



**DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O **GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**, no uso da atribuição prevista no 103, V da Constituição Federal, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência ajuizar a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

em face dos artigos 6º, § 7º e 57 da Lei 11.101/2015 e 191-A do Código Tributário Nacional, pelas seguintes razões de direito.

I – BREVE RESUMO DA DEMANDA



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Os créditos de natureza tributária não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, não havendo nem suspensão das execuções fiscais em curso (Lei nº 11.101/2005 – art. 6º, § 7º), ressalvada a hipótese de parcelamento especial. A exclusão aqui decorre do fato de que o crédito fiscal não é sujeito a concurso de credores ou à recuperação judicial. Pelo princípio da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público, não se admite negociação sobre os créditos fiscais e, por isso, não há como inclui-los no processo de recuperação.

O crédito tributário, por ser indisponível, não é sujeito à negociação ou repactuação livre como os demais créditos privados, sujeitos à recuperação judicial. Somente por lei, em sentido estrito, é possível ao Estado conferir tratamento diferenciado ou desconto no pagamento de tributo.

Atualmente, porém, a jurisprudência vem restringindo os direitos do fisco de providenciar o regular processamento dos executivos fiscais em face de devedores em recuperação judicial, por argumentos que em última análise reconhecem uma inconstitucionalidade dos artigos 6º, § 7º e 57 da Lei 11.101/2005. Ocorre que tais dispositivos são perfeitamente constitucionais, ensejando o ajuizamento da presente ação declaratória de constitucionalidade.

Eis o teor do ato normativo objeto da presente ação, com destaque nos dispositivos constitucionais.

LEI Nº 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005.

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

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



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

...

Código Tributário Nacional

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Tais dispositivos, diante da inviabilidade de negociação livre por parte da Fazenda Pública, garantem o livre prosseguimento da execução fiscal que tem sido obstado por decisões judiciais. Do mesmo modo, a exigência da apresentação da certidão negativa de débitos tributários.

II – DA CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE

Para o ajuizamento da ADC é imprescindível a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Em verdade, o julgamento de uma ADC é feito em duas fases: (1ª) numa fase preliminar, o STF aprecia se é caso para propositura da ADC isto é, se restou comprovada pelo autor a existência de relevante controvérsia judicial sobre a constitucionalidade da lei objeto da ação; (2ª) se comprovada a existência da relevante controvérsia, o STF conhece da ADC e passa então à análise do mérito.

Ao lado do direito de propositura da ação declaratória de constitucionalidade, há de se cogitar também, de uma legitimação para agir "in concreto", tal como consagrada no direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei.

Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo.

Assim, não se afigura admissível a propositura de ação direta de constitucionalidade, se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma. Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade de norma.

A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o Supremo Tribunal Federal para que ponha termo à controvérsia instaurada.

Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade. Embora as decisões judiciais sejam provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei.

Essa questão foi tratada no voto condutor proferido pelo Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem na ADC nº 1, como se pode ler na seguinte passagem:

"(...) é também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexista controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes".

Consagrou-se, portanto, na jurisprudência do Tribunal, a exigência quanto à necessidade de demonstração de controvérsia judicial



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

sobre a legitimidade da norma a fim de que se possa instaurar o controle abstrato de declaração de constitucionalidade.

Também na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, é positivada a exigência quanto "à existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória" (art. 14, III).

A exigência quanto à configuração de controvérsia judicial ou de controvérsia jurídica (*Rechtsstreitigkeit*) associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade – esta independe de um número quantitativamente relevante de decisões de um e de outro lado - , mas também e, sobretudo, na invalidação prévia de uma decisão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo. Assim, a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida, nesse contexto, como relativa à existência de controvérsia jurídica relevante capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa.

No caso em tela, o STJ tem decidido reiteradas vezes que a exigência de CND prevista no artigo 57 da Lei 11.101/2005 e no artigo 191-A do CTN não é cabível, bem como que a execução fiscal em face do devedor em recuperação judicial pode prosseguir, mas sem atos de expropriação e apreensão.

Mesmo após a edição de leis específicas dos entes federados de parcelamento para recuperação judicial, como por exemplo a Lei Federal 13.043/2014, o STJ continua a afastar a aplicação do artigo 57 da Lei 11.101/2005, permitindo o processamento e a concessão da recuperação judicial, sem a regularização os débitos tributários. O STJ já afirmou que:

“O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação”.¹

No mesmo sentido, confira-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE
COMPETÊNCIA - EMPRESA EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL - ATOS CONSTRITIVOS AO PATRIMÔNIO
PRATICADOS EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL -
COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL -
PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é do juízo em que se processa a recuperação judicial a competência para promover os atos de execução do patrimônio da empresa, evitando-se, assim, que medidas expropriatórias possam prejudicar o cumprimento do plano de soerguimento.

2. No que diz respeito à Lei n.º 13.043/2014, que acrescentou o art.

10-A à Lei n.º 10.522/2002, possibilitando o parcelamento de crédito de empresas em recuperação, a Segunda Seção decidiu que a edição da referida legislação não repercute na jurisprudência desta Corte Superior a

¹ STJ – REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/6/2013, DJe 21/8/2013.



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

respeito da competência do juízo da recuperação, sob pena de afrontar o princípio da preservação da empresa. Precedentes da Segunda Seção.

3. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no CC 140.146/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 01/03/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR PARA DETERMINAR QUE, NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL, O JUÍZO DA VARA DO TRABALHO ABSTENHA-SE DE PRATICAR ATOS EXECUTÓRIOS QUE IMPORTEM NA CONSTRIÇÃO OU ALIENAÇÃO DE BENS DA EMPRESA SUSCITANTE E DESIGNAR O JUÍZO DE DIREITO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA DECIDIR, EM CARÁTER PROVISÓRIO, AS MEDIDAS URGENTES.

1. DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL, DEVENDO-SE, TODAVIA, SUBMETER A PRETENSÃO CONSTRITIVA DIRECIONADA AO PATRIMÔNIO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO JUÍZO UNIVERSAL. ENTENDIMENTO PERFILHADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. 2. EXEGESE QUE NÃO ENSEJA INFRINGÊNCIA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Segunda Seção desta Corte de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não tenha, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, na dicção do art. 6º, § 7º,



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

da Lei n. 11.101/05, a pretensão constritiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial deve, sim, ser submetida à análise do juízo universal, em homenagem ao princípio da preservação da empresa.

2. A exegese ora adotada, de modo algum, encerra violação ao Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu à declaração de inconstitucionalidade, mas sim à interpretação sistemática dos dispositivos legais sobre a matéria. Precedentes da Segunda Seção do STJ.

3. Agravo improvido.

(AgRg no CC 136.978/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 17/12/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE
COMPETÊNCIA - EMPRESA EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL - ATOS CONSTRITIVOS AO PATRIMÔNIO
PRATICADOS EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL -
COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL -
PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é do juízo em que se processa a recuperação judicial a competência para promover os atos de execução do patrimônio da empresa, evitando-se, assim, que medidas expropriatórias possam prejudicar o cumprimento do plano de soerguimento. Precedentes da Segunda Seção.

2. Inexistência de violação à cláusula de reserva de plenário, ante a simples realização de interpretação sistemática dos dispositivos normativos aplicáveis ao caso concreto.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no CC 125.205/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 03/03/2015)



**DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL**

Entende também o STJ que a execução fiscal deve prosseguir, sem, no entanto, permitir atos expropriatórios e constritivos que devem ser feitos exclusivamente pelo juízo da recuperação, mitigando a aplicação do artigo 6º, § 7º da Lei 11.101/2005. Enquanto não existia o parcelamento especial, o STJ reconheceu que as execuções fiscais podem prosseguir, mas os atos de expropriação ficam suspensos pelo prazo de 180 dias. Mesmo com a criação do parcelamento, as execuções fiscais dos respectivos entes federados prosseguem, mas sem poder praticar atos de apreensão ou de expropriação no âmbito das execuções fiscais². Vejam-se as seguintes decisões:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. EDIÇÃO DA LEI N. 13.043, DE 13.11.2014. PARCELAMENTO DE CRÉDITOS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA MANTIDA.

1. O prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05, deverá se dar perante o juízo competente, ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora, exceto a apreensão e alienação de bens.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no CC 81.922/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/02/2016, DJe 04/03/2016)

AGRAVO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR

² STJ - AgRg no CC 136.130/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 22/06/2015.



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL.

1. As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos.

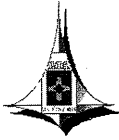
2. Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras.

3. Agravo não provido.

(AgRg no AgRg no CC 119.970/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 17/09/2013)

Sobre o mesmo tema encontramos decisões do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que na média tem decidido pela viabilidade dos atos constritivos da execução fiscal, mesmo sobre o patrimônio da empresa em recuperação judicial, até certo limite, que seria o prejuízo ao plano de recuperação que, todavia, precisa deixar claro quais bens e valores são indispensáveis ao soerguimento da empresa. Como exemplo podemos citar trechos de decisões que abordam o tema, a saber:

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, pois decidiu, explicitamente, a Turma que a recuperação judicial não impede a penhora o bloqueio eletrônico, até o limite da execução, de valores de titularidade da parte executada, existentes



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

em depósitos ou aplicações em instituições financeiras, através do sistema BACENJUD, considerando que as dívidas tributárias não se sujeitam ao respectivo plano de recuperação, e a simples previsão no CTN, artigo 155-A, § 3º, de edição de lei específica para regular condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial, não autoriza que o Poder Judiciário crie benefícios outros, sem amparo legal, em prejuízo dos débitos fiscais, a exemplo de impor à Fazenda Pública a aceitação de bens que não se prestam à efetiva satisfação da dívida se existem créditos outros à disposição da executada que garantam a ordem legal de preferência.

2. Ademais, quanto às alegações de prejuízos ao plano de recuperação judicial, ainda que possível fosse admitir tal escusa para impedir a penhora, haveriam de estar fundadas em prova, primeiramente, de que o numerário tenha sido incluído no orçamento da empresa para pagamento de créditos preferenciais ao tributário e, ainda, que não haja outras fontes disponíveis ou contabilizadas para tal finalidade. Meras alegações não criam direito capaz de frustrar a validade da constrição nos termos em que deferida.

(TRF3, AI 00324640920104030000 - 421983 - Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, e-DJF3 Judicial 1, data: 08/04/2011, página: 1042)

E também:

3. Inexiste qualquer impedimento ao prosseguimento de atos executórios em desfavor da agravante que figura no polo passivo de ação executiva fiscal.



**DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL**

.....

5. A circunstância de a agravante encontrar-se em recuperação judicial não se afigura como impedimento ao prosseguimento de atos de constrição em sede de execução fiscal. Inteligência do art. 6º, §7º, da Lei nº 11.101/2005.

(AI 00052284820114030000 - 432037- Re!
Desembargador Federal Johansom Di Salvo, e-DJF3
Judicial 1, data: 18/11/2011)

Em outros casos, o STJ decidiu de forma diversa, reconhecendo a exigibilidade da CND e a possibilidade prosseguimento regular da execução fiscal:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE
COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL
(PENALIDADE ADMINISTRATIVA POR INFRAÇÃO
À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA).

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREVENÇÃO.
INOBSERVÂNCIA DO ART. 71, § 4º, DO RI/STJ.
SUCEDÂNEO RECURSAL. NÃO-CONHECIMENTO.

1. Preclui a oportunidade para arguir prevenção quando esta é feita após o início do julgamento. Incidência do art. 71, § 4º, do RI/STJ.

2. Controverte-se a respeito da competência para dispor sobre o patrimônio de empresa que, ocupando o pólo passivo em Execução Fiscal, teve deferido o pedido de Recuperação Judicial.

3. Conforme prevêm o art. 6, § 7º, da Lei 11.101/2005 e os arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980, o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal.



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

4. Importa acrescentar que a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados.

5. Nesse sentido, o art. 57 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que a apresentação da Certidão Negativa de Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial - ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser aprovado pela assembléia-geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte - art. 41 da Lei 11.101/2005).

6. Conseqüência do exposto é que o eventual deferimento da nova modalidade de concurso universal de credores mediante dispensa de apresentação de CND não impede o regular processamento da Execução Fiscal, com as implicações daí decorrentes (penhora de bens, etc.).

7. Não se aplicam os precedentes da Segunda Seção, que fixam a prevalência do Juízo da Falência sobre o Juízo da Execução Comum (Civil ou Trabalhista) para dispor sobre o patrimônio da empresa, tendo em vista que, conforme dito, o processamento da Execução Fiscal não sofre interferência, ao contrário do que ocorre com as demais ações (art. 6º, caput, da Lei 11.101/2005).

8. Ademais, no caso da Falência, conquanto os créditos fiscais continuem com a prerrogativa de cobrança em ação autônoma (Execução Fiscal), a possibilidade de habilitação garante à Fazenda



**DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL**

Pública a atividade fiscalizatória do juízo falimentar quanto à ordem de classificação dos pagamentos a serem feitos aos credores com direito de preferência.

9. Deve, portanto, ser prestigiada a solução que preserve a harmonia e vigência da legislação federal, de sorte que, a menos que o crédito fiscal seja extinto ou tenha a exigibilidade suspensa, a Execução Fiscal terá regular processamento, mantendo-se plenamente respeitadas as faculdades e liberdade de atuação do Juízo por ela responsável.

10. No caso concreto, deve ser ressaltada, ainda, a peculiaridade de que a decisão do Juízo que deferiu a realização de penhora on line na Execução Fiscal de multa trabalhista data de 15.1.2008, ao passo que a Recuperação Judicial foi deferida em 11.11.2008.

11. Constata-se que o presente Conflito foi utilizado como sucedâneo recursal, visando emprestar efeitos retroativos à decisão que deferiu a Recuperação Judicial, de modo a obter a reforma da decisão do Juízo da Execução Fiscal.

12. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no CC 112.646/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2011, DJe 17/05/2011)

Resta, portanto, configurada a controvérsia constitucional relevante.

III – DA CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS – EXIGIBILIDADE DA CND E PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL SEM RESTRIÇÕES



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

O instituto da Recuperação Judicial é um processo de reorganização da empresa que se encontra em estado de crise econômico-financeira a fim de evitar a sua quebra e conseqüentemente que a empresa entre em estado falência.³

Assim, esse novo instituto de recuperação de empresas é uma ação judicial reservada para sanear a situação de crise econômico-financeira da empresa devedora, a fim de salvaguardar a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, e, com isso, alcançar a função social no qual a empresa está destinada. O conceito desse novo instituto do Direito de Recuperação de Empresas encontra-se no art. 47 da Lei 11.101/05 – Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, que visa à valorização da empresa a fim de evitar a sua falência.

A Recuperação Judicial proporciona uma alternativa para o empresário reestruturar o seu negócio. O deferimento do processamento da recuperação acarretará na suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor, que permanecerão suspensas por 180 dias (art. 6º § 4º). Entretanto, o deferimento da Recuperação Judicial pelo juiz não significa que o benefício da recuperação seja concedido ao empresário devedor uma vez que nessa fase o juiz só analisa os requisitos para o processamento da ação. Portanto, o pedido propriamente dito só será analisado após a aprovação do plano de recuperação pelos credores e a apresentação das certidões negativas de débitos fiscais.⁴

Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores ou não havendo objeção de credores no prazo legal, o devedor deverá apresentar em juízo certidões negativas de débitos tributários (Lei nº 11.101/2005 – art. 57). Reforçando essa obrigação, o artigo 191-A do CTN condiciona a concessão da recuperação judicial à apresentação das referidas certidões. Pela ausência de prazo legalmente fixado, deve-se

³ ROQUE, Sebastião José. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005, p. 101.



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

entender que tal apresentação deverá ocorrer no prazo de cinco dias⁵ da juntada do plano ou do término do prazo para a apresentação de objeções.

Alguns autores entendem que a não apresentação das certidões deverá conduzir ao indeferimento puro e simples do pedido formulado.⁶ De outro lado, há quem sustente que a não apresentação das certidões deveria conduzir à decretação da falência, uma vez que representaria o descumprimento de um dos requisitos essenciais à concessão de recuperação judicial.⁷ Mesmo criticando a exigência, há autores que reconhecem que se não houver o pagamento dos tributos será decretada a falência do devedor⁸.

Fábio Ulhoa Coelho entende que a concessão da recuperação pelo juiz dependerá da apresentação destas certidões, dessa forma, não tendo sido juntadas as certidões exigidas o juiz irá indeferir o pedido de recuperação judicial, tendo em vista que o art. 191-A do CTN estabelece que a apresentação das certidões é uma condição para a concessão da recuperação judicial.⁹

⁴ OLIVEIRA E ALVES, Geraldo Gonçalves de. *A inconstitucionalidade do art. 57 da Lei 11.101/2005 ao exigir certidão negativa de débito tributário*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano.16, n. 79, mar./abr. 2008,187.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 167.

⁶ CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza; RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Maria Labate Batalha. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 108; COVAS, Silvano. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 304.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 189; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 172; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. Barueri: Manole, 2008, p. 279; PENALVA SANTOS, J. V. *Recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007, p. 47.

⁸ LEITE, Harrison Ferreira. O entrave do artigo 191-A da lei complementar 118/2005 para a concessão da recuperação judicial. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Reflexos tributários da nova lei de falência: comentários à LC 118/2005*. São Paulo: MP, 2005, p. 35-38.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 421



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Além disso, se na falência, onde o processo é mais penoso, os créditos tributários estão no terceiro grau de preferência, nada justifica sua exclusão da recuperação judicial, de modo que tais créditos fiquem penalizados na ordem de preferência.

Explica Amaro¹⁰ que ao tratar das preferências, o CTN regulamenta outras garantias ao crédito tributário. O artigo 186 do Código dispõe que: o crédito tributário prefere a qualquer outro, excepcionando somente os trabalhistas e os decorrentes de acidente de trabalho; na falência, não prefere os extraconcursais, os sujeitos à restituição, e os com garantia real no valor do bem gravado. O artigo 187 do CTN dispõe que o crédito tributário não se sujeita à concurso de credores ou habilitação no caso de falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento; além de estabelecer uma ordem de preferência entre as pessoas de Jurídicas de Direito Público: I - União; II – Estados, Distrito Federal e Territórios; e III – Municípios.

O artigo 191-A do Código condiciona a concessão da Recuperação Judicial de Empresas à apresentação de prova de quitação de todos os tributos, permitindo a apresentação de Certidão Positiva com efeitos de negativa, ao referenciar os artigos 151, 205 e 206 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, Amaro¹¹ explica que a certidão positiva terá os mesmos efeitos da positiva quando indique crédito vincendo, sob execução garantida ou com a exigibilidade suspensa. Por conseguinte, desde que assegurada a quitação da dívida tributária, ou inexistentes indícios de inadimplemento, a Certidão Negativa terá efeitos de positiva, permitindo a concessão da Recuperação Judicial

Nessa esteira, Bezerra Filho¹² observa que embora tenham sido dispensadas no artigo 52 da Lei nº 11.101/05, as Certidões Negativas Fiscais

¹⁰ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 475-477.

¹¹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 485-486.

¹² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 137-167.



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

deverão ser apresentadas mais à frente, para que o juiz conceda a recuperação. Exigência, aliás, que poderá inviabilizar o processo de recuperação pretendido. O autor defende que o objetivo do artigo 57 da Lei não é outro senão obrigar o empresário devedor a adimplir suas dívidas fiscais, ou pelo menos formalizar seu parcelamento conforme a legislação tributária.

Ora, só se pode entender como válida a não participação da Fazenda Pública nos processos de recuperação judicial, se o deferimento do processamento da recuperação judicial dos créditos particulares do devedor se os créditos de titularidade das fazendas já estiverem com seu adimplemento garantido, seja por quitação, seja por parcelamento ou por penhora integral na execução fiscal, passível de conversão em renda para Fazenda, independentemente do juízo da recuperação. Pensar de outro modo, tornaria absolutamente inconstitucional a Lei 11.101/2005 em suas disposições sobre a recuperação judicial, haja vista a necessária primazia do interesse público sobre o privado.

Ademais, por ser receita pública orçamentária e indisponível, não poderia a Lei 11.101/2005 obrigar os entes federados a transacionarem sobre seus créditos tributários, sem lei específica de cada ente federado, sob pena de flagrante violação à competência constitucional dos Estados versarem sobre seus créditos tributários (art. 24, I da CF), bem como sob pena de total afronta ao pacto federativo.

Ora, na prática o que se tem a institucionalização pelo STJ do calote ao crédito público na recuperação judicial. As empresas grandes devedoras do fisco já perceberam isso e a prática de pedir a recuperação judicial, especialmente em momento de crise, tem aumentado cada vez mais, em flagrante prejuízo aos cofres públicos.

O caminho apontado hoje pelo Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, é manter em atividade a execução fiscal até o momento que chegar esta à fase de alienação de bens ou apreensão de dinheiro da empresa em recuperação, deixando ao Juiz de Direito da Recuperação



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Judicial o poder de decidir se aliena, qual aliena, quando aliena e quando paga a execução fiscal, se é que paga.

É sobre estes rumos, que a nosso ver são verdadeiros equívocos da Corte Superior, que com todas as vênias queremos criticar. Primeiramente, a Recuperação Judicial, ao contrário do exposto em acórdão do STJ, não se trata de Juízo Universal, Juízo Universal é o da falência. A recuperação judicial é um acordo entre credores privados e o devedor em recuperação, sob a direção e tutela do Juiz de Direito e fiscalização do Ministério Público. Não há universalidade a atrair todas as ações que tramitem em face da empresa, como acontece, de forma relativa, nas falências. Na Recuperação suspendem-se as execuções privadas, participam os credores (privados) que se habilitarem ao processo.

Podemos, portanto, afirmar que a orientação do STJ no sentido de atribuir ao Juiz da recuperação o poder absoluto de gerir o patrimônio da empresa, traz uma série de consequências jurídicas, efeitos colaterais, se podemos assim expressar.

Depois, vê-se outra consequência, que pode se traduzir como a inversão da ordem legal de preferências nas execuções e penhoras, pois impedindo que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios levem ao fim a execução fiscal, dá-se de forma curiosa a possibilidade de que os credores privados esgotem o patrimônio da empresa para receber seus créditos e, para o fisco, fique o que sobrar. Isso porque o fisco não entra no rol dos credores que tratam da recuperação e, portanto, não receberá nada nos autos estaduais.

Também, ao se ordenar que a execução fiscal vá até certo ponto, e depois não possa avançar ao seu fim natural, se está de outro modo estabelecendo que as execuções fiscais são suspensas pela recuperação judicial e dela dependentes, exatamente o contrário do que ordena a norma.

Admitindo-se que possa ser levado adiante um plano de recuperação judicial perante certidões 'Positivas' de débitos fiscais, se está negando vigência aos artigos 57 e 58 da Lei da Recuperação, os quais fixam requisito formal para o deferimento da execução do plano de recuperação, que é a apresentação das certidões fiscais negativas ou positivas com efeitos de negativas. Ora, se a lei assim exige, a lei manda



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

recado: a situação fiscal deve ser regularizada, a parte do processo recuperatório.

Observe-se que existe norma vigente que, inclusive, limita os poderes do Juiz na alienação de bens de devedores da Fazenda Pública, que é o artigo 31 da Lei de Execuções Fiscais, Lei 6.830/80, que submete alienações à aprovação da Fazenda ou comprovação da regularidade fiscal.

Se é certo que a atuação da Fazenda Pública na execução fiscal não pode inviabilizar o instituto da recuperação de empresas, certo também é que a Recuperação Judicial não pode inviabilizar ou prejudicar a busca pelo crédito público que não se sujeita ao rito de direito privado instituído¹³.

A ideia da recuperação judicial não pode ser a de “ganhar tempo”. Deve ser a recuperação real, propriamente dita. Cabe ao Juízo de Direito a enorme tarefa de separar o “joio do trigo”, separar as empresas que de fato têm condições de se recuperar daquelas que pretendem apenas “ganhar um tempo”. O legislador ao exigir a apresentação da certidão de regularidade fiscal (que, repita-se, pode ser obtida com o parcelamento) intuiu a necessidade da sustentabilidade da medida, pois as dívidas tributárias permanecerão. Empregos e fornecedores, empresa e produtos acabarão por deixar de existir, cedo ou tarde, se não houver a pretendida sustentabilidade econômica.

Vale ressaltar ainda que uma decisão que afaste a aplicação do art. 57 da Lei 11.101/05, como quer boa parte dos artigos sobre o tema, parte de premissas totalmente equivocadas, segundo as quais a apresentação de CND inviabilizaria o plano de recuperação judicial e que as Fazendas Públicas não sofreriam nenhum prejuízo, porquanto o deferimento da recuperação não suspenderia as execuções fiscais, conforme art. 6º, § 7º do mesmo diploma legal.

¹³ VITORIA, Flavio Machado. *O STJ e o conflito entre recuperação judicial e execução fiscal federal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48964&seo=1>>. Acesso em: 22 ago. 2016.



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Trata-se de verdadeiro aporismo, porquanto as execuções fiscais não são suspensas, porém perdem completamente a efetividade, pois não haverá patrimônio a ser constrito e leiloado. Destarte, a interpretação dada por alguns à Lei 11.101/05 retira completamente a efetividade da busca forçada do crédito tributário, numa verdadeira revogação de conteúdo.

As Fazendas Públicas não participam do plano de recuperação judicial por uma questão de lógica: falta-lhes interesse, já que o art. 57 da Lei 11.101/05 exige a apresentação de certidão negativa de débito, ou comprovação da suspensão da exigibilidade de débito.

Quando a Lei 11.101/05 prescreveu que as execuções fiscais não se suspendem pelo deferimento do processamento da recuperação judicial, ela tratou das novas inscrições em dívida ativa, porquanto as dívidas anteriores necessariamente deveriam estar quitadas ou com a exigibilidade suspensa, pela prova da juntada da certidão.

Dessa forma, uma recuperação judicial nesses moldes relatados, além de causar prejuízo ao erário, não soluciona a continuidade da empresa em face das execuções fiscais remanescentes, e pode constituir-se em falência de fato, às avessas, sem considerar a ordem correta dos créditos devidos.

IV – DA MEDIDA CAUTELAR

Conforme previsão do artigo 21 da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Um requisito necessário ao deferimento da liminar é o *periculum in mora* (perigo na demora), o qual consiste na existência de um dano potencial



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

que se quer evitar. “ O *periculum in mora* (perigo na demora) é a probabilidade de dano a uma das partes da futura ou atual ação principal, resultante da demora do ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível medida definitiva.”¹⁴ Trata-se de algo similar à exigência do artigo 700 do código italiano de existência de um “prejudizio imminente ed irreparabile” (prejuízo iminente e irreparável). Caso o dano não seja iminente, a medida urgente se mostra inútil, porquanto a parte pode aguardar a decisão final, esta é a precisão lição de Mario Dini, perfeitamente aplicável à situação brasileira:

*“Quindi occorre Che il pregiudizio non solo esista realmente, ma Che lo stesso sia imminente, immediato, giacché in caso contrario il provvedimenti urgente sarebbe inutile, potendosi attendere la definizione del procedimento principale”*¹⁵ (Tradução livre: Portanto é necessário que o prejuízo não só exista realmente, mas que o mesmo seja iminente, imediato, uma vez que o provimento urgente seria inútil, podendo-se aguardar a definição do procedimento principal).

Tal fundado receio deve dizer respeito a um dano, vale dizer, a um prejuízo à parte, que ainda deve ser irreparável ou de difícil reparação. Os danos irreparáveis são aqueles que uma vez ocorridos, seus efeitos não são suscetíveis de reintegração de forma específica ou ressarcíveis, bem como aqueles cujo ressarcimento não seja capaz de fazer atuar integralmente o direito deduzido em juízo. De outro lado os danos de difícil reparação são aqueles nos quais a situação leva a crer que o dano não poderá ser reparado, bem como quando o dano não pode ser quantificado com precisão.

Na hipótese dos presentes autos, verifica-se de plano a existência desse requisito, **uma vez que o fisco tem sido prejudicado, ficando sem**

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º Volume. 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 153/154



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

receber seus créditos nos processos de recuperação judicial, num total desvirtuamento de valores.

O outro requisito para o deferimento de uma liminar é o *fumus boni iuris*, isto é, a plausibilidade do direito invocado, que consiste em saber se o direito invocado pela parte é plausível, isto é, se há “a fumaça do bom direito” em relação ao alegado pelo requerente. O *fumus boni iuris* consiste na “relevância dos fundamentos em que se assenta o pedido inicial”¹⁶. No caso em tela, não há dúvida da plausibilidade dos argumentos invocados, porquanto é clara a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

V – DO PEDIDO

Por todas essas razões é que se pede e espera a procedência da presente ação, requerendo:

- a) seja admitida e conhecida a presente ação declaratória de constitucionalidade, em razão da existência de controvérsia judicial relevante;
- b) o deferimento da medida cautelar, para suspender os processos que tratam do tema;
- c) sejam requisitadas informações ao Presidente da República e ao Congresso Nacional;
- d) seja determinada a intimação do Senhor Procurador Geral da República, para manifestação na forma do artigo 29 da Lei 9.868/99;
- e) após o devido processamento, a procedência da presente ação, para que se reconheça definitivamente a constitucionalidade dos artigos 6º, § 7º e 57 da Lei 11.101/2005 e do artigo 191-A do CTN.

¹⁵ DINI, Mario. *I provvedimenti d'urgenza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1961, p. 179



DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Pede deferimento.

Brasília, 22 de agosto de 2016


RODRIGO RØLLEMBERG

GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL


PAOLA AIRES CORRÊA-LIMA

PROCURADORA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 69.

