 (vinte e sete) estados membros que compõem o Brasil e os mais de 5.550 (cinco mil, quinhentos e cinquenta) municípios não criaram, ainda, o regime especial de parcelamento de que cuida o § 3º, do art. 155-A, do CTN.

Ainda, segundo o autor (2015), o pedido de parcelamento, nesses termos, deve abarcar a totalidade dos débitos tributários, alcançado até mesmo aqueles cuja exigibilidade está suspensa por força de impugnações administrativa ou judicial; além disso, o pedido de parcelamento previsto pelo dispositivo em comento implica desistência das vias administrativa ou judicial, onde se discute o crédito tributário. A desistência implica, *como consequência*, renúncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais a ação judicial ou o recurso administrativo se fundamentam, havendo, portanto, nítida inconstitucionalidade por ofensa aos princípios do devido processo legal, bem como do contraditório e ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88).

Oportuno destacar que a LRE exige, após aprovação do plano recuperacional pela Assembleia Geral de Credores ou quando decorrido o prazo legal sem objeção de qualquer credor, o cumprimento de um dos três requisitos (de forma alternativa): apresentação das certidões negativas de débitos tributários; apresentação das certidões positivas com efeito de negativa; ou obtenção de parcelamento em conformidade com as normas do CTN. Percebe-se, pois, que são três os requisitos (não cumulativos), de modo que a falta de lei específica de parcelamento que abranja a totalidade dos créditos tributários do devedor em Recuperação Judicial (conforme previsão do art. 155-A, §3º, do CTN), não pode dar ensejo à exigência da primeira alternativa.

Sobre a Lei 10.522/02 e suas alterações provenientes da Lei 13.043/14, Migliari Júnior (2015) afirma:

Ora, nem a Lei 10.522/2002 e muito menos a Lei 13.043/2014 se referem especificamente e unicamente ao parcelamento de débitos tributários de empresas em recuperação judicial. São duas leis próprias de uma cultura “*carrinho de supermercado*” do legislador brasileiro, aonde vão sendo

colocados todos os penduricalhos possíveis, tal como num carrinho de supermercado, desde produtos de limpeza a víveres. Então, [...] ambas as legislações pecam pelo princípio básico do ordenamento jurídico: *falta de especificidade*. (grifos do autor).

Harada (2015), de forma crítica, sintetiza afirmando que, enquanto não existir leis específicas que permitam parcelamento de empresas em Recuperação, nas três esferas políticas (federal, estadual e municipal), como prevê o art. 68, da LRE, impõe-se a concessão da Recuperação Judicial sempre que o plano recuperacional tiver sido aprovado nos moldes do art. 57, ou seja, aceitação pela Assembleia Geral de Credores ou decurso do prazo previsto sem objeções.

Independentemente da discussão acerca da (falta de) regulamentação (apropriada) do art. 68, da LRE, e a consequente edição da Lei 13.043/14 com sua duvidosa constitucionalidade, fato é que a própria exigência do art. 57, do mencionado diploma legal, constitui em si mesmo uma afronta ao princípio da preservação da empresa.

Mamede (2012, p. 167) assim dispõe:

[...] a previsão legal que condiciona a apresentação de certidões fiscais negativas como requisito para a homologação do plano de recuperação judicial da empresa torna-se um forte elemento de inviabilização do benefício recuperatório. Com efeito, excluídas do juízo universal, as Fazendas Municipais, Estaduais, Distrital e Federal podem simplesmente colocar a perder todo o esforço para encontrar uma fórmula hábil a permitir a superação da crise econômico-financeira da empresa. Por isso, parece-me que tal exigência deve ser afastada por revelar-se incompatível com a própria dinâmica traçada para a recuperação: já que a Fazenda Pública não é diretamente afetada pelo juízo universal, não participando de qualquer das classes que compõem a assembleia de credores, a exigência da certidão negativa constitui exercício ilegítimo (não razoável e desproporcional) de poder de oposição, como se constituísse credor com poder absoluto de voto, o que não se coaduna com os novos princípios que orientam o juízo universal. Ademais, seus créditos não são afetados, certo que o artigo 187 do Código Tributário Nacional estabelece que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores, com o que as execuções fiscais mantêm seu trâmite em apartado. (grifo nosso).

O entendimento exposto acima parece se coadunar com o caminho jurisprudencial que a temática toma. No Agravo de Instrumento nº 2109677-09.2015.8.26.0000, em decisão proferida pelo TJ/SP (2015), nota-se, portanto, que a celeuma desponta para uma solução definitiva:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Recuperação Judicial concedida independentemente da apresentação de certidões negativas de débitos fiscais - Minuta recursal da Fazenda Nacional voltada à exigência da apresentação de CNDs - Preliminar de ilegitimidade recursal, uma vez que o crédito fiscal não sujeita-se à recuperação - Descabimento - A apresentação das certidões de regularidade fiscal decorre de previsão legal, portanto, presente o interesse da Fazenda Nacional ao postular ao Juízo Recuperacional a observância do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e art. 191-A do Código Tributário Nacional - Preliminar rejeitada. - Recuperação Judicial concedida independentemente da apresentação de certidões negativas de débitos fiscais - Minuta recursal da Fazenda Nacional que defende necessária a apresentação das CNDs e protesta pela determinação neste sentido - Descabimento - Exercício lícito, porém, não razoável e desproporcional de poder de oposição - Precedentes desta Corte - Dispensa da apresentação de certidões negativas mantida - Agravo improvido. Dispositivo: Rejeitam a preliminar e negam provimento ao recurso. (TJ-SP - AI: 21096770920158260000 SP 2109677-09.2015.8.26.0000, Relator: Ricardo Negrão, Data de Julgamento: 09/09/2015, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 11/09/2015). (grifos nosso).

Observa-se, do exposto, que havendo ou não parcelamento específico para empresas em Recuperação Judicial, a exigência de apresentação de certidões negativas de débitos tributários não se mostra justa porquanto o crédito fiscal não está submetido ao concurso de credores.

Além disso, fere consideravelmente o princípio da preservação da empresa, na medida em que condiciona o instituto da Recuperação Judicial, criado para dar suporte à atividade empresarial cujo risco lhe é inerente, à exigência de quitação dos débitos tributários (seja por meio de total pagamento ou parcelamento dos mesmos), notadamente tido como um dos entraves ao crescimento empresarial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da evolução do Direito Empresarial, desde as Corporações de Ofícios, passando pelos Atos de Comércio e hoje, com a adoção da Teoria da Empresa, vê-se que, muito mais do que transformações teóricas, houve uma (necessária) mudança no modo de conceber as atividades empresariais, bem como sua importância social.

Do exposto, tem-se que a empresa passa a ser conceituada como atividade econômica organizada com o objetivo de circulação de bens ou serviços e adquire uma função relevante no meio social onde está inserida. Desse modo, seja através de uma visão mais restrita (a empresa que gera empregos, paga tributos, respeita as leis consumeristas, ambientais e trabalhistas), seja por meio de uma visão mais ampla (atuando positivamente, de modo a ocupar um lugar junto ao Estado, dada a sua relevância social), em ambos os casos o ponto que converge diz respeito ao fato de que a empresa possui uma função social, decorrente, pois, da função social da propriedade.

Tal sua relevância que, gradativamente, havia um clamor social, doutrinário e jurisprudencial no sentido de adequar as legislações empresariais pátrias às novas realidades fáticas que surgiam. Daí, pois, a necessidade de um novo Código Civil (o que aconteceu em 2002, cujo conteúdo abarcou o Direito de Empresa) e, sobretudo, a necessidade de superar o sexagenário Decreto Lei 7.661/45, o que ocorreu com a entrada em vigor da Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas), introduzindo o instituto da Recuperação de Empresa.

Na ocasião, ganhou relevância o princípio da preservação da empresa, esculpido no art. 47, da LRE, e com a finalidade de manutenção da atividade econômica, preservação dos empregos e a arrecadação tributária, ficando clara a intenção do legislador em propiciar à empresa que se encontra em crise financeira, o soerguimento de sua atividade, devendo o Estado, como agente também interessado na sua preservação, fornecer subsídios para a consolidação deste objetivo comum.

Cumprido ressaltar, entretanto, que apesar do objetivo de manutenção da empresa economicamente viável ditado pelo legislador, o art. 57, da referida Lei, mostrou-se como obstáculo que dificulta a concretização da Recuperação Judicial, na medida em que exige do devedor a apresentação de certidões negativas de débitos tributários, nos termos do Código Tributário Nacional, para que o magistrado possa conceder o acordo recuperatório. Verifica-se que o art. 191-A, do CTN, incorre na mesma “falta”, no tocante ao espírito da LRE, ao dispor também sobre a obrigatoriedade da referida certidão.

A incoerência dá-se, justamente pelo fato de que, se uma empresa atravessa uma crise econômico-financeira, e por conseguinte pleiteia a Recuperação Judicial, muitas são as chances de existirem débitos tributários (ou destes serem os principais débitos), tendo em vista que dificilmente o devedor dará preferência a esses pagamentos do que a outros de natureza diversa.

Ter-se-ia, a princípio, que a Recuperação Judicial só poderia ser deferida após a apresentação das certidões negativas de débitos de todos os tributos. Desse modo, aprovado o plano de recuperação pelos credores, caberia ao devedor apresentar prova de regularidade com o Fisco e, caso o devedor não satisfizesse tal exigência, a consequência lógica seria o indeferimento de seu pleito, com a consequente extinção do processo.

Outra incongruência suscitada diz respeito a não suspensão das ações de execução fiscal propostas em face do devedor, conforme dispõe o art. 6º, § 7º, da LRE. Isso porque o crédito tributário não está abrangido na Recuperação Judicial, o que pode ocasionar sérios danos à empresa, na medida em que a continuidade dessas ações pode ensejar a constrição e alienação de bens indispensáveis ao cumprimento do plano recuperacional.

Nesse sentido, a problemática dos conflitos de competência entre juízo da execução fiscal e juízo da Recuperação e Falência (quando se está discutindo, por exemplo, bens de interesse de ambos), em que pese ausência de disposição legal, parece seguir uma linha de raciocínio majoritária emanada dos tribunais, de modo que o valor acerca da essencialidade ou não do bem ao funcionamento da empresa cumpre ser realizada pelo juízo da Recuperação Judicial.

Quanto à incoerência da apresentação das certidões negativas de débitos tributários, viu-se que o art. 155-A, §3º, do CTN (que prevê a edição de lei específica para tratar das condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em Recuperação Judicial), surge para complementar o art. 68, da LRE. Entretanto, tendo em vista que a “lei específica” editada (Lei 11.043/14) não se trata de lei específica, tampouco apresenta condições viáveis de parcelamento, tem-se que a questão continua permeada por impasses. Além de condicionar o parcelamento a atos de constitucionalidade duvidosa, a referida lei onera demasiadamente o devedor, não configurando, pois, um direito, mas sim uma imposição.

Nota-se, portanto, que a exigência do art. 57 só seria imprescindível no caso, ao menos, se houvesse a existência de lei específica que regulasse a matéria no que concerne ao parcelamento do débito tributário, conforme se observa da dicção das jurisprudências abordadas. Caso contrário, a solução mais acertada parece ser a flexibilização de sua exigência, como se tem feito.

Cumprir destacar, ainda, que a viabilidade da superação da situação de crise econômico-financeira do devedor é, sem dúvida, o norte da atual legislação empresarial, e exatamente por isso que, havendo ou não parcelamento apropriado, a exigência do art. 57 mostra-se, sobretudo, como afronta ao princípio da preservação da empresa.

De todo exposto, vê-se, portanto, que o presente trabalho é de relevante importância para as relações empresariais por trazer à discussão um tema que ainda carece de maiores definições precisas. Além disso, a importância do tema ultrapassa o Direito Empresarial, no sentido de que a flexibilização da exigência da certidão negativa de débitos tributários proporciona maiores chances de manutenção da empresa que busca recuperar-se, bem como a garantia de que esta continue gerando empregos, pagando tributos e cumprindo com a função social que lhe cabe. Evidencia-se, por fim, a relevância da discussão também na seara social e acadêmica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALMEIDA, Maria Christina de. **A Função Social da Empresa na Sociedade Contemporânea: Perspectivas e Prospectivas**. Disponível em: <http://www.unimar.br/biblioteca/publicacoes/direito/Direito_vol_03.pdf#page=141>. Acesso em 10 de mar. de 2016.

ARAÚJO, Bruna Feitosa Serra de. **Recuperação Judicial: a flexibilização da exigência da CNDT na concessão da recuperação judicial e os pressupostos definidores da Lei n.º 11.101/2005**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj027330.pdf>>. Acesso em 13 de mar. de 2016.

BERTOLDI, Marcelo Martins; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 de mar. de 2016.

_____. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. **Livreto - I Jornada de Direito Comercial**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/view>>. Acesso em 10 de fev. de 2016.

_____. Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: <<http://www.inre.com.br/lei.php>>. Acesso em 20 de nov. 2015.

_____. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 29 de mar. de 2016.

_____. Lei n.º 13.043, de 13 de novembro de 2014. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de

ações de empresas pequenas e médias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

_____. Minas Gerais. Tribunal de Justiça. TJ/MG. **Proc. 100790737130610021/MG**. Heloisa Combat (Relatora). Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6012530/100790737130610021-mg-1007907371306-1-002-1>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **EResp. 166366/PE**. Ministro Franciulli Netto. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7754803/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-166366-pe-1999-0031641-0-stj>>. Acesso em 20 de mar. de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **EDcl nos EDcl no CC 128618/MT**. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178410206/embargos-de-declaracao-nos-embargos-de-declaracao-no-conflito-de-competencia-edcl-nos-edcl-no-cc-128618-mt-2013-0192734-0>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **REsp. 1166600/RJ**. Ministra Nancy Andrigui (Relatora). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027972/recurso-especial-resp-1166600-rj-2009-0225326-2-stj>>. Acesso em 16 de fev. de 2016.

_____. São Paulo. Tribunal de Justiça. TJ-SP. **AG 1227167003 SP**. Gomes Varjão (Relator). Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2697850/agravo-de-instrumento-ag-1227167003-sp-inteiro-teor-101055770>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. São Paulo. Tribunal de Justiça. TJ/SP. **AL 20273670920168260000/SP**. Décio Notarangeli (Relator). Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310858582/agravo-de-instrumento-ai-20273670920168260000-sp-2027367-0920168260000>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. São Paulo. Tribunal de Justiça. TJ/SP. **AL 21096770920158260000/SP**. Ricardo Negrão (Relator). Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/233396837/agravo-de-instrumento-ai-21096770920158260000-sp-2109677-0920158260000>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CATUNDA, Camila Vergueiro. **O Processo de Recuperação de Empresas e o impacto na Execução Fiscal**. Disponível em: <http://vergueirocatunda.com.br/art_ibet.pdf>. Acesso em 15 de abr. de 2016.

_____. **A Recuperação Judicial e seu impacto nas Execuções Fiscais**. Disponível em: <http://www.vergueirocatunda.com.br/artigos/recuperacao_judicial.pdf>. Acesso em 15 de abr. de 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. v. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Comentários à lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS NETO, Álvaro Sampaio. **O Impacto da Recuperação Judicial nas Execuções Fiscais**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/5189/4942>>. Acesso em 20 de fev. de 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANCO, Vera Helena de Melo. **Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Entraves à eficácia da Lei de Recuperação de Empresas em crise. Como superá-los?** Revista de Direito Mercantil – industrial, econômico e financeiro, São Paulo, SP. n. 42, abr./jun., 2006.

HARADA, Kiyoshi. **Recuperação Judicial e certidão negativa de tributos**. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/recuperacao-judicial-e-certidao-negativa-de-tributos/>>. Acesso em 03 de mar. de 2016. Não paginado.

MACHADO, Guilherme Camará Moreira Marcondes. **TJ afasta necessidade de apresentação de CND para concessão de recuperação judicial.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-17/guilherme-machado-recuperacao-judicial-precisar-apresentar-cnd>>. Acesso em 12 de fev. de 2016. Não paginado.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Manual de Direito Empresarial.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Leonardo Araujo. **O novo regime jurídico da insolvência empresarial e a sujeição do crédito tributário ao concurso de credores.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Cândido Mendes: Rio de Janeiro, 2007.

MARTINS, Juliana Pires. **A Função Social da Empresa como Instrumento de Preservação Empresarial: importância da recuperação (extra)judicial.** Disponível em: <<http://ojs.oabpb.org.br/index.php/lexmax/article/view/42/15>>. Acesso em 12 de mar. de 2016.

MASSOLI, Vitor Biccas. **Função Social da Empresa: Aspectos Relevantes.** In: *Xxiv Congresso Nacional do Conpedi - UFMG/Fumec/Dom Helder Câmara - Autonomia Privada, Regulação E Estratégia. Florianópolis, P.454-469, 2015.* Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/h0yx9ly1/Jgu7U1umFoz688Io.pdf>>. Acesso em 03 de abr. de 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. **Recuperação Judicial e os problemas relacionados à Sucessão Tributária e ao parcelamento do Débito Tributário, ambos criados pela Lei 13.043/2014.** Disponível em: <<http://arthurmigliari.blogspot.com.br/2015/06/recuperacao-judicial-e-os-problemas.html>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

MIRANDA, Nara Dias Rodrigues. **Teoria da Preservação da Empresa: Recuperação empresarial e parcelamento tributário. Aproximação juridicamente possível.** Disponível em: <<http://www.mcampos.br/u/201503/naradiasrodriguesmirandateoriadapreservacaodaempresa.pdf>>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

PAIVA, Luiz Fernando Valente. **Direito Falimentar e a nova lei de Falências e Recuperação Judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PEREIRA, Nayara Toscano de Brito; OLIVEIRA, Ramon Olímpio de. **Breves Comentários acerca do Crédito Tributário na Recuperação Judicial após o advento da Lei 13.043/14**. In: *Xxiv Congresso Nacional do Conpedi - UFMG/Fumec/Dom Helder Câmara - Direito Tributário e Financeiro. Florianópolis, P.316-337, 2015*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/edfu2sd2/9qm416Pg3W1GFxaP.pdf>>. Acesso em 25 de abr. de 2016.

PEREIRA, Alexandre Demetrius. **As habilitações de crédito nos processos de falência e recuperação**. Disponível em: <<http://www.blogdireitoempresarial.com.br/2011/05/as-habilitacoes-de-credito-nos.html>>. Acesso em 13 de abr. de 2016.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A Função Social da Empresa e o Direito Penal Empresarial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

ROSSIGNOLI, Estefânia. **Direito Empresarial**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2015.

SOUZA, Maria Helena Rau de. **Código Tributário Nacional Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Livro eletrônico.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.