

Marcelo
Squassoni

ADVOCACIA

mpo
Marcos Pereira
e Oliveira ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

REPUBLICANOS, partido político devidamente registrado, com representação do Congresso Nacional (doc. 01) e sede na SEP Sul, Trecho 713/913, Lote E, Ed. CNC Trade, Asa Sul, Brasília - DF, CEP 70390-135, vem, por seus procuradores devidamente constituídos (doc. 02), respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 102, inciso I, "a" e 103, VIII da Constituição Federal, bem como no artigo 2º e seguintes da Lei 9.868/99, ajuizar a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, com pedido cautelar**, para que se proceda a interpretação conforme à Constituição dos artigos 49 e 83, VII, da Lei Federal 11.101/2005, e do artigo 187, do Código Tributário Nacional, para se estabelecer a interpretação segundo a qual:

- (a) os créditos previstos em acordos de leniência (e instrumentos análogos) não podem ser classificados como extraconcursais e subtraídos, por pactuação entre devedor e órgão de controle, do âmbito de incidência da recuperação judicial, na forma do art. 49 da Lei nº 11.101/2005;
- (b) a habilitação dos créditos previstos em acordos de leniência (e instrumentos análogos), em processos de recuperação judicial, como créditos quirografários, não

é causa legítima para a rescisão dos referidos acordos, sob a alegação de descumprimento parcial;

- (c) subsidiariamente, caso os pedidos anteriores não sejam deferidos, requer-se que o STF estabeleça a interpretação segundo a qual os créditos previstos em acordos de leniência (e instrumentos análogos), devidos por empresas em recuperação judicial, devem ser cobrados por intermédio de execução fiscal, aplicando-se lhes os mesmos critérios de desconto e amortização previstos na legislação tributária para empresas em risco de insolvência.

I. ASPECTOS PRELIMINARES

I.1. Objeto: normas cuja interpretação conforme se requer

1. A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade busca a atribuição de interpretação conforme à Constituição aos artigos 49 e 83, VII, da Lei Federal nº 11.101/2005. Confirma-se a redação dos preceitos:

"Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I - os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

II - os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

III - os créditos tributários, independentemente da sua natureza e do tempo de constituição, exceto os créditos extraconcursais e as multas tributárias; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

VI - os créditos quirografários, a saber: Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; e (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

c) os saldos dos créditos derivados da legislação trabalhista que excederem o limite estabelecido no inciso

I do *caput* deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

VII - as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

VIII - os créditos subordinados, a saber: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

a) os previstos em lei ou em contrato; e (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício cuja contratação não tenha observado as condições estritamente comutativas e as práticas de mercado; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

IX - os juros vencidos após a decretação da falência, conforme previsto no art. 124 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)"

2. O complexo normativo cuja interpretação se propõe é integrado também pelo artigo 187 do Código Tributário Nacional, que possui a seguinte redação:

"Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento."

3. A amplitude do comando contido no artigo 49 [*todos os créditos*] atende à necessidade de que o juízo da recuperação judicial possua a condição de "juízo universal".

4. Trata-se de medida essencial para que exista unicidade na cobrança dos créditos. Somente com esse retrato completo de todos os créditos, é possível a elaboração de um plano econômico viável que permita à pessoa jurídica em crise se soerguer.

5. A proliferação de créditos extraconcursais tende a promover verdadeiro esvaziamento do processo recuperatório: a existência de diversos procedimentos judiciais em curso impede o estabelecimento de uma ordem racional de preferência nos pagamentos, dando lugar à verdadeira corrida pela penhora de eventuais ativos que a empresa detenha, ainda que isso custe a morte da pessoa jurídica. São prejudicados não só seus proprietários e dirigentes, mas também funcionários, outros credores,

parceiros comerciais, fisco, investidores em bolsas de valores e, em última análise, a própria economia nacional.

6. O processo de recuperação judicial, ao permitir a preservação de empresas em risco de insolvência, serve à proteção de inúmeros bens jurídicos de estatura constitucional, os quais vão muito além da mera propriedade empresarial.

7. Em contrapartida, a subtração ilegítima de créditos à esfera do processo de recuperação judicial, como se demonstrará, implica a violação de princípios como a livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da CF) e a valorização do trabalho (art. 1º, IV, e 170 da CF); a função social da propriedade empresarial (art. 5º, XXIII, e 170, III, da CF); o direito ao salário (7º, X, da CF); a vinculação da ordem econômica à função de “assegurar a todos existência digna” (art. 170, *caput*, da CF); o princípio da proporcionalidade (art. 1º da CF); o princípio da função social do contrato (art. 1º, IV, art. 5º, XXIII, e 170, III da CF).

8. A presente ADI, portanto, tem como objetivo justamente requerer ao STF que coíba a prática, frequente no âmbito dos acordos de leniência (e procedimentos análogos), de buscar imunizar os créditos neles fixados das regras estabelecidas no sistema de recuperação judicial das empresas.

I.2. Contextualização

9. O estabelecimento de sanções pecuniárias desproporcionais e de acordos de leniência leoninos foi tendência que prevaleceu especialmente na última década, sob o impacto do populismo punitivo dissociado do propósito de preservar as empresas e o mercado nacionais.

10. Concomitantemente à operação Lava Jato, a economia brasileira entrava na maior crise de sua história. O PIB brasileiro, apenas no ano de 2015, se retraiu em 3,8%. Da totalidade da retração, as principais consultorias econômicas brasileiras (*Tendências e GO Associados*) sustentavam que 2,5% seriam devidos à Lava Jato.¹ O setor industrial foi o

¹ Cf.: *Valor*, 15 ago. 2016; *BBC*, 15 dez. 2015.

mais atingido, o qual se retraiu em 6,2% naquele ano, por conta do debacle da construção civil pesada e da construção naval.² Nos anos seguintes, milhões de pessoas continuaram perdendo seus empregos, e milhares de empresas fecharam. O contexto criado pela Lava Jato era de prevalência dos interesses da persecução criminal sobre todos os demais interesses nacionais, concorrendo para a aniquilação de setores inteiros da economia nacional, alguns dos quais, como a construção pesada e a construção naval, distinguiam-se pela competitividade brasileira no plano internacional.

11. Nenhum país que preza pela integridade de sua ordem econômica renuncia, como o Brasil fez durante aquele período, o desempenho de suas empresas que podem ter um papel decisivo no desenvolvimento nacional. Hoje, algumas das principais empresas brasileiras ainda tentam se desenredar dos processos sancionatórios oriundos daqueles anos.

12. As nações de economia mais avançada sempre buscaram harmonizar a punição de ilícitos e a preservação das empresas, considerando sua função social. Observem-se, por exemplo, o caso Alemão. Uma de suas principais montadoras de automóveis já se envolveu em alguns episódios graves de corrupção, e a rigorosa Justiça Alemã não a levou à falência. Em caso dotado de grande notoriedade, a empresa adulterou os testes de medição da poluição produzida por seus motores a diesel. O episódio chocou o mundo. Embora no ano em que veio a público a companhia tenha apresentado resultados ruins, já no ano seguinte a sua rentabilidade se recuperou.³ Certamente não passou pela cabeça de nenhum alemão submetê-la a processos sancionatórios que resultassem em sua inviabilização econômica.

13. O mesmo se verifica, por exemplo, na Coreia do Sul. Há alguns anos, a *Samsung* foi responsabilizada por ter pagado propina à presidente sul-coreana, Park Geun-hye, a qual, em razão do escândalo, foi submetida a um processo de *impeachment*. Lee Jae-yong, um dos principais herdeiros da *Samsung*, em conjunto com outros executivos, foi condenado à prisão. Mas a

² Cf.: Instituição Fiscal Independente. RAF - Relatório de Acompanhamento Fiscal n.º 17, Senado Federal, jun. 2018.

³ Cf.: Antti, W. *Analysis of Volkswagen Group financials 2011-Q2/2016: effects of the emissions scandal on key financial ratios*. (Bachelor's Thesis). Haaga-Helia - University of Applied Sciences, 2016.

Samsung permaneceu forte, gerando empregos, renda e tecnologia, e certamente não passou pela cabeça de nenhum coreano sujeitar a empresa a procedimentos sancionatórios que a levassem à insolvência. Pelo contrário, o Estado sul-coreano continuou cooperando com a empresa, que é essencial para o desenvolvimento econômico daquele país. A empresa, na sua conformação atual, é resultado do esforço de gerações de engenheiros, técnicos, cientistas e trabalhadores em geral; de investimentos realizados por cidadãos coreanos e estrangeiros, pelo Estado e instituições financeiras privadas; da preferência conferida por mercado consumidor que vai muito além das fronteiras daquele país.

14. Sem empresas como essas, a importância política, econômica e estratégica de seus países se reduziria drasticamente, assim como a qualidade de vida de seus povos. A função social que exercem não é anulada pela circunstância de seus executivos terem se envolvido em práticas ilegais.

15. O processo sancionador não pode se converter em instrumento de destruição econômica. Deve-se aplicar à hipótese o princípio da proporcionalidade, derivado do princípio do estado de direito (CF, art. 1º), segundo o qual o poder do estado não pode ser exercido excessivamente. Aplicado à esfera do direito sancionatório, o princípio da proporcionalidade determina, em primeiro lugar, que as sanções sejam moderadas, não podendo, quanto à intensidade e à vigência, incorrer em excesso. Ainda que tenham cometido ilícitos, as empresas não devem ser submetidas a sanções dimensionadas além do necessário. Em segundo lugar, as sanções devem ser fixadas considerando o impacto que produzem não só sob as empresas e seus sócios, mas sobre todos os afetados. Os parâmetros são intuitivos e informam toda a atuação do estado: um policial não pode atirar em direção a uma multidão para evitar a fuga de um criminoso.

16. Como regra geral, é mais racional promover a responsabilização de pessoas físicas pela prática de ilícitos: a punição produzirá efeitos, então, apenas sobre quem efetivamente praticou as condutas ilegais; trabalhadores, investidores, fornecedores, consumidores e a economia nacional não serão prejudicados. Cumpre-se, com isso, o princípio da

individualização da pena: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (CF, art. 5º, XLV). Tão importante quanto punir é preservar os postos de trabalho brasileiros e permitir que o Brasil aspire a uma condição superior à de produtor de produtos primários.

17. Na década de 1940, Edwin H. Sutherland publicou importante estudo sobre a corrupção nos EUA, intitulado *White Collar Crime*.⁴ O estudo registra os resultados de pesquisa em que foram examinados processos judiciais de corrupção relativos às 70 maiores empresas privadas dos EUA e às 15 maiores prestadoras de serviços públicos. Sutherland identificou, por exemplo, decisões judiciais desfavoráveis à *General Motors* e à *Swift & Company*. Essas empresas, ao longo de suas histórias, geraram milhões de empregos, colaboraram em esforços de guerra, produziram conhecimento e tecnologia e alçaram os EUA à posição de potência global. Sem aquelas empresas, os EUA seriam pouco mais que uma grande fazenda.

18. A prática dos mencionados delitos era em tudo reprovável, mas não privou os EUA de se tornarem a maior potência econômica e militar do Mundo. Se os processos sancionatórios tivessem conduzido aquelas empresas à extinção, o país certamente não teria alcançado essa condição. Os múltiplos processos a que responderam executivos a elas ligados não as impediram de continuar funcionando, gerando empregos e renda e contribuindo para a construção nacional. A persecução criminal, naquele país, sempre teve o cuidado de preservar o parque industrial norte-americano. O Ministro Dias Toffoli teve ocasião de lembrá-lo, em manifestação de dezembro de 2019:

“A Lava Jato foi muito importante, desvendou casos de corrupção, colocou pessoas na cadeia, colocou o Brasil numa outra dimensão do ponto de vista do combate à corrupção, não há dúvida. Mas destruiu empresas. Isso jamais aconteceria nos Estados Unidos. Jamais aconteceu na Alemanha. Nos Estados Unidos tem empresário com prisão perpétua, porque lá é

⁴ Sutherland, E. H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

possível, mas a empresa dele sobreviveu. A nossa legislação funcionou bem para a colaboração premiada da pessoa física. Mas a da pessoa jurídica não ficou clara.”⁵

19. Considere-se, por exemplo, o caso da construção pesada. Ao longo do século XX, empreiteiras brasileiras se tornaram aptas a realizar grandes obras públicas, equiparando-se às melhores do mundo. Tais empresas, hoje, estão completamente fragilizadas, nada obstante, desde o início da Lava Jato, tenham buscado cooperar com as investigações.

20. O caso da *Odebrecht* é especialmente notório.⁶ No início da década de 2000, a *Odebrecht* era uma das 30 maiores exportadoras de serviços do mundo, sendo a maior empresa de engenharia da América Latina e líder mundial na construção de usinas hidrelétricas e aquedutos, com obras realizadas em todos os continentes. Em 2014, o grupo empregava 276 mil pessoas. Em 2019, ainda sem ter se desvencilhado da Lava Jato, restavam-lhe 48 mil empregados, quando teve início sua recuperação judicial: unidades operacionais, empresas controladas e ativos em geral foram vendidos ou estão em via de sê-lo para tornar viável a sobrevivência da empresa, ainda que como fração menor do que era anos atrás. Em dezembro de 2020, a empresa, sob novo nome (*Novonor*), contava com apenas 25 mil trabalhadores: menos de 10% de 6 anos antes.

21. O acordo de leniência subscrito, em 2016, pela empresa contou com a adesão de 78 executivos, levando à produção de uma grande quantidade de provas, com base nas quais se justificaram múltiplas condenações. Apesar de ter dado tal colaboração, até hoje, a empresa não conseguiu “virar a página”, e continua a responder a inúmeros processos sancionatórios.

22. A *Odebrecht* é caso especialmente conhecido, mas todas as grandes empreiteiras brasileiras enfrentam dificuldades similares para superar esses processos e tentar se reconstruir. Não apenas seus os

⁵ https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/12/16/interna_politica,1108601/a-lava-jato-destruiu-empresas-afirma-dias-toffoli-presidente-stf.shtml

⁶ A empresa, inaugurada na década de 1940, construiu sua primeira hidrelétrica em 1952 – hidrelétrica de Correntina, na Bahia. Desde a década 1970, a empresa vinha se diversificando. Além de se dedicar à construção civil, a *Odebrecht* passou a atuar também no setor petroquímico. Na década de 1980, a empresa se internacionalizou, passando a realizar obras na África e na Europa. Na década de 1990, passou a atuar também nos EUA e em diversos países da América Latina. Em meados da década de 1990, já estava presente em mais de 20 países.

proprietários e executivos foram prejudicados: milhões de trabalhadores perderam seus empregos, o que inclui não apenas os empregados diretos das empresas, mas também os vinculados às empresas que lhes forneciam insumos e lhes prestavam serviço. O Brasil perdeu, reduzindo gravemente sua complexidade produtiva, sua autonomia para ampliar sua infraestrutura e sua presença no mercado internacional, acelerando gravemente o atual processo de desindustrialização e redução da complexidade econômica.

23. Por meio da presente ação, propõe-se a “filtragem constitucional” do instituto do acordo de leniência (e instrumentos análogos), de modo a circunscrevê-lo aos limites da proporcionalidade. Deve-se, em especial, ter em conta que as empresas não são compostas apenas por seus proprietários e dirigentes: como realidades orgânicas (instituições), são integradas ainda por **trabalhadores, gerentes intermediários, unidades operacionais**; produzem, desenvolvem e transmitem **tecnologia, inovações técnicas e administrativas, práticas operacionais e cultura institucional**.⁷ As empresas possuem **função social** — é a função social dos meios de produção⁸ —, que se materializa no **atendimento de necessidades humanas e sociais**, seja por meio da produção de bens e serviços destinados ao mercado, seja por intermédio da remuneração dos trabalhadores ou da contratação de fornecedores.

24. O princípio da dignidade humana ocupa o epicentro axiológico da Constituição de 1988: as instituições incumbidas da persecução cível e criminal não têm se conduzido com consciência a respeito desse elemento fundador do constitucionalismo de 1988.⁹ Qualquer procedimento sancionatório que, ao coincidir com condições econômicas desfavoráveis,

⁷ Cf.: Asquini, A. “Perfis de empresa”. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 104, 1996; Romano, S. *El ordenamiento jurídico*. Trad. Sebastián Martín-Retortillo e Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

⁸ Cf.: Comparato, F. K. “Função social da propriedade dos bens de produção”. *Revista de Direito Mercantil*, v. 63, 1986.

⁹ Como sustenta Gustavo Tepedino, a Constituição Federal de 1988 estabelece: “*novos parâmetros para a definição da ordem pública (...) de maneira a privilegiar (...) os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais*”. (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004).

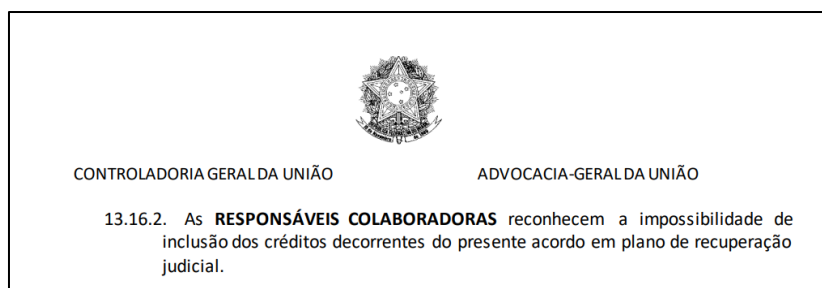
implique a destruição de setores inteiros da economia, como a construção civil e a indústria naval, atingindo milhares de trabalhadores e drenando recursos de toda a sociedade, não pode ser considerado, nesse sentido, associado à dignidade humana, legítimo e funcional.

I.4. Cláusulas em acordos de leniência que têm impedindo a submissão dos créditos ao procedimento da recuperação judicial

25. Tornou-se prática corrente, nos acordos de leniência (e instrumentos análogos), subtraírem-se os valores acordados ao regime da recuperação judicial. Não se trata de fato isolado! Os acordos disponíveis à consulta pública contêm, como padrão, cláusulas que retiram aqueles créditos de eventual procedimento de recuperação judicial. Com isso, tais créditos são convertidos em "extraconcursais", ou seja, não se submetem ao concurso de credores, devendo ser pagos com prioridade em relação a todos os demais créditos constituídos contra a empresa em recuperação, inclusive créditos trabalhistas, tributários e dotados de garantia real.

26. A título de exemplo, confirmam-se os seguintes acordos de leniência, os quais já foram publicizados, podendo ser encontrados na página da CGU na rede mundial de computadores:

- CGU - Acordo de leniência - processo nº 00190.100366/2018-25¹⁰.

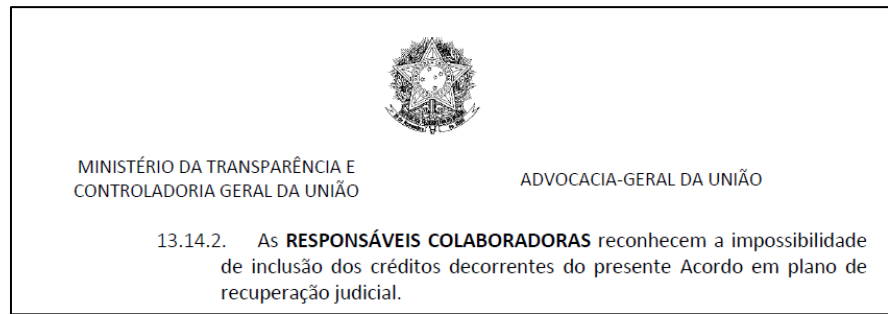


(doc. 03)

- CGU - Acordo de leniência - processo nº 00190.024632/2015-63¹¹.

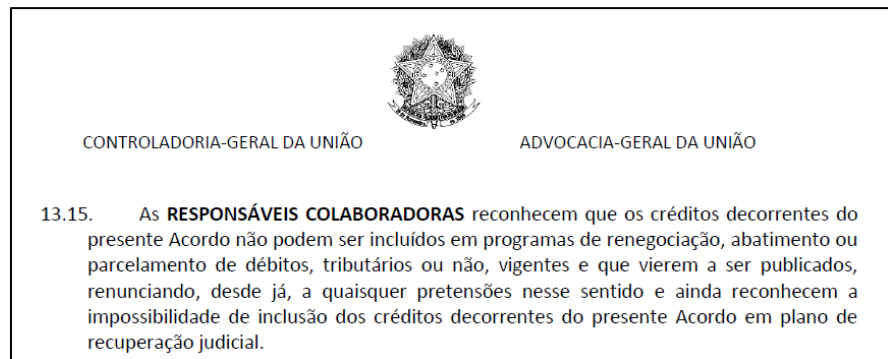
¹⁰ <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf>

¹¹ <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/andrade-gutierrez.pdf>



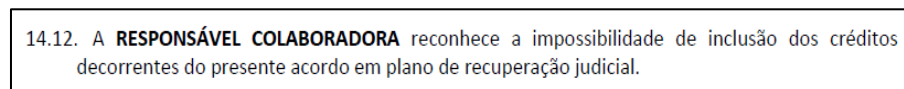
(doc. 04)

- CGU – Acordo de leniência – processo nº 00190.021050/2015–25¹².



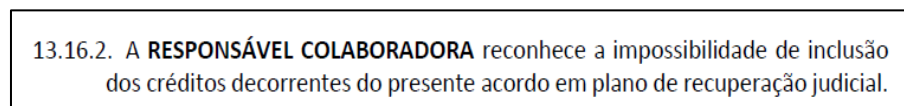
(doc. 05)

- CGU – Acordo de leniência – processo nº 00190.103765/2018–48¹³.



(doc. 06)

- CGU – Acordo de leniência – processo nº 00190.103608/2017–51¹⁴.



(doc. 07)

27. A rigor, as empresas lenientes, nesses acordos, estão dispendo de valores que não poderiam ser salvaguardados da pretensão dos demais credores, considerando a ordem de prioridades prevista no direito brasileiro. A circunstância é ainda mais grave quando consideramos que

¹² <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/camargo-correa.pdf>

¹³<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf>

¹⁴<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf>

essas cláusulas foram incluídas em um contexto de completa falta de poder negocial. Sitiadas por pressões de todo o tipo, as empresas nacionais e seus proprietários e dirigentes, muitos dos quais “presos preventivamente”, acabaram por celebrar acordos leoninos, desproporcionais e ilegais.

I.5. Créditos decorrentes de sanções administrativas. Classificação legal e jurisprudência do STJ. Necessidade da manifestação do STF.

28. Os créditos de natureza estritamente tributária não se submetem às regras estabelecidas no plano de recuperação eventualmente aprovado pelos credores habilitados. Porém, a legislação prevê modalidade específica de transação tributária estabelecendo critérios para que a empresa em recuperação possa liquidar seus débitos de modo compatível com sua condição, marcada pela precariedade, considerando o prognóstico de risco elevado de não recebimento dos créditos. Dentre outras regras, podem ser mencionadas as seguintes:

- (a) os débitos poderão ser liquidados em até 120 parcelas, com pagamento de 0,5% (cinco décimos por cento) da primeira à décima segunda prestação; 0,6% (seis décimos por cento) da décima terceira à vigésima quarta prestação; e do saldo remanescente nas demais prestações (Lei 10.522/02, art. 10-A, V, e Lei nº 13.988/20, art. 11, § 2º, II, art. 21, II, c, da Portaria 2382/2021);
- (b) se se verifica que o contribuinte desenvolve projetos sociais, o parcelamento pode ser feito em 132 parcelas (art. 21, II, b, da Portaria 2382/2021);
- (c) há a possibilidade de concessão de diferimento ou moratória (Lei nº 13.988/20, art. 11, II);
- (d) o valor dos débitos relativos a multas e juros pode ser reduzido em até 65% (sessenta e cinco por cento) (Lei nº 13.988/2020, art. 11, § 2º, II);
- (e) o débito, inclusive o principal, podem ser pagos mediante a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), na apuração do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da CSLL, até o limite de 70% (setenta por cento) do saldo remanescente após a incidência dos descontos (Lei nº 13.988/2020, art. 11, IV);

- (f) o débito, inclusive o principal, pode ser quitado mediante o uso de precatórios ou de direito creditório com sentença de valor transitada em julgado para amortização de dívida tributária principal, multa e juros. (Lei nº 13.988/2020, art. 11, V)

29. Além disso, segundo o artigo 83 da Lei 11.101, os créditos tributários (inciso III), no processo falimentar, são quitados após os créditos trabalhistas (inciso I), os quais possuem natureza alimentar¹⁵, e os créditos gravados com garantia real (inciso II), mas anteriormente aos créditos quirografários e demais créditos. O pagamento dos créditos tributários depende, portanto, de decisões emanadas do juízo universal da falência.

30. O mesmo tratamento privilegiado não é conferido, nas falências, aos créditos estatais que possuem natureza sancionatória. Os incisos II e VII preveem que mesmo as "*multas tributárias*", ao lado das "*penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas*", apenas serão quitadas após os créditos quirografários. Confira-se, mais uma vez, a redação dos preceitos:

"Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I - os créditos derivados da legislação trabalhista (...)

II - os créditos gravados com direito real (...)

III - os créditos tributários, independentemente da sua natureza e do tempo de constituição, **exceto** os créditos extraconcursais e as **multas tributárias**;

VI - os créditos quirografários, a saber: (...)

VII - as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias; (...)."

31. Como se verifica, de acordo com o artigo 83 da Lei 11.101, nas falências, as multas fixadas em processos sancionatórios não devem ser

¹⁵ A prioridade dos créditos trabalhistas é reconhecida também no CTN, art. 186: "*O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.*"

pagas senão após os créditos trabalhistas, os créditos gravados com direito real, os créditos tributários e os créditos quirografários.

32. No que toca especificamente à recuperação judicial, a lei não contempla, como na hipótese de falência, inciso específico para as "penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas". Ao ordenar as classes de credores que devem participar da Assembleia Geral para deliberar sobre o plano de recuperação, o artigo 41 da Lei 11.101 não as inclui expressamente:

"Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I - titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II - titulares de créditos com garantia real;

III - titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)"

33. A solução que se harmoniza com a Constituição Federal, em especial com o princípio da função social da empresa, é a que submete as mencionadas penas pecuniárias, assim como os valores pactuados em acordos de leniência (e análogos), à sistemática da lei de recuperação judicial, devendo ser classificados como créditos quirografários, do que resulta um tratamento mais favorável ao credor público que o previsto pela Lei para o caso de falência.

34. Observe-se que, em muitos casos, o plano de recuperação é a única via não só para se promover a preservação da empresa, mas também para se garantir que as referidas penas pecuniárias sejam, pelo menos em parte, quitadas. **A cobrança dessas multas fora da sistemática da repercussão geral pode levar a empresa à falência, com o que passam a se submeter à ordem definida no artigo 83, segundo o qual as sanções pecuniárias só são saldadas após a quitação das dívidas mantidas junto aos credores quirografários.** Ou seja, depois de conduzir a empresa à falência, tais multas sequer são recebidas.

35. A classificação dos créditos sancionatórios como quirografários é acolhida, em alguns precedentes, pelo STJ. A Corte, por exemplo, manteve decisão de magistrado de recuperação judicial que classificava sanção aplicada por agência reguladora como crédito quirografário, submetendo-o à sistemática da recuperação geral. Ao apreciar Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2433, o presidente da Corte, Min. Otavio de Noronha, consignou: *"Na verdade, se há interesse público suscetível de ensejar maiores cuidados ou preocupações governamentais, reside ele na necessidade de preservação da empresa recuperanda, de modo a se assegurar a manutenção dos milhares de empregos diretos e indiretos ali oferecidos a brasileiros das mais diversas classes sociais, sobretudo das mais carentes. Pensar de modo diverso é, mais do que não compreender a realidade do país, compactuar com a absurda ideia dos personagens de Esopo na bela fábula da galinha dos ovos de ouro."* O provimento manteve decisão do juízo da recuperação judicial, que permitiu que multa de cerca de R\$ 11 bilhões, aplicada pela ANATEL à empresa de telefonia, fosse tratada como crédito quirografário. A decisão do Presidente do STJ foi confirmada pela Corte Especial (AgInt na SLS 2.433/RJ, D. 38.11.2019).

36. O STJ manifestou o mesmo entendimento também no precedente que se segue:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MONTANTE APURADO POSTERIORMENTE PELA ANEEL. CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. O Juízo onde se processa a Recuperação Judicial é o competente para avaliar o caráter concursal ou extraconcursal do crédito objeto de ação de execução proposta em juízo diverso. 2. Os valores quantificados em procedimento administrativo perante órgão regulador da atividade econômica da empresa, geralmente derivados de obrigações anteriores à data do pedido de recuperação judicial, quando objeto de liquidação, devem ser recebidos dentro do procedimento recuperatório em igualdade com todos aqueles oriundos de credores da mesma espécie. 3. Com a edição da Lei n. 11.101, de 2005, respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o respectivo Juízo para prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos, ainda que tenha ocorrido a constrição de bens do devedor. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no CC n.

136.508/PA, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Seção, julgado em 12/8/2015, DJe de 20/8/2015).

37. No âmbito desse conflito de competência, o Ministro relator havia proferido decisão monocrática em que esclarecia a necessidade de submissão dos créditos decorrentes de sanções administrativas à sistemática da recuperação judicial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 136.508 - PA (2014/0263031-5)

DECISÃO. CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ S.A. CELPA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) instaurou, com pedido de liminar, conflito positivo de competência em que estão envolvidos o Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da comarca de Belém PA, onde se processa a recuperação judicial da referida empresa, e o Juízo de Direito da 6ª Vara Cível da comarca de Florianópolis - SC, no qual tramita ação de execução de título extrajudicial contra a suscitante.

A empresa recuperanda sustenta que obteve o deferimento do pedido de recuperação judicial em 29.2.2012, bem como que o juízo da recuperação também reconheceu a sujeição do crédito da ELETROSUL aos efeitos da recuperação judicial, determinando à parte credora que procedesse a sua habilitação nos autos. Não obstante, 'a CELPA foi surpreendida em sua sede com a presença de Oficial de Justiça citando-a de Ação de Execução de Título Extrajudicial manejada pela ELETROSUL pleiteando a cobrança forçada do crédito decorrente da Nota Fiscal nº 000.002.015 que, conforme acima demonstrado, sujeita-se aos efeitos da recuperação judicial, acrescido de juros e todas as cominações legais' (fl. 7).

(...)

Parecer do Ministério Público Federal pela competência do Juízo da 13ª Vara Cível de Belém.

*Há petição da interessada, Eletrosul Centrais Elétricas do Brasil S/A, às fls. 444/461, na qual esclarece que a constituição da dívida somente ocorreu em 13.7.2012, após autorização da **ANEEL** por meio do Despacho n. 1.611, de 17.4.2012, no Processo n. 48500.000893/2009-25, apesar de se referir a fornecimento de energia elétrica no período compreendido entre jan./11 a fev./12. Argumenta que habilitou, no plano de recuperação judicial, o valor de R\$ 1.717.313,91, referente a crédito distinto do cobrado na 6ª Vara Cível de Florianópolis, uma vez que, até a apresentação do plano de recuperação judicial, o montante cobrado referente à Nota Fiscal n. 000.002.015 ainda não havia sido constituído.*

É o relatório. Decido.

Trata-se de controvérsia acerca da manutenção da competência da 6ª Vara Cível de Florianópolis para a execução de crédito

da empresa interessada em razão da sua suposta classificação como extraconcursal, na forma do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, ou do reconhecimento da competência da 13ª Vara Cível de Belém, onde se processa a recuperação judicial da suscitante.

(...)

Mesmo o crédito constituído no curso da recuperação judicial advindo de decisão proferida em ação proposta contra o devedor, por se inserir na categoria de crédito extraconcursal e, portanto, ter precedência em relação aos do art. 83 e na ordem prescrita (arts. 67 e 84, V, da Lei n. 11.101/2005), deve submeter-se ao processo de recuperação caso não tenha sido objeto de reserva (art. 6º, § 3º, da citada lei), ao invés de ser perseguido por meio de medidas judiciais em juízos diversos, uma vez que implicaria oneração de bens da sociedade recuperanda, descontrole na negociação e no pagamento de credores e desestímulo para o equacionamento do estado de crise econômico-financeira.

Com efeito, submetida a empresa a processo de recuperação judicial, com sua atuação no limite dos ativos financeiros disponíveis e na busca do saneamento da atividade operacional, quaisquer atos judiciais estranhos àquela tutela jurisdicional, principalmente de natureza constritiva, penhora, arresto e alienação de bens, bloqueio ou levantamento de valores, os quais, na sua maioria, ocorrem sem comunicação ao juízo responsável pelo sobredito feito, fugiriam dos propósitos maiores insculpidos na lei em apreço e ensejariam a inviabilização do beneplácito legal com a consequente frustração dos objetivos traçados tanto pelo devedor quanto pelos credores.

A empresa, em regular procedimento de reestruturação, não pode ficar sem a proteção que lhe oferece o mencionado diploma (art. 47) e ao sabor das mais diversas investidas judiciais, até mesmo sem nenhuma prudência dos juízos, contra o patrimônio sujeito ao controle de competente e especializado órgão judiciário que, com atribuição, se não de natureza concursal, de quantificação dos créditos, objetiva o melhor caminho para satisfazer os credores e suplantar, de forma transparente, o estado de crise da sociedade devedora, permitindo, assim, a aferição da viabilidade ou não da manutenção da atividade empresarial como fonte de elevado interesse social.

(...)

Na mesma linha, merecem destaque os precedentes desta Corte a seguir: CC n. 21.447/RJ, relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 26/8/2002; CC n. 90.160/RJ, de minha relatoria, DJe de 5/6/2009; e CC n. 92.664/RJ, de minha relatoria, DJe de 10.8.2011.

(...)." (CC n. 136.508, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 22/04/2015).

38. Na jurisprudência do STJ, porém, também se encontram precedentes que adotam o entendimento inverso, permitindo a execução das sanções administrativas fora do procedimento de recuperação judicial. Confirmam-se os seguintes precedente:

"RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. MULTA ADMINISTRATIVA. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. FAZENDA PÚBLICA. CONCURSO DE CREDORES. NÃO SUJEIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DE DISPOSIÇÕES DO CTN, LEI DE EXECUÇÃO FISCAL E LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO. PRETENSÃO RECURSAL NÃO ACOLHIDA. 1. Incidente de habilitação de crédito apresentado em 29/10/2014. Recurso especial interposto em 11/8/2020. Autos conclusos ao gabinete da Relatora em 11/3/2021. 2. O propósito recursal consiste em definir se o crédito concernente à multa administrativa aplicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA submete-se aos efeitos da recuperação judicial da devedora. 3. O art. 187, caput, do Código Tributário Nacional exclui os créditos de natureza tributária dos efeitos da recuperação judicial do devedor, nada dispondo, contudo, acerca dos créditos de natureza não tributária. 4. A Lei 11.101/05, ao se referir a "execuções fiscais" (art. 6º, § 7º-B), está tratando do instrumento processual que o ordenamento jurídico disponibiliza aos respectivos titulares para cobrança dos créditos públicos, independentemente de sua natureza, conforme disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/80. 5. Desse modo, se, por um lado, o art. 187 do CTN estabelece que os créditos tributários não se sujeitam ao processo de soerguimento - silenciando quanto aqueles de natureza não tributária -, por outro lado verifica-se que o próprio diploma recuperacional e falimentar não estabeleceu distinção entre a natureza dos créditos que deram ensejo ao ajuizamento do executivo fiscal para afastá-los dos efeitos do processo de soerguimento. 6. Ademais, a própria Lei 10.522/02 - que trata do parcelamento especial previsto no art. 68, caput, da LFRE - prevê, em seu art. 10-A, que tanto os créditos de natureza tributária quanto não tributária poderão ser liquidados de acordo com uma das modalidades ali estabelecidas, de modo que admitir a submissão destes ao plano de soerguimento equivaleria a cancelar a possibilidade de eventual cobrança em duplicidade. 7. Tampouco a Lei 6.830/80, em seus artigos 5º e 29, faz distinção entre créditos tributários e não tributários, estabelecendo apenas, em sentido amplo, que a "cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento". 8. Esta Corte Superior, ao tratar de questões envolvendo a possibilidade ou não de continuidade da prática, em execuções fiscais, de atos expropriatórios em face da recuperanda, também não se preocupou em diferenciar a natureza do crédito em cobrança, denotando que tal distinção não apresenta relevância para fins de submissão (ou não) da dívida aos efeitos do processo de soerguimento. 9. Assim, em que pese a dicção aparentemente restritiva da norma do caput do art. 187 do CTN, a interpretação conjugada das

demais disposições que regem a cobrança dos créditos da Fazenda Pública insertas na Lei de Execução Fiscal, bem como daquelas integrantes da própria Lei 11.101/05 e da Lei 10.522/02, autorizam a conclusão de que, para fins de não sujeição aos efeitos do plano de recuperação judicial, a natureza tributária ou não tributária do valor devido é irrelevante. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO." (RESP Nº 1.931.633 - GO, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 03/08/2021).

.-.-.-.

"PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. ATOS ADMINISTRATIVOS. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTAS E DEMAIS SANÇÕES. LEI N. 14.112/2020. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. I - Na origem, trata-se de execução fiscal contra a Vale Verde Empreendimentos Agrícolas Ltda. objetivando suspensão dos atos de constrição e inclusão do crédito no quadro geral de credores da recuperação judicial da executada, com a conseqüente extinção desta execução e desconstituição das constrições. No Tribunal a quo, conheceu-se da exceção de pré-executividade. II - Primeiramente, o Tribunal de origem, ao apreciar o conjunto fático e probatório dos autos, consignou expressamente que, após advento da Lei n. 14.112/2020, "não se aplica às execuções fiscais a proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital (...)". III - Nesse contexto, o acórdão recorrido está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual é pacífica no sentido de que, com a entrada em vigor da Lei n. 14.112/2020, há expressa previsão legal acerca da possibilidade de continuidade do feito executivo e de constrição de bens de empresas em recuperação judicial. IV - Agravo interno improvido." (AgInt no REsp n. 2.007.973/PE, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 9/11/2022, DJe de 11/11/2022).

.-.-.-.

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. MULTA ADMINISTRATIVA. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA. NATUREZA DO VALOR DEVIDO. IRRELEVÂNCIA. PREFERÊNCIA CONFERIDA AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. EXTENSÃO. I - Na origem, trata-se de agravo de instrumento interposto por Oi Móvel S.A. (em recuperação judicial) contra a decisão que, nos autos da exceção de pré-executividade na execução fiscal ajuizada pelo Estado do Tocantins visando o recebimento de multas administrativas aplicadas pelo Procon, acolheu parcialmente os pedidos para determinar a suspensão da execução visto que a questão de direito tem por objeto a possibilidade da prática de atos constritivos, tão somente em face da empresa em recuperação

judicial, em sede de execução fiscal, até o julgamento do recurso repetitivo pelo STJ. II - No Tribunal a quo, a decisão foi mantida. Esta Corte negou provimento ao recurso especial. III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firme no sentido de que, nos termos do § 4º do art. 4º da Lei n. 6.830/1980, a preferência dada ao crédito tributário foi estendida expressamente ao crédito não tributário inscrito em dívida ativa, de modo que a natureza tributária ou não tributária do valor devido é irrelevante para fins de não sujeição aos efeitos do plano de recuperação judicial. Nesse sentido: (AgInt no REsp 1.944.453/GO, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 14/2/2022, DJe 17/2/2022 e REsp 1.525.388/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, relator p/ acórdão Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 3/4/2019.) IV - Agravo interno improvido." (AgInt no REsp n. 1.993.641/TO, Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 9/11/2022, DJe de 11/11/2022).

39. Como se verifica, nesses precedentes, prevaleceu o entendimento de que as sanções administrativas não se submetem à sistemática da recuperação judicial. Esse entendimento põe em risco a continuidade de algumas das mais importantes empresas brasileiras, em detrimento de milhões de empregos e da própria arrecadação tributária. Data vênua, em alguns casos, como o de empresas concessionárias de serviços públicos, essa orientação pode resultar na própria interrupção do serviço, como o de distribuição de água potável ou o de energia elétrica. A frustração da recuperação judicial, nesses casos, põe em risco a própria continuidade do serviço público.

40. Tal entendimento parece ter se produzido no STJ justamente pelo fato de aquela Corte circunscrever a fundamentação de suas decisões às normas legais, deixando de proceder à aplicação de princípios constitucionais. Fundamental, por conseguinte, a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

II. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS

II.1. Violação à função social da propriedade empresarial - função social da empresa

41. A propriedade privada e sua função social estão previstas no artigo 5º, XXII e XXIII, e no artigo 170, II e III, da Constituição Federal.

Figuram, portanto, tanto no rol expresso de direitos fundamentais quanto no catálogo de princípios constitucionais da ordem econômica. É significativo que a previsão do direito de propriedade sempre seja feita, na Constituição de 1988, em conjunto com a afirmação de que a propriedade cumprirá sua função social. A propriedade é não apenas um "direito subjetivo", mas também uma "função social", cujo exercício se legitima pela circunstância de atender aos interesses da coletividade.¹⁶ A propriedade não pode servir somente à realização dos propósitos do proprietário; deve servir também à promoção do bem-estar da coletividade.¹⁷

42. A função social da propriedade não serve, porém, apenas para liminar direitos dos proprietários, serve também para, em contextos determinados, se reforçar a sua proteção, com base no entendimento de que a propriedade não atende apenas aos interesses do proprietário, mas também ao de toda a sociedade.

43. Os parâmetros gerais para se verificar se a propriedade atende a sua função social são estabelecidos pela própria Constituição Federal de 1988, em especial em seu artigo 170. O exercício do direito deve servir à garantia de uma existência digna para todos, à valorização do trabalho humano, à preservação do meio ambiente, à proteção dos direitos dos consumidores, à redução das desigualdades sociais e regionais, à promoção do pleno emprego, à defesa da soberania nacional, à proteção do patrimônio histórico e cultural. O direito de propriedade não consubstancia, no Brasil, privilégio incontrastável do proprietário. Trata-se de "instituto

¹⁶ Como esclarece Eros Grau, "Ser titular de um direito subjetivo é estar autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar ou não praticar um ato – isto é, a transformar em ato a potência, ou seja, a aptidão para a prática de tal ato. A transformação da faculdade em ato, quando juridicamente autorizada – e aí o direito subjetivo – deve ser exercida dentro dos limites da autorização. Daí parecer-me equívoca a afirmação de tal contradição dogmática. Pode o Direito, coerentemente, introduzir como elementos integrantes da autorização, a alguém para o exercício de uma faculdade, inúmeros requisitos, inclusive criando obrigações e ônus para o titular do direito subjetivo" (GRAU, E. R. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo, Ed. RT, 1981).

¹⁷ Como sustenta Duguit, "Todo indivíduo deve cumprir na sociedade uma certa função, em razão do lugar que nela ocupa. Ora, o detentor da riqueza, pelo próprio fato de deter a riqueza, pode cumprir certa missão que só ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação de necessidades gerais, fazendo valer o capital que possui. Por consequência, é socialmente obrigado a cumprir esta missão e só será socialmente protegido se a cumprir e na medida em que o fizer. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza." (DUGUIT, L. *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis Le Code Napoléon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1920).

jurídico” que congrega uma constelação de direitos e obrigações: “a propriedade obriga”, como prescrevia a expressão consagrada no artigo 153 da Constituição de Weimar.

44. A noção de função social, originalmente concebida para conformar o instituto da propriedade, passou a informar a organização de outros institutos e instituições que integram o direito brasileiro, como é o caso, em especial, do da empresa.¹⁸ É pertinente conceber, nesse sentido, a “função social da propriedade sobre os meios de produção”, na clássica lição de Comparato.¹⁹ A empresa é organização “*não redutível ao interesse dos sócios*”.²⁰ É “instituição” integrada também por trabalhadores,²¹ a qual atende a consumidores e adquire insumos de fornecedores, cuja atividade impacta a economia e o meio ambiente. A empresa, portanto, exerce função social. Sem empresas não há economia de mercado, não se estabelecem as cadeias produtivas, não se produzem os bens e serviços de que a sociedade necessita.²²

¹⁸ Como esclarece Eros Grau, “*Interpretadas, em seu conjunto, as contemplações, como princípios constitucionais, do desenvolvimento e da justiça social, da função social da propriedade e do pleno emprego, daí extraímos a conclusão de que a vigente ordem constitucional não apenas justifica a afirmação da configuração da propriedade – dos bens de produção – como um poder-dever, mas também autoriza a afirmação de que a função social da propriedade pode e deve expressar-se na imposição de comportamentos positivos ao proprietário e dá suporte à tese da configuração deste como proprietário-empresendedor*” (GRAU, E. R. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1981).

¹⁹ COMPARATO, F. K. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 63, 1986.

²⁰ SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*. São Paulo: Saraiva, 2019.

²¹ Como define Santi Romano, “instituição” é “*todo ente ou corpo social*”, devendo ter uma “*existência objetiva e concreta, e quando imaterial, sua individualidade deve ser exterior e visível.*” Trata-se de “*organização social*”. Para se constituir uma instituição é necessário que, entre as pessoas que a integram, “*se estabeleça um vínculo com maior significação orgânica: é necessário que se forme a superestrutura social de que dependem e pela qual sejam regidas não só suas relações singulares, mas sim, sobretudo, sua própria situação.*” (ROMANO, S. *L’ordinamento giurídico*. Firenze: Ed. Sansoni, 1951). Ao discorrer sobre o perfil corporativo da empresa, Asquini a define como “*especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores*”. Esse “*núcleo social organizado*” opera “*em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais dos empresários e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção*” (ASQUINI, A. *Perfis da empresa. Revista de direito mercantil, econômico e financeiro*, v. 35, n. 104, 1996).

²² Como define Carvalhosa, “*Consideram-se principalmente três as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como de seus dependentes. A segunda volta-se ao interesse dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceira volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de*

45. O instituto se fundamenta ainda no *caput* art. 170 da Constituição Federal, segundo o qual a ordem econômica, no Brasil, tem por finalidade “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A Constituição Federal de 1988 institui uma economia de mercado, mas a funcionaliza ao atendimento de necessidade humanas, sociais e ambientais. Se a empresa privada é a principal operadora dessa forma de organizar a vida econômica, é inafastável que se organize considerando a função social que exerce ou deve exercer.²³

46. O princípio da função social dá fundamento ao *princípio da preservação da empresa*, positivado no art. 47 da Lei n.11.101/2005: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a separação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”²⁴ O procedimento de recuperação judicial é

vendedor, seja na de comprador. (...). E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua.” (CARVALHOSA, M. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003).

²³ Como esclarece Maria Helena Diniz, “São, dentre outros, fundamentos da República federativa brasileira: a livre-incidentativa e de exercício de qualquer atividade econômica organizada, a livre concorrência; o respeito à propriedade privada e à sua exploração, observada a sua função social (CF, arts. 5º, XIII, XXIII, 170, II a IX e parágrafo único, e 186) e os valores sociais do trabalho (...). Por isso, o contrato ou estatuto social deverá perseguir a função econômica e a social, exigidas pelo art. 421 do Código Civil, mero corolário do princípio constitucional da função da propriedade e da justiça, norteador da ordem econômica. O art. 421 institui, expressamente, a função social do contrato, revitalizando-o para atender a interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das atividades ou das prestações e até mesmo sua resolução. E o empresário (individual ou coletivo) deverá acatar o princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), para assegurar condições mais justas na execução da atividade econômica organizada. Pela teoria da função social empresa, o empresário e a sociedade empresária deverão ter o poder-dever de, no desenvolvimento de sua atividade, agir a serviço da coletividade.” (DINIZ, M. H. Importância da função social da empresa. Revista Jurídica, vol. 2, n. 51, 2018).

²⁴ Segundo Fábio Ulhoa Coelho, o princípio da preservação da empresa “tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos – trabalhadores em geral (interessados na geração de postos de trabalho), empregados na empresa em questão (interessados na manutenção de seus empregos e perspectivas de crescimento profissional), fisco (interessado nos tributos incidentes sobre a atividade empresarial), consumidores (que são atendidos, em suas necessidade ou querências, pelos produtos ou serviços oferecidos pela atividade), investidores no mercado de capital (quando captados recursos neste ambiente de negócios), outros empresários (fornecedores de insumos ou serviços) e a própria comunidade em que se insere a atividade (interessada nos benefícios associados ao desenvolvimento econômico)”. (COELHO, F. U. O princípio da preservação da

concebido justamente com o propósito de manter a empresa viva, em momento em que passa por grave crise econômica.

47. O objetivo é alcançado por intermédio de alguns mecanismos previstos na Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005).²⁵ Uma vez ajuizada a recuperação judicial, interrompem-se as execuções em curso contra o devedor (art. 6º, II), e proíbe-se qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial dos bens do devedor (art. 6º, III).

48. Instaurado o processo de recuperação, todos os créditos devem ser habilitados (art. 7º e segs.). A seguir, concluído o processo de habilitação, e empresa devedora deverá apresentar “plano de recuperação”, prevendo as condições segundo as quais os pagamentos serão realizados, o que inclui a concessão de descontos sobre os valores devidos, o estabelecimento de prazos para a sua realização, a definição dos ativos a serem alienados e das medidas de reestruturação que devem ser tomadas. O plano apresentado pelo devedor é submetido à deliberação dos credores habilitados (art. 35, I, a). Por fim, aprovado o plano de recuperação pelos credores e homologado pelo juiz da causa, as providências nele previstas são tomadas, sob a fiscalização de credores e do juízo.²⁶

49. Por meio dessa sistemática, racionaliza-se o pagamento das dívidas. Os credores têm interesse nesse tipo de procedimento, pois a alternativa costuma ser não receber nada, em um contexto de insolvência da empresa. Por meio das cláusulas acima mencionadas, os órgãos de controle procuram subtrair os mencionados créditos dessa sistemática. Com isso, porém, atuam não só contra os interesses da empresa, de seus trabalhadores e fornecedores, do fisco, do mercado nacional, mas contra seus próprios

empresa na interpretação da lei de recuperação de empresas. *Revista Electrónica de Direito*, n. 2, jun. 2014).

²⁵ O processo de recuperação judicial não é exclusividade brasileira. Diversos países do mundo possuem instrumentos semelhantes: na Itália, vigora a Lei nº 223/1991; em Portugal, o Decreto lei nº 132/1993; na Alemanha, a Insolvenzordnung, de 1999.

²⁶ No Brasil, o instituto da recuperação judicial é de uma importância ímpar para sua economia. Em pesquisa recente, foi apurado que duas em cada mil empresas ativas no Brasil terminaram junho de 2023 em recuperação judicial (<https://www.conjur.com.br/2023-ago-28/cada-mil-empresas-terminaram-junho-recuperacao-judicial>).

interesses. Frequentemente, os valores exorbitantes previstos em acordos de leniência — usualmente em bilhões de reais —, não são passíveis de serem pagos por empresas que se encontram em graves dificuldades financeiras, tornando-se inadimplentes a ponto de requererem recuperação judicial.

50. A dificuldade econômica faz com que as empresas deixem de pagar os valores previstos os acordos. Suspensos os pagamentos, os órgãos de controle declaram a rescisão. Com isso, as empresas passam a ter de suportar, por exemplo, outras sanções, como a declaração de inidoneidade para contratar com o poder público. Isso agrava ainda mais a sua situação econômica, sendo fatal em casos como o da construção pesada. A rescisão dos acordos de leniência (e análogos) para empresas que contratam com o poder público equivale a verdadeira sentença de morte.

51. Com isso, a situação costuma evoluir para a falência, decretada pelo magistrado da recuperação em face da rejeição do plano de recuperação pelos credores ou do seu reiterado descumprimento. Não é só a empresa que se extingue: os trabalhadores perdem seus empregos, os impostos deixam de ser recolhidos, os fornecedores e credores deixam de receber seus créditos — o próprio poder público não recebe os valores às sanções pecuniárias. Como se verifica, a atribuição de caráter extraconcursal aos créditos, no cenário mais comum, de agravamento da crise financeira da empresa, não resulta no efetivo recebimento dos valores, mas na inadimplência generalizada, em face do contexto falimentar.

52. Mas mesmo quando o plano de recuperação é aprovado e o processo não evolui para a falência, a cobrança dos créditos, definidos no acordo de leniência como extraconcursais, cria situação de grave injustiça e ilegitimidade. Os valores empregados para quitá-los são subtraídos ao montante geral que seria destinado ao pagamento dos demais credores, aí compreendidos trabalhadores, fisco e credores quirografários. Os dirigentes das empresas, muitas vezes já submetidos a prisão cautelar, se veem coagidos a comprometer, em nome da pessoa jurídica, parte considerável de seu patrimônio.

53. A empresa, dessa forma, perde sua capacidade de quitar até mesmo créditos de natureza alimentar, como é o caso dos trabalhistas. Como se verifica, a situação criada é gravemente injusta. Premidos pelo desespero diante da persecução criminal, os dirigentes das empresas fazem cortesia com chapéu alheio, dispondo ilegitimamente dos direitos de terceiros. Quando o plano de recuperação é aprovado, a despeito dessas circunstâncias, os demais credores estão, na verdade, aceitando receber valor ainda menor do que lhes seria devido.

54. No mais das vezes, porém, os valores milionários previstos nos acordos de leniência acabam inviabilizar a recuperação e produzir a falência da empresa.

II.2. Acordos de leniência. Submissão à sistemática da recuperação judicial. Função social do contrato, boa-fé e equilíbrio contratual. Teoria da imprevisão

55. A noção de função social é inerente ao direito administrativo, em geral, e ao direito administrativo sancionatório, em particular. Cabe à administração justamente perseguir o interesse público. Este, porém, nem sempre se confunde com o interesse arrecadatário imediato do Estado.

56. É tradicional no direito público a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário. O interesse público primário identifica-se como os valores básicos da organização política, com a finalidade de prover segurança, paz e liberdade para os cidadãos. O interesse público secundário, com o interesse arrecadatário do fisco.²⁷ O princípio da *supremacia do interesse público* tem sentido relativamente ao

²⁷ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005; ABOUD, Alexandre. *Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação?* Revista Jurídica Consulex. Ano XXII. Nº 267. Ano 2008; SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *Revista Jam - Jurídica*. Ano XIII, nº 9, setembro, 2008.

interesse público primário, que envolve a preservação dos valores fundantes da democracia constitucional.²⁸

57. Com base nessa percepção, o STF veda, por exemplo, a aplicação de “sanções políticas tributárias”.²⁹ Mesmo sob a ordem constitucional anterior, a Corte condenava a adoção de medidas drásticas para que o fisco promovesse a execução de débitos tributários, tais quais a apreensão de mercadorias e matérias primas, o lacre de estabelecimentos e a proibição do exercício de atividades comerciais e industriais.³⁰ A Corte sempre entendeu que o fisco deveria lançar mão de medidas menos restritivas para promover a execução de seus débitos. Foram editadas, com esse propósito, três Súmulas — n.ºs 70³¹, 323³² e 547.³³ Nos julgamentos que precederam a edição dessas súmulas, sempre se consignou que, cassar o registro da empresa, impedindo o seu funcionamento, poderia ser medida contraditória com o próprio objetivo de se executar crédito tributário. Se a empresa é impedida de funcionar, dificilmente terá como pagar os tributos devidos.

58. **Resultado semelhante é produzido quando se impede que as sanções administrativas e valores previstos em acordos de leniência sejam**

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2007.

²⁹ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Da Sanção Tributária*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

³⁰ Segundo Hugo de Brito Machado, “a expressão sanções políticas corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras” (MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 30, mr. 1998). Como ressalta Sávio Carmona de Lima, “Muitas vezes, a Administração tributária extravasa os limites que a Constituição Federal lhe concede, e chega a impedir o pleno desenvolvimento das atividades empresariais de contribuintes, os quais, por algum infortúnio, encontram-se devedores para com as respectivas Fazendas Públicas. E esses agentes públicos, lançando mão de instrumentos malévolos, chegam a impedir o próprio desenvolvimento da atividade empresarial, sendo estes instrumentos considerados como inconstitucionais em face das disposições contidas na Magna Carta.” (LIMA, Sávio Carmona de. A Responsabilidade Civil do Estado em Razão dos Danos Decorrentes das Sanções Políticas Inconstitucionais. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2006. p. 158).

³¹ Súmula 70: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.”

³² Súmula 323: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.” Cf. ADI 395, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 17/08/2007.

³³ Súmula 547: “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

submetidos à sistemática da recuperação judicial. A execução de uma sanção pecuniária bilionária, para uma empresa em recuperação, cujos recursos estão todos mobilizados para salvar a empresa, equivale, em muitos casos, a **decretação da sua morte.** Na prática, além de os valores das sanções e acordos não serem recebidos em sua totalidade, impede-se a continuidade do funcionamento da empresa, do que resultam demissões em massa, não só na própria empresa, mas também naqueles que lhe fornecem insumos. A empresa deixa de ser contribuinte do fisco, tornando-se incapaz de arcar mesmo com os compromissos assumidos em eventual transação tributária.

59. A vedação à inclusão desses créditos na sistemática da recuperação judicial viola, portanto, não só o interesse público primário, mas também o próprio interesse público secundário. Ao invés de receber os referidos valores de modo compatível com a recuperação da empresa, a administração termina, muitas vezes, por não receber nada, além de provocar verdadeira catástrofe na vida das famílias dos trabalhadores e na conformação de arranjos produtivos, comprometendo cadeias de suprimentos e retirando, em muitos casos, o controle do país sobre tecnologias estratégicas.

60. Se se conclui que as sanções administrativas se incluem na sistemática da repercussão geral, as cláusulas de acordos de leniência que as caracterizam como créditos extraconcursais são absolutamente inválidas, tratando-se de matéria de ordem pública, indisponível ao pacto entre as partes. Ainda que os acordos de leniência fossem contratos privados, o princípio do *pacta sunt servanda* deveria ser matizado considerando a função social do contrato, da qual resulta, por exemplo, o princípio da imprevisão.

61. O princípio da *função social do contrato* é também extraído da **função social da propriedade**, bem como dos princípios constitucionais da **solidariedade** (CF, art. 3º, I) e do **valor social da livre iniciativa** (CF, art. 1º, IV). Segundo a Constituição Federal, a sociedade brasileira deve se constituir como sociedade "solidária". Uma das dimensões da livre iniciativa é a liberdade de contratação. Como as demais dimensões, esta também deve ser concebida como "valor social", conceito a que se vincula

ao de "função social": a livre iniciativa implica, no texto constitucional, a sociabilidade. Trata-se, por isso, de princípio que, como a função social da propriedade e a função social da empresa, tem **sede constitucional**. O ponto, em comentário ao art. 421 do Código Civil, é esclarecido por Miguel Reale nos seguintes termos:

"Um dos pontos altos do novo Código Civil está em seu Art. 421, segundo o qual 'a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato'.

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o direito de propriedade que 'atenderá a sua função social'. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.

(...)

O que o imperativo da 'função social do contrato' estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, 'também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes'.

Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.

(...)

É em todos os casos em que ilicitamente se extrapola do normal objetivo das avenças que é dado ao juiz ir além da mera apreciação dos alegados direitos dos contratantes, para verificar se não está em jogo algum valor social que deva ser preservado.

Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento."

62. Entre os princípios desenvolvidos para disciplinar a execução dos contratos, é especialmente relevante o da *boa-fé objetiva*, previsto no art. 422 do Código Civil.³⁴ O princípio dá fundamento a *deveres de conduta anexos à prestação principal*, entre os quais sobressai o dever de

³⁴ Art. 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

cooperação³⁵, que deve ser observado nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial.³⁶ Esse dever de cooperação é fundamento para a **teoria da imprevisão**, recepcionada pelo Código Civil, nos artigos 478-480, cuja aplicação é pertinente nos contratos de execução continuada ou diferida. A teoria prevê a possibilidade de alteração ou resolução dos contratos em decorrência de “*onerosidade excessiva*”, ocasionada por fatos “*extraordinários e imprevisíveis*”.³⁷

63. Diante de acontecimentos “imprevisíveis”, que tornem desproporcional o valor da prestação, legitima-se a intervenção judicial para promover o reequilíbrio do contrato.³⁸ Segundo o artigo 317 do Código Civil, “*Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.*” Os contratos são informados por critérios de justiça comutativa, que prescreve o estabelecimento de relações contratuais dotadas de equilíbrio sinalagmático. Os contratos, na generalidade dos casos, devem dar lugar à composição dos interesses das partes, não ao enriquecimento sem causa de uma das partes, em detrimento da outra.³⁹

³⁵ A boa-fé objetiva, impondo a cooperação, é a engrenagem que permite o cumprimento do contrato da melhor forma possível para ambas as partes. Cf.: TOMASEVICIUS FILHO, E. *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 392.

³⁶ Cf. o seguinte precedente do STJ: “(...) 5. Os deveres anexos à boa-fé, especialmente os deveres de informação, cooperação, lealdade e probidade, exigíveis das partes na execução dos contratos, contudo, impõem ao locador uma conduta colaborativa, no sentido de fornecer ao locatário os documentos e informações necessárias à implementação da atividade no imóvel objeto da locação. (...)”. (RESP n. 1317731, Rel. ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, D. 26.04.2016).

³⁷ Segundo o 478, “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. Já de acordo com o art. 480, “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

³⁸ Confira-se, a propósito, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “(...) 6. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento segundo o qual a Teoria da Imprevisão somente se aplica quando for demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes, não se inserindo, nesse contexto, as intempéries climáticas. (...)” (Ag no RESP n. 1602292. Relator ministro Marco Aurélio Bellizze, D. 24.08.2020).

³⁹ A “justiça contratual” deve ser perquirida considerando-se critérios como a reciprocidade, a comutatividade, a equivalência material, a proporcionalidade, a proibição do enriquecimento

64. A distribuição dos recursos produzidos socialmente não deve ser aleatória. Deve obedecer a princípios racionais. Pela mesma razão, permitir que eventos aleatórios desequilibrem relações contratuais, e obrigar as partes a cumprir cláusulas que perderam a proporcionalidade, é converter a vida em um cassino. As partes assumiram direitos e obrigações considerando as circunstâncias vigentes. Se estas se alteram gravemente, é injusto manter as prestações originalmente pactuadas. Em uma sociedade justa, o princípio *pacta sunt servanda* é de ser temperado pela cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁰, segundo a qual o vínculo continuado deve ser impactado pelas alterações significativas ocorridas nas situações de fato subjacentes à contratação.

65. No caso específico dos acordos de leniência, celebrados até 2022, as multas eram fixadas adotando-se como base de cálculo o **faturamento bruto anual do ente privado no ano anterior à instauração do procedimento administrativo** (art. 21, I, do Decreto nº 8.420/2015; Instrução Normativa CGU nº 1/2015). Sobre o faturamento bruto incidiam percentuais fixados no Decreto considerando o tipo de conduta praticada, **podendo chegar a 20% do faturamento bruto**, descontados tributos. O conceito de "faturamento bruto" é equivalente ao de "receita bruta", não se confundindo com o lucro. A receita bruta se traduz como a totalidade das entradas; o lucro é o valor excedente, descontados os custos e as despesas. O conceito de "receita bruta" está estabelecido no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

sem causa, função social do contrato e a distribuição equitativa de riscos e ônus. Cf.: MARTINS, F. R. *Princípio da justiça contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 298.

⁴⁰ Em razão da cláusula *rebus sic stantibus*, "nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação". (RIZZARDO, A. *Contratos*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 162). Na jurisprudência brasileira, a cláusula vinha sendo empregada mesmo antes da edição do Código Civil de 2002: "Essa cláusula, resultante do labor jurisprudencial não afronta nenhuma lei. Ao contrário, ajusta as normas jurídicas ao sentido social dos fatos. Sabe-se, os acontecimentos recebem o impacto das mudanças da sociedade. Seja no plano moral, como no âmbito econômico. A inflação brasileira afeta diariamente as expressões econômicas das cláusulas contratuais. Urge analisá-las de modo a não gerar enriquecimento sem justa causa e que a expressão substancial seja superada por dados formais" (RESP n. 371/CE, Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, Segunda Turma, DJ 04.06.1990).

"A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III."

66. Na presente ADI, não se impugna a própria desproporcionalidade dos critérios adotados para a fixação das referidas sanções. Sustenta apenas que o critério do "faturamento bruto anual do ente privado no ano anterior à instauração do procedimento administrativo" não pode ser adotado sem se considerar a possibilidade de alteração do valor da multa considerando alterações substanciais que ocorram no faturamento das empresas. Convém, a propósito, mencionar apuração realizada pelo Site Poder 360, publicada em 2021, a qual registra que o faturamento combinado das principais empreiteiras brasileiras caiu 89% em quatro anos:



67. **Não é razoável supor que tais empresas consigam pagar multas fixadas em acordos de leniência estabelecidas quando o faturamento bruto era quase 10 vezes maior.** A queda radical no faturamento bruto, se não impacta nas multas fixadas, **tem vocação para inviabilizar as empresas**, as quais, em conjunto, lideram o setor da construção pesada no Brasil. Por outro lado, se não conseguem arcar com o pagamento de tais valores, perdem definitivamente a capacidade de contratar com a administração pública, não podendo mais participar de certames no setor da construção pesada, cujas obras costumam ser contratadas pelos governos.

68. A submissão das multas fixadas em processos disciplinares e em acordos de leniência à sistemática da recuperação judicial é fundamental para se garantir que tais multas, ainda que fixadas em acordos de leniência, se mantenham proporcionais considerando as alterações econômicas e institucionais pelas quais passaram o Brasil e as empresas. Uma empresa que fatura R\$ 10 milhões não tem qualquer condição de pagar multa fixada com base em um faturamento de R\$ 100 milhões. Está em questão não apenas a preservação das empresas. Mas de setores inteiros da economia nacional. A submissão dos referidos créditos à sistemática da recuperação judicial é apta a garantir que as empresas continuem vivas, em conformidade com os critérios estabelecidos no plano de recuperação, aprovado pelos credores e pelo Juiz da causa.

II.3. Proteção do mercado interno, do princípio da soberania e da finalidade constitucional de se promover o desenvolvimento nacional

69. Negar a possibilidade de inserção do crédito na recuperação judicial não representa apenas uma violação à função social das empresas. Dado seu impacto sistêmico, no contexto presente, atinge também os princípios constitucionais mais importantes de estruturação da ordem econômica brasileira: a caracterização do **mercado interno como "patrimônio nacional"** (art. 219); o princípio da **soberania nacional** (art. 1º, I, e 170, I); o princípio do **desenvolvimento nacional** (art. 3º, II); o dever do estado de promover o **desenvolvimento tecnológico do país** (art. 218, 219, parágrafo único). O atual processo de inviabilização econômica de setores

inteiros da economia, como a construção pesada e a naval, em que o país era competitivo em escala global, vulnera de modo irreparável o propósito de se desenvolver no Brasil uma economia complexa e diversificada, que possa se inserir no mercado global não apenas como exportador de matérias primas.

70. A desindustrialização prematura que atinge o país é a mais grave do mundo. Em 1980, a indústria de transformação era responsável por 33% do PIB brasileiro; no final de 2018, já correspondia a 11,3%; no início de 2019, a 10,4%. Na década de 1980, a indústria empregava 27% dos trabalhadores formais. Hoje, apenas 15%. Em 1980, o parque industrial do país era superior aos da China, da Coreia do Sul e da Índia somados. Hoje, a indústria brasileira é superada, em muito, pela de cada um desses países. O ambiente persecutório associado à Lava jata, conduzida sem qualquer compromisso com a preservação das empresas, se insere de modo decisivo no aprofundamento desse cenário.

71. Um país restrito à exploração mineral e agrícola, como se base, não oferece o ambiente adequado ao desenvolvimento tecnológico e ao exercício do empreendimento privado. Trata-se de país com baixa mobilidade social e desprovido de condições econômicas efetivas para ao desenvolvimento da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV). Um grande estaleiro ou uma grande empreiteira, além dos empregos diretos que geram, fomentam a eclosão de milhares de negócios privados, desde pequenas lanchonetes até fabricas destinadas à produção de máquinas. A presente ADI, nesse sentido, concerne às condições materiais necessárias ao exercício da liberdade.⁴¹

72. A proteção ao mercado interno encontra assento na Constituição Federal. Ela assegura, em seu art. 219, que o mercado interno *"integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a*

⁴¹ São pertinentes as ponderações sobre o tema feitas pelo Excelentíssimo MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO ao relatar o RE 1.054.110/SP, confira-se: "Como já pude registrar, a livre iniciativa funciona como um dos fundamentos do Estado brasileiro. É, em realidade, uma expressão da ideia geral de liberdade e assegura, como regra geral, que as pessoas sejam livres para suas escolhas existenciais e profissionais. E, especificamente como um princípio geral da ordem econômica, a livre iniciativa consiste na liberdade de iniciar, organizar e gerir uma atividade econômica. Ela consagra uma garantia de abstenção do Estado no domínio econômico".

autonomia tecnológica do País". Observe-se que o "mercado interno" é parte do "patrimônio nacional". Quando injunções institucionais conduzem à dissolução de setores inteiros da economia nacional, tornando o mercado interno dependente da importação de mercadorias e serviços, viola-se gravemente o artigo 219 da Constituição Federal. Empresas como os grandes estaleiros e as grandes empreiteiras dominam tecnologias que são detidas por poucos países do mundo. Uma vez que tais empresas deixem de operar, perde-se o seu acervo tecnológico, que o Brasil levou décadas para desenvolver. A tecnologia para se construir, por exemplo, uma hidrelétrica não se desenvolve rapidamente. Dada a continuidade da atual tendência de destruição desses setores da economia nacional, dificilmente o país terá condições de reconstruí-los no espaço de gerações.

73. Foi também para evitar esse tipo de perda, que não atinge apenas os proprietários das empresas, mas toda a sociedade, que o legislador editou a Lei Federal nº 11.101/2005 (Lei da Recuperação judicial). A recuperação judicial permite que empresa que esteja em dificuldade temporária possa se reestruturar e sobreviver, continuando a prestar serviços ao país. As empresas mencionadas não são obra apenas dos seus proprietários. Resultaram de grande esforço nacional. Foram construídas por gerações de engenheiros formados nas universidades brasileiras, muitas das quais públicas, e por técnicos formados nos CEFETs e outras escolas técnicas. Em diversos momentos de suas trajetórias, tais empresas foram financiadas por bancos públicos, os quais ainda são credores, quando não detentores de cotas no capital social.

74. A recuperação judicial, ao ter como finalidade a "preservação da empresa", concorre para a garantia do mercado interno (art. 219), e para a defesas dos princípios da soberania nacional (art. 1º, I, e 170, I); do desenvolvimento nacional (art. 3º, II); do desenvolvimento tecnológico do país (art. 218, 219, parágrafo único).

II.3. Proteção do direito ao trabalho e ao salário

75. A caracterização dos créditos previstos em acordos de leniência como créditos extraconcursais, a serem quitados prioritariamente, viola

ainda o disposto no artigo 7º, X, da Constituição Federal, segundo o qual: *"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) X - proteção do salário na forma da lei (...);"*

76. O preceito serve à proteção do próprio direito à subsistência do empregado. A *"proteção ao salário constitui desdobramento das normas gerais de caráter tutelar do trabalho"*, diante do reconhecimento de sua característica de *"fonte de subsistência do trabalhador e de sua família, com natureza jurídica correspondente à prestação alimentícia"*⁴². O salário do trabalhador possui natureza alimentar, servindo à proteção da vida e da dignidade humana. Esses princípios são dotados de supremacia material no sistema constitucional: dessa posição materialmente superior, resulta a classificação operada pelo artigo 83 da Lei Federal nº 11.101/2005.

77. As normas constitucionais não ocupam todas a mesma posição hierárquica sob o prisma material. Há normas mais importantes que outras. É legítima a decisão legislativa de priorizar os créditos de natureza alimentar e os créditos tributários. Os créditos alimentares concernem à preservação da subsistência dos trabalhadores. Os créditos tributários, à manutenção do estado, sem o qual a sociedade se desordena, pondo em risco a sobrevivência de todos. A mesma natureza não se pode atribuir aos créditos resultantes de multas administrativas, que exibem caráter punitivo. As multas tampouco devem preceder aos créditos quirografários, detidos por fornecedores, prestadores de serviço e financiadores da empresa em recuperação. A hierarquização promovida pelo artigo 83 da Lei Federal nº 11.101/2005 está em total sintonia com as relações de prioridade que podem ser, *prima facie*, deduzidas do texto constitucional.

78. O que fez, portanto, o legislador, ao aditar o art. 83 da Lei n. 11.101/05, foi proteger o salário, em conformidade com o art. 7º da Constituição Federal. A lei está em conformidade também com os compromissos assumidos pelos Brasil na esfera internacional. A Organização Internacional do Trabalho ("OIT"), quando da elaboração da Convenção nº 173, estipulou

⁴² MALLETT, Estêvão; FAVA, Marcos; Comentário ao art. 7º, X. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. Pp. 619-621.

a priorização da proteção ao trabalhador, diante da insolvência do seu empregador. Como consignado no preâmbulo da referida Convenção, quando da "reabilitação de empresas insolventes, [...] em razão dos impactos sociais e econômicos da insolvência", devem ser feitos esforços "para reabilitar as corporações, sem deixar de salvaguardar as garantias dos empregados". Por isso, define a OIT:

"Art. 5 - Em caso de insolvência do empregador, os créditos devidos aos trabalhadores em razão de seu emprego deverão ficar amparados por um privilégio, de modo que sejam pagos com os ativos do empregador insolvente antes que os credores não privilegiados possam cobrar a parte que lhes corresponda.

Art. 6 - O privilégio deverá cobrir pelo menos os créditos trabalhistas correspondentes:

a) **aos salários** correspondentes a um período determinado, que não deverá ser inferior a três meses, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho;

b) as somas devidas às férias remuneradas correspondentes ao trabalho efetuado durante o ano em que sobreveio a insolvência ou o término da relação de trabalho, assim como às correspondentes ao ano anterior;

c) as somas devidas em virtude de outras ausências remuneradas, correspondentes a um período estabelecido, que não deverá ser inferior a três meses, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho;

d) às indenizações pelo término dos serviços prestados devidas aos trabalhadores por motivo do término da relação de trabalho."

79. Os empregados não são empresários: não concordaram em contrair riscos com o objetivo de maximizar lucros. Limitam-se a vender sua força de trabalho em troca de salário, que é utilizado para prover a sua subsistência e de sua família. Esse trabalho, coordenado pelos detentores do capital, produziu a riqueza que, nos acordos de leniência, se pretende dirigir ao pagamento de sanções administrativas. Com isso, o estado estará, indevidamente, se apropriando de valores que não seriam destinados aos proprietários das empresas, mas aos trabalhadores. Os créditos trabalhistas habilitados nas recuperações se relacionam a trabalho já realizado, a valores que eram devidos aos empregados e não foram pagos.

III. CAUTELAR: MEDIDA QUE SE IMPÕE

80. Se, por um lado, são vários os motivos que concorrem para se reconhecer como inconstitucional a prática de retirar, por previsão convencional, os valores dos acordos de leniência do regime de recuperação judicial; por outro, com ainda mais razão, se apresenta o perigo na demora em se afastar esse estado de coisas.

81. A probabilidade do direito é ostensiva; a iminência de danos irreparáveis, por seu turno, justifica uma pronta intervenção. Com efeito, muitas das empresas que celebraram os acordos de leniência já se encontram em situação de recuperação judicial: uma delas, de proeminência inegável na economia nacional, chegou a ter sua falência liminarmente decretada, o que foi suspenso por decisão do e. STJ⁴³.

82. Essas situações extremas, desta e de várias outras empresas que firmaram acordos de leniência, têm sido causadas justamente por essa anomalia institucional, em que as empresas estão negociando um volume grande de dívidas com seus credores, enquanto, ao mesmo tempo, têm de arcar com multas bilionárias.

83. Fechar os olhos para a urgência que cerca essa situação pode implicar em uma situação sem volta.

84. Nem se diga que estamos a tratar de interesses meramente individuais que não merecem pronto socorro: a deterioração da atividade empresarial, em especial a de construção pesada, por si só, coloca em risco o mercado interno, como antes demonstrado.

85. Além disso, se não bastassem os desastrosos danos já citados, haverá impacto na vida de milhares de trabalhadores que não receberão a

⁴³ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/10082023-Relator-suspende-decisao-do-TJSP-que-converteu-em-falencia-a-recuperacao-do-Grupo-Coesa--ex-OAS.aspx>

remuneração devida pelo seu labor. Muito embora gozem de prioridade, em eventual recuperação judicial, os créditos trabalhistas deixam de ser saldados em razão justamente da prevalência antijurídica das sanções pecuniárias.

86. Por esses motivos, presentes os requisitos essenciais para a concessão da medida liminar, requer-se ao STF que determine a suspensão, até o julgamento final do presente processo, de quaisquer disposições estabelecidas em Acordos de Leniência (ou instrumentos análogos), que determinem a impossibilidade de inclusão dos créditos decorrentes do presente acordo em planos de recuperação judicial.

IV. PEDIDOS

87. Diante do exposto, presentes os pressupostos de cabimento e demonstrada a legitimidade da parte Autora, requer, preliminarmente, que seja conhecida por este e. STF a presente ação direta de inconstitucionalidade.

88. Em seguida, pugna-se que seja citado o Advogado-Geral da União para que se posicione sobre a interpretação da Lei questionada, conforme determinado pela Constituição Federal em seu artigo 103.

89. Outrossim, em obediência ao § 1º do artigo 103 da Constituição, requer-se a citação do Procurador Geral da República para emitir parecer acerca da inconstitucionalidade da interpretação restritiva do artigo 49 da Lei Federal nº 11.101/2005, no prazo de 15 (quinze) dias.

90. Quanto ao mérito, confia a Autora no provimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que seja realizada interpretação conforme a Constituição dos artigos 49 e 83, VII, da Lei Federal 11.101/2005, e do artigo 187, do Código Tributário Nacional, para se estabelecer a interpretação segundo a qual:

- (a) os créditos previstos em acordos de leniência (e instrumentos análogos) não podem ser classificados como extraconcursais e subtraídos, por pactuação entre devedor e órgão de controle, do âmbito de incidência da recuperação judicial, na forma do art. 49 da Lei nº 11.101/2005; e
- (b) a habilitação dos créditos previstos em acordos de leniência (e instrumentos análogos), em processos de recuperação judicial, como créditos quirografários, não é causa legítima para a rescisão dos referidos acordos, sob a alegação de descumprimento parcial.

91. Subsidiariamente, caso os pedidos anteriores não sejam deferidos, que o STF realize interpretação conforme a Constituição dos artigos 49 e 83, VII, da Lei Federal 11.101/2005, e do artigo 187, do Código Tributário Nacional, para estabelecer a interpretação segundo a qual:

- (b) os créditos previstos em acordos de leniência (e instrumentos análogos), devidos por empresas em recuperação judicial, devem ser cobrados por intermédio de execução fiscal, sem que o não pagamento resulte em rescisão dos referidos acordos, aplicando-se lhes os mesmos critérios de desconto, transação e amortização previstos na legislação tributária para empresas em risco de insolvência.

92. Por fim, requer-se que todas as publicações sejam feitas cumulativamente em nome dos advogados subscritos.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 15 de março de 2024.

Claudio P. de Souza Neto
OAB/DF 34.238

Leandro Dias Porto Batista
OAB/DF 36.082

João Paulo Cunha
OAB/DF 52.369

Mariana Milanesio Monteggia
OAB/DF 66.133

Rodrigo Pereira Adriano
OAB/SP 228.186

Marcelo Squassoni
OAB/SP 487.473