

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO EMPRESARIAL

ADALBERTO SIMÃO FILHO

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Adalberto Simão Filho; Frederico de Andrade Gabrich; Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-598-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Realizou-se em Salvador - BA, entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, o XXVII Encontro Nacional do Conpedi, com o tema Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Empresarial durante o XXVII Encontro Nacional do Conpedi, demonstraram não apenas o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, como também com o fortalecimento dos estudos voltados tanto para a estruturação de objetivos empresariais, quanto para a solução de problemas jurídico-empresariais reais e controvertidos.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Empresarial, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como:

- 1) A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA OMC E SUA RELEVÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DO COMÉRCIO MUNDIAL (artigo propõe a análise do papel da Organização Mundial do Comércio – OMC, na regulação do espaço econômico mundial);
- 2) A LEI ANTICORRUPÇÃO E SEUS IMPACTOS NA GOVERNANÇA CORPORATIVA BRASILEIRA (artigo promove a análise dos efeitos que a norma anticorrupção apresenta sobre a governança corporativa no Brasil);
- 3) A PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NA SOCIEDADE ANÔNIMA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS (artigo realiza a análise do ordenamento português quanto à participação societária nas sociedades anônimas);

4) A PERÍCIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: PRECIOSISMO DO MAGISTRADO OU NECESSIDADE? (artigo analisa a possibilidade de o juiz determinar perícia como subsídio para tomadas de decisões na Recuperação Judicial);

5) A VONTADE ACIONÁRIA NA CAPITALIZAÇÃO DE CRÉDITOS DA COMPANHIA ABERTA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (artigo propõe à análise da vontade acionária caso seja proposta a capitalização de créditos concursais no âmbito do processo de recuperação judicial de companhia aberta);

6) ANÁLISE DO ATO ULTRA VIRES EM RELAÇÃO AO OBJETO SOCIAL E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE LIMITADA (artigo analisa a existência, validade e eficácia dos atos do sócio e sua responsabilização quanto à atuação fora dos limites do que está estabelecido no contrato social de uma sociedade limitada);

7) CONSTITUIÇÃO DE EIRELI POR PESSOA JURÍDICA – A INTERPRETAÇÃO DO DEPARTAMENTO DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO – DREI (artigo objetiva descobrir a abordagem interpretativa do DREI para consentir a constituição de EIRELI por pessoa jurídica e não apenas por pessoa natural, que teria sido a intenção original da lei introdutória da EIRELI no ordenamento brasileiro);

8) CULTURA BRASILEIRA E COMPLIANCE – ABORDAGEM DURKHEIMIANA E ARISTÓTELICA (artigo aborda o problema da cultura antiética e o considera como fato social, que pode ser corrigido no meio empresarial por meio do "compliance");

9) DIVULGAÇÃO DE REMUNERAÇÃO INDIVIDUALIZADA NAS EMPRESAS ESTATAIS: TRANSPARÊNCIA OU “MORALISMO DO ESPETÁCULO”? (artigo aborda importância da transparência nas empresas estatais para o combate à corrupção, especialmente em relação à divulgação das remunerações dos seus administradores);

10) O DIVIDENDO OBRIGATÓRIO NAS SOCIEDADES LIMITADAS (artigo propõe a análise da obrigatoriedade da distribuição de dividendos mínimos obrigatórios nas sociedades limitadas, tal como ocorre nas sociedades anônimas);

11) O LASTRO PARA EMISSÃO DA CÉDULA DE PRODUTO RURAL (CPR) E SEUS EFEITOS PARA O FINANCIAMENTO DO AGRONEGÓCIO (artigo examina a importância do agronegócio e a relevância da Cédula de Produto Rural para seu financiamento);

12) O MOMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELO PRODUTOR RURAL EMPRESÁRIO (artigo investiga o momento em que o produtor rural passa a ser empresário para que possa pedir judicialmente a recuperação da sua empresa);

16) OPERAÇÕES DE CROWDFUNDING LASTREADAS EM DEBÊNTURES NAS EMPRESAS LIMITADAS (artigo promove a análise da viabilidade da utilização conjunta de operações de crowdfunding e emissão de debêntures pelas sociedades limitadas);

17) REGULARIDADE FISCAL COMO REQUISITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONTINUIDADE DA EMPRESA (artigo analisa exigibilidade da comprovação da regularidade fiscal como requisito para a concessão da recuperação judicial e como tal exigência pode afetar o princípio da continuidade da empresa).

Espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Empresarial no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Adalberto Simão Filho - FMU/Unaerp

Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich - Universidade Fumec

Prof. Dra. Renata Albuquerque Lima - UNICHRISTUS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**REGULARIDADE FISCAL COMO REQUISITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONTINUIDADE DA EMPRESA**

**REQUIREMENT OF TAX REGULARITY TO REORGANIZATION: AN ANALYSIS
FROM THE PERSPECTIVE OF EMPRESARIAL CONTINUITY**

Gabriel Klemz Klock ¹
Emerson Frares da Rosa ²

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar se a exigibilidade da comprovação da regularidade fiscal como requisito para a concessão da recuperação judicial afeta o princípio da continuidade da empresa. Pelo método dedutivo, busca-se demonstrar que o parcelamento especial de débitos tributários para empresas recuperandas implica em ônus substanciais, tais como a desistência de impugnações, recursos e ações em trâmite, que desfavorecem a consecução da diretriz de continuidade da empresa e desprestigia o direito de defesa e o acesso ao Judiciário.

Palavras-chave: Recuperação judicial, Regularidade fiscal, Parcelamento especial, Princípio da continuidade da empresa, Plano de recuperação

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze if the enforceability of fiscal regularity as a requirement for the grant of judicial recovery affects the principle of empresarial continuity. Under the deductive method, it is sought to demonstrate that the special tax debt installments for recovering companies implies substantial charges, such as the withdrawal of appeals, appeals and actions in progress, which undermine the company's continuity guideline and discredit the rights to defense and access to the judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial reorganization, Regularity, Special installment, Principle of continuity of the enterprise, Recovery plan

¹ Mestrando em Direito (UNINTER). Pós-graduado em Direito Contratual da empresa (UNICURITIBA). Graduado em Direito (FURB). Professor substituto do curso de Direito (FURB). Advogado.

² Pós-graduado em Direito Empresarial e dos Negócios (UNIVALI). Graduado em Direito (FURB). Advogado.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo é a análise da exigibilidade de comprovação de regularidade fiscal a partir das diretrizes fixadas pelo legislador para o sistema de recuperação judicial (Lei 11.101/2005).

No geral, pretende-se analisar se a exigência da comprovação de regularidade fiscal para o deferimento da recuperação judicial é compatível com o princípio da preservação ou da continuidade da empresa. De modo específico, busca-se compreender os aspectos gerais acerca dos requisitos para a concessão da recuperação judicial; analisar as correntes doutrinárias acerca da natureza do parcelamento especial voltado às empresas em recuperação judicial; averiguar se a exigência de comprovação de regularidade fiscal encontra-se adequada em relação ao princípio da continuidade da empresa.

Para compreensão do tema, o presente estudo está dividido em três momentos: no primeiro, contextualiza-se a exigência da comprovação da regularidade fiscal para a concessão da recuperação judicial; no segundo capítulo, aborda-se o parcelamento sob a ótica de um direito subjetivo da empresa em detrimento de se pensa-lo como faculdade conferida pelo Fisco; no terceiro, trata-se do parcelamento especial para empresas em recuperação judicial, sob as diretrizes do art. 47 da Lei nº 11.101/2015.

A relevância do estudo ora proposto se justifica por se reconhecer a empresa como verdadeira “mola propulsora” da economia, visto que promove a circulação de riquezas, “oportuniza empregos e pagamento de tributos, oferece mercadorias e serviços à população, além de proporcionar a concorrência, gerando conveniências aos consumidores, à sociedade e ao Estado, seja de forma direta ou não” (LEAL JUNIOR; PIRES, 2010, p. 342).

A hipótese a ser confirmada neste estudo está relacionada à possibilidade de a exigência de apresentação certidões comprobatórias da regularidade fiscal da empresa recuperanda, com base no artigo 57 da Lei 11.101/2015, afetar de maneira muito evidente o princípio da continuidade ou preservação da empresa. Em especial porque, inevitavelmente, a confissão de débitos e desistência de recursos administrativos que façam impugnação a créditos tributários prejudicam o exercício regular de um direito por parte da empresa que, inevitavelmente, encontra-se em situação de difícil equilíbrio econômico-financeiro.

Para se avançar no estudo proposto, o método utilizado tanto na fase de investigação quanto no tratamento dos dados e no relato dos resultados que se consiste

neste ensaio foi a base lógica indutiva (PASSOLD, 2011). As técnicas empregadas foram a do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica e documental, esta última, pela via eletrônica.

Feitas as digressões acima, cabe destacar que não se compreende como objeto do presente estudo as questões relacionadas à inexistência de suspensão das ações de execução fiscal, salvo quando se tratar de concessão de parcelamento. Nesse passo, o que se pode ressaltar é que, de acordo com o artigo 187 do Código Tributário Nacional, as ações judiciais que visam a cobrança de crédito tributário não estão sujeitas ao concurso de credores. Assim,

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 (MAMEDE, 2014, p. 45).

Reforçados os esclarecimentos necessários, o presente estudo avança para identificar quais os principais aspectos vinculados à exigência de comprovação de regularidade fiscal como requisito ao reconhecimento do pedido de recuperação judicial, sobretudo para perquirir as questões relacionadas ao parcelamento dos débitos frente ao princípio da continuidade ou preservação da empresa.

1 A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL COMO REQUISITO PARA A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei nº 11.101 e a Lei Complementar nº 118, ambas de 2005, promoveram significativas alterações no direito falimentar brasileiro. A primeira em razão de regular a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária; a última, por alterar o Código Tributário Nacional no que concerne às condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

O procedimento de recuperação judicial, previsto entre os artigos 55 e 69 da Lei 11.101/2005, estipula como requisito para a concessão da recuperação judicial a comprovação da regularidade fiscal da empresa devedora, conforme observa-se do artigo 57 do diploma legal em questão. Por sua vez, a Lei Complementar nº 118/2005 promoveu alteração no mesmo sentido, introduzindo o art. 191-A no Código Tributário Nacional,

que dispõe que a concessão da recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos.

Os artigos 151, 205 e 206 do Código Tributário Nacional, referidos em ambos os dispositivos legais supramencionados, dispõem, respectivamente, a respeito (i) das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; (ii) da possibilidade de lei exigir prova de quitação de determinado tributo e; (iii) da similaridade de efeitos entre a certidão negativa do art. 205 e a certidão que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Conforme destacam Salomão e Santos (2017), a previsão de exigência de regularidade fiscal como condição à concessão da recuperação judicial da empresa devedora não configura uma novidade introduzida pelas alterações legislativas de 2005, considerando os dispositivos congêneres que tratavam da concordata. Isso porque, na vigência do Decreto-Lei 7.661/45, a comprovação da regularidade fiscal em sede de concordata era tratada em dois momentos distintos, sendo o primeiro quando da propositura do pedido, oportunidade na qual o devedor deveria comprovar a inexistência de execução fiscal ajuizada, ou, provar a existência de penhora aceita pela Fazenda Pública.

O segundo momento seria o da concessão da concordata, que dependia, igualmente, da prova da quitação dos tributos relativos à atividade mercantil do concordatário, nos termos dos arts. 174 do Decreto-Lei 7.661/45 e 191 do Código Tributário Nacional, sendo que tais exigências praticamente impossibilitavam o cumprimento da concordata preventiva, ensejando a prática de desistir da concordata como única alternativa para se evitar a quebra da empresa.

Embora não tenha mantido a exigência da comprovação de regularidade fiscal quando da propositura da recuperação judicial, a Lei nº 11.101/2005 apresenta similaridade com o antigo procedimento da concordata no que se refere à exigência da prova da regularidade fiscal quando da concessão da recuperação judicial.

Nesse sentido, a necessidade de comprovação da regularidade fiscal como requisito à concessão dos pedidos de recuperação judicial mantém a lógica de se dificultar o acesso ao instituto por parte das empresas em grave situação.

Diferentemente da antiga concordata, prevista pelo revogado Decreto-Lei 7.661/45, que restringia os meios de recuperação a remissão de dívidas a dilação de prazos, a recuperação judicial prevista na Lei 11.101/05 prevê um verdadeiro plano de

reestruturação, com diversas medidas de ordem financeira, jurídica e econômica, conferindo assim efetivas chances de superação do quadro de crise.

Ademais, enquanto na concordata os credores era meros expectadores, na recuperação judicial estes exercem participação ativa, sendo os responsáveis pela aprovação ou rejeição do plano apresentado pelo devedor, assim como pela fiscalização do seu cumprimento (PENANTE JÚNIOR, 2016, p. 194).

A este respeito, pode-se destacar o julgamento proferido em sede do Recurso Especial nº 1.187.404/MT, julgado em 19/06/2013 que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão (BRASIL, 2013). Em referido precedente, decidiu-se pela inexigibilidade de comprovação de regularidade fiscal para a concessão da recuperação judicial enquanto inexistisse lei específica tratando do parcelamento específico para empresas em recuperação judicial. Importante observar que o julgamento do recurso em tela deu-se em momento anterior à promulgação da Lei 13.043/2014, de modo que de fato inexistia, à época, lei que prescrevesse as condições de um parcelamento específico de débitos fazendários voltado para empresas recuperandas.

Do julgado em comento pode-se extrair ponto cujo desenvolvimento mostra-se de importância central para a continuidade do presente artigo, a saber: a relevância das diretrizes contidas no art. 47 da Lei 11.101/2005 para a condução do processo de recuperação judicial. Isso porque, de acordo com o dispositivo invocado, a recuperação tem como propósito possibilitar a superação de crise econômico-financeira da empresa devedora, de modo a permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e interesse dos credores, de modo a preservar a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Acerca das diretrizes acima destacadas, colacionam-se os seguintes trechos do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, no bojo do julgamento do Recurso Especial nº 1.187.404/MT (BRASIL, 2013). De acordo com o relator, não se pode visualizar a questão sob a ótica deturpada de se tratar o instituto de mera proteção dos interesses do empresário em detrimento de outros menos legítimos. Ao contrário disso, o que se visa proteger pela legislação é, justamente, a ordem econômica, mediante a preservação da empresa como a uma unidade econômica de relevante interesse social.

[...] Vale dizer, em outras palavras, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que - além de não fomentar - inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além

de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores. Por essa ótica, como já se percebe, a interpretação literal do art. 57 da LRF e do art. 191-A do CTN inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto. Isso porque, em regra, com a forte carga de tributos que caracteriza o modelo econômico brasileiro, é de se presumir que a empresa em crise possua elevado passivo tributário, quando não a verdadeira causa da deblaque. Assim, a exigência peremptória de regularidade fiscal dificulta, ou melhor, impede, o benfazejo procedimento da recuperação judicial, o que não satisfaz o interesse nem da empresa nem dos credores, incluindo aí o Fisco, uma vez que é somente com a manutenção da empresa economicamente viável que se realiza a arrecadação, seja com repasse tributário direto da pessoa jurídica à Fazenda Pública, seja indiretamente, como, por exemplo, por intermédio dos tributos pagos pelos trabalhadores e das demais fontes de riquezas que orbitam uma empresa em atividade. [...]

Com relação ao destaque conferido pelo art. 47 da Lei 11.101/2005 ao primado da preservação da empresa como diretriz a ser perseguida no âmbito da recuperação judicial, alguns apontamentos são pertinentes.

O valor básico prestigiado na preservação da empresa é o da conservação da atividade da empresa - e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade -, em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os proprietários do negócio e dependem diretamente da continuidade deste: os interesses dos empregados quanto aos postos de trabalho, de consumidores em relação a bens e serviços, do fisco quanto à arrecadação *etc* (COELHO, 2011, p. 31-32).

No âmbito das relações patrimoniais privadas, a empresa, como atividade organizada para produção ou circulação de bens ou serviços ocupa lugar de destaque, sobretudo no que respeita às relações econômicas, tendo a teoria da empresa sido consagrada pelo Código Civil de 2002. Assim, em leitura à luz de valores constitucionais, o princípio da função social da propriedade acaba derivando do princípio da função social da empresa. E é justamente do princípio da função social da empresa que decorre o princípio que norteia a Lei nº 11.101: o da preservação da empresa. (MARTINS NETO, p. 116, 2013).

No mesmo sentido, Ricardo Negrão (2017, p. 271) destaca que, ao atuar sobre a empresa em seu aspecto funcional, os instrumentos legais de recuperação em juízo trabalham quatro fundamentos básicos. O primeiro é o da supremacia da recuperação da empresa sobre o interesse do sujeito da atividade, de modo que se permite, inclusive, o afastamento do empresário e de seus administradores (art. 64 da Lei nº 11.101/2015). O segundo é pressuposto é a manutenção da fonte produtora e do emprego dos

trabalhadores, com ações efetivas de preservação dos elementos corpóreos e incorpóreos e vedação à venda ou bens de propriedade de credores titulares da posição de proprietário fiduciário, de arrendado mercantil, proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, durante o período de suspensão (arts. 66 e 49, § 3º, ambos da Lei nº 11.101/2015). O terceiro elemento a ser preservado é o incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa, concedendo privilégio geral de recebimento em caso de falência aos credores quirografários que continuarem a fornecer bens e serviços à empresa em recuperação judicial (art. 67, § único da Lei nº 11.101/2015). Por fim, o quarto pressuposto é a manutenção dos interesses dos credores, impedindo a desistência do devedor após o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, devendo ser submetido à assembleia de credores toda deliberação que afete o interesse destes últimos (arts. 47 e 35, I, *f*, ambos da Lei nº 11.101/2015).

Uma das metanormas que orienta o Direito Empresarial é o princípio da preservação da empresa, cujos alicerces estão fincados no reconhecimento da sua função social. Por isso, a crise econômico-financeira da empresa é tratada juridicamente como um desafio passível de recuperação, ainda que se cuide de atividade privada, regida por regime jurídico privado. (MAMEDE, 2014, p. 122).

Não obstante as premissas do art. 47 da Lei nº 11.101/2015 na sustentação da possibilidade de concessão do instituto da recuperação judicial para a empresa impossibilitada de comprovar a sua regularidade fiscal, cabe mencionar ainda argumentação no sentido da inconstitucionalidade dos arts. 57 da Lei nº 11.101/2015 e 191-A do Código Tributário Nacional, por ofensa ao princípio da razoabilidade e por constituírem estes artigos sanção política visando a arrecadação de tributos.

A ofensa ao princípio da razoabilidade, no presente caso, apresenta indícios a partir do estudo teórico do referido princípio. Para Herbert Hart (BRAGA, 2004, p. 47), a razoabilidade constitui um importante elemento moral de interpretação e justificação das escolhas dos intérpretes-aplicadores, já que estes devem buscar um razoável acolhimento de suas decisões. Por seu turno, Gordilho (BRAGA, 2004, p. 48) aponta que uma decisão carece de razoabilidade quando, dentre outros fatores, esta não guarde proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.

De tal forma, os dispositivos legais concernentes à recuperação judicial devem guardar proporção com os fins almejados. Uma vez em tela a diretriz de continuidade da empresa, aqueles devem guardar pertinência com esta finalidade, sob pena de restarem

resumidos a um mero instrumento de sanção política visando a arrecadação tributária, em contrariedade, inclusive, com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no julgamento da ADI 173:

[...] Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição. É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável. [...] (BRASIL, 2017).

Assim sendo, as disposições do ordenamento jurídico que se referem às empresas em recuperação judicial devem guardar equilíbrio quando sopesadas com as diretrizes postas como norteadoras do instituto no art. 47 da Lei 11.101/2005 (manutenção da fonte produtora, dos empregos e interesse dos credores, visando a continuidade da empresa).

2 O PARCELAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: DIREITO DA EMPRESA RECUPERANDA OU FACULDADE DO FISCO?

Não parece equivocado supor que, dentre as intenções do legislador, estava a de possibilitar às empresas em recuperação judicial o direito de parcelar seus débitos tributários – de modo, inclusive, a não impossibilitar a concessão da recuperação por conta da exigência de comprovação da regularidade fiscal.

Tal constatação se dá a despeito da redação do *caput* do artigo 68 da Lei 11.101, que estabelece que as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional da Seguridade Social poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em

sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros do Código Tributário Nacional.

No que toca a este assunto, o Código Tributário Nacional, com redação dada pela Lei Complementar nº 104 de 2001, estabelece em seu art. 155-A e parágrafos que a inexistência de legislação específica importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não havendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei específica.

Dito em outros termos, vê-se que o § 4º do artigo de Lei supracitado dispõe que a inexistência de lei específica acerca das condições de parcelamento de débitos tributários implica na aplicação de leis gerais sobre esta temática. Conforme destacam Salomão e Santos (2017), a lei geral referida no quarto parágrafo do dispositivo em questão trata-se da Lei 10.522/02, que, com relação aos débitos para com a Fazenda Nacional, estabelece que os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, de acordo com o critério da autoridade fazendária, na forma e condições previstas pela legislação.

Destaca-se que tal disposição não pode ser considerada o parcelamento específico para empresas em recuperação judicial mencionada no art. 155-A, § 3º da Lei 11.101/2005, devendo a legislação própria prever tal hipótese. Corroborando tal assertiva, o Enunciado nº 55 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, estabelece que o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é, senão, um direito do contribuinte ao invés de uma faculdade da Fazenda Pública. Deste modo, enquanto não editada lei específica a respeito do tema, não se pode ter como cabível a aplicação do disposto pelo artigo 57 da Lei nº 11.101/2005, em alusão ao previsto pelo artigo 191-A do Código Tributário Nacional.

Assim, com base nos princípios que norteiam a legislação sobre a recuperação da empresa, pode-se afirmar que a recuperanda não pode ser prejudicada pela ausência de lei específica que trate acerca do parcelamento de débitos tributários. Neste sentido, a não oneração da empresa em recuperação judicial pela ausência de lei específica prevendo o parcelamento tributário especial para empresas recuperandas foi elencada como razão de decidir no voto proferido no âmbito do Recurso Especial nº 1.187.404/MT, conforme extrai-se do seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Relator:

[...] Deveras, o direito de o contribuinte em recuperação empresarial obter o parcelamento da dívida tributária é alicerçado no dever do Estado de estimular, como principal credor, o soerguimento da empresa, dever cuja justificativa hospeda-se em princípios de ordem

constitucional, como o da função social da propriedade e da capacidade contributiva, corolário do princípio da isonomia substancial em matéria tributária, para que não seja conferido tratamento igualitário e indiscriminado a todos os contribuintes, como se todos se equivalessem. Nessa mesma ordem de ideias, afirmei na relatoria d AgRg no CC n. 110.764/DF que "a tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime de recuperação judicial das empresas, especialmente o art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que estejam em situação de recuperação judicial, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade". (BRASIL, 2013).

De acordo com o acima exposto, embora os diversos ônus decorrentes da aderência ao parcelamento de débitos fiscais, o parcelamento específico em tela, em princípio, deve ser considerado como direito da empresa em recuperação judicial, de modo a não impossibilitar o cumprimento da condição de regularidade fiscal para concessão do referido instituto, mantendo-se o máximo quanto possível a continuidade das atividades da empresa e, por consequência, a geração de emprego, renda e recolhimento de tributos.

3 O PARCELAMENTO ESPECIAL PARA EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOB AS DIRETRIZES DO ART. 47 DA LEI 11.101/2005

Em novembro de 2014, sobreveio a Lei nº 13.043/2014, a qual acrescentou o art. 10-A à Lei nº 10.522/2002 e instituiu o famigerado parcelamento específico de débitos tributários destinado às empresas em recuperação judicial. Ademais, foi editada a Portaria Conjunta nº 01, do Procurador Geral da Fazenda Nacional e do Secretário da Receita Federal, a qual, nos termos do art. 44 da Lei 13.043/2014, deveria constituir ato necessário à efetivação dos parcelamentos previstos na legislação em tela.

Entretanto, a portaria titubeia em conceitos em premissas básicas da recuperação judicial, vindo a exigir, a título de exemplo, a assinatura do administrador judicial da empresa recuperanda no requerimento de parcelamento, se deferido o processamento da recuperação, de acordo com a art. 36-A, § 1º, II da Portaria Conjunta (SALOMÃO; SANTOS, 2017).

No que toca a este ponto, destaca-se que o administrador judicial é um profissional auxiliar do magistrado, por este nomeado no despacho que defere o processamento do pedido de recuperação judicial, sendo que suas funções variam de

acordo com a existência (ou não) do comitê de credores e caso tenha sido (ou não) decretado o afastamento dos diretores da empresa em recuperação (COELHO, 2011, p. 418-419).

Em tendo sido instalado comitê de credores, caberá ao administrador judicial, basicamente, a verificação dos créditos, presidir a assembleia de credores e fiscalizar a sociedade empresária devedora. Em não tendo sido instalado o comitê de credores, o administrador assumirá também a competência reservada pela lei a este órgão colegiado.

Já em sendo decretado o afastamento dos diretores da sociedade empresária em recuperação judicial e enquanto não for eleito gestor judicial pela assembleia geral, caberá ao administrador judicial administrar e representar a recuperada, somente em tal hipótese estando autorizado a tomar decisões administrativas atinentes à exploração do negócio.

De tal forma, a exigência de assinatura do administrador judicial da empresa recuperanda na Portaria Conjunta em tela mostra-se uma flagrante impropriedade técnica, a qual atribui funções ao administrador judicial que não aquelas previstas na Lei 11.101/2015.

Destaca-se, ademais, os parágrafos primeiro e segundo do art. 10-A que a Lei 13.043/2014 acrescentou à Lei 10.522/2002 (repetidos nos parágrafos 3º e 5º do art. 36-A da Portaria Conjunta nº 1), os quais, respectivamente, estabelecem que: (i) o parcelamento aplicar-se-á a todo e qualquer débito inscrito ou não em dívida ativa da recuperanda, exceto aqueles débitos já abrangidos por parcelamento previsto em outra lei e; (ii) caso os débitos estejam sob discussão administrativa ou judicial ou com exigibilidade suspensa, a recuperanda deverá comprovar que desistiu de forma expressa e irrevogável da impugnação, recurso ou ação judicial.

Da leitura dos dispositivos acima, facilmente percebe-se que estas disposições claramente impõem óbices ao exercício de garantias constitucionalmente previstas - sobretudo, a de acesso à justiça. Neste sentido, convém destacar os entendimentos formatados pelo Supremo Tribunal Federal sobre iniciativas legislativas de natureza similar, que estabelecem ser inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo (Súmula Vinculante 21) e; inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário (Súmula Vinculante 28).

Como destacado anteriormente, a lógica que sustenta a regulamentação do pedido de recuperação judicial está vinculado ao objetivo de se viabilizar a situação de

crise econômico-financeira do devedor, de modo a se permitir a manutenção da fonte produtora, dos empregos e interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa.

No entanto, a forma para a consecução do objetivo formatado pela lei parece perverso à empresa, tendo em vista que a opção pelo parcelamento em tela, da forma como disposto, implica na renúncia a garantias constitucionalmente previstas, podendo-se dizer que o parcelamento específico para empresas em recuperação judicial não constitui um direito propriamente dito das empresas recuperandas, mas sim um ônus, pela importância das renúncias que implicam da aderência ao parcelamento específico voltado para empresas que pretendem ter acesso ao instituto da recuperação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se preocupou, antes de mais nada, com a manutenção de um dos pilares da sociedade e do desenvolvimento econômico: a empresa. Esta compreendida como a “atividade organizada contendo vários elementos, ou o estabelecimento comercial contendo vários bens” (REQUIÃO, 2015, p. 438).

Durante o desenvolvimento do presente artigo foi possível constatar que restam barreiras a serem superadas no que toca ao equilíbrio entre os interesses das empresas recuperandas e do Fisco no âmbito da recuperação judicial. Em geral, é preciso destacar que a Lei 11.101/2005 expõe de maneira clara as influências do princípio da preservação da empresa o qual, segundo alguns autores, “tem origem remota na própria Constituição Federal, que acolheu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como princípios jurídicos fundamentais” (RAMOS, 2015, p. 631).

Retomando-se a hipótese levantada no início do presente trabalho, pretendeu-se investigar se a imposição contida no artigo 57 da Lei 11.101/2015, que trata especificamente a respeito da obrigatoriedade de apresentação das certidões negativas de débitos tributários como condição *sine qua non* para prosseguimento do plano de recuperação judicial implica em algum tipo de ofensa ao princípio da preservação da empresa.

Em especial, o questionamento se demonstrou pertinente tendo em vista o fato de que, na maioria das vezes, empresas que necessitam do instituto da recuperação judicial possuem diversos débitos para com a Fazenda, que podem, inclusive, representar a causa de pedir da intervenção da assembleia de credores.

Assim sendo, a lógica por trás da Lei 13.043/2014, especialmente em seu artigo 42, § 6º chega a ser preservada. Isso porque, ao se condicionar a continuidade do plano de recuperação judicial à apresentação das certidões negativas de débitos tributários, a empresa recuperanda se vê obrigada à adesão dos programas de parcelamento da dívida, que necessariamente implicam na desistência de eventuais discussões a respeito da legalidade dos tributos que lhe são exigidos.

Dito em outras palavras, ao se tentar promover a preservação da empresa que tenha contraído diversos débitos, que podem incluir a Fazenda Nacional, a restrição do mecanismo às empresas que comprovem sua regularidade fiscal obriga ao reconhecimento de eventuais débitos que poderiam ser excluídos da lista de credores.

De tal forma, no primeiro tópico do presente artigo houve contextualização, a partir da fundamentação legal, da exigência de comprovação de regularidade fiscal para empresas recuperandas, chegando-se à conclusão de que tal condição é questionável frente às diretrizes que regem o sistema de recuperação judicial brasileiro, existindo significativas decisões judiciais favoráveis às empresas.

A partir do segundo tópico, conclui-se que embora a Lei nº 13.043/2014, após aproximadamente 10 (dez) anos de vigência do art. 57 da Lei 11.101/2015, institua o parcelamento especial de débitos fazendários federais para as empresas em recuperação judicial, tal parcelamento, pelos substanciais ônus e exigências de renúncias a garantias constitucionalmente previstas, fazem com que o parcelamento em tela não possa ser considerado como um direito conquistado pelas empresas devedoras, impondo óbices ao atingimento da continuidade da empresa.

Do terceiro tópico, extrai-se que o parcelamento de débitos municipais e estaduais continuam sendo um entrave no que refere-se à comprovação de regularidade fiscal, embora o atenuante previsto no art. 67-A da Lei Estadual de Santa Catarina nº 5.983/1981 (com redação dada pela Lei nº 12.856/2012 do mesmo Estado), que prevê a exclusão de multa e juros relativos a fatos geradores ocorridos até a data da declaração judicial da falência ou recuperação judicial.

Assim, chega-se à ponderação de que a busca pela oferta de condições mais favoráveis às empresas em recuperação judicial deve ser perene, eis ser benéfica a empresas e ao fisco: àquelas primeiras pelas maiores possibilidades de continuar as atividades (beneficiando, por via de consequência, a cadeia econômica e social na qual esta encontra-se inserida, com continuidade de postos de trabalho, aquisição de produtos e serviços *etc*), e a este último, diminuindo as chances de falência da empresa em

recuperação, o que por via de consequência também acarreta na diminuição das chances de o crédito do fisco ser submetido ao concurso universal (art. 186, parágrafo único do Código Tributário Nacional).

Por fim, resta dizer que é certo que não interessa ao mercado a manutenção de empresas inadimplentes, atrasadas ou mal administradas: “para estas, será reservado o instituto da falência, através do qual deverá ser promovida a extinção da empresa irrecuperável do mundo jurídico e econômico” (PENANTE JÚNIOR, 2016, p. 195). No entanto, tal pensamento não pode afastar e, tampouco, suportar mecanismos jurídicos que dificultem a efetiva recuperação da empresa – justificada pelo princípio da manutenção da empresa.

Ao contrário, o ordenamento jurídico necessita apontar para soluções que valorizem o mecanismo da recuperação judicial sem prejuízos econômicos às recuperandas.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado 55 da I Jornada de Direito Comercial**. O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art.191-A do CTN. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/128>>. Acesso em 23/03/2018.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 23/03/2018.

_____. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em 23/03/2018.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 23/03/2018.

_____. Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13043.htm>. Acesso em 23/03/2018.

_____. Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp118.htm>. Acesso em 23/03/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.404, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Brasília, DF, 19/06/2013. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 23/03/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173, Brasília, DF, 25/09/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 23/03/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 21.** É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1255>>. Acesso em 23/03/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 28.** É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1278>>. Acesso em 23/03/2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa.** 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEAL JUNIOR, João Carlos; PIRES, Natália Taves. **Apontamentos sobre o princípio da função social da empresa na Lei nº 11.101/05.** Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 10, n. 2, jul./dez. 2010, p. 325-345.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas.** 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MARTINS NETO, Carlos. **Preservação da empresa e ativismo judicial: breves notas sobre a experiência brasileira.** Revista Semestral de Direito Empresarial, nº 13, jul./dez. 2013, p. 113-143.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PENANTE JÚNIOR, Francisco. **Direito Empresarial.** Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial esquematizado.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: volume 1.** 34. ed., rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **A Lei de Recuperação Judicial e a questão tributária**. Disponível em <<https://jota.info/artigos/lei-de-recuperacao-judicial-e-questao-tributaria-24022015>>. Acesso em 26/03/2018.