

**REPENSANDO A PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O
FALIDO**

***THINKING ABOUT THE JUDICIAL PATRIMONY CONSTRICTION ON
FISCAL ACTION AGAINST THE INSOLVENT***

Gustavo Henrique de Almeida

*Mestrando em Direito Empresarial (FUIT-MG);
Especialista em Direito Empresarial (UGF-RJ); Pós-
graduado em Direito Privado (UCAM-RJ); Advogado.*

Resumo: Trata-se de estudo analítico referente à penhora realizada antes do decreto de falência contra devedor empresário no campo dos processos de execuções fiscais. O presente trabalho tem o objetivo de sustentar a importância da empresa e de sua preservação como elementos embaixadores para desconstituir a penhora dos bens do empresário insolvente. A proposta feita tende a superar o entendimento consolidado nos tribunais, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, pelo método analítico-propositivo, que conduz à conclusão de se permitir a desconstituição da penhora realizada nas varas de execução fiscal contra o empresário falido.

Palavras-Chave: Execução fiscal, penhora, preservação da empresa.

Abstract: This is an analytical study on the pledge made before the decree of bankruptcy against the debtor entrepreneur in the field of tax foreclosure proceedings. The present article aims to support the importance of the company and their preservation, as part deconstitutes foundation for the judicial constriction of property of the insolvent employer. The proposal made tends to overcome the understanding consolidated in the courts, especially in the Superior brasilian Court of Justice for the propositional and

analytical method, which leads us to the conclusion that we should allow the attachment deconstitution of the judicial constriction in a execution against the bankrupt entrepreneur.

Keywords: Fiscal action, judicial constriction, preservation of the company.

1. Introdução

A necessidade de se conservar a empresa alimenta discussões em diversas oportunidades nas quais a preservação da atividade empresária se vê ameaçada, seja em razão da aplicabilidade de outro princípio no caso concreto, ou mesmo em virtude da indiscriminada aplicação de dispositivos legais em detrimento da norma principiológica aludida.

Questiona-se a possibilidade de 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. O questionamento nasce a partir do entendimento dominante no STJ 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 mencionados casos resta ferido o princípio da preservação da empresa, por não ser possível alienar o conjunto patrimonial do falido em bloco para um arrematante que queira continuar a atividade.

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 que se firmou no Superior Tribunal de Justiça e, então, abordar a questão da manutenção 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,¹ 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 constante da certidão,² com os juros e multa de mora e encargos indicados na certidão de dívida ativa, ou garantir a execução.

A Lei n. 6.830/80, 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 de forma distinta de outras execuções de quantia certa previstas na legislação processual brasileira, sendo o foco da demanda executiva fiscal a celeridade e a agilidade do processo promovido pela Fazenda.³

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, em vários momentos, a repugnar à tradição jurídica do direito brasileiro.⁴ 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”⁵.

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, cuja transcrição se faz oportuna:

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%;

¹ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1079.

²ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 185.

³THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 4.

⁵ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1066.

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 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 2006.⁶

Infere-se dessas informações 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. 5º da Lei n. 6.830/80 é a de liberar a Fazenda da sujeição a todo e qualquer juízo universal,⁷ 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

⁶HARADA, Kiyoshi. A penhora como pré-requisito da execução fiscal. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 6, p. 6-10, ago./set. 2007. p. 5-6.

⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 73.

quebra.⁸

Havendo regra expressa no sentido de que o foro da execução fiscal se mantém em face de juízos universais, em especial o da falência, sobrevindo decisão judicial que decreta a quebra do devedor empresário, 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.⁹

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. 11.101/05.

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 necessária:

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.¹⁰

Em virtude do entendimento do Superior Tribunal de Justiça relativamente às normas contidas nos arts. 5º e 29, da Lei n. 6.830/80 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

⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1087.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 4.

¹⁰ LOPES, Bráulio Lisboa. *Aspectos tributários da falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 118.

administrador judicial da falência deve fazer 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.

Diversos autores, de diversos países,¹¹ sustentam que a preservação da empresa no processo falimentar se concretiza por meio da alienação dos bens do falido para um novo empresário destinatário das unidades produtivas, o que estabelece o artigo 140 da Lei n. 11.101/05. Os autores esclarecem por qual razão deve ser vendido o conjunto patrimonial de forma integral como primeira opção. Segundo eles, o motivo reside na conservação da atividade econômica, em respeito ao princípio da preservação da empresa.¹²

Portanto, 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 [...]”.¹³

Com tal alienação e com o afastamento dos antigos administradores, pressupõe-se que a empresa possa prosseguir suas atividades em mãos de novos adquirentes.¹⁴

Surge, pois, o 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

¹¹ DÍAZ, Marta Zabaleta. *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*. Navarra: Editorial Civitas, 2006. p. 38.

¹² BERNARDI, Ricardo. Da realização do ativo. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005 - artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 487.

¹³ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a lei n. 11.101/05 e a alteração da lei n. 11.127/05*, p. 330.

¹⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*, p. 119.

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 artigo 140, inciso I, da Lei 11.101/05, adquira todo o acervo patrimonial do falido. Se assim o arrematante o faz, muito provavelmente ele destinará os bens do falido à continuidade da atividade empresarial que por este era desenvolvida, ou outra correlata.¹⁵ 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 empresária do falido. Todavia, 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 promovido por alienações isoladas impossibilitará a utilização do acervo em conjunto no exercício de uma mesma atividade, mas, de modo diverso, serão os bens alienados isoladamente destinados a fins distintos, por distintos arrematantes.¹⁶

2. A penhora no processo de execução fiscal contra o falido

A penhora consiste em ato judicial coercitivo que dá início à expropriação de bens do devedor para satisfação do credor. Nesse sentido, o vínculo de indisponibilidade decorrente da penhora deriva da particular destinação do bem afetado para satisfazer à pretensão executiva.¹⁷

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.¹⁸ Nesse sentido, a penhora de um

¹⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/05: comentário artigo por artigo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 326.

¹⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/05: comentário artigo por artigo*, p. 327.

¹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Doutrina e prática do arresto ou embargo*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 78.

¹⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 95.

bem pelo Estado tem natureza de ato executório.¹⁹

Também na execução fiscal a penhora possui natureza típica de 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. Decorrido esse prazo, sem manifestação válida do executado, a penhora será levada a efeito sem que seja obrigatória a ordem estabelecida pelo art. 11 da Lei n. 6.830/80 para nomeação de iniciativa do devedor.²⁰

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 junto ao fisco.²¹

Desse modo, eventual execução fiscal ajuizada antes da falência correrá contra o empresário devedor até a decretação da quebra, quando a Fazenda tomará ciência de tal decisão judicial. Como consequência, os bens que pertenciam ao falido passam a ser da 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 constrição de bens do falido antes da aludida decisão, a Fazenda somente poderá satisfazer o seu crédito mediante concurso com demais credores segundo a ordem de pagamento prevista na lei de falência.

¹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, p.604.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 82.

²¹ SALAMANCHA, José Eli. Débitos fiscais e a recuperação judicial de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 140, p. 118-125, out./dez. 2005. p. 118.

Cabe ressaltar que o art. 29, da Lei n. 6.830/80, 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 artigo 186, de forma contrária, conforme alteração introduzida pela Lei Complementar 118/05.

Assim, o art. 29 da Lei de Execução Fiscal exclui a Fazenda da participação de juízos universais como o da falência, mas não altera privilégios instituídos e resguardados pelas leis materiais, além do fato de que a Lei de Execução Fiscal é da categoria das ordinárias, ao passo que o Código Tributário Nacional é lei complementar.²²

Portanto, processualmente a Fazenda não se submete ao concurso de credores, mas do ponto de vista material ela se submete aos efeitos do rol de preferência e à ordem de pagamento prevista no art. 83 da Lei de Falência.²³

Sendo assim, 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.

Nota-se que embora a execução fiscal não fique paralisada em razão da quebra do devedor, não pode o processo continuar tramitando até a entrega do produto da arrematação à Fazenda exequente.²⁴ 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. 11.101/05.

Partindo da impossibilidade da Fazenda de satisfazer diretamente seu crédito com o produto da arrematação do bem ou dos bens por ela penhorados, mesmo antes da quebra, uma vez que tal produto deve ser entregue ao juízo falimentar para proceder ao pagamento dos credores,²⁵ resta-nos concluir que a manutenção da penhora na execução fiscal diante da falência carece do sentido para o qual foi instituída na Lei n. 6.830/80, que seria de conferir segurança e garantir o recebimento pela Fazenda dos créditos desta.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 179.

²³ LOPES, Bráulio Lisboa. *Aspectos tributários da falência e recuperação de empresas*, p. 18.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 73-74.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência no Recurso Especial. Processo nº 2003/0012123-0. Relator: Ministra Eliana Calmon, j. 06/10/2003. *DJ*, Brasília, 09 dez. 2003. p. 204. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=444964&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 2 jan. 2010.

Cabe destacar que os créditos tributários, principais haveres consignados em certidão da dívida ativa, figuram na terceira posição no rol de preferência previsto no art. 83, da Lei n. 11.101/05, sucedendo os créditos derivados da legislação do trabalho, os decorrentes de acidentes de trabalho e os créditos com garantia real. Ressalta-se que, entretanto, antes de se pagar os credores concursais, paga-se os credores extraconcursais, conforme art. 84, da referida lei, 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 principal meio de ser preservar a atividade por ele exercida consiste na transferência do seu patrimônio para terceiros, que o usará para exercer atividade econômica, o que evidencia uma conotação processual do princípio da preservação da atividade empresarial. Nesse sentido, 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”²⁶.

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 aquele que adquire o patrimônio da massa falida.²⁷ Para tanto, além da disposição expressa na lei falimentar, em seu art. 141, inciso II, a Lei Complementar n. 118 alterou o art. 133, §1º, do Código Tributário Nacional, de modo a consagrar a impossibilidade de sucessão na aquisição dos bens pertencentes à massa.

²⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/05: comentário artigo por artigo*, p. 326.

²⁷ NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*, p. 119.

Devido ao fato de não haver sucessão trabalhista ou tributária, estimula-se a aquisição do conjunto patrimonial e preserva-se a atividade empresária, pois o novo empresário adquirente dos bens em bloco poderá desenvolver sua empresa.²⁸

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 empresária.

3. A ponderação de interesses e sua aplicabilidade diante do entendimento do STJ quanto à penhora de bens do empresário insolvente

Os princípios do ordenamento jurídico expressam valores que a sociedade brasileira cultiva e que o sistema 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, hierarquia ou especialidade, a colisão é solucionada pelo sopesamento dos valores em atrito.

Desse modo, a ponderação de interesses consiste na técnica apta a solucionar as colisões entre os diversos princípios que fundamentam a ordem jurídica. Essa é a técnica que conjuga a ponderação entre os diversos valores que dão fundamento ético ao sistema normativo.²⁹

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 conciliar os interesses em jogo, conferindo, assim, legitimidade à decisão.

²⁸ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*: em conformidade com a lei n. 11.101/05 e a alteração da lei n. 11.127/05, p. 330.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, p. 6.

Proporcionalidade consiste na “[...] apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa”³⁰. Desse modo, a lei deve ser necessária aos fins que se destina, e deve apresentar solução adequada ao que ela pretende regulamentar. Esse critério 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.³¹

Quanto ao problema motivador do projeto de pesquisa, há nas decisões dos nossos tribunais um choque entre o princípio da preservação da empresa, cujos interesses sociais foram analisados ao logo 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 difíceis,³² dois valores que se apresentam e devem ser ponderados, a preservação da empresa e a segurança jurídica. Além disso, o julgador está apto a analisar se a Lei n. 6.830/80, ao permitir a penhora nas execuções fiscais, cumpre a sua finalidade de satisfazer o crédito fazendário.

Em um primeiro momento, ponderar 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 empresária 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. 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

³⁰ MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, agosto, 2001. p. 2. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 9 dez. 2009.

³¹ MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 2.

³² FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea: temas y desafíos*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2007. p. 26.

figura em terceiro lugar no rol de preferência para pagamento na falência.³³

Torna-se oportuno esclarecer que a segurança jurídica classicamente considerada representaria um óbice à interpretação que permita a desconstituição da penhora de bens do empresário insolvente. Isso porque a segurança jurídica clássica caracteriza-se pela certeza e previsibilidade do ordenamento jurídico, sob pena de enfraquecer as instituições. Isso significa que a certeza da Lei n. 6.830/80 consagra a previsão e certeza formal do recebimento do crédito fazendário.

Essa segurança jurídica é meramente formal e distante de uma justiça concreta, sendo esta fundada na equidade e na igualdade. Tal concepção está, outrossim, afastada da segurança jurídica fenomenologicamente entendida, que consiste em aceitar várias “[...] verdades para casos semelhantes, desde que fundamentadas e cuja argumentação forneça também os critérios adotados, para que se possa avaliar a razoabilidade da decisão tomada”³⁴. Nesse sentido, a segurança jurídica meramente formal, se aplicada de forma isolada, enfraquece as instituições, ao invés de fortalecê-las.³⁵

Por esses motivos deve a segurança jurídica ser considerada em seu plano material. Isso implica dizer que a real segurança jurídica só existe quando se aceita a diversidade de interpretações, as diferenças culturais e, sobretudo, as constantes modificações do direito. Portanto, para aceitar uma interpretação, quanto à penhora de bens do empresário insolvente, diversa daquela empreendida pelo STJ, necessário se faz trabalhar com uma nova concepção da segurança jurídica, com a qual seja a “[...] decisão baseada em valores, pautada nos princípios jurídicos, limitando a ideologização, mas entendendo as diferenças culturais e aceitando o fato da não existência de verdades absolutas”³⁶.

Esses são, portanto, os elementos a serem ponderados quando da apreciação pelo

³³ CREMASCO, Suzana Santi. A Classificação dos Créditos na Lei n. 11.101/05: Breve Estudo sobre as Inovações Relativas a Ordem de Pagamento dos Créditos Concursais Trabalhistas, com Garantia Real e Tributários. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. n. 11, p. 6-17, out./nov. 2006. p. 14.

³⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26-37.

³⁵ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*, p. 26-37.

³⁶ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*, p. 37.

Poder Judiciário de manutenção de penhora no juízo fiscal diante da falência do executado.

4. Uma análise inferencial do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O trabalho ora desenvolvido estrutura-se na análise da importância da empresa, em contraste com normas que irradiam, concomitantemente, sobre a execução fiscal e sobre o processo falimentar. Questiona-se a violação do princípio da preservação da atividade empresarial 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.

Ao se discutir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, surge a necessidade de uma argumentação jurídica que pressuponha interpretação 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”³⁷.

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”³⁸, 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

³⁷ MARÇAL, Antônio Cota. 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: Ed. PUC Minas, 2006. p. 105.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, p. 2.

torno da importância da atividade empresária e, conseqüentemente, da sua preservação, exaustivamente delineada neste relatório de pesquisa. 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. A proposta de repensar o conteúdo decisional parte da variabilidade na interpretação das razões na decisão articuladas.³⁹

Cabe lembrar que o posicionamento analisado se consolidou ainda sob a égide do Decreto Lei n. 7.661/45, 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. 6.830/80 impede que a Fazenda se submeta a juízos universais.

Ademais, o posicionamento adotado pelos tribunais, que também se justifica pela norma do art. 5º da Lei n. 6.830/80, não são dinâmicos, como se exige de uma ciência social na qual se constitui o Direito, mas, ao contrário, são 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”⁴⁰.

A consolidação do entendimento dos nossos tribunais, a extrair da Lei n. 6.830/80 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 Direito⁴¹ que decorrem do princípio

³⁹ BRANDOM, Robert B. *La articulación de las razones: una introducción al inferencialismo*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 225.

⁴⁰ MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito*, p. 115.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 257.

constitucional da função social da propriedade. Portanto, não se pode afastar a necessidade imperiosa de se interpretar a Lei n. 6.830/80 à luz da Constituição de 1988, uma vez que esta é posterior ao texto legal.⁴²

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, tem-se 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”⁴³.

Há, inegavelmente, a necessidade da “[...] construção sempre reiniciada dos conteúdos conceituais do Direito (institutos jurídicos, normas jurídicas, julgados, construções teóricas) [...]”⁴⁴, de modo que o próprio Direito possa evoluir e atender às necessidades de uma sociedade que é complexa e dinâmica.

A decisão judicial que soluciona a controvérsia apresentada corresponde a uma decisão difícil. Justamente em razão dessa dificuldade quanto ao elemento normativo aplicável, ou mesmo da interpretação a ser empreendida, é que a argumentação baseada em princípios pode se apresentar como o melhor caminho.⁴⁵

⁴² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1067.

⁴³ MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito*, p. 114.

⁴⁴ MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito*, p. 115.

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 395.

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 até então.

4. CONCLUSÃO

O processo falimentar é caracterizado como a inevitável morte da empresa, quando não mais é possível sua continuidade. Contudo, consistindo a preservação da atividade empresária como valor perseguido nos processos concursais empresariais, a falência é a última via a ser adotada, sendo antes dela devem ser feitos todos os esforços para manter a fonte produtiva geradora de riquezas e renda.

Processo com caráter liquidatório de outrora, a falência disciplinada pela Lei n. 11.101/05 apresenta-se como meio de viabilizar a continuação do exercício da atividade empresária, mesmo que seja decretada a falência do empresário.

A referida lei abriu tal hipótese especialmente quando em seu art. 141 previu as hipóteses de alienação do patrimônio do falido. Para possibilitar que um terceiro arrematante dos bens do insolvente na sua totalidade e os empregue na mesma atividade ou atividade correlata à desenvolvida pelo falido, o inciso I, do citado artigo, prioriza a venda em bloco dos bens do falido.

Contudo, verificou-se que, quando há penhora realizada antes da sentença que decretou a falência do empresário, os bens constrictos em varas de execuções fiscais no bojo de ações executivas não podem ser alienados pelo administrador judicial do processo falimentar, impossibilitando o arremate por parte de terceiros que os fossem utilizar no exercício de uma atividade empresarial frustrando o princípio da preservação da empresa.

A manutenção da penhora foi confirmada em diversas oportunidades pelo Poder Judiciário, que firmou entendimento nesse sentido. Além da súmula n. 4 do extinto

Tribunal Federal de Recursos, que orientou a aplicação desse entendimento antes mesmo da constituição de 1988 e da atual lei de falências, o STJ mantém essa posição, referindo-se em diversas oportunidades à súmula do finado TFR.

O conflito existente entre o princípio da preservação da empresa e aplicação da Lei n. 6.830/80, que permite a penhora em ações fiscais, segundo entendimento o entendimento do STJ, se resolve mediante a aplicação da referida lei, em nome da segurança jurídica do ato construtivo praticado, além da conservação dos interesses fiscais.

Contudo, uma análise renovada do processo falimentar, conjugado com a necessária preservação da empresa tão propalada nos dias atuais, além uma interpretação reflexiva e constitucionalizada do teor da decisão que opta pela manutenção da penhora, pode-se chegar à conclusão diversa ao entendimento firmado.

Considerando que o conteúdo da decisão merece uma releitura a partir do novo modelo de processo falimentar, impende suscitar que a preservação da empresa se revela seu maior objetivo. A liquidação de que se vale a Fazenda quanto aos bens penhorados só faz prejudicar a preservação da empresa e, como demonstrado alhures, não se presta, na maioria dos casos, a garantir o recebimento da dívida ativa.

A segurança jurídica que o instituto da penhora gera não passa de mera segurança formal. Isso porque a liquidação dos bens constritos não assegura o recebimento dos créditos fazendários, pois o produto da arrematação deve ser entregue ao juízo falimentar que pagará a Fazenda Pública apenas depois de serem pagos os credores extraconcursais, os credores com créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, os decorrentes de acidentes de trabalho e os credores com créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado.

A interpretação diversa daquela empreendida pelo STJ pressupõe uma nova concepção da segurança jurídica, com a qual a decisão será baseada em valores, pautada nos princípios jurídicos e aceitando o fato da não haver verdades absolutas.

Considerando-se que a interpretação é fruto de uma dada época, de um dado momento histórico, e abarca os fatos a serem interpretados, o momento atual está muito distante daquele no qual se firmou o entendimento do extinto TFR, a merecer uma nova

abordagem.

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 proposto.

A 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.

Sendo assim, a conclusão formada ao se analisar as diversas premissas e os múltiplos interesses que gravitam em torno da empresa é a de que a manutenção de uma penhora pode colocar em risco valores mais nobres para o ordenamento jurídico, do que o benefício formal que a penhora confere à execução fiscal para o ente fazendário, o que permitiu concluir diversamente do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

5. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual do processo de execução*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520*: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 14724*: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

_____. *NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 6, p. 1-33, set. 2001.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERNARDI, Ricardo. Da realização do ativo. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005 - artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 484-502.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/05: comentário artigo por artigo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANDOM, Robert B. *La articulación de las razones: una introducción al inferencialismo*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. Processo nº 2005/0015284-4. Relator: Ministro Humberto Martins, j. 16/06/2009. *DJe*, Brasília, 25 set. 2009 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fal%EAncia+execu%E7%E3o+fiscal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=23>>. Acesso em: 2 jan. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência no Recurso Especial. Processo nº 2003/0012123-0. Relator: Ministra Eliana Calmon, j. 06/10/2003. *DJ*, Brasília, 09 dez. 2003. p. 204. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=444964&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 2 jan. 2010.

CREMASCO, Suzana Santi. A Classificação dos Créditos na Lei n. 11.101/05: Breve Estudo sobre as Inovações Relativas a Ordem de Pagamento dos Créditos Concursais Trabalhistas, com Garantia Real e Tributários. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. n. 11, p. 6-17, out./nov. 2006.

DÍAZ, Marta Zabaleta. *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*. Navarra: Editorial Civitas, 2006.

FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea: temas y desafíos*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2007.

HARADA, Kiyoshi. A penhora como pré-requisito da execução fiscal. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 6, p. 6-10, ago./set. 2007.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1946.

LOPES, Bráulio Lisboa. *Aspectos tributários da falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARÇAL, Antônio Cota. 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: Ed. PUC Minas, 2006. p. 105-118.

NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a lei n. 11.101/05 e a alteração da lei n. 11.127/05*. 2. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SALAMANCHA, José Eli. Débitos fiscais e a recuperação judicial de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 140, p. 118-125, out./dez. 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Doutrina e prática do arresto ou embargo*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.