

Atualidades

A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA COMO PRESSUPOSTO PARA DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O FALIDO

GUSTAVO HENRIQUE DE ALMEIDA

1. Introdução. 2. A preservação da empresa e a desconstituição da penhora em execução fiscal contra o empresário insolvente: 2.1 Trâmite da Execução Fiscal após a decretação da falência; 2.2 A penhora e sua aplicação na execução fiscal contra o falido; 2.3 A ponderação de interesses e sua aplicabilidade face ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à penhora de bens do falido antes da sentença de quebra; 2.4 Análise inferencial do entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à penhora de bens do falido antes da sentença de quebra. 3. Conclusão.

1. Introdução

A falência consiste em processo concursal empresarial, por meio do qual diversos credores buscam a satisfação dos seus créditos, habilitando-os perante o juízo da falência. Diante da possível pluralidade de credores,¹ necessário se faz reunir todos em um mesmo juízo, que fará a apuração dos haveres e pagará a cada credor segundo a ordem de classificação do seu crédito, nos limites do ativo arrecadado.²

A Lei n. 11.101/2005 define como juízo competente para conhecer do pedido e decretar a falência do devedor empresário o do local onde este possuir seu principal estabelecimento ou, ainda, da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

O juízo da falência é tido como juízo universal, pois todos os credores são atraí-

dos para ele, conforme nos ensina Ricardo Negrão: “A universalidade diz respeito aos credores: todos concorrem ao mesmo juízo, aplicando-se a eles uma só regra, com o que se evita a ruptura da igualdade de condições entre os diversos credores – negociais ou não – que são atraídos pela falência”.³

Sendo assim, como regra geral, o art. 76, da Lei n. 11.101/2005 determina que o juízo da falência seja indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido.⁴ Embora o juízo falimentar seja uma *vis attractiva*, a legislação estabelece algumas exceções, dentre as quais podemos citar as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas pela Lei n. 11.101/2005.

3. Ricardo Negrão, *Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*, 2005, p. 34.

4. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega, “Comentários aos artigos 70 ao 82”, in Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho (coords.), *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, 2005, p. 343.

1. Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, 1ª vol. – Falência, 17ª ed., 1998, p. 43.

2. Moacyr de Campos Lobato Filho, *Falência e Recuperação*, 2007, pp. 47-48.

As ações não reguladas pela lei de falência que correspondem à exceção ao juízo universal são aquelas em que forem partes a União, entidades autárquicas ou empresas públicas, na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, as ações relativas a imóveis, cuja competência seja determinada pela situação do bem, de forma absoluta, ou, ainda, as ações que demandarem quantias ilíquidas, iniciadas antes da decretação da falência, nas quais o devedor ora falido tenha sido citado anteriormente à sentença de quebra.⁵

No que toca às ações em que for parte a União, entidades autárquicas ou empresas públicas, na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, o critério de competência é definido pela Constituição da República, em seu art. 109, inciso I.

As ações relativas a imóveis, cuja competência seja determinada pela situação do bem, de forma absoluta, encontram amparo no art. 95, do Código de Processo Civil.

As ações que demandarem quantias ilíquidas, iniciadas antes da decretação da falência, nas quais o devedor ora falido tenha sido citado anteriormente à sentença de quebra, como exceção à regra do juízo universal, está disposta no art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005.

Notoriamente, as ações trabalhistas são processadas e julgadas nas Varas da Justiça do Trabalho, sendo o crédito apurado no juízo trabalhista habilitado no juízo universal da falência.

Quanto aos créditos fiscais, as execuções que visam a cobrá-los prosseguem nos juízos competentes, que não o juízo falimentar. Essa exceção ao juízo universal da falência reflete a preocupação “(...) de libertar a Fazenda Pública da sujeição a

todo e qualquer juízo universal ou coletivo”.⁶

Por isso, a Fazenda não precisa habilitar seu crédito no juízo universal da falência, para que se submeta ao rol de preferências de pagamento previsto na legislação falimentar. Uma vez que a Fazenda Pública goza de imunidade concursal quanto ao juízo da falência, algumas distorções foram surgindo ao longo do tempo, de modo que a jurisprudência pátria terminou por estabelecer uma distinção quanto às execuções fiscais ajuizadas antes e depois da decretação da falência. O entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça refere-se à penhora realizada nos autos da execução fiscal em bens do devedor empresário.⁷

Segundo esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça, proposta a execução fiscal depois da sentença que decretou a falência, essa correrá contra a massa falida, e eventual penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o administrador judicial. Por outro lado, ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar. Os bens penhorados nas Varas de Execuções Fiscais são nelas alienados e o produto da arrematação é entregue ao juízo falimentar.

Via de consequência, aplicando-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando o administrador judicial for arrecadar o ativo para aliená-lo, não será passível de arrecadação os bens penhorados antes da sentença que decreta falência nas Varas de Execuções Fiscais.

6. Humberto Theodoro Júnior, *Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência*, 11ª ed., 2009, p. 73.

7. Vinicius José Marques Gontijo, “Da prescrição do crédito fazendário na falência do contribuinte”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 15, n. 74, pp. 202-208, mai.-jun. 2007, p. 206.

5. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega, in Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho (coords.), 2005, p. 343.

O entendimento declinado pode representar um instigante conflito com o princípio da preservação da atividade empresarial, que permeia todo o ordenamento jurídico, em especial a Lei n. 11.101/2005.

Segundo este diploma, a alienação dos bens arrecadados pelo administrador judicial será realizada prioritariamente mediante a venda dos estabelecimentos em bloco. Não sendo possível, proceder-se-á à venda das filiais ou unidades produtivas isoladamente. Não sendo viável, passa-se à alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor ou, na última hipótese, à alienação dos bens individualmente considerados.⁸

Contudo, não será possível alienar os estabelecimentos em bloco se houver penhora de bem ou bens do falido nas Varas de Execuções Fiscais, haja vista o fato de que ocorrerá alienação isolada naquele juízo, sendo o restante dos bens arrecadados alienados perante o juízo falimentar.

Diante desse quadro surge uma problemática que consiste em saber se resta violado o princípio da preservação da atividade empresarial caso não ocorra à arrecadação e alienação de bens do falido no juízo universal falimentar que já estejam penhorados em execuções fiscais antes do decreto de quebra.

2 A preservação da empresa e a desconstituição da penhora em execução fiscal contra o empresário insolvente

A necessidade de se conservar a empresa alimenta discussões acerca de diversas ocasiões nas quais o princípio da preservação da atividade empresarial se vê ameaçado, seja em razão da aplicação de outro princípio no caso concreto, ou mesmo em virtude da indiscriminada aplicação

de dispositivos legais em detrimento da norma principiológica aludida.

Chama-nos atenção a colisão entre o princípio da preservação da empresa e os dispositivos da Lei de Execuções Fiscais, quando há bem de empresário penhorado em Execução Fiscal antes da sentença que decreta a quebra deste, pois o entendimento majoritário é o de que ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar. Surge, então, um problema que consiste em saber se nesses casos resta violado o princípio da preservação da atividade empresarial por não ser possível alienar o conjunto patrimonial do falido em bloco para um arrematante que queira continuar a empresa.

Antes de se adentrar no mérito do problema, torna-se oportuno elucidar como ocorre o processo de execução fiscal e a penhora nele realizada, de modo que se possa tratar com clareza do entendimento esposado que se firmou no STJ e, então, abordar a questão da preservação da empresa e a desconstituição da penhora em execução fiscal contra o falido.

Sendo assim, cabe elucidar que a Dívida Ativa que qualquer devedor possua junto ao Estado tanto relativamente aos créditos tributários, quanto os créditos não tributários,⁹ quando não paga, pode ser cobrada por meio de um processo judicial denominado execução fiscal. A inadimplência relativa à Dívida Ativa enseja um procedimento que se inicia diretamente na fase executória, sendo o executado citado para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução.

A Certidão de Dívida Ativa que é executada contém os elementos do Termo de Inscrição da Dívida Ativa, no qual consta o

8. Manoel Justino Bezerra Filho, *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005: Comentário Artigo por Artigo*, 4ª ed., 2007, pp. 325-327.

9. Araken Assis, *Manual da Execução*, 12ª ed., 2009, p. 1.079.

nome do devedor, dos corresponsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Ao se extrair uma Certidão da Dívida Ativa, a Fazenda Pública possui um título que pode ser executado judicialmente.¹⁰ Tal título é levado ao Poder Judiciário para que seja instaurada a demanda executiva.

“Esse curioso título, destacado pela anormal circunstância de ser criado unilateralmente, embora em atividade administrativa vinculada, pelo credor, possui rito expropriatório específico (...).”¹¹

No bojo desse processo não se pode discutir mérito, mas existe a possibilidade de fazê-lo opondo embargos à referida execução,¹² que suspende o processo executório até decisão final dos embargos, quando poderá a execução seguir seu curso, na hipótese de improcedência de tais embargos.

A Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, constitui a norma que rege a Execução Fiscal no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Referida Lei trata da satisfação forçada de créditos da Fazenda Pública, por dívidas tributárias ou não, de forma distinta de outras execuções de quantia certa previstas na legislação processual brasileira, sendo o foco da deman-

da executiva fiscal a celeridade e a agilidade do processo promovido pela Fazenda.¹³

Característica da Lei de Execuções Fiscais, os privilégios para a Fazenda Pública nela consubstanciados, de tantos e tão exagerados, chamam a atenção da doutrina, a ponto de se afirmar que em prol da Fazenda existem favores extremos que chegam a vários momentos, a repugnar à tradição jurídica do direito brasileiro.¹⁴ Araken de Assis argumenta que “anima o Estado brasileiro, às vezes, um profundo espírito caviloso, que avulta no tratamento diferenciado conferido, de um lado, ao crédito da Fazenda Pública, e, de outro, ao crédito contra a Fazenda”.¹⁵

Não obstante aos privilégios que a doutrina aponta, a ineficiência do processo de execução fiscal é incomensurável. Kiyoshi Harada destaca alguns pontos que revelam a inutilidade do processo executório:

“a) o número de execuções fiscais ajuizadas corresponde a mais de 50% dos processos judiciais, em geral, em curso no âmbito do Poder Judiciário, sendo que no âmbito da Justiça Federal essa proporção é de 38,8%;

“b) os dados de 2005 revelam que a taxa média de encerramento de controvérsias em relação às novas execuções fiscais ajuizadas é inferior a 50% e apontam um crescimento de 15% de estoque de execuções em 1ª instância na Justiça Federal, havendo uma taxa de congestionamento médio de 80% nos julgamentos de 1ª instância;

“c) existem 2,5 milhões de execuções judiciais no âmbito da Justiça Federal, com baixíssima taxa de impugnação, seja por meio de embargos, seja por meio de exceção de pré-executividade;

“d) no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, enquanto o processo

10. Assis, 2009, p. 1.079.

11. Araken Assis, *Manual do Processo de Execução*, 8ª ed., 2002, p. 185.

12. Assis, 2009, p. 1.069.

13. Theodoro Júnior, 2009, p. 3.

14. Theodoro Júnior, 2009, p. 4.

15. Assis, 2009, p. 1.066.

administrativo tributário leva em média 4 anos, a execução judicial leva 12 anos para findar;

“e) menos de 1% do estoque de dívida ativa da União de R\$ 400 bilhões (R\$ 600 bilhões se incluída a da Previdência Social) ingressam aos cofres públicos por via de execução fiscal, bem menos do que o percentual alcançado por medidas de parcelamento (REFIS, PAES e PAEX);

“f) considerados os valores sob execução judicial e os que estão sob discussão administrativa, a dívida ativa da União atinge a cifra de R\$ 900 bilhões, ou seja, 1,5 vezes a estimativa de receita da União para o exercício de 2006.”¹⁶

Inferre-se dessas informações levantadas por Kiyoshi Harada que o processo de Execução Fiscal, além de emperrar o Poder Judiciário, consiste em um instrumento de privilégios para o ente fazendário que, não obstante, é ineficaz.

Um dos privilégios consagrados pela legislação em comento consiste na exclusão da execução dos créditos fazendários dos juízos universais, ou seja, uma das preocupações da norma contida no art. 5^a da Lei 6.830 é a de liberar a Fazenda da sujeição a todo e qualquer juízo universal,¹⁷ dentre os quais se destaca o juízo universal da falência. Desse modo, a competência para apreciar a execução fiscal não se altera em caso de decretação de quebra.¹⁸

2.1 Trâmite da Execução Fiscal após a decretação da falência

Havendo regra expressa no sentido de que o foro da Execução Fiscal não se altera em virtude de juízos universais, em especial o da falência, sobrevindo decisão judicial que decreta a quebra do devedor em-

presário, a execução promovida pelo ente fazendário continuará no foro onde se encontrava antes da decretação falencial.

O processo de Execução Fiscal não será alterado ou mesmo paralisado em virtude da falência do devedor executado. A execução fiscal seguirá o seu curso até a alienação dos bens penhorados nas Varas de Execuções Fiscais. Frise-se que a alienação dos bens ocorre se houver penhora realizada antes da sentença de quebra, pois, caso não haja penhora realizada e sobrevenha sentença decretatória de falência, qualquer eventual penhora deve ser feita no rosto dos autos do processo falimentar.¹⁹

Em suma, havendo penhora promovida pela Fazenda antes da sentença falimentar, os bens são alienados e o produto da arrematação é entregue ao juízo falimentar, que pagará aos credores, inclusive à Fazenda, segundo o rol de preferência do art. 83, da Lei n. 11.101/2005.

Esse é o entendimento majoritário nos tribunais, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, que decorre de uma antiga Súmula, de n. 44, do extinto Tribunal Federal de Recursos, cuja transcrição do teor ora se faz oportuna: “Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico”.²⁰

Em virtude do entendimento do Superior Tribunal de Justiça relativamente às normas contidas nos arts. 5^a e 29, da Lei 6.830, de liberar a Fazenda Pública da sujeição a todo e qualquer juízo universal ou coletivo e, conseqüentemente, promover a alienação dos bens penhorados antes da falência naquele foro, a arrecadação que o administrador judicial da falência deve fa-

16. Kiyoshi Harada, “A penhora como pré-requisito da execução fiscal”, in *Revistas Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, 16^a ed., ago.-set. 2007, pp. 5-6.

17. Theodoro Júnior, 2009, p. 73.

18. Assis, 2009, p. 1.087.

19. Theodoro Júnior, 2009, p. 4.

20. Bráulio Lisboa Lopes, *Aspectos Tributários da Falência e Recuperação de Empresas*, 2008, p. 118.

zer no juízo falimentar, apurando-se todos os bens do falido, não contemplará o bem ou os bens penhorados nas Varas de Execuções Fiscais.

Por outro lado, a lei falimentar, prestigiando o princípio da preservação da empresa, prescreve em seu artigo 140, inciso I, que a alienação dos bens arrecadados pelo administrador judicial será realizada prioritariamente mediante a venda dos estabelecimentos empresariais em bloco. Não sendo possível, proceder-se-á à venda dos estabelecimentos das filiais ou unidades produtivas isoladamente. Não sendo viável, passa-se à alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor ou, na última hipótese, à alienação dos bens individualmente considerados.

Ricardo Bernardi, assim como diversos autores, sustenta que o art. 140 da Lei n. 11.101/2005 prestigia o princípio da preservação da empresa. O autor esclarece por qual razão deve ser vendido o conjunto patrimonial de forma integral como primeira opção. Segundo ele, o motivo reside na conservação da atividade econômica, em respeito ao princípio da preservação da empresa.²¹

José da Silva Pacheco ensina que a alienação do complexo de bens organizados para a atividade empresarial, “trata-se, na realidade, de venda global, ensejadora da preservação da empresa com novo empresário ou sociedade empresária (...)”.²²

Para Ricardo Negrão, “pressupõe-se que, com o afastamento dos antigos administradores, a empresa possa prosseguir suas atividades em mãos dos novos adquirentes (...)”.²³

21. Ricardo Bernardi, in Souza Júnior e Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo*, 2ª ed., 2007, p. 487.

22. José da Silva Pacheco, *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: em Conformidade com a Lei n. 11.101/2005 e a Alteração da Lei n 11.127/2005*, 2ª ed., 2007, p. 330.

23. Negrão, 2005, p. 119.

Manoel Justino Bezerra Filho, no mesmo sentido, destaca que: “A Lei estabelece como forma preferencial para realização do ativo a venda em bloco de todos os estabelecimentos (arts. 1.142 a 1.149 do Código Civil), objetivando garantir o maior valor de venda e também propiciar condições de eventual continuação do negócio pelo adquirente, preservando-se, assim, o valor social da atividade”.²⁴

Surge, então, um problema que consiste em saber se resta violado o princípio da preservação da atividade empresarial caso não ocorra a arrecadação e alienação de bens do falido no juízo universal falimentar que já estejam penhorados em execuções fiscais antes do decreto de quebra, uma vez que não seria possível adquirir o conjunto patrimonial em bloco para continuar a empresa.

Tal problemática possui uma conotação prática muito instigante. Imagine-se que o arrematante em uma alienação promovida no juízo falimentar, de acordo com o art. 140, inciso I, da Lei 11.101/2005, adquira todo o acervo patrimonial do falido. Se assim o arrematante o faz, muito provavelmente ele destinará os bens do falido a atividade empresarial que por este era desenvolvida, ou outra correlata.²⁵ Por outro lado, se um arrematante adquire um bem isolado do acervo patrimonial do falido, e o faz em uma alienação promovida pelo juízo da execução fiscal, muito provavelmente esse arrematante não possui a intenção de desenvolver a mesma atividade empresarial do falido. Mas, sem dúvida, as alienações realizadas isoladamente desmantelam o patrimônio que o falido empregava no exercício da empresa.

Como consequência, o desmantelamento do acervo patrimonial disposto e apto a gerar lucro impossibilitará sua utilização em conjunto no exercício de uma mesma atividade, mas, de modo contrário, serão os bens alienados isoladamente des-

24. Bezerra Filho, 2007, p. 326.

25. Bezerra Filho, 2007, p. 326.

tinados a fins distintos, por distintos arre-
mantantes.²⁶

2.2 A penhora e sua aplicação na execução fiscal contra o falido

A penhora consiste em o ato judicial coercitivo que dá início à expropriação de bens do devedor para satisfação de crédito do credor. Nesse sentido, o vínculo de indisponibilidade decorrente da penhora deriva da particular destinação do bem afetado para satisfazer à pretensão executiva.²⁷

O órgão do Poder Judiciário que determina a penhora de um bem o tem sob seu poder para destiná-lo à satisfação do crédito exequendo. Essa é a lição que se extrai do conceito de penhora ensinada por Enrico Tullio Liebman, que define penhora como: "(...) ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exequente. Tem, pois, natureza de ato executório".²⁸

Araken de Assis, no mesmo sentido, leciona que: "A penhora é ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo".²⁹

Também na execução fiscal a penhora possui natureza típica de o ato judicial coercitivo que dá início à expropriação de bens do devedor para o caso de não ser paga a dívida, ou garantido o juízo por meio de depósito ou fiança. Despachada a petição inicial, o devedor goza do prazo de cinco dias para realizar o pagamento da dívida ou para nomear bens que a garantam. Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior: "Após o prazo dado ao executado,

sem manifestação válida de sua parte, a penhora será feita livremente pelo oficial, que não está adstrito à ordem de preferência traçada pelo art. 11 da Lei n. 6.830/1980 apenas para a nomeação de iniciativa do devedor".³⁰

Desse modo, os bens penhorados são avaliados para que se possa saber suas características e o seu valor.

Dentre alguns bens elencados pelo art. 11, da Lei n. 6.830/1980, passíveis de penhora, destacam-se dinheiro, imóveis, navios e aeronaves, veículos, móveis, direitos e ações, além de poder, excepcionalmente, a penhora recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

Para que ocorra a penhora nos autos de execução fiscal, indispensável ajuizamento desta, preenchendo os requisitos legais, além do despacho judicial deferindo a inicial, que importará, dentre outras coisas, na determinação de penhora, caso a dívida não seja paga ou garantida por meio de depósito ou fiança.

Antes da sentença que decreta falência, a citação para pagar ou garantir a execução será feita ao executado. Tratando-se de empresário, este será a pessoa física ou jurídica a ser citada.

O ajuizamento da execução fiscal contra o empresário que se encontra em crise econômico-financeira não constitui uma exceção, pois aquele que está em estado de debilidade, inadimplindo suas obrigações, comumente deixa de ser pontual também com o pagamento dos tributos e demais despesas para com o fisco.³¹

Desse modo, eventual execução fiscal ajuizada antes da falência correrá contra o empresário devedor até a decretação da quebra, quando a Fazenda tomará ciência

26. Bezerra Filho, 2007, p. 327.

27. Ovidio Araújo Baptista da Silva, *Doutrina e Prática do Arresto ou Embargo*, 1976, p. 78.

28. Enrico Tullio Liebman, *Processo de Execução*, 4ª ed., 1946, p. 95.

29. Assis, 2002, p. 604.

30. Theodoro Júnior, 2009, p. 82.

31. José Eli Salamanha, "Débitos fiscais e a recuperação judicial de empresas", in *Revista de Direito Mercantil* 140/118, out.-dez. 2005.

de tal decisão judicial. Como consequência, os bens que eram do falido passam a pertencer à massa falida. Contudo, se houver penhora realizada antes da sentença de quebra, os bens penhorados não ficam, como os demais bens da massa, sujeitos a arrecadação no juízo falimentar, pois constituem constrição judicial para garantia do recebimento do crédito da Fazenda.

No que toca ao recebimento dos créditos fiscais como decorrência da penhora de bens do falido antes da sentença de quebra, em que pese haver penhora de bens do falido antes da sentença, a Fazenda somente poderá satisfazer o seu crédito mediante concurso com demais credores segundo a ordem de pagamento prevista na Lei de Falência.

Cabe ressaltar que o art. 29, da Lei n. 6.830/1980, prevê que a cobrança judicial da Dívida Ativa não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência. Contudo, o Código Tributário Nacional, que é lei hierarquicamente superior à Lei de Execuções Fiscais, dispõe em seu art. 186, de forma contrária, conforme alteração introduzida pela Lei Complementar 118/2005. Tal é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior: “Mas, o que me parece é que o art. 29 da nova Lei de Execução Fiscal quis apenas excluir a Fazenda Pública da participação dos juízos universais como o da falência e o do concurso civil de credores, e outros similares. Não entrou, todavia, em linha de cogitação alterar ou eliminar privilégios instituídos e resguardados pelas leis de direito material em vigor. Mesmo porque não seria aceitável que, em questão substancial como essa, pudesse ocorrer revogação de uma lei complementar, como é o Código Tributário Nacional, por uma simples lei ordinária”.³²

No mesmo sentido, Bráulio Lisboa Lopes ensina que a Fazenda se submete à ordem de preferência no pagamento prevista no art. 83 da Lei de Falência: “Apesar

de processualmente não se submeter ao concurso de credores, materialmente a Fazenda Pública submete-se ao rol de preferências, ou melhor, aos seus efeitos, conforme se verifica do disposto no art. 83 e incisos da Lei n. 11.101/2005”.³³

Portanto, para o recebimento dos seus créditos, pouco importa se a Fazenda procedeu à penhora dos bens do empresário que posteriormente veio a falir, pois deverá o ente fazendário receber segundo a ordem de preferência prevista na legislação falimentar.

Humberto Theodoro Júnior, nesse sentido, esclarece-nos a todos de que “no entanto, é bom notar que a execução fiscal, embora não fique paralisada por decorrência da quebra do devedor, não pode ir até a entrega do produto da arrematação à Fazenda exequente”.³⁴ Isso porque o produto da alienação deve ser entregue ao juízo falimentar para pagamento segundo a ordem de preferência do art. 83, da Lei n. 11.101/2005.

Partindo da impossibilidade da Fazenda de satisfazer diretamente seu crédito com o produto da arrematação do bem ou bens por ela penhorados, mesmo antes da falência, uma vez que tal produto deve ser entregue ao juízo falimentar para proceder ao pagamento dos credores, resta-nos concluir que a manutenção da penhora na Execução Fiscal ante a quebra carece do sentido para o qual foi instituída na Lei n. 6.830/1980, que seria de garantir o recebimento pela Fazenda dos créditos desta.

Cabe destacar que os créditos tributários, principais créditos consignados em Certidão da Dívida Ativa, figuram na terceira posição no rol de preferência previsto no art. 83, da Lei n. 11.101/2005, sucedendo os créditos derivados da legislação do trabalho, os decorrentes de acidentes de trabalho e os créditos com garantia real. Ressalta-se que, porém, antes de se pagar

32. Theodoro Júnior, 2009, p. 179.

33. Lopes, 2008, p. 18.

34. Theodoro Júnior, 2009, pp. 73-74.

aos credores concursais, paga-se aos credores extraconcursais, conforme art. 84, da Lei n. 11.101/2005, tão logo haja disponibilidade de caixa na falência.

A preservação da empresa justifica-se por sua função social. Preservar a atividade significa manter a fonte produtiva, a geração de renda e empregos e, também, a arrecadação de tributos. Diante dessas premissas, a lei falimentar trouxe em diversos dispositivos a essência da preservação da empresa, mas, especificamente no art. 75, o legislador fez constar que, em relação à falência, a finalidade da norma é a preservação da empresa.

Tendo o legislador envidado esforços no sentido de preservar a atividade, não poderia resultar de seu labor outra disposição, no que toca ao processo falimentar, senão a de alienação dos bens tangíveis e intangíveis do devedor empresário. Isso porque o único meio de ser preservar a atividade por ele exercida consiste na transferência do seu patrimônio para terceiros, que o usará para exercer atividade igual ou correlata àquela desenvolvida pelo falido, o que evidencia uma conotação processual do princípio da preservação da atividade empresarial. Nesse sentido, Manuel Justino Bezerra Filho esclarece que a finalidade da alienação do acervo patrimonial da massa ocorrida no processo falimentar, tal como dispõe o art. 140, visa a “(...) propiciar condições de eventual continuação do negócio pelo adquirente, preservando-se, assim, o valor social da atividade”.³⁵

Ricardo Negrão ensina que, para que o terceiro arrematante pudesse efetivamente levar a cabo a aquisição do patrimônio empresarial, o legislador cuidou de impedir que houvesse a sucessão trabalhista e tributária no tocante às dívidas do falido por quem adquire o patrimônio da massa falida.³⁶ Para tanto, além da disposição expressa na lei falimentar, em seu art. 141, inciso II, a Lei Complementar n. 118 alte-

rou o art. 133, § 1º, do Código Tributário Nacional, de modo a consagrar a impossibilidade de sucessão na aquisição dos bens pertencentes à massa.

José da Silva Pacheco ressalta que, devido ao fato de não haver sucessão trabalhista ou tributária, estimula-se a aquisição do conjunto patrimonial e preserva-se a atividade empresarial: “Não havendo sucessão nas obrigações do devedor, inclusive de natureza tributária e trabalhista, o novo empresário que adquirir, em bloco, os estabelecimentos empresariais do empresário ou sociedade falida, poderá desenvolver, com êxito, a sua empresa, em benefício de todos”.³⁷

Sendo assim, a conotação processual do princípio da preservação da empresa consiste na alienação dos bens do falido no processo falimentar que, sem ônus algum, serão utilizados por um empresário que os destinará a continuação de uma atividade empresarial.

2.3 A ponderação de interesses e sua aplicabilidade face ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à penhora de bens do falido antes da sentença de quebra

Os princípios do ordenamento jurídico expressam valores que a sociedade brasileira cultiva e que o sistema jurídico tutela. A todo o momento se depara com princípios que traduzem os anseios sociais e revelam o norte do Direito posto.

Os princípios são muitos e variados e, por vezes, entram em choque. Mas, como não são regras, cujo conflito pode ser solucionado pela anterioridade ou especialidade, o conflito é solucionado, conforme nos ensina Robert Alexy, pelo sopesamento dos princípios em atrito.

Desse modo, a ponderação de interesses consiste na técnica apta a solucionar as colisões entre os diversos princípios que

35. Bezerra Filho, 2007, p. 326.

36. Negrão, 2005, p. 119.

37. Pacheco, 2007, p. 330.

fundamentam a ordem jurídica. Essa é a técnica que conjuga a ponderação entre os diversos valores que dão fundamento ético ao sistema normativo.³⁸

No caso concreto o julgador, ao dimensionar o peso de um princípio em detrimento de outro, deve fazê-lo obedecendo a certos critérios, sob pena de pender para o arbítrio. Desse modo, cresce a importância da proporcionalidade, pois a solução dada pelo aplicador do Direito deve conciliar valores ao harmonizar os interesses em jogo, conferindo, assim, legitimidade à decisão.

Proporcionalidade, para Gilmar Mendes, consiste na “(...) apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) (...)”.³⁹ Desse modo, a medida deve ser necessária aos fins que se destina, e deve apresentar solução adequada ao que ela pretende regulamentar. Esse critério apresentado pelo autor é utilizado na Alemanha para, inclusive, declarar a constitucionalidade ou não de uma lei, pois, não observando tais critérios, padece o provimento legislativo da constitucional proporcionalidade que dele se exige.⁴⁰

Quanto ao problema analisado no presente trabalho, há nas decisões dos nossos tribunais um choque entre o princípio da preservação da empresa, cujos interesses sociais foram analisados ao longo dessa pesquisa, e a segurança jurídica conferida pela legislação em vigor ao crédito fazendário executado em um juízo diverso do falimentar.

O julgador tem, nesses casos, dois valores que se apresentam e devem ser sopesados, a preservação da empresa e a segu-

rança jurídica. Além disso, o julgador está apto a analisar se a Lei n. 6.830/1980, ao permitir a penhora nas execuções fiscais, cumpre a sua finalidade de satisfazer o crédito fazendário.

No primeiro momento, sopesar a preservação da empresa em contraponto à penhora pressupõe uma análise sobre o impacto que esta pode exercer na alienação do ativo do falido. Isso significa dizer que falar em preservação da atividade empresarial para se desconstituir uma penhora exige que esta constitua óbice à alienação do ativo empresarial como um todo.

Por outro lado, há que se verificar se a penhora nesses casos se constitui como instituto que realmente ofereça a segurança jurídica que dela se espera. Pois, se a alienação que sucede a penhora gera uma receita que é destinada ao pagamento dos credores conforme a ordem de preferência estabelecida pela lei de falência, não há que se falar em segurança jurídica para a Fazenda Pública quanto ao recebimento dos seus créditos, uma vez que figura em terceiro lugar no rol de preferência para pagamento na falência.⁴¹

Esses são, portanto, os interesses a serem ponderados quando da apreciação pelo Poder Judiciário de manutenção de penhora no juízo fiscal ante a falência do executado.

2.4 Análise inferencial do entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à penhora de bens do falido antes da sentença de quebra

O presente trabalho estrutura-se na análise da importância da empresa, como atividade que é, em contraste com normas

38. Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, in *Revista Diálogo Jurídico*, vol. I, n. 6, set. 2001, p. 6.

39. Gilmar Mendes, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, in *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 1, n. 5, ago. 2001, p. 2.

40. Mendes, 2001, p. 2.

41. Suzana Santi Cremasco, “A classificação dos créditos na Lei n. 11.101/2005: breve estudo sobre as inovações relativas a ordem de pagamento dos créditos concursais trabalhistas, com garantia real e tributários”, in *Revistas Magister de Direito Empresarial, Concursal e do Consumidor* 11/14, out-nov. 2006.

que irradiam, concomitantemente, sobre a execução fiscal e sobre o processo falimentar. O problema de pesquisa consiste em saber se resta violado o princípio da preservação da atividade empresária caso não ocorra a arrecadação e a alienação de bens do falido no juízo universal falimentar que já estejam penhorados em execuções fiscais antes do decreto de quebra.

Para que se possa discutir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, surge a necessidade de uma argumentação jurídica que pressuponha um olhar inferencialista sobre o posicionamento da referida Corte em seus julgados.

Segundo as lições de Antônio Cota Marçal, convém ressaltar que: “Por ‘inferencialismo’ entende-se aqui a proposta de repensar determinados conteúdos conceituais a partir de uma matriz de discursividade racional distinta da clássica racionalidade lógico-formal”.⁴²

Assim, deve-se esclarecer que a análise da questão tal como ora proposta revela diversa interpretação sobre entendimento judicial do Superior Tribunal de Justiça, considerando-se que a interpretação é fruto de uma dada época, de um dado momento histórico, e abarca os fatos a serem interpretados, além do sistema jurídico e das circunstâncias e do imaginário do intérprete. Temos que ter em conta que “a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais”,⁴³ mas uma tentativa de se estabelecer uma proposição justa e dogmática para solucionar uma controvérsia jurídica.

Tal proposta de pensamento pressupõe, portanto, um discurso racional e jurídico em torno da importância da atividade empresária e, conseqüentemente, da sua

preservação, exaustivamente delineada no curso do presente trabalho. Se a empresa é tão importante para a sociedade de modo geral, repercutindo na vida econômica e social dos cidadãos a ponto dos operadores do Direito repensarem o seu conteúdo atribuindo-lhe uma função social e, por conseguinte, erigir sua preservação a um princípio de direito, este constitui efetivamente a pedra angular do discurso racional que se propõe.

Por outro lado, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça irradia-se sobre os tribunais das unidades da Federação guiando os magistrados e pré-constituindo o convencimento e fundamentação das decisões destes.

Cabe lembrar que o posicionamento analisado se consolidou ainda sob a égide do Decreto-lei 7.661/1945, antigo dispositivo legal que regia a falência. Ao longo dos anos os tribunais adotaram, e ainda adotam, uma postura que acredita na penhora de bens nos autos da execução fiscal como garantia do recebimento dos créditos fazendários, sobretudo porque a Lei n. 6.830/1980 impede que a Fazenda se submeta a juízos universais, o que, supostamente, inviabiliza a desconstituição da penhora realizada antes da falência.

Ademais, o posicionamento adotado pelos tribunais, que também se justifica pela norma do art. 5º da Lei n. 6.830/1980, não são dinâmicos, como se exige de uma ciência social na qual se constitui o Direito, mas, ao contrário, estáticos.

Nesse sentido, cabe destacar que no âmbito do Direito, a evolução está embasada na própria mudança social, a exigir uma constante e renovada evolução na seara jurídica.

“Como a vida humana é simultaneamente prática e teoria de uma discursividade livre, os conceitos do Direito, além de instrumentais, são interpretativos, históricos, inferenciais e buscam se organizar logicamente.”⁴⁴

42. Antônio Cota Marçal, “O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica”, in Marcelo Campos Galuppo, *O Brasil que Queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*, 2006, p. 105.

43. Barroso, 2001, p. 2.

44. Marçal, in Galuppo, 2006, p. 115.

A consolidação do entendimento dos nossos tribunais, a extrair da Lei n. 6.830/1980 uma validade inabalável, no que toca à penhora realizada antes da falência, coexiste com outras variáveis dentro da realidade social e jurídica brasileiras. Ao lado da segurança que a penhora pretende conferir ao crédito fazendário, existem outros elementos a serem considerados, tais como, o princípio da preservação da atividade empresária e da função social da empresa que, por suposto, são normas de Direito⁴⁵ que decorrem do princípio constitucional da função social da propriedade. Portanto, não se pode afastar a necessidade imperiosa de se interpretar a Lei 6.830/1980 à luz da Constituição de 1988, uma vez que esta é posterior ao texto legal.⁴⁶

O que se evidencia é a possibilidade de se argumentar racionalmente, com base em elementos jurídicos claros que há espaço para entendimento diverso do adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente em virtude da mudança dos elementos fático-sociais que convergem para a intenção de preservar a empresa.

O discurso da preservação da empresa encabeça a estrutura do raciocínio que permite a superação do entendimento firmado, como um princípio de Direito, cuja essência pode embasar a desconstituição da penhora em uma Vara de Execução Fiscal, de modo a propiciar a aquisição do acervo patrimonial do falido em bloco por quem deseja utilizá-lo empresarialmente e, com isso, continuar a atividade empresária.

Sobre o discurso da argumentação jurídica calcada em princípios e razões de Direito, Antônio Cota Marçal explica que: “Por argumentação jurídica entende-se aquele processo de explicitação e articulação de razões capazes de fundamentar decisões e justificar ações próprias do Direito

considerado como ciência social aplicada”.⁴⁷

Há, inegavelmente, a necessidade da “(...) construção sempre reiniciada dos conteúdos conceituais do Direito (institutos jurídicos, normas jurídicas, julgados, construções teóricas) (...)”,⁴⁸ de modo que o próprio Direito possa evoluir e atender às necessidades de uma sociedade que é complexa e dinâmica.

Portanto, ao se analisar as diversas premissas e os múltiplos interesses que gravitam em torno da empresa, a manutenção de uma penhora pode colocar em risco valores mais nobres para o ordenamento jurídico, do que o benefício imediato que a penhora confere à execução fiscal para o ente fazendário, o que permite chegar a uma conclusão diversa do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Conclusão

A empresa se revela o núcleo da economia do sistema de mercado que, exercida por um sujeito de direitos, deve cumprir sua função social de modo a contribuir para o alcance dos objetivos constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, guiando-se sempre pela proteção da vida e da sua existência com dignidade, pressupondo-se, assim, uma matriz de cunho biocentrista.

Diante da importância de que se reveste a empresa, esta deve ser preservada e concebida como um princípio jurídico norteador da atividade legislativa e orientador dos aplicadores do direito, seja em processos judiciais, ou mesmo em circunstâncias não judiciais.

O diálogo existente entre os vários ramos do Direito permite a utilização de institutos de um em outros ramos. Tal metodologia permite aplicar o princípio da pre-

45. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., 2005, p. 257.

46. Assis, 2009, p. 1.067.

47. Marçal, in Galuppo, 2006, p. 114.

48. Marçal, in Galuppo, 2006, p. 115.

servação da empresa em casos nos quais se verifique a ameaça à atividade empresarial, tão cara à sociedade brasileira. O aludido princípio é pedra angular do processo falimentar, percebendo-se em vários dispositivos da Lei de Falência sua inegável presença.

A necessidade de se repensar os conteúdos conceituais das normas, ou mesmo das decisões judiciais demonstra a inevitável evolução do pensamento jurídico, que deve acompanhar as mudanças sociais. Sendo assim, entendimentos consolidados em nossos tribunais devem ser revistos e confrontados com novas realidades fáticas que podem conduzir a uma mudança nos conteúdos dos conceitos previamente estabelecidos.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça equivalente à Súmula de n. 44, editada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, referente à penhora de bens do falido nas Varas de Execuções Fiscais antes da sentença de quebra, para o presente trabalho, consistiu no conteúdo submetido a uma nova análise das circunstâncias que o envolvem, sobretudo quanto à atividade empresarial, que se revestiu nos últimos anos de inegável relevância, a ponto de sua preservação ser erigida a princípio de direito.

Sendo assim, para prestigiar um valor reconhecido pela sociedade e pelo legislador, impõe-se, nos casos levados ao Poder Judiciário, a aplicação do princípio da preservação da empresa para afastar a penhora recaída sobre bens do falido, efetivada antes da sentença de falência, de modo a permitir que o adquirente do conjunto patrimonial no juízo falimentar possa destiná-los a continuação da mesma ou de atividade empresarial correlata ao do falido, quando for indispensável a desoneração do bem para a aquisição por parte do arrematante.

Referências

ASSIS, Araken (2009). *Manual da Execução*. 12ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Ed. RT.

_____. (2002). *Manual do Processo de Execução*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Ed. RT.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo (1976). *Doutrina e Prática do Arresto ou Embargo*. Rio de Janeiro, Forense.

BARROSO, Luís Roberto (2001). “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, *Revista Diálogo Jurídico*, vol. I, n. 6. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, set.

BLANCO TARREGA, Maria Cristina Vidotte (2005). “Comentários aos artigos 70 ao 82”, in DE LUCCA, Newton; E SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo, Quartier Latin.

BERNARDI, Ricardo (2007). In SOUZA JÚNIOR; PITOMBO (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Ed. RT.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino (2007). *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005: Comentário Artigo por Artigo*. 4ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo, Ed. RT.

BONAVIDES, Paulo (2005). *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed., atual. São Paulo, Malheiros Editores.

CREMASCO, Suzana Santi (2006). “A classificação dos créditos na Lei n. 11.101/2005: breve estudo sobre as inovações relativas a ordem de pagamento dos créditos concursais trabalhistas, com garantia real e tributários”, in *Revistas Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, n. 1. Out.-nov.

GONTIJO, Vinicius José Marques (2007). “Da prescrição do crédito fazendário na falência do contribuinte”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas* vol. 15, n. 74, pp. 202-208, São Paulo, maio-jun.

HARADA, Kiyoshi (2007). “A penhora como pré-requisito da execução fiscal”, in *Revistas Magister de Direito Empresarial*,

- Concorrencial e do Consumidor*. 16ª ed. Ago.-set.
- LIEBMAN, Enrico Tullio (1946). *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva.
- LOBATO FILHO, Moacyr de Campos (2007). *Falência e Recuperação*. Belo Horizonte, Del Rey.
- LOPES, Bráulio Lisboa (2008). *Aspectos Tributários da Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo, Quartier Latin.
- MARÇAL, Antônio Cota (2006). “O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica”, in GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que Queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Editora PUC-Minas.
- MENDES, Gilmar (2001). “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”. *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 1, n. 5. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ago.
- NEGRÃO, Ricardo (2005). *Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo, Saraiva.
- PACHECO, José da Silva (2007). *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: em Conformidade com a Lei n. 11.101/2005 e a Alteração da Lei n. 11.127/2005*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense.
- REQUIÃO, Rubens (1998). *Curso de Direito Falimentar: Falência*. vol. 1. 17ª ed., atual. São Paulo, Saraiva.
- SALAMANCHA, José Eli (2005). “Débitos fiscais e a recuperação judicial de empresas”, *Revista de Direito Mercantil*, vol. 140. Out.-dez.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto (2009). *Lei de Execução Fiscal*. 11ª ed. São Paulo, Saraiva.

