PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRÁULIO LISBOA LOPES

A SUJEIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS-MODERNA

BELO HORIZONTE
2020

BRÁULIO LISBOA LOPES

A SUJEIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS-MODERNA

Tese de doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Flávio Couto Bernardes

BELO HORIZONTE

2020

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Lopes, Bráulio Lisboa
L769s A sujeição do crédito tributário ao plano de recuperação judicial de empresas no âmbito da administração pública pós-moderna / Bráulio Lisboa Lopes. Belo Horizonte, 2020.
253 f.

Orientador: Flávio Couto Bernardes
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Crédito tributário - Brasil. 2. Direito Tributário - Aspectos econômicos - Brasil. 3. Recuperação de empresa - natureza fiscal - Brasil. 4. Administração fiscal - Brasil. 5. Crise econômica - natureza fiscal - Brasil. 6. Empresa comercial - Brasil. 7. Administração pública - Brasil. 8. Eficiência (Direito) - Brasil. I. Bernardes, Flávio Couto. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 336.2(81)
Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

FOLHA DE APROVAÇÃO

TÍTULO: A sujeição do crédito tributário ao plano de recuperação judicial de empresas no âmbito da Administração Pública pós-moderna

Nome do autor: Bráulio Lisboa Lopes

Nota: _____

Tese submetida ao corpo docente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Doutor em Direito.

Banca Examinadora:

Dr. Flávio Couto Bernardes (Orientador)
Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Dr. Fábio Artigas Grillo
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná

Dr. Jean Carlos Fernandes
Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Dr. Edimur Ferreira de Faria
Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa
Pós-Doutor pela Universidad Castila La Mancha e Doutor em Direito pela Universidad Autonoma de Madrid

Dr. Alexandre Freitas Costa
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (suplente)

Dr. Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (suplente)

Belo Horizonte, 16 de outubro de 2020.

AGRADECIMENTOS

Ao amigo, professor e orientador Flávio Couto Bernardes, os meus agradecimentos por aceitar a orientação do presente trabalho, contribuindo com seu olhar crítico e nos incentivando ao constante aprimoramento da tese.

Aos Professores Raymundo Juliano Rego Feitosa, Fábio Artigas Grillo, Jean Carlos Fernandes, Rodrigo Almeida Magalhães e Edimur Ferreira de Faria registro os meus agradecimentos pela amizade e constante diálogo.

A minha esposa Cida, pelo incentivo e constante apoio na realização dos meus sonhos.

A Deus, por ter me dado o dom da vida e por permanecer constantemente ao meu lado, guiando-me.

RESUMO

O presente trabalho realiza uma investigação crítica e sistemática dos reflexos tributários da falência e da recuperação de empresas, onde se reflete sobre sua aptidão e adequação à solução das questões enfrentadas pelas empresas em situação de crise econômica, financeira e/ou patrimonial. O estudo do tema pauta-se pela análise da inter-relação entre o Direito e a Economia, cuja sintonia resulta em uma melhor compreensão do alcance econômico dos dispositivos da legislação falimentar e de recuperação de empresas. Analisa-se a incongruência contida na legislação de recuperação de empresas, ainda atrelada à construção dogmática positivista do Direito Tributário, na qual prevalece o injustificado dogma de se instituir garantias e privilégios ao crédito tributário que não se justificam diante do contexto da Administração Pública pós-moderna. Busca-se a interpretação da legislação em consonância com os ideais de eficiência, racionalidade e celeridade que devem ser observados no sistema de insolvência empresarial. Analisa-se a relação entre o capitalismo e as crises empresariais sob a perspectiva do contexto histórico desde o surgimento do estado absoluto até a globalização, demonstrando-se o verdadeiro papel do Estado na resolução de crises empresariais. Leva-se em consideração os efeitos da transação administrativa como mecanismo de viabilização da participação estatal no Direito Concursal, em sintonia com o ideal de democracia participativa. Efetua-se uma releitura do crédito tributário no âmbito da recuperação judicial de empresas sob a ótica da Análise Econômica do Direito e do conceito de Administração Pública pós-moderna.

Palavras-Chave: Crises Empresariais – Crédito Tributário – Administração Pública pós-moderna – Análise Econômica do Direito Tributário – Recuperação Judicial de Empresas

SUMMARY

The present work conducts a critical and systematic investigation of the tax consequences of bankruptcy and company recovery, reflecting on their suitability and adequacy to solve the problems faced by companies in economic, financial and / or equity crisis. The study of the theme is based on the analysis of the interrelationship between law and economics, whose attunement results in a better understanding of the economic scope of the bankruptcy and corporate recovery legislation. The incongruity contained in the company recovery legislation, still linked to the positivist dogmatic construction of the Tax Law, in which the unjustified dogma of instituting guarantees and privileges to the tax credit that are not justified in the context of the Post-Public Administration, prevails. Modern. The interpretation of the legislation is sought in line with the ideals of efficiency, rationality and speed that must be observed in the corporate insolvency system. The relationship between capitalism and business crises is analyzed from the perspective of the historical context from the emergence of the absolute state to globalization, demonstrating the true role of the state in resolving business crises. Consideration is given to the effects of administrative transactions as a mechanism for enabling state participation in competition law, in line with the ideal of participatory democracy. The tax credit is re-read in the context of the judicial reorganization of companies from the perspective of the Economic Analysis of Law and the concept of postmodern Public Administration.

Keywords: Business Crisis - Tax Credit - Postmodern Public Administration - Economic Analysis of Tax Law - Judicial Recovery of Companies – Corporate Reorganizations

LISTA DE ABREVIATURAS

§ –	parágrafo
a.C. –	antes de Cristo
art. –	artigo
CIRE	Código de Insolvência e Recuperação de Empresas - Portugal
CF –	Constituição Federal
cf. –	conforme
CR –	Constituição da República
CTN	Código Tributário Nacional
CPC	Código de Processo Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
e.g. –	*exempli gratia*
ed. –	edição
et alii –	e outros
et seq –	e seguintes
etc.	[et cetera] – e as demais coisas
LFR	Lei de Falência e Recuperação
nº –	número
op. cit. –	obra citada
p. –	página
Rel.	Relator
sic –	assim
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TFR	Tribunal Federal de Recursos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11
CAPÍTULO 1 - CAPITALISMO E CRISES EMPRESARIAIS 18
1.1 Contexto histórico das crises econômicas: do Estado absoluto à globalização 18
1.1.1 O Estado Absoluto 18
1.1.2 O Estado Liberal 19
1.1.3 O Estado Social 22
1.1.4 O Estado Neoliberal 25
1.2 Evolução do sistema legislativo brasileiro de resolução de crises empresariais 32
1.3 A releitura do conceito de "par conditio creditorum" sob a perspectiva da Administração Pública pós-moderna 42
1.4 A promoção do desenvolvimento econômico sob a perspectiva da função social da empresa 48
CAPÍTULO 02 - O PAPEL DO ESTADO NA RESOLUÇÃO DE CRISES EMPRESARIAIS 55
2.1 Direito, Estado e Administração Pública pós-moderna 55
2.2 O Estado interventor na ordem econômica 59
2.3 Desenvolvimento econômico, mercado e organizações como fatores condicionantes do processo de resolução de crise empresarial 66
2.4 O equilíbrio cooperativo na resolução de crises empresariais e a participação estatal 75
2.5 Limites e alcance da participação estatal na resolução das crises empresariais: entre utopia e realidade 78
CAPÍTULO 03 - MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO ESTATAL NA RESOLUÇÃO DE CRISES EMPRESARIAIS 88
3.1 A compreensão do caráter consensual do plano de recuperação judicial de empresas 88
3.2 A participação estatal na assembleia geral de credores nos processos de insolvência empresarial 91
3.3 A transação administrativa como mecanismo de viabilização da participação estatal na resolução de crises empresariais 102

CAPÍTULO 04 - O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: UMA RELEITURA SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS-MODERNA E DA ANLISE ECONÔMICA DO DIREITO 108
4.1 Evolução do Direito Tributário e da Ciência das Finanças no Brasil 110
4.2 Novos rumos do Direito Tributário brasileiro 121
4.3Teoria dos Sistemas: uma abertura para a Análise Econômica do Direito Tributário 127
4.4 Análise Econômica do Direito Tributário: um novo caminho a ser percorrido pela Administração Pública pós-moderna 135
CAPÍTULO 05 - PERSPECTIVAS PARA UMA VIRADA PARADIGMÁTICA: A NECESSÁRIA SUBMISSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS 148
5.1 Garantia, preferência e privilégio do crédito tributário no âmbito do direito concursal: releitura crítica dos institutos em face do dever estatal de resolução de crises empresariais 148
5.2 O Juízo Universal da Falência e o Juízo Relativamente e "Pro Tempore" Universal da Recuperação Judicial 157
5.3 A praticabilidade tributária e os meios alternativos de cobrança do crédito tributário na Administração Pública pós-moderna 163
5.4 Meios alternativos de cobrança do crédito tributário: a transação em matéria tributária 168
5.5 O crédito tributário no âmbito da recuperação judicial de empresas 178
5.6 Sistema legal que objetiva instituir a lei geral de transação tributária no direito brasileiro 190
5.6.1 Projeto de Lei nº 5.082/2009 190
5.6.2 Lei 13.988 de 14 de abril de 2020 203
5.7 Sistema de insolvência empresarial e contencioso tributário no direito estrangeiro 208
5.7.1-Portugal 208
5.7.2 França 212
5.7.3 Espanha 215
5.7.4 Argentina 219
5.7.5- Estados Unidos da América 222
CAPÍTULO 6 - CONCLUSÃO 228

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 235

INTRODUÇÃO

Em 2001, o Banco Mundial realizou um trabalho de pesquisa e discussão entre diversos países, dando origem a um documento que informava as melhores práticas a serem seguidas na elaboração de um sistema eficaz e eficiente de resolução de insolvências, denominado *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems,* cujo objetivo era unir experiências internacionais para a elaboração de sistemas normativos de resolução de crises de insolvência e proteção aos credores. Os princípios e diretrizes fixadas pelos estudos do Banco Mundial destacaram o relacionamento entre o custo e o fluxo do crédito em relação às leis e às instituições de um determinado país, em especial ao sistema legal de insolvência. O instrumento teve como um de seus objetivos afirmar a necessidade de se implementar um processo célere e eficiente de reconhecimento e execução dos créditos e garantias dos credores, reduzindo as incertezas extrínsecas à concessão do crédito.

Apontou para a necessidade de se implementar uma estrutura legal capaz de permitir a correta e eficiente realocação dos ativos da empresa em crise e a consequente minimização das perdas pelos diversos credores. Destacou, ainda, a importância da participação dos credores nos processos de insolvência, por meio da prática de uma governança que proteja as diversas classes de credores, seja pelo processo judicial, seja pelo processo extrajudicial, de forma a se permitir a resolução da crise com o mínimo de burocracia e custo, sem perder o foco da eficiência.

O sistema normativo regulador da insolvência empresarial brasileira, seguindo as diretrizes do Banco Mundial, foi reestruturado pelo Poder Legislativo com a edição da Lei nº 11.101/2005, que trata da falência e recuperação de empresas, acarretando notáveis repercussões de ordem econômica e tributária.

No atual cenário legislativo imposto pela Lei nº 11.101/2005, o crédito tributário não se sujeita ao plano de recuperação judicial, haja vista que o deferimento do processamento da recuperação judicial está vinculado à apresentação de certidões negativas ou positivas com efeito de negativas, a teor do disposto no artigo 57 da Lei nº 11.101/2005, onde o crédito tributário fica sujeito ao parcelamento administrativo especial, nos moldes do artigo 10-A da Lei nº 10.522/2002 combinado com o artigo 68 da Lei nº 11.101/2005.

O prazo fixado para o parcelamento administrativo do crédito tributário é insuficiente, pois inferior ao prazo de parcelamento aprovado no âmbito do plano de recuperação judicial para as demais espécies de crédito, o que acaba por gerar uma situação de nítida violação à *par conditio creditorum* que deve reger os processos de insolvência coletiva.

A tese busca enfrentar o problema ocasionado pela incongruência na legislação de recuperação de empresas, visto que ainda arraigada na construção dogmática hegemônica no âmbito do Direito Tributário, influenciada pelo positivismo jurídico, na qual ainda prevalece o dogma, injustificado, de se instituir garantias e privilégios ao crédito tributário, que não mais se justificam diante do contexto da Administração Pública pós-moderna.

Neste contexto, os ideais de eficiência, racionalidade e celeridade almejados pela reestruturação do sistema de insolvência empresarial implementado pela Lei nº 11.101/2005 encontra óbice intransponível, já percebido pela *práxis* cotidiana dos operadores do Direito, em especial quando se constata que o Poder Judiciário ainda tem se apegado à literalidade dos dispositivos da Lei nº 11.101/2005 e exigido a apresentação de certidões negativas de débito tributário para a concessão da recuperação judicial de empresas.

O parcelamento especial dos créditos tributários introduzidos no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.043/2014 impõe, como condição de seu deferimento, a confissão do passivo tributário e a desistência de recursos interpostos e ações judiciais propostas, em verdadeira coação irresistível, que impõe sanções de ordem política já há muito inadmitidas pelos Tribunais Superiores brasileiros, o que caracteriza uma verdadeira sanção política, meio coercitivo indireto de cobrança dos créditos tributários e de limitação administrativa ao exercício da atividade empresarial.

A presente tese tem como objetivo realizar uma investigação crítica e sistemática dos reflexos tributários da falência e da recuperação de empresas, onde se reflete sobre sua aptidão e adequação à solução das questões enfrentadas pelas empresas em situação de crise econômica, financeira e/ou patrimonial, em especial sob a perspectiva da submissão do crédito tributário ao plano de recuperação judicial de empresas no âmbito da administração pública pós-moderna.

O estudo do tema pauta-se pela análise da inter-relação entre o Direito e a Economia, cuja sintonia resulta em uma melhor compreensão do alcance econômico dos dispositivos da legislação falimentar e de recuperação de empresas.

Tem-se como objetivo específico da presente tese a análise das diretrizes econômicas e tributárias que influenciaram o legislador a concretizar a nova sistematização do Direito Concursal brasileiro, a fim de justificar o afastamento do crédito tributário do plano de recuperação judicial de empresas, visto o impacto que a recuperação do crédito exerce sobre o desenvolvimento dos mercados, ressaltando-se, ainda, a importância de se instituir um processo de recuperação judicial mais eficiente e que contemple a participação da Fazenda Pública, por meio da conciliação conformadora entre os diversos princípios incidentes sobre o processo de insolvência empresarial, muitos dos quais em sentidos contrapostos.

A tese defende a orientação de que a uma nova concepção de um sistema de recuperação empresarial, pautado por uma verdadeira *par conditio creditorum*, voltado para a preservação da empresa com responsabilidade social e estatal, cujo objetivo é o funcionamento regular do mercado, constitui a chave para os novos modelos de planejamento econômico-empresarial. A legislação de recuperação de empresas e falência deve buscar o equilíbrio entre os interesses dos credores e do devedor, titular da unidade produtiva em situação de crise econômico-financeira. Tais interesses devem ser equilibrados para se alcançar os objetivos da regulamentação, dentre eles, a recuperação das empresas economicamente viáveis e a preservação do funcionamento regular do mercado.

A tese conclui pela necessidade de uma constante busca pela preservação da unidade produtiva, de forma a permitir, no mesmo contexto, aos *stakeholders* e aos *players* do mercado decidirem quanto aos riscos de inadimplência e moratória. Neste cenário, o Estado, representado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, tem papel importante na resolução de crises empresariais, pois são, respectivamente, responsáveis pela elaboração legislativa e correta aplicação da lei.

A Administração Pública, em especial o Poder Executivo, tem papel relevante na resolução das crises empresariais, pois participa dos processos de insolvência na qualidade de credor, ora detentor de crédito público de natureza tributária, ora detentor de crédito público de natureza não tributária, devendo sujeitar-se, assim como os demais credores, ao plano de recuperação judicial de empresas. Para que se alcance os efeitos sociais desejados, o sistema tributário deve ser investigado como o resultado das trocas entre outros sistemas do Direito e de subsistemas da sociedade, de forma a se obter, de modo equilibrado, uma visão que atenda tanto aos aspectos de eficiência econômica, quanto aos ditames da justiça.

O estudo jurídico da tributação não pode ignorar suas origens históricas, nem mesmo as reflexões que autores clássicos já enfatizavam, devendo, ainda, ser conjugado com a realidade da sociedade hodierna, onde a legalidade passa a ser apreciada não mais como uma exclusiva submissão à vontade do legislador, mas como a qualidade do resultado da aplicação da lei, interpretada segundo valores sociais e critérios de racionalidade.

A partir destas premissas, será utilizado o método lógico-dedutivo para se analisar como o Direito deve reconhecer a coerência sistêmica entre justiça e eficiência, em busca de uma Administração Pública de resultado, muitas vezes somente alcançada pela consensualidade. E, a partir destas premissas metodológicas, nas quais se estruturam o presente trabalho, serão propostos os contornos jurídicos e econômicos necessários à superação dos entraves que a não sujeição do crédito tributário ao plano de recuperação judicial de empresas representa no cenário econômico e social brasileiro.

No primeiro capítulo, será abordada a relação entre o capitalismo e as crises empresariais, analisando-se o contexto histórico das crises empresariais desde o estado absoluto à globalização. Esta abordagem demonstrará a relação de sintonia entre o Estado Absoluto e a burguesia, bem como a consequente necessidade de maior liberdade desta última classe, em função da acumulação de capital. Pautado nas lições de Adam Smith e Angus Maddison, será relatado o desenvolvimento da atividade econômica entre os anos de 1820 até a atualidade, por meio da análise das principais características do Estado Liberal, Estado Social e do Estado Neoliberal, para que se possa traçar um cenário econômico no qual evoluiu o sistema legislativo brasileiro de resolução de crises empresariais. A compreensão do contexto econômico vigente nos vários períodos abordados permitirá uma melhor compreensão da realidade jurídica à época. Será analisado o contexto do Direito Concursal brasileiro, desde o Código Comercial de 1850 até a Lei nº 11.101/2005, e suas respectivas alterações, na busca da releitura do conceito de *par conditio creditorum* sob a perspectiva da Administração Pública pós-moderna. Pretende-se analisar como a estruturação do Direito contribui para o desenvolvimento do capitalismo e qual o papel do Estado na reestruturação de empresas em crises.

No segundo capítulo, busca-se investigar o verdadeiro papel do Estado na resolução de crises empresariais a partir da releitura do conceito de supremacia estatal, onde o Estado deixa de ser um poder político, que impõe seus próprios

interesses, para se transmutar em um conjunto de instituições jurídicas, que servem de meio para transformar o poder comunicativo em poder administrativo, pautado na consensualidade. Partindo das lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a tese abordará a relação entre Direito, Estado e Administração Pública pós-moderna, onde será analisada a intervenção do Estado na ordem econômica, tendo como marco inicial a formação do estado nacional brasileiro da década de 1930 e a consequente política de desenvolvimento da CEPAL na década de 1950/1960. Será analisado o conceito de empresário e a organização dos fatores de produção sob a ótica da teoria da empresa, sempre tendo como referencial o cumprimento de sua função social e o necessário equilíbrio cooperativo das partes envolvidas na resolução de crises empresariais, para ao final demonstrar o alcance da participação estatal no âmbito do Direito Concursal.

No terceiro capítulo, serão abordados os mecanismos de participação estatal na resolução de crises empresariais, a princípio com a compreensão do caráter consensual do plano de recuperação judicial. Posteriormente, será analisada a participação estatal na assembleia geral de credores em função do crédito tributário, por meio de um estudo comparado entre a legislação portuguesa e a brasileira, a fim de demonstrar a perniciosa e injustificável relativização da *par conditio creditorum* no âmbito do processo de recuperação judicial de empresas brasileiras. Serão averiguados os efeitos da transação administrativa como mecanismo de viabilização da participação estatal na resolução de crises empresariais, em verdadeira sintonia com o ideal de democracia participativa, onde a consensualidade no âmbito da Administração Pública amplia o grau de legitimação dos atos administrativos, rompendo com a imperatividade, verticalidade e unilateralidade que marcavam as relações entre os entes públicos e a sociedade na era moderna.

No quarto capítulo, será estudado o crédito tributário no âmbito da recuperação judicial de empresas, mediante uma releitura sob a ótica da Análise Econômica do Direito e do conceito de Administração Pública pós-moderna. O capítulo parte de uma abordagem histórica da evolução do Direito Tributário e das Ciências das Finanças no Brasil, desde o período em que os referidos estudos ainda se encontravam vinculados à economia política, passando pelo período da separação entre as Ciências das Finanças e o Direito Tributário, até chegar a corrente hegemônica que se formou no âmbito do Direito Tributário brasileiro. Será analisada a obra de Alfredo Becker, a fim de demonstrar os novos rumos do Direito Tributário a partir da virada pragmática

proposta por José Souto Maior Borges, em busca da superação do dogmatismo sintático – semântico, sem ater-se às simplificações propostas pela corrente hegemônica e com foco na busca de uma reformulação doutrinária capaz de analisar os fenômenos, ao considerar-se suas complexidades e sua necessária interação com outros ramos da ciência, em especial a ciência econômica.

A partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Lhumann e da obra de Ghunter Teubner, como justificativa para o estudo do Direito Tributário sob a ótica da Análise Econômica do Direito, será realizada uma releitura do crédito tributário e seus reflexos no contexto das sociedades empresárias, em busca de uma melhor compreensão do papel do Estado na resolução de crises empresariais, ao ter como justificativa a necessidade de submissão do crédito tributário ao plano de recuperação judicial de empresas. Serão comparados os critérios de eficiência de Pareto e Kaldor Hicks, como meio de articular a negociação entre partes com interesses em conflito, ao considerar-se a racionalidade dos participantes, a redução dos custos de transação e a diminuição das assimetrias informacionais.

O quinto capítulo tratará da necessidade de submissão do crédito tributário ao plano de recuperação judicial de empresas, como forma de se instituir uma plena e verdadeira *par conditio creditorum,* compatível com a virada pragmática proposta por José Souto Maior Borges e o conceito de Administração Pública pós-moderna de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Será analisada a necessidade de se instituir mecanismos alternativos de recuperação do crédito tributário, compatíveis com o princípio da praticabilidade tributária, a fim de superar o ineficiente processo de execução fiscal. O capítulo discorre sobre o juízo relativamente universal da recuperação judicial, ao abordar o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema e seus reflexos no mercado. Posteriormente, passa-se a análise do projeto de lei que trata da transação tributária no âmbito da recuperação judicial de empresas, que objetiva aprimorar o sistema de recuperação do crédito tributário. Por fim, alinhado ao referencial teórico já mencionado, serão elaboradas as conclusões do presente trabalho ao propor-se a necessidade de submissão do Estado ao plano de recuperação judicial de empresas, como forma de superar os obstáculos impostos à efetiva reestruturação das sociedades empresárias em recuperação judicial.

Ao fim, o presente trabalho será concluído de forma a apontar os caminhos a serem percorridos pelo operador do direito na busca da conciliação entre os efeitos econômicos desejados com a instituição de um sistema legal de insolvência que

contemple uma ampla participação dos credores, dentre eles a Fazenda Pública, a qual deverá sujeitar-se ao plano de recuperação judicial em condições de igualdade com os demais credores, ao afastar-se do ineficiente sistema administrativo de parcelamento do crédito tributário que, inspirado em equivocada dogmática jurídico-administrativa prevalente no meio acadêmico brasileiro, ainda vislumbra o ente estatal como incapaz de se sujeitar a modelos consensuais já consolidados no âmbito do direito privado. Propõe-se o enfrentamento do tema pautado pelo dever constitucional do Estado de atingir resultados que efetivamente concorram para a consecução de um ambiente onde a Administração Pública se torne referência do ponto de vista da eficiência econômica.

CAPÍTULO 1 - CAPITALISMO E CRISES EMPRESARIAIS

1.1 Contexto histórico das crises econômicas: do Estado absoluto à globalização

1.1.1 O Estado Absoluto

A passagem da Idade Média para a Idade Moderna foi caracterizada pelo surgimento dos primeiros capitalistas, oriundos da classe dos burgueses, representados por pequenos e médios proprietários de terras, comerciantes e artesãos, face ao início da acumulação de capital. A expansão da atividade econômica verificada neste período marca o fim da estrutura feudal e favorece o surgimento do Estado Absoluto. Verifica-se, paulatinamente, o fortalecimento da estrutura monárquica como fator estratégico para a consolidação do Estado nacional, como condicionante de um ambiente seguro para o desenvolvimento do comércio. O Estado absoluto caracterizou-se por ser um aparato reorganizado e potencializado de dominação feudal, destinado a manter as massas campesinas em sua posição social tradicional. Trata-se de um interessante mecanismo de equilíbrio político entre a nobreza e a burguesia, onde são introduzidos um sistema burocrático permanente e um sistema codificado de leis e impostos que marcam o nascimento de um comércio unificado.[1]

A relação de sintonia entre o Estado Absoluto e a burguesia durou até que a crescente necessidade de acumulação de capital levasse a burguesia a necessitar de maior grau de liberdade, o que culminou em um processo de revolução em busca de um modelo estatal capaz de atender aos princípios e ideais do liberalismo econômico. Neste novo modelo, o poder estatal tornou-se minimizado e o poder político limitado, cabendo ao estado burguês tão somente a garantia da segurança pública, abstendo-se de intervir na seara econômica e social.[2] Nas lições de Carlos Ari Sundfeld,[3] o Estado Liberal se caracteriza pela não intervenção do Estado na economia, vigência do princípio da igualdade formal, adoção da Teoria da Divisão dos Poderes de

---

[1] ANDERSON, Perry. ***El Estado Absolutista***. Traducción de Santos Juliá. Siglo XXI Editores de España S.A. Madrid. 10ª ed. 2007. p.17.
[2] BONAVIDES, Paulo. ***Do estado liberal ao estado social***. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.61.
[3] SUNDFELD, Carlos Ari. ***Fundamentos de Direito Público***. 4º ed. 7º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

Montesquieu, supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais.

Havia nítida separação entre Estado e sociedade civil, com vistas a promover a autonomia da esfera econômica em face da esfera política, ao aproximar-se de um modelo de "estado mínimo," o qual competia, na esfera econômica, tão somente garantir a estrutura necessária ao funcionamento de autorregulação do mercado. Nessa acepção, alinhada à teoria de Adam Smith[4], o mercado seria levado por uma "mão invisível"[5] que, em condições ideais, alcançaria resultados sociais positivos, mesmo que, a priori, não fizesse parte do propósito inicial das partes. Franco Gallo,[6] afirma que "na referida época, no calor do individualismo possessivo lockeano, predominava a teoria e prática da *laissez faire* e *laissez passer".* Não se admitia a intromissão do Estado na sociedade civil, ao identificar-se as pessoas com os direitos de propriedade, tendo o patrimônio do indivíduo uma própria e natural legitimação moral. Em nome da libertação do indivíduo da opressão do Estado Leviatã, se repudiava e se considerava injusta qualquer forma de "prestação imposta" que não estivesse inspirada no critério de "benefício", ou seja, que não se constituísse sob uma ótica contratual, uma remuneração pela utilização dos serviços públicos prestados pelo Estado ao particular.[7]

1.1.2 O Estado Liberal

No Estado Liberal, o modo de produção capitalista tornou-se o modelo preponderante de produção no ocidente. Este modelo, na visão de Josef Schumpeter[8], define-se como um modelo de apropriação privada dos meios de produção, com a coordenação de decisões por meio de trocas efetuadas pelo mercado, com a consequente acumulação de capitais. Ao criticar o mercantilismo e antecipar as consequências econômicas da globalização, Adam Smith advogava a tese de que as

---

[4] SMITH, Adam. ***An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations***. (1776). Hertfordshire: Wordsworth, 2012.

[5] Ibidem. p.349. "By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security;and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is this, as in many other eases, led by a invisible hand to promote an end which was no part of this intention."

[6] GALLO, Franco. ***Las Razones Del fisco. Ética y justicia en los tributos***. Traducción de José A. Rozas. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 48.

[7] Idem.

[8] SCHUMPETER, Josef. Alois. ***Teoria do desenvolvimento econômico***. Tradução de Maria Silvia Possas. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997.

trocas livres[9] e o comércio global, em condições competitivas, ocasionariam prosperidade e avanço econômico aos países[10], explorando o comportamento humano individual que, sob condições ideais de competição, criaria uma ordem espontânea geradora de eficiência. Em um sistema natural, portanto, a ação dos *players* em um modelo de mercado sob condições perfeitas ocasionaria um resultado eficiente em suas transações, fator que acarretaria o progresso econômico.

Vale ressaltar, entretanto, que a legitimidade das ações individuais está condicionada à observância das leis da sociedade e das instituições governamentais, fato que implica reconhecimento, por parte de Adam Smith, da possibilidade dos indivíduos agirem de forma egoísta, acarretando falhas de mercado.[11]Sendo as bases do pensamento de Adam Smith providas de ética, caberia às instituições assegurar que os indivíduos respeitassem a lei. Ao discutir a política, Adam Smith enfatizou a natural harmonia de interesses de todas as partes na alocação de recursos nos mercados livres, e, como seus contemporâneos franceses, os fisiocratas, defendeu as políticas de não intervenção do *laissez-faire*. Seu argumento gradualmente conquistou a opinião oficial britânica que difundiu sua mensagem política ao redor do mundo.

Os economistas clássicos liberais passam, então, a se preocupar com o relacionamento entre o capitalismo e o bem-estar social. Evidentemente, encontraram respostas na relação entre Mercado (propriedade) e o Estado (democracia), ao concordarem que o caminho para a igualdade e prosperidade seria elevar a liberdade de mercado e reduzir a intervenção estatal.[12] A propósito, convém esclarecer desde já, com fundamento nas lições de Claude Jessua,[13] que o termo capitalismo "não corresponde a uma construção do espírito ou a um sistema teórico". Consoante o referido autor, nem Marx, nem Engels jamais empregaram precisamente o termo

---

[9] A expressão livre mercado é criticada por CHANG ao afirmar que o livre mercado não existe. Todo mercado tem algumas regras e limites que restringem a liberdade de escolha. Segundo o autor o mercado só parece livre porque estamos condicionados a aceitar as suas restrições subjacentes que deixamos de percebê-la. Conforme assevera, "a liberdade de um mercado está, assim como a beleza, nos olhos de quem a contempla". Dessa forma, se o mesmo mercado pode ser percebido por diferentes pessoas como tendo vários graus de liberdade, não existe realmente uma maneira objetiva de definir o quanto esse mercado é livre. CHANG, Há Joo. ***23 coisas que não nos disseram sobre o capitalismo***. Tradução de Cláudia Duarte. São Paulo: Curitiba, 2013. pp.21-24.

[10] SEN, Amartya. ***Desenvolvimento como liberdade***. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.p.308.

[11] SKOUSEN, Mark. ***The big three in economics: Adam Smith, Karl Marx and Jhon Maynard Keynes***. New York: M.E. Sharpe, 2007.

[12] ANDERSEN, Gosta. ***The three worlds of welfare capitalism***. Princeton. Princeton University Press, 1990.

[13] JESSUA, Claude. ***Capitalismo***. Trad. William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011.

capitalismo, se referindo apenas a “modo de produção capitalista” ou “economia burguesa”. Na visão de Claude Jessua, desde o século XVIII a palavra “capitalista” designava alguém que possuía capitais financeiros e que os empregava em investimentos, sendo frequente o uso do termo entre os autores de língua inglesa, como Adam Smith. Destarte, o emprego da expressão capitalismo necessita ser bem delimitado, como bem observa Josef Schumpeter,[14] ao afirmar que o capitalismo se define pela “apropriação privada dos meios de produção e pela coordenação de decisões por meio de trocas, em outros termos, pelo mercado”.

A análise do desenvolvimento da atividade econômica entre os anos de 1820 e a atualidade demonstra que não houve uniformidade, ou seja, a expansão da atividade econômica não foi constante. Angus Maddison[15] identificou cinco fases distintas da referida evolução, cada qual com características peculiares que a distinguem das demais. A primeira fase (1820-1870) se caracteriza pela Revolução Industrial e a abertura do comércio exterior na Europa ocidental, onde o comércio progrediu quatro vezes mais rápido do que o crescimento da população mundial. A segunda fase (1870-1913) foi relativamente lenta, ao coincidir com períodos de prosperidade advindos do avanço tecnológico, da organização dos fatores de produção e do progresso das comunicações, em meio a um regime majoritariamente liberal. A terceira fase (1913-1950) foi marcada pelas duas grandes guerras mundiais e por uma grave crise econômica. Caracterizou-se como um contraponto ao período anterior, onde o livre comércio foi substituído pelo protecionismo estatal e, consequente, dirigismo econômico. A quarta fase (1950-1973) foi uma fase de recuperação que consistiu em um alívio às finanças da Europa ocidental no pós-guerra. Iniciou-se um período de solidariedade entre as nações ocidentais e os Estados Unidos da América, marcado pelo início do período conhecido como Guerra Fria, em relação ao oeste Europeu. Os Estados Unidos, com a instituição do Plano Marshall, criaram um sistema adequado ao livre-comércio, ao passo que na Europa iniciou-se a criação da Comunidade Econômica Europeia. Neste período, verificou-se também a instauração de políticas de proteção social relacionadas a um Estado assistencial, ou política do *Welfare State*, com inspiração Keynesiana.[16] A quinta fase (1973-1994) inicia-se em condições não

[14] SCHUMPETER, Josef Alois. ***Capitalisme, socialisme et démocratie***. Paris: Payot. 1951.
[15] MADDISON, Angus. ***Phases of capitalist development***. Oxford and New York: Oxford University Press, 1982.
[16] Referência ao autor John Maynard Keynes (1883-1946).

muito favoráveis, em virtude da Revolução Islâmica no Irã, a qual resultou em uma crise do petróleo, que acarretou problemas na estabilização dos preços em países europeus. Paulatinamente, verificou-se o abandono das políticas Keynesianas, com a consequente unificação monetária definida em 1992, no Tratado de Maastricht.[17] A partir de então, os países Europeus iniciam uma política de estabilização dos preços objetivando o crescimento econômico.

1.1.3 O Estado Social

As fases de Angus Maddison apontam para a migração do modelo de Estado Liberal para o modelo de Estado assistencialista, ou Estado Providência. Vários foram os fatores que contribuíram para a mudança, dentre os quais se destacam o desequilíbrio do Estado Liberal, que ocasionou um estado de recessão econômica, e os anseios sociais em busca de aspirações mais democráticas. Para John Maynard Keynes[18], o modelo liberal de estado gera acumulação de riquezas e a formação de classes sociais antagônicas, além de acarretar o desemprego e ausência de consumo, fatores que contribuem para o aumento da desigualdade social e desfavorecem o modelo capitalista competitivo. O Estado, sob a ótica Keynesiana, com o fim de obstar os efeitos da crise, deve tributar de forma mais intensa as grandes fortunas e incentivar uma política de crédito público de juros baixos, a fim de incrementar a produção e, consequentemente, o consumo, levando ao pleno emprego.[19]

Observa-se que a democracia se tornou, sob a perspectiva dos liberais, o algoz da propriedade privada, pois enquanto o capitalismo mantivesse um mundo de pequenos proprietários, a propriedade não necessitaria temer a democracia. Mas com o surgimento das massas proletárias pela industrialização, a democracia era o caminho para a redução dos privilégios dos detentores de propriedade. Assim, parte dos liberais concluíram que a democracia usurparia e destruiria o Mercado.[20]

---

[17] Tratado da União Europeia firmado em 1992. Documento que define as linhas mestras da política e das Instituições Europeias, como cidadania, política monetária, política externa e de segurança.
[18] KEYNES, J. M. **A tract on monetary reform. London**: Macmillan, 1971. (The Collected Writings of John Maynard Keynes, v. IV).
[19] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço***. São Paulo: Almedina, 2015. p.26.
[20] ANDERSEN, Gosta. ***The three worlds of welfare capitalism***. Princeton. Princeton University Press, 1990.

Na década de 1930, o fracasso econômico do liberalismo eleva a atenção para a proposta de Keynes, ao sustentar que os níveis de renda e crescimento dependem de consumo, investimento e participação do poder público, com o fomento de políticas públicas aptas a estimular os ciclos de produção e consumo.[21] O *Welfare State*[22] passa a ser identificado como um meio de administrar bens coletivos possibilitado pelo surgimento da burocracia moderna como forma de organização racional e Eficiente. O impacto da democracia sobre o *Welfare State* é discutido desde Stuart MILL[23], para quem as maiorias favoreceriam a distribuição social para compensar os riscos do mercado.

Esping-Andersen[24] identifica que o *Welfare State* tem recebido muito pouca atenção conceitual, sendo definido nos manuais como simples imputação de responsabilidade estatal, no sentido de garantir bem-estar básico aos cidadãos. A primeira crítica feita pelo autor refere-se à conceituação de bem-estar "básico". Na concepção do autor, o *Welfare State* não pode ser considerado apenas na concepção de direitos e garantias. É necessário observar a forma como o Estado e o mercado se entrelaçam. Torna-se importante superar a dicotomia estado-mercado, fortemente defendida pela doutrina separatista que entendem os institutos como opostos. É necessário abandonar a ideia de que o Estado é um problema frente à sociedade, e o mercado, a solução. O pressuposto de que o Estado é sede exclusiva da política, enquanto o mercado e a economia são instituições despolitizadas, tem sido objeto de críticas por parte de Ha-Joon Chang,[25]ao afirmar que a abordagem política também se aplica ao mercado.

O uso social do Estado vai além de uma noção contratualista abstrata, estabelecida por indivíduos autossuficientes que pretendem reservar para a sua ação

---

[21] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço***. São Paulo: Almedina, 2015. p.26.

[22] Organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia.

[23] Em Rethinking Mill's Ethics: ***Character and Aesthetic Education***, Colin Heydt (2006) oferece uma leitura histórica da crítica milliana ao capitalismo industrial e ao tipo de caráter que, neste sistema, Mill acreditava prevalecer. Endossando uma crítica relativamente consagrada entre seus conterrâneos, Mill rechaçava o capitalismo industrial porque via-o como obstáculo ao aperfeiçoamento do caráter e das potencialidades humanas. (APUD) DALAQUA, Gustavo Hesmann. ***Democracia representativa, conflito e justiça em J.S. Mill***. Revista do Departamento de Filosofia da Universidade do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos. Curitiba: vol.13. nº 02. 2016. p.23.

[24] ANDERSEN, Gosta. ***The three worlds of welfare capitalism***. Princeton. Princeton University Press, 1990.

[25] CHANG, Ha-Joon, "***Breaking the Mould – An Institutionalist Political Economy Alternative to the Neo-Liberal Theory of the Market and the State, Social Policy and Development Programme***", Paper 6. New York: United Nations, Research Institute for Social Development. 2001.

um espaço despolitizado, a que se chame mercado ou economia. O papel do Estado na economia, na sociedade e no seu significado institucional tem forte densidade material, sendo produto de uma evolução histórica. Conforme ensinamentos de José Reis,[26]"o Estado moderno desenvolve um leque complexo de ações e, por isso, a compreensão de seu papel material, configurador das economias, não se alcança enfatizando apenas que os mercados são construções políticas institucionais, dependentes do desenho jurídico estatal". Os usos sociais do Estado "consagram padrões hierárquicos de organização coletiva, de definição e redefinição de domínios públicos e privados" não se limitando à lei, à regulamentação ou ao seu papel político. Vislumbra-se o Estado na consecução de políticas públicas de ação social e incidência pessoal, de forma a tornar o mercado dependente deste papel substantivo do Estado, e não apenas de sua faceta política. O autor afirma que há uma contratualidade implícita nas relações entre Estado e economia radicalmente diferente daquelas que as sociedades liberais acreditavam, a qual o autor denomina de ordem relacional, onde o Estado é fonte de externalidades.

O "Estado Social" pode ser delimitado em três fases,[27] onde inicialmente assume o encargo de intervir autoritariamente nas relações de trabalho, na tentativa inicial de socializar os riscos com a instituição de modalidades de seguro público, com nítida exteriorização de políticas públicas paternalistas e caráter pouco democrático. Na segunda fase, o Estado passa a intervir no domínio da economia, regulando a atividade financeira, onde se pôde observar a consolidação das políticas públicas distributivas Keynesianas (*New Deal*[28]), em uma tentativa de salvar o capitalismo de seus próprios efeitos. Verificou-se, nesta fase, uma queda da importância da democracia no imaginário popular, em face do reflexo das duas grandes guerras mundiais e em meio aos regimes totalitários então existentes. Por fim, a terceira fase inicia-se após o fim da segunda guerra mundial, em uma tentativa de reestruturar a economia Europeia e da tentativa de contenção da expansão do socialismo soviético.

---

[26] REIS, José. Estado e mercado: ***Uma perspectiva institucionalista e relacional***. Revista Crítica de Ciências Sociais n. 95. 2011.

[27] SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. ***Fundamentos de derecho administrativo***. Madrid: Centro de Estúdios Ramón Areces, 1991; apud BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço***. São Paulo: Almedina, 2015. p.28.

[28] Conjunto de medidas socioeconômicas tomadas por um grupo economistas, no governo do presidente Franklin Delano Roosevelt (1933 – 1937), dos Estados Unidos. Essas medidas visavam à estabilização da economia dos Estados Unidos, abalada com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929.

Verifica-se um crescimento econômico significativo em meio a um sistema de endividamento externo.

Batista Junior[29] afirma que o *Welfare State* instalado sob o viés da social democracia "mantém o padrão de exploração dos meios de existência social (trabalho), embora possibilite a constituição de um pacto que atenua a possibilidade de conflito inerente à relação capital-trabalho". Ao efetuar um contraponto entre o Estado Liberal e o Estado Social, o autor afirma que, no Estado Liberal, "o mito do progresso econômico incessante era creditado à racionalidade intrínseca do mercado" ao passo que, "a racionalidade e potencial eficiência da intervenção estatal eram a esperança maior do Estado Providência".

1.1.4 O Estado Neoliberal

Em meados da década de 1970, com a elevação das taxas de juros norte-americanas, como tentativa de impor a hegemonia do dólar,[30] já se percebia a crise do Estado Providência, visto que o modelo Keynesiano[31] até então presente e bem-sucedido, acaba por gerar um déficit das contas públicas, com o consequente endividamento externo e retorno da inflação. Pierre Rosanvalon[32] assinala ser possível reconhecer três elementos de análise que são geralmente usados para formular o diagnóstico da crise do modelo: a) o impasse financeiro, com as despesas públicas crescendo mais rápido do que a produção nacional; b) sua eficácia econômica e social decrescente e c) seu desenvolvimento contrário a certas transformações culturais em curso.

---

[29] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço**. São Paulo: Almedina, 2015. p.38.

[30] O dólar se transformava em equivalente do ouro, moeda transnacional ao mesmo tempo que nacional, conversível em toda a parte. Cf. CARDOSO, Fernando Henrique. **Xadrez Internacional e Social-democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 45.

[31] "The keynesian model of short-run incometleteimination provides a clear specifícation of the way in which central bank Instruments affect the levei of output. A change in the volume of money alters the rate of interest so as to equate the demand for cash with the supply; the change in interest affects the levei of investment; tlie change in investment has a multiplied effect on equilibrium income (...) In the keynesian model, the central bank is assumed to fix the supply of money, while flie publicas demand for money depends on income and interest, as expressed in the liquidity preference function. In the world of the model, a single homogeneous eaming asset is available to the public as an altemative to cash. The yield requiied to induce the appropriate demand for the eaming asset relative to zeroyielding cash depends on the supply of money relative to income. Thus, when the central bank alters the volume of money, it affects the rate of interest." OKUN, A. ***Monetary policy, debt management, and interest rates: a quantitative appraisal***. In: HESTCR, O., TOBIN, J., ed. ***Financial markets and economic activity***. New Yorlc John Willey & Sons. 1967.

[32] ROSANVALLON, Pierre. ***La crise de l´Etat-providence***. Paris: Editions du Seuil, 1981.

Surge, a partir de então, a ideologia neoliberal, ao sustentar que o excesso de intervenção estatal ocasiona ineficiência microeconômica, em virtude do descontrole político do gasto público e da implementação de políticas sociais, modeladas para atender demandas sociais cada vez mais fluidas e desordenadas.[33] Eros Roberto Grau[34] afirma que o discurso neoliberal postula o rompimento da concepção do Estado de bem-estar, quando não se refere, contudo, a um único discurso, mas a um conjunto de discursos distintos e diversos entre si, com versões que poderiam ser qualificadas por mais, ou menos prudentes. Elabora crítica ao discurso que designa como imprudente, pelo qual se visualiza o Estado de Direito Social e Democrático como inimigo do processo de acumulação capitalista, o que reduz a humanidade exclusivamente àqueles que sejam ativos nos mercados, ao concluir que o Estado de bem-estar ainda é uma máquina essencialmente capitalista, pois o mercado é institucionalizado pelo Estado.

Como já fora advertido, na seara tributária, a competição econômica mundial traz o desalojamento da política pelo mercado, voltando-a à condução de medidas de incentivos e isenções fiscais para captação de investimentos industriais, sob o fundamento de que estes serão garantidores de prosperidade em âmbito nacional.[35] O deslocamento e a renúncia de receitas fiscais inviabilizam o cumprimento dos fundamentos essenciais de sua própria base legitimadora, ao ocasionar concorrência que, na esfera mundial, direciona a uma desagregação entre nações e, na esfera nacional, entre entes federados.

Para Batista Júnior[36], a ordem institucional vigente se direciona diretamente à incidência de graves danos aos miseráveis, na medida em que o "capitalismo parasitário", abordado por Zygmunt Bauman,[37] tende a usurpar as fontes naturais disponíveis em busca de novos recursos para obtenção de lucro necessário para

---

[33] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço***. São Paulo: Almedina, 2015. p.40.

[34] GRAU, Eros Roberto. ***O Direito Posto e o Direito Pressuposto***. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.127

[35] LOPES, Bráulio Lisboa; MOREIRA, Amanda Teixeira Fábio. ***O IVA como mecanismo de dissolução da guerra fiscal e densificação dos direitos fundamentais***. In: Congresso do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC MINAS. ***Anais do Congresso de 20 anos do PPGD***. POLI, Leonardo Macedo et al. (Org.). Editora RTM, 2019. p.430.

[36] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço***. São Paulo: Almedina, 2015. p.451

[37] BAUMAN, Zygmunt. ***Capitalismo Parasitário e outros temas contemporâneos***. Tradução Eliana Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

sustentação do sistema. Como assevera Thomas Piketty,[38] o cerne dos conflitos políticos provém da questão da desigualdade e da redistribuição, não percorrendo outros caminhos, o germe que promove um dos maiores entraves econômicos no Brasil: a Guerra Fiscal, típica da modernidade líquida, provocada pela fluidez dos fatores de produção e, consequentemente, do capital, comparando o Brasil, em termos de contrastes socioeconômicos, com países da África do Sul e do Oriente Médio, lastreando uma verdadeira desconstrução do Estado de bem-estar.[39]

Tony Judt[40] afirma que, "no coração da proposta neoliberal está o desejo de privatização. Entretanto, os investidores privados apenas se interessam em adquirir bens públicos, aparentemente ineficientes, se o Estado eliminar ou reduzir a exposição ao risco." Afirma, ainda, que as propostas social-democratas, que serviram de base para o *Welfare State,* se apoiaram em uma aliança interclassista entre trabalhadores, operários e classe média, ficando esta última cada vez mais ressentida e cética com o peso da tributação e ineficiência do sistema estatal burocrático. Esta situação de incômodo foi agravada em escala global pelo que Manuel Castells[41] denomina de *information society*, ou seja, uma "estrutura social gerada em interação com o novo paradigma tecnológico constituído em meados dos anos 1970 ao redor das tecnologias da informação." Caracteriza-se pelo "papel decisivo desempenhado pelo conhecimento e informação na geração de riqueza e poder em escala global." Nesse contexto, a classe média foi atraída pelos ideais neoliberais, e deixou os serviços públicos como necessários apenas aos pobres.

Para Batista Junior[42], "a ideologia neoliberal provocou a reestruturação do sistema capitalista e o predomínio da circulação do capital financeiro e dos investimentos especulativos, em sintonia com a mundialização financeira, que busca garantir a absoluta liberdade de movimentos para o capital e para as empresas." As políticas neoliberais conseguiram, de certa forma, efetuar o controle da inflação

---

[38] PIKETTY, Thomas. ***A economia da desigualdade***. Tradução André Telles. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. Vide, ainda, PIKETTY, Thomas. ***Brasil não cresce se não reduzir sua desigualdade***, diz Thomas Piketty**.** São Paulo: Folha de São Paulo Digital, 28 set. 2017. Entrevista concedida à Ricardo Balthazar. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1922435-brasil-nao-cresce-se-nao-reduzir-sua-desigualdade-diz-thomas-piketty.shtml>. Acesso em 28 ago. 2018.

[39] Ibidem, p.47.

[40] JUDT, Tony. ***Um tratado sobre os nossos atuais descontentamentos***. Lisboa: Edições 70, 2012.

[41] CASTELLS, Manuel. ***The rise of network society***. Oxford: Blackwell, 1996 (ed. bras. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2009).

[42] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço***. São Paulo: Almedina, 2015.p.49.

oriunda do fracasso das políticas Keynesianas, mas não foram suficientes para impor uma significativa retomada do crescimento econômico, ao impor uma série de ajustes econômicos estruturais que acarretaram o que se designou de era da recessão econômica. Para Fernando Henrique Cardoso[43], "a década de 1970 marcou uma ruptura com a ordem relativamente estável imposta pela Guerra Fria e deu início à transição para um arranjo político mais imprevisível e instável marcado pela fricção crescente entre as mudanças tecnológicas e a realidade preexistente." Reforça-se a forma de expansão capitalista, que opera aliado com a rapidez do fenômeno da globalização, visto como uma revolucionária forma de integração entre os mercados.

A expansão do capital financeiro ocorreu com uma quase completa falta de transparência e de prestação de contas adequadas. A política Norte-Americana impediu a criação de instituições regulatórias globais ou nacionais capazes de proporcionar um cenário de controle do impulso irracional e exacerbado dos mercados financeiros, acreditando na força autorregulatória dos mercados e na capacidade de ingerência do Banco Central Norte-Americano. O eventual déficit do Tesouro Norte-Americano acaba sendo financiado pelo resto do mundo, ao comprar dólares e títulos do tesouro Norte-americano para guardar seus excedentes. Para Fernando Henrique Cardoso, "o mundo se tornou credor líquido desses papéis, incluindo-se, entre os credores, alguns países de economias emergentes como o Brasil."[44] Contemporaneamente, observa-se que "a bolha habitacional Norte-Americana gerada pela elevação ilusória dos preços dos imóveis", em especial, a partir de 2004, foi um dos fenômenos que ocasionaram a crise de 2008. A inovação financeira da securitização de empréstimos *sub prime*, com cotas de participação, "possibilitou a captação de recursos em grande escala, apesar de toda essa montagem se basear em uma avaliação inadequada dos riscos em virtude da concessão dos empréstimos a credores de solvência duvidosa", formando-se uma bolha imobiliária.[45]

Como assevera Batista Junior,[46] "a economia Norte-Americana foi atirada, assim, em aguda recessão; o mercado de trabalho entrou em deterioração; a taxa de

---

[43] CARDOSO, Fernando Henrique. ***Xadrez Internacional e Social-democracia***. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 81.
[44] Ibidem, p. 84
[45] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço***. São Paulo: Almedina, 2015. Vide JESSUA, Claude. ***Capitalismo***. Trad. William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011.
[46] Ibidem, p.56.
[46] Idem.

desemprego subiu acentuadamente; a demanda despencou, favorecendo um círculo vicioso de alavancagem capaz de sinalizar uma segunda grande depressão".

A crise de 2008 reafirma a existência de falhas também no âmbito da ideologia neoliberal, o que demonstra a necessidade de o Estado realizar intervenções para corrigir as falhas de mercado.[47] Nas lições de Paul Krugman[48], a literatura econômica aponta para três modelos de crise econômica, mais associados a crises cambiais. O primeiro modelo aponta para crises provenientes de balanços de pagamentos, cuja raiz seria um déficit orçamentário do governo considerado exógeno e financiado pelo mercado doméstico. "Neste cenário a crise aconteceria por erro de *policymakers* em anunciar uma paridade cambial supostamente não crível com sua política econômica doméstica." O segundo modelo parte de ataques especulativos autorrealizáveis, em modelos com múltiplos equilíbrios no mercado de câmbio. Em situação de ataque especulativo contra a moeda doméstica, as autoridades tentariam acomodar os impactos de um nível mais baixo de taxas de câmbio. "Diferentemente dos modelos de primeira geração que preveem políticas fiscais expansionistas ou rápido crescimento monetário e de crédito, no modelo de segunda geração, haveria um ataque autorrealizável racional." Neste modelo de segunda geração, os mercados financeiros parecem errados e, por isso, provocam as crises cambiais. No terceiro modelo, a crise está diretamente relacionada a problemas de informações assimétricas, seleção adversa e *moral hazard.*[49] Na verdade, a oferta de garantias governamentais implícitas para devedores corporativos e bancos fracamente regulados tem sido a inspiração por trás da abordagem de terceira geração de crise cambial. Já neste modelo de crise cambial, muito provavelmente os agentes econômicos erram, mesmo sobre bons fundamentos de política econômica.

---

[47] A posição da Escola Austríaca a respeito das tão propaladas "falhas de mercado" fundamenta-se em duas proposições básicas: a de que a maioria dessas falhas, quando estudadas criteriosamente, revelam-se resultantes de defeitos extra-mercados, de natureza institucional e a de que, quando ocorrem de fato falhas de mercado, elas tendem a ser amplificadas (e não eliminadas), como consequência da intervenção governamental. Cf. BRASIL, Raphael Gomes; MACEDO, José Jesus de. ***A regulação econômica na ótica da Escola Austríaca***. Rev. FAE, Curitiba, v. 19, n. 1, p. 108-117, jan./jun. 2016.

[48] KRUGMAN, Paul. ***A crise de 2008 e a economia de depressão***. Rio de Janeiro: Campus. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rep/v30n1/v30n1a12.pdf>. Acesso em 05/07/2019.

[49] LOPES, Bráulio Lisboa. ***Falência e Recuperação de Empresas: análise econômica e tributária***. Belo Horizonte: D'plácido, 2016. A análise de viabilidade de deflagração de uma situação arriscada chama-se risco moral (*moral hazard*), devendo haver um incentivo para que o agente econômico possa retirar proveito da situação sem incorrer em probabilidade de perdas. O mais comum é que os devedores, e não os credores, incorram em risco moral.

Evidencia-se, pois, uma necessidade de se instituir novos modelos regulatórios e novos formatos de atuação Estatal em prol da tão sonhada estabilização econômica global. A verificação de sucessivas crises, com formatos e causas diversas apontam para a necessidade de estruturar sistemas regulatórios que não se deixem levar pela ambição capitalista causadora das falhas estruturais de mercado e governo. François Chesnais[50] chega a afirmar que a sociedade está diante de um limite histórico para o sistema capitalista. Para o autor, "a causa primordial dessas crises se encontra na diferença entre o montante, sempre mais elevado, dos créditos sobre a produção em curso e a futura capacidade efetiva do capital engajado na produção os honrar, mesmo com a ajuda de políticas macroeconômicas dos Estados."[51]

Para Ha-Joon Chang[52], o problema dos mercados financeiros é que eles são "eficientes demais". Com as recentes "inovações financeiras" que produzem elevado número de instrumentos financeiros derivados, o setor financeiro "tornou-se mais eficiente em gerar lucros para si mesmo a curto prazo", não obstante, o fato desses novos ativos financeiros tornarem a economia mais instável, a exemplo da crise global de 2008. Os mercados agem com excessiva rapidez às mudanças, o que força as empresas a desmobilizarem seu capital na mesma velocidade, atitude incompatível com um planejamento de sobrevivência a longo prazo. Destarte, conclui o autor que a defasagem de velocidade entre o setor financeiro e o setor real precisa ser reduzida, ou, em outras palavras, menos eficiente.

Aproveitando-se dos ciclos econômicos, diante da ausência momentânea sobre um consenso acerca deste novo marco regulatório proposto por François Chesnais, os investidores aproveitam do capital fluido para alavancar seus ganhos no cenário internacional, valendo-se do aspecto organizacional das corporações capitalistas representadas pelas empresas transnacionais[53] e grandes grupos

---

[50] CHESNAIS, François. ***Um novo contexto mundial***. Disponível em: <http://scribd.com/doc/143469570/12-F-Chesnais-um-novo-contexto-mundial>. Acesso em 15/01/2019.

[51] CHESNAIS, François. ***La preeminence de la finance au sein du 'capital em general', le capital fictif et le mouvement contemporain de mondialisation du capital***. In: Séminaire d´Études Marxistes. ***La finance capitaliste***. Paris: Presse Universitaire de France, 2006. (APUD) NAKATAMI, Paulo. ***A finança capitalista: a contribuição de François Chesnais para a compreensão do capitalismo contemporâneo***. Disponível em <http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807211429380-.pdf.> Acesso em 15/01/2019.

[52] CHANG, Ha-Joon. ***23 coisas que não nos disseram sobre o capitalismo***. Tradução de Cláudia Duarte. São Paulo: Curitiba, 2013.

[53] "Uma empresa transnacional é uma empresa que tem o poder para coordenar e controlar operações em mais de um país, mesmo que não sejam de propriedade dessa empresa. DICKEN, Peter. ***Mudança global*** – ***mapeando as novas fronteiras da economia mundial***. Porto Alegre: Bookman, 2010.p.37.

empresariais arquitetados em forma de *holding,* que cada vez mais se tornam refém do cenário econômico mundial. Esses grupos empresariais valem-se do fato de que vários segmentos do processo produtivo utilizam intensa mão de obra não qualificada, o que facilita e estimula sua migração de seus centros de produção para países periféricos, onde a referida mão de obra é barata. A arquitetura jurídica empresarial dessas corporações está formatada para que os lucros e dividendos da atividade econômica sejam direcionados para países em que a tributação lhes seja favorável (paraísos fiscais).

Assevera Galvão & Pereira[54] que esse cenário ocorre devido à "relativa facilidade que as empresas transnacionais adquiriram recentemente em transferir o local de sua produção de acordo com as conveniências de custos, benefícios fiscais, políticas industriais e comerciais". Esse fato gera profundas consequências nos países periféricos, que ficam à mercê da escalada mundial das multinacionais em busca de manter seu padrão de acumulação extremamente elevado. Afirmam que o impacto da internacionalização das cadeias produtivas sobre os países de origem é complexo. Primeiramente, deveriam ser analisados os efeitos econômicos, ao considerar-se a hipótese em que os investimentos tivessem sido feitos nos países centrais, e não nos países hospedeiros. Em segundo lugar, deveria ser analisado se as empresas nos países centrais teriam conseguido sobreviver sem se internacionalizarem, uma vez que, assim o fazendo, incorporam custos menores viabilizando o empreendimento como um todo. Peter Dicken[55] define as características predominantes das corporações globais a partir de seu comportamento nos anos 80, destacando três principais características, a saber: a) competência em controlar sua atividade simultaneamente em vários locais do planeta; b) capacidade de tirar vantagens dos diferentes fatores de produção entre países (neles incluídas as políticas governamentais); e c) flexibilidade geográfica dada pelo deslocamento de seus recursos e operações em escala global.

---

[54] GALVÃO, Cláudia Andreoli; PEREIRA, Violeta de Faria. ***Empresas transnacionais (ETNs) e os países pobres: reflexões sobre a governança global***. Geosul, Florianópolis, v. 32, n. 63, p 7-48, jan./abr. 2017. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/viewFile/2177-230.2017v32n63p7/34418>. Acesso em 17/01/2019.

[55] DICKEN. Peter. Global Shift. 17ª ed. ***Mapping the changing contours of the world economy***. Guilford Publications. 2015. (APUD) DUPAS, Gilberto. ***Economia global e exclusão social - pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo***. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

Joseph Stiglitz[56] alerta para uma questão que não é normalmente considerada entre as consequências negativas da ação da empresas transnacionais, que é o enfraquecimento econômico das comunidades locais, uma vez que podem oferecer preços com os quais os negócios locais não podem competir, o que ocasiona, como consequência, o esvaziamento dessas comunidades e prejuízos ao seu desenvolvimento. O efeito negativo abordado por Joseph Stiglitz é o fato gerador de crises empresariais locais que podem desaguar em situação de insolvência, mais um fator negativo a ser imputado ao modelo capitalista. [57] O empresário, em virtude da situação de insolvência que lhe acomete, "perde seu negócio e os bens materiais e imateriais que o compõem, tendo como consequência uma longa e onerosa demanda judicial", o que acarreta a interrupção de sua atividade empresarial e repercussões de índole econômica que provocam instabilidade, até mesmo no âmbito de complexas organizações, ao poder gerar um estado de crise de ordem geral na economia nacional.[58]

1.2 Evolução do sistema legislativo brasileiro de resolução de crises empresariais

Verifica-se, no capítulo antecedente, o histórico das relações do capital nos mercados, ao analisar-se sua interação em um cenário macroeconômico, com um breve estudo de seus reflexos desde o Estado Liberal ao Estado Neoliberal contemporâneo. A crise financeira parece ter encontrado sua origem mais profunda no cenário macroeconômico global contemporâneo[59]. Os constantes desequilíbrios no comércio, dos meios de pagamento e a falta de uma governança no modelo de economia globalizada elevam as chances de as corporações adentrarem em estado

---

[56] STIGLITZ, Joseph E. ***The Multinational Corporation***. In: Making globalization work. 2006, pp. 187-210. "The problems of corporations pursuing policies that impose costs on society which the firm itself does not bear arise in all businesses— multinational and domestic, large and small. But there are several distinct reasons that large multinational corporations pose greater problems— problems which Smith, writing more than two hundred years ago, could not have fully anticipated."

[57] LOPES, Bráulio Lisboa. ***Falência e Recuperação de Empresas: análise econômica e tributária***. Belo Horizonte: D'plácido,2016.

[58] GIOVANNI LO CASCIO. ***Il Concordato Preventivo***. 2ª ed., nº1, Milão, Giuffré, 1979, p. 02. APUD LOBO, Jorge. ***Direito Concursal***. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 220.

[59] HEREMANS, Dirk; BOSQUET, Katrien. ***The future of law and finance after the financial crisis: new perspectives on regulation and corporate governance for banks***. University of Illinois law review. 2011. Disponível em: <http://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2011/5/Heremans.pdf> Acesso em 17/01/2019.

de insolvência. Os problemas econômicos afetam não somente os Estados soberanos no contexto global, em um contexto macroeconômico, mas refletem em escala microeconômica sobre a empresas de toda a sorte. A busca do Estado para a solução dos problemas advindos dos reflexos do cenário econômico global, em sua microeconomia, é tema que precisa ser revisitado, com atenção para o papel de todos os *players* envolvidos, em especial do próprio ente estatal.

Para que se possa melhor compreender as situações que ensejam as crises empresariais, importante que sejam analisadas as diversas vertentes que a fazem surgir. Como ensina Fábio Ulhoa Coelho,[60] a palavra "crise" pode ter diferentes significados, necessitando, para uma melhor compreensão, de uma sistematização em três acepções: crise financeira, crise econômica e crise patrimonial. Por crise econômica, deve-se entender "a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária." Isso ocorre quando o mercado não consegue absorver os produtos e serviços na mesma quantidade em que são oferecidos, levando a uma queda de faturamento nos negócios realizados pela sociedade empresarial. Já a crise financeira surge "quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez". Nesse caso, mesmo que os produtos sejam absorvidos pelo mercado e as vendas aumentem, poderá a empresa ficar impossibilitada de quitar suas obrigações. Geralmente essa crise instaura-se quando a sociedade empresária ainda não amortizou o capital investido na sua constituição ou em recente expansão de suas atividades no mercado. Por fim, a crise patrimonial é "a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo." Nessa situação, a empresa apresenta grande risco para os seus credores, momento em que geralmente é instituído o concurso universal de credores.

A literatura estrangeira aponta para uma necessária aproximação do contexto econômico (financeiro) e legal para que se possa ter uma melhor compreensão da realidade em um contexto global. Nesse sentido, apontam Heremans & Bosquet[61] que a crise financeira deve ser atribuída à falta de governança macroeconômica global,

---

[60] COELHO, Fábio Ulhoa. ***Curso de Direito Comercial***. v. 3, São Paulo. Saraiva: 2005, p. 231.

[61] HEREMANS, Dirk; BOSQUET, Katrien. ***The future of law and finance after the financial crisis: new perspectives on regulation and corporate governance for banks***. University of Illinois law review. 2011. "The financial crisis is to be attributed to the lack of global macroeconomic governance as well as failures in the financial supervision of aggressive financial innovations and shadow banking that have been mixed into a poisonous cocktail for financial stability." Disponível em <http://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2011/5/Heremans.pdf> Acesso em 17/01/2019.

bem como a falhas na supervisão de instituições financeiras agressivas e do sistema bancário paralelo que foram misturados em um coquetel venenoso para a estabilidade financeira.

As leis de um país determinam sua forma de regência, bem como a natureza de suas instituições políticas, econômicas e jurídicas. Assim, as origens da legislação de um país explicam porque os países desenvolveram regras e regulamentos legais distintos em uma ampla gama de disciplinas, bem como modos distintos de alocação de recursos e interações entre o governo e seus cidadãos. Além disso, as origens jurídicas de determinado instituto muitas vezes podem explicar melhor o desenvolvimento econômico de um país do que as variáveis políticas e culturais que o envolvem.

A forma legal utilizada pela maioria dos sistemas jurídicos do mundo para sanear a situação de insolvência das empresas é a instituição do concurso de credores, representado, na legislação pátria, pela decretação da falência e concessão da recuperação judicial de empresas, que constitui um conjunto de procedimentos extremamente grave para o devedor, seus credores e para a economia pública. Conforme leciona Giovanni Lo Cascio[62]

> o empresário com a quebra perde seu negócio e os bens materiais e imateriais que o compõem, sem se falar nas consequências de uma longa e onerosa demanda judicial, a interrupção de seu negócio e as repercussões econômicas que provoca, inclusive no âmbito de complexas organizações, podendo até gerar um estado de crise de ordem geral na economia nacional.

Desde que contra o mesmo patrimônio se dirigem dois ou mais créditos, há concorrência, há concurso de credores, mas esse fato somente assume importância, se o patrimônio for insuficiente para a satisfação de todos os credores que concorrem. E a atenção, nesse caso, deve estar voltada para a solução que melhor atenda aos interesses simultâneos que os diversos credores têm sobre os bens do devedor. Forma-se, então, a *par conditio creditorum*, segundo o qual deve ser dispensado tratamento igual aos credores que não tenham privilégio especial ou garantia.

Nas lições de Pontes de Miranda,[63] o concurso de credores no Direito Brasileiro tem natureza de Direito Material e Processual, simultaneamente, forma um complexo de normas híbridas. Verificada a insolvência, instaura-se o concurso de credores, cuja

---

[62] CASCIO, Giovanni Lo. ***Il Concordato Preventivo***. 2ª ed., nº1, Milão, Giuffré, 1979, p. 02. apud LOBO, Jorge. ***Direito Concursal***. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 220.
[63] MIRANDA, Pontes. ***Tratado de Direito Privado***. Parte Especial. Tomo XXVII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Bookseller, 2003, p. 31.

finalidade é a obtenção de valores com a alienação dos ativos para saldar o passivo. Há, nessa hipótese, uma coletividade de credores, sem haver, no entanto, comunhão destes sobre os bens do devedor. Com a abertura do concurso, não ocorre alteração da situação que cada credor individualmente possuía antes dele. A instauração do concurso de credores só tem repercussão no plano processual, o que não altera a situação dos credores no plano material, nem atribui a eles direitos sobre os bens do devedor.

Para uma melhor compreensão do estado caracterizador da instauração do concurso de credores, cita-se a lição de Pontes de Miranda, que faz distinguir as figuras da insolvência e da insolvabilidade. Insolvabilidade "é o estado econômico em que a pessoa não pode satisfazer as dívidas, porque o ativo é menor do que o passivo, computando-se também como parcela do passivo o que seria de mister para as despesas de prestar."[64] A insolvabilidade é apenas um dos estados de dificuldades dos devedores, o que significa que pode haver outros que o levem a uma situação de crise, como a insolvência. Esta surge quando, em dado momento, o ativo, apesar de maior do que o passivo, não tem liquidez suficiente para satisfazer os credores.

A insolvência é o estado do devedor que não adimple sua obrigação, ao tornar-se, pois, insolvente. Não se discute, nesse caso, as razões que levaram o devedor a descumprir sua obrigação, tampouco se exige a insolvabilidade do devedor como requisito para a instauração do concurso de credores, bastando que ele seja insolvente. No entanto, alegada a insolvência do devedor, ela deverá ser provada por quem a alegou no curso do processo concursal, para que se tenha decretada a falência do devedor.

O estudo da evolução histórica do Direito Concursal permite uma análise da consolidação das formas de resolução das crises empresariais ao longo do tempo, até a formação do complexo normativo em vigor. A palavra *falência* é oriunda do termo *fallere*, que em latim significa faltar ou enganar. Já a expressão *quebra* é originária do Direito Português, que designa o estado de insolvência do empresário. Utiliza-se, também, a expressão *bancarrota*, empregada no Código Criminal português de 1830 para designar a falência fraudulenta. Apesar de o instituto regulador da insolvência ter recebido nomenclaturas diversas ao longo dos anos, nosso ordenamento pátrio em vigor adota o termo *falência*, instituto jurídico composto por um complexo de normas

[64] MIRANDA, Pontes. ***Tratado de Direito Privado***. Parte Especial. Tomo XXVII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Bookseller, 2003, p. 32.

que definem e regulam uma situação especial, representada pelo desequilíbrio econômico, financeiro e patrimonial do devedor.

Para Darcy Bessone,[65] a falência "reflete um estado patológico da empresa", um momento de desequilíbrio, exprime "um momento anormal de funcionamento e desenvolvimento da economia creditícia". Para o autor, a falência age como um elemento de perturbação da economia, ao exigir medidas no plano jurídico a prevenila ou regulamentar convenientemente as suas consequências.

A doutrina diverge quanto ao surgimento do instituto da falência, haja vista os autores que apontam como seu berço o Direito Romano, e outros que negam a existência de um Direito Comercial nas leis desta civilização. J.X. Carvalho de Mendonça[66] afirma que "o direito falimentar teve suas origens históricas no Direito Romano, onde a obrigação era essencialmente pessoal", e responde o devedor com o seu próprio corpo, e não com o patrimônio. Já Bento de Faria[67] afirma que o Direito Romano não distinguiu, sob o ponto de vista jurídico, os comerciantes dos não-comerciantes, não havendo tratamento distinto para a execução das dívidas daqueles que se dedicavam ao exercício da mercancia.

Para os autores que vislumbram no Direito Romano, o início do surgimento do instituto, a falência surgiu como obra pretoriana, ao exercer os pretores papel fundamental na sua elaboração. Ao dissertar sobre o tema, Amador Paes[68] informa que no período mais primitivo do Direito Romano, denominado Direito Quiritário, admitia-se a adjudicação do devedor insolvente que, por sessenta dias, permanecia em estado de servidão para com o credor. Não solvido o débito neste período, o devedor poderia ser vendido como escravo no estrangeiro ou até mesmo ser morto. Este sistema perdurou até 428 a.C., sendo substituído com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*, que introduziu no Direito Romano a execução patrimonial.

Ao analisar o tema, Darcy Bessone[69] relata que naquele estágio do Direito Romano, em face da insolvência comum, os credores pediam ao pretor que lhes concedesse a *missio in bona* ou *missio in possessionem*, que era a imissão de posse dos bens do devedor fugitivo que, por ficção, era considerado morto. Desta forma,

---

[65] BESSONE, Darcy. ***Instituições de Direito Falimentar***. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 09.
[66] CARVALHO, José Xavier. ***Tratado de direito comercial brasileiro***. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2002, v.1.
[67] FARIA, Bento de. ***Direito Comercial: falência e concordata***. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947, v. 4, p. 13-15.
[68] ALMEIDA, Amador Paes. ***Curso de falência e concordata***. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
[69] BESSONE, Darcy. ***Instituições de Direito Falimentar***. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10.

operava-se uma espécie de sucessão. Passado algum tempo, estendeu-se a aplicação dos institutos também aos devedores *confessi* ou *iudicati*. Pela ficção da morte do devedor surgiu a figura do *bonorum venditio*, onde ocorria a transmissão do patrimônio do devedor ao *bonorum emptor*, que era um comprador que recebia os bens e, simultaneamente, obrigava-se a saldar a dívida até um certo limite do preço global ajustado. Esse processo de alienação era precedido de uma ampla divulgação aos credores e da escolha de um *magister*, responsável pela realização da alienação do patrimônio. Posteriormente, a *venditio bonorum* foi substituída pela *bonorum distractio*, que, conforme é ensinado pelo autor[70], consistiu "na venda dos bens, singularmente considerados, a compradores diversos, para, com o produto da alienação, serem pagos os credores proporcionalmente".

Estes são os primeiros delineamentos do instituto da falência que, no Direito Romano, eram aplicados simultaneamente aos devedores civis e comerciantes. Percebe-se que, não obstante a existência de divergências doutrinárias sobre o instituto da falência no âmbito do Direito Romano, a razão assiste a Caenegem,[71] ao afirmar que "os principais elementos do direito pertencem a uma herança Europeia comum: o direito romano", sendo este o ponto de partida geralmente aceito para elucidar a história do Direito Privado.

Já na idade média, o tratamento da insolvência do devedor civil e comerciante começa a ter tratamento diferenciado, sendo considerado o marco teórico para o modelo falimentar existente hoje no direito empresarial. Na idade média, por volta dos séculos XIII e XIV, a sociedade sentiu a necessidade de disciplinar com regras próprias a insolvência comercial, passando as corporações a estabelecer regras específicas nesse sentido. Verificou-se, nesse período, a insuficiência das sanções de caráter pessoal infligidas contra o devedor e atribuiu-se maior importância às medidas de caráter patrimonial.

Posteriormente, no século XIX, com a vigência do Código de Comércio Francês de 1807, o instituto da falência foi disciplinado como um instituto próprio dos comerciantes, servindo como base para as codificações de outros países, tendo influência marcante na delineação da fisionomia do instituto nos tempos atuais.

---

[70] BESSONE, Darcy. ***Instituições de Direito Falimentar***. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10.
[71] VAN CAENEGEM, Raoul. ***Uma introdução histórica ao direito privado***. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado: Revisão Eduardo Brandão. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 2-3.

Sob a influência do Código napoleônico, o Brasil estruturou seu sistema de Direito Concursal no âmbito do Código Comercial de 1850, que, sob o título “Das Quebras”, disciplinou a falência, a concordata e seus respectivos efeitos. No mesmo ano, com a publicação do Decreto nº 738, a regulamentação da matéria foi aperfeiçoada. Posteriormente, o sistema falimentar regulado pelo Código Comercial de 1850 passou a ser alvo de críticas, sob o fundamento de que a legislação era insegura e fomentava a insegurança jurídica.[72] Paralelamente, o processo falimentar tornou-se moroso, dispendioso e ineficiente na realização dos ativos. Lincoln Prates,[73] ao comentar o código vigente à época, tece algumas críticas a ele, ao afirmar que “o processo era lento, complicado e dispendioso, prejudicando a um só tempo, credores e devedores”. Com o objetivo de afastar as críticas, foram editadas diversas leis no intuito de aprimorar o sistema falimentar.

Porém, somente com a publicação do Decreto-Lei nº 7.661/45, o ordenamento jurídico sofreu alterações relevantes. Em comparação com o sistema falimentar instituído pelo Código Comercial de 1850, o Decreto-Lei nº 7.661/45 promoveu uma diferença essencial no desenvolvimento da falência e da concordata: a eliminação da influência e da participação dos credores nas decisões a serem tomadas no curso do processo. O referido Decreto-Lei, vigente no ordenamento jurídico por 60 anos, foi um corpo normativo estritamente técnico e que atendeu aos anseios da sociedade na época em que entrou em vigor. No entanto, em face do desenvolvimento econômico dos grandes centros industriais e do crescente desenvolvimento da economia, suas normas não mais garantiam eficiência aos processos coletivos instaurados sob a égide de uma sociedade globalizada. Nesse sentido, são ilustradoras as palavras de Rubens Requião[74], as quais foram transcritas:

> A falência como instituto jurídico não é demais repetir, não constitui apenas o instrumento de execução concursal. São muito mais profundos seus fundamentos filosóficos e científicos. Firmei, na admiração da doutrina de

---

[72] A expressão segurança jurídica será utilizada em muitas passagens nesta obra. Para tanto, iremos definir seu conceito segundo as lições de Francisco Amaral, para quem “segurança jurídica significa a estabilidade nas relações e a garantia e sua permanência, justificando o formalismo do direito. Apresenta-se tanto como uma segurança de orientação, que se refere ao conhecimento que os destinatários têm de suas respectivas normas de direito, como também uma segurança de realização, ou confiança na ordem, que é a certeza do exercício dos direitos e do cumprimento dos deveres”. In: AMARAL, Francisco. ***Direito Civil. Introdução***. 5ª ed., Renovar, 2003, p. 18.

[73] PRATES, Lincoln. ***Manual de direito comercial***. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1954, t. 1, p. 09.

[74] Conferência proferida pelo autor no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, em 08.03.1974. Publicado na ***Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*** nº 14, de 1974.

> Jaeger, a convicção de que o escopo final do instituto falimentar não é outorgar ao Estado a função de assegurar a realização da ´*par condicio creditorum*` entre os credores, como sustentava o pensamento clássico. Mais do que a igualdade entre os credores na liquidação falimentar do patrimônio do devedor, muito mais do que a segurança do crédito – pontos de vista respeitáveis na doutrina antiga – é o saneamento da atividade empresarial, que constitui a finalidade primeira do instituto da falência, nas concepções modernas de atuação judicial do Estado.

Devido aos grandes descompassos entre o Decreto-Lei nº 7.661/45 e a realidade socioeconômica da sociedade contemporânea, o sistema[75] falimentar reclamava uma proposta de nova positivação da matéria. Nesse sentido, já se posicionava Waldíro Bulgarelli[76]:

> No que tange a falência propriamente dita, conquanto a lei e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais dos seus dispositivos venham dando soluções razoáveis aos conflitos verificados, sofre, no entanto, ainda de um certo ranço punitivo, faltando-lhe por isso um cunho de modernidade, voltado para a reconstrução ou recuperação das empresas em dificuldades, o que já vem sendo cogitado ou efetivado em grande número de países.

Apesar das alterações efetuadas no aludido Decreto-Lei, esse sistema continuou desconectado da realidade socioeconômica da época. Editado em uma época em que predominava o comerciante individual, o referido diploma legal passou a conviver com a constituição de inúmeras sociedades empresárias. Visto por Nélson Abrão[77] como um diploma de índole "eminentemente processual e repressiva", a ênfase da legislação recaía "sobre questões de ordem puramente técnico-jurídico, quando o fundamental nessa matéria é o econômico".

O Decreto-Lei nº 7.661/45 não cumpriu sua missão de regular eficientemente o Direito Concursal, tornando-se incapaz de regulamentar os fatores econômicos que influenciavam a crise do empresário. Assim, os reclamos da sociedade contemporânea por normas falimentares capazes de permitir o efetivo saneamento das empresas em crises culminou na elaboração do Projeto de Lei nº 4.376-A/93[78], posteriormente convertido na Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que introduziu em nosso ordenamento jurídico uma nova sistemática de resolução de crises

---

[75] AMARAL, Francisco. ***Direito Civil. Introdução***. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 39. Para o autor, sistema "é um conjunto unitário e coerente de elementos harmonicamente conjugados, com relações de subordinação e coordenação entre si. Não é sinônimo de ordenamento, embora alguns juristas defendam a sinonímia".

[76] BULGARELLI, Waldírio. ***Direito Empresarial Moderno***. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 163.

[77] ABRÃO, Nélson. ***O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 167.

[78] Referido projeto tramitou no Congresso Nacional por mais de uma década, período em que recebeu mais de 500 emendas. Fonte de informações da Agência Brasil disponível em <http://www.radiobras.gov.br>. Acesso em 13.08.2005.

empresariais. Trata-se de lei extravagante[79], com disposições de cunho processual e material.

Ao marcar uma verdadeira alteração de paradigma do Direito Concursal, a Lei nº 11.101/2005 ingressa no ordenamento jurídico pátrio com o objetivo de efetuar uma reestruturação no sistema de garantias e recuperação de créditos, minimizando as perdas advindas da submissão de credores e devedores a procedimentos de insolvência coletiva. Como um dos aspectos mais relevantes, o diploma legal institui mecanismos de recuperação da empresa[80] economicamente viável, evitando a sua retirada do mercado, além de fomentar o aumento da participação dos credores na resolução do processo de insolvência empresarial, com a instituição da assembleia de credores[81]. O instituto da recuperação judicial de empresas foi estruturado à semelhança do direito Norte-Americano, denominado *corporate reorganization*, instituído no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* de 1978, voltado à reestruturação da atividade econômica exercida pela sociedade empresária, tornando-a eficiente. As origens da *corporate reorganization* remontam ao século XIX, período de crise das companhias ferroviárias Norte-Americanas que eram parcialmente subsidiadas pelo governo.[82] De alguma forma, esse problema endêmico tornou-se particularmente agudo em 1884 com o fracasso da Ferrovia Wabash. Dada a ausência de uma lei nacional e das incongruências das leis estaduais, o problema foi enfrentado pelo sistema judicial. Em face da importância da indústria como o núcleo do desenvolvimento econômico americano, com todas as possíveis consequências em

---

[79] A lei denominada extravagante, ao contrário da lei denominada especial, caracteriza-se por ser híbrida, contendo disposições de direito material e processual.

[80] No ano de 2011, com a publicação da Lei nº 12.441/2011, objetivando fomentar o estímulo ao desenvolvimento econômico e social do país, instituiu-se um novo ente no ordenamento jurídico pátrio, detentor de personalidade jurídica, nos termos do art. 44, inciso VI do Código Civil de 2002. Trata-se da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, um ente "*sui generis*" que não se confunde com o empresário individual ou com uma sociedade unipessoal. Seu tratamento jurídico, apesar de não ter observado a melhor técnica, está disposto no art. 980-A do Código Civil, o qual preceitua que a EIRELI é constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social devidamente integralizado, não inferior a 100 vezes o valor do salário mínimo vigente no País. Sua responsabilidade é limitada, não se confundindo o patrimônio destinado ao exercício da atividade empresarial com o patrimônio de seu titular, aplicando-se a este novo ente, no que couber, as regras previstas no Código Civil para as Sociedades Limitadas. Sendo empresária a sua atividade (exercida nos termos do art. 966, *caput*, do Código Civil) sujeita-se a EIRELI à Falência e a Recuperação de Empresas, nos termos da Lei 11.101/2005.

[81] Apesar de aparentemente inovadora, a participação dos credores na condução do processo falimentar tem suas origens nos procedimentos falimentares previstos pelo Código Comercial brasileiro de 1850.

[82] SKEEL JUNIOR, David A. ***Debt´s Dominion. A history of bankruptcy law in America***. New Jersey: Princeton University Press, 2001. p.48.

termos de *lobby* e pressão política, os juízes aceitaram o princípio da necessidade de manter as ferrovias em andamento, rejeitando sua liquidação.[83]

Ressalta-se a necessidade de recuperar empresas economicamente viáveis, transcreve-se um trecho do discurso da Senadora Ana Julia Carepa, sobre a legislação falimentar brasileira:

> Um dos grandes méritos apontados da nova legislação falimentar, em contraste com a atual visão patrimonialista, é a prioridade dada à manutenção da empresa e dos seus recursos produtivos. Ao acabar com a concordata e criar as figuras da recuperação judicial e extrajudicial, a nova lei aumenta a abrangência e a flexibilidade nos processos de recuperação de empresas, mediante o desenho de alternativas para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora. Ao mesmo tempo, a criação da assembleia geral de credores – repito, envolvendo todos os setores de credores – inibe a assimetria de informações em detrimento desses mesmos credores, que passam a ter um papel ativo no processo de recuperação.

Sendo institutos de extrema complexidade, a recuperação de empresas e a falência "não se restringem aos domínios do Direito Comercial,"[84]penetrando no Direito Público, Direito Civil, Direito Internacional, Direito Criminal e tendo natureza interdisciplinar com ciências afins, como as ciências econômicas. Desta forma, não é suficiente uma mudança estrutural na legislação para que os problemas ou dificuldades no Direito Concursal sejam resolvidos, sendo necessário ao operador do Direito efetuar uma correta hermenêutica do sistema normativo falimentar, ao levar-se em consideração os princípios e objetivos outros que ultrapassam as fronteiras do Direito e deságuam na seara econômica. Não se pode fechar os olhos diante dos reflexos que a análise econômica da legislação tem no ordenamento jurídico, pois apesar do Direito operar com uma lógica que não é exatamente a mesma lógica do sistema econômico, essa lógica própria do sistema econômico é processada, interpretada e aplicada no sistema jurídico com base nos critérios do próprio sistema jurídico.[85] Assim, parte-se da necessidade de se efetivar uma análise econômica do sistema legal de resolução de crises empresariais, que será abordada com maior profundidade nos capítulos que seguem.

---

83 MARTINO, Paolo Di. ***The Historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up to 1939: Determinants of Institutional Change and Structural Differences***. In GRATZER, Karl; STIEFEL, Dieter. ***History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective***. Södertörns högskola. 2008. p.263.

84 MENDONÇA, Javier Xavier Carvalho. ***Tratado de direito comercial brasileiro***. v.1. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2002.

85 LUHMANN. Niklas. ***Introdução à Teoria dos Sistemas***. Petrópolis: Vozes, 2009.

1.3 A releitura do conceito de "*par conditio creditorum*" sob a perspectiva da Administração Pública pós-moderna

A experiência tem mostrado que a reestruturação corporativa em grande escala exige que o governo assuma papel de liderança para estabelecer prioridades, limitar os custos econômicos e sociais da crise, lidar com as falhas do mercado e com as obstruções impostas por poderosos grupos de interesse[86]. O papel do governo na reestruturação corporativa é altamente complexo, ao levar-se em consideração as complexidades do país, as consequências sociais e o envolvimento dos diferentes elementos da sociedade, sem falar de questões como o tratamento tributário de fusões e trocas de dívida por capital, responsabilidade pessoal da administração, proteção para acionistas públicos, impostos de transferência, regras contábeis dentre outras.[87] Assim, há relativamente poucos princípios operacionais abrangentes ou maneiras óbvias de organizar as escolhas políticas, em especial se comparado com outras áreas políticas estruturais.

Conforme observa Azevedo Ferreira,[88] "os economistas não dão atenção necessária ao papel do Estado, limitando-se usualmente às discussões relativas às políticas fiscal e monetária, tal como proposto por Keynes, que promoveu uma revolução no pensamento econômico ao inaugurar a abordagem macroeconômica baseada na ação complementar do Estado ao mercado, com o objetivo de promover a plena utilização dos recursos produtivos, opondo-se ao pensamento liberal clássico e neoclássico". De fato, consoante esclarecido pela autora, "a teoria de busca de renda (*rent-seeking*) avançou em relação ao enfoque neoclássico, que considera o

---

[86] STONE, Mark. ***Corporate Sector Restructuring. The role of government in times of a crisis***. International Monetary fund. 2002. Disponível em <https://www.imf.org/External/Pubs/FT/issues/issues31/>. Acesso em 20/01/19. Government mediation between corporations and banks or between banks is warranted if creditors are unwilling or unable to lead corporate restructuring. Reasons may include a lack of bank capital, excessive negotiating power by either debtors or creditors, or a lack of incentives for banks or corporations to work out debt problems. These factors can prolong restructuring and result in avoidable costs and even the unnecessary liquidation of debtors. To avoid these pitfalls, the government can mediate informally or in a more structured framework.

[87] CLAESSENS, Stijn. ***Corporate Restructuring: International Best Practices. Policy Approaches to Corporate Restructuring Around the World: What Worked, What Failed?*** Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTAFRSUMAFTPS/Resources/Policy_Approach_to_Corporate_Restrustrin_World_background.pdf > Acesso em 20/01/19

[88] FERREIRA. Marta Lucia Azevedo. ***O Papel do Estado na Economia e no Desenvolvimento: América Latina, Brasil e o Novo-Desenvolvimentismo***. XXXVI encontro da ANPAD. Rio de Janeiro, setembro de 2012.

Estado como algo desconhecido e imprevisível.[89] O tema central da teoria do *rent-seeking* é a busca de renda por parte dos agentes privados, que demandam do Estado privilégios que os protejam da competição no mercado". Parte do pressuposto de que Estado funciona como um mercado, uma vez que opera como mera aglutinação de indivíduos calculistas, sendo incapaz de atuar para o bem coletivo. Em outras palavras, o Estado é capturado por interesses privados, gerando desperdício de recursos escassos, em uma típica visão negativa do Estado.

O Estado não constitui extensão do mercado, mas pré-requisito fundamental à formação e à regulação das relações de mercado. O mercado, tal como apresentado nas economias capitalistas contemporâneas, é indissociável do Direito estatal. A estruturação do Direito contribui decisivamente para o desenvolvimento do capitalismo e do mercado, que demanda previsibilidade e garantia do fluxo de transações e bens assegurados por uma ordem jurídica estruturada.[90] Por isso, é importante a identificação dos papéis que o Estado deve desempenhar para promover a correta reestruturação de empresas. A participação Estatal não se resume a incentivos creditícios, mas a adequada regulação e regulamentação do sistema de insolvência empresarial, bem como a equalização dos esforços de todos os envolvidos no processo de insolvência empresarial, em especial do Estado.[91] Richard Posner[92] chega a afirmar que o fracasso econômico de certos países deve-se ao baixo nível de estruturação e organização do sistema jurídico, sendo o mercado reflexo e criação do direito estatal. Exerce o Estado uma verdadeira função estabilizadora, capaz de colocar em prática os instrumentos que têm à sua disposição, indo além de uma

---

[89] O poder público não é um conjunto abstrato de déspotas benevolentes. Há muito tempo é do conhecimento geral que o interesse coletivo não é, em qualquer circunstância, a única motivação dos homens que trabalham nas grandes organizações., sejam públicas ou privadas. Não levar em consideração o caráter complexo de seu comportamento e de suas motivações pessoais equivaleria a tratar o Estado como uma caixa preta., um erro que se cometeu muitas vezes na elaboração de teoria sobre as firmas comerciais ou sobre a administração pública. Cf. JESSUA, Claude. ***Capitalismo***. Trad. William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011.p.81.

[90] ARAGÃO, Alexandre Santos de. ***Considerações sobre as relações do Estado no direito e na economia***. Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 49, janeiro/março de 2017.

[91] Reconhecendo a escala dos desafios de reestruturação e percebendo que os mercados não funcionaram suficientemente, muitos países estabeleceram, por meio de acordos entre credores ou por meio de leis e regulamentos, processos extrajudiciais para triagem e reestruturação de corporações grandes e em dificuldades. Cf. CLAESSENS, Stijn. ***Corporate Restructuring: International Best Practices. Policy Approaches to Corporate Restructuring Around the World: What Worked, What Failed?*** Disponível em<http://siteresources.worldbank.org/INTAFRSUMAFTPS/Resources/Policy_Approach_to_Corporate_Restrustrin_World_background.pdf > Acesso em 20/01/19

[92] POSNER, Richard. ***Economic Analysis of law***. Austin: Wolters Kluwer Law & business, 2007. p.258

simples *policy mix,*[93] ao objetivar a maximização da eficiência do processo de reestruturação das empresas em crise.

As transformações na estrutura de poder introduzidas na pós-modernidade conduziram a uma redefinição do conceito de Estado, desvinculando-o do conceito de Estado hobbesiano[94] que simboliza o soberano como detentor e expressão última do poder, para ser concebido como meio, e não fim em si mesmo, como instrumento da vontade de sociedades conscientes, democraticamente organizadas e senhoras de seu próprio destino.[95]O Estado pós-moderno[96] assume como principais características a subsidiariedade, a alteração do modelo de intervenção estatal e o fomento de uma cidadania proativa. Nas palavras de Moreira Neto,[97] "a subsidiariedade do Estado em relação à sociedade leva ao consequente reconhecimento e a garantia de um espaço público não estatal, com tendência à expansão, a reforçar a existência de uma atuante e não apenas latente autonomia política da vontade coletiva, como expressão geradora de legitimidade."

Verifica-se um paulatino declínio na prática do intervencionismo estatal, influenciado pela subsidiariedade do poder estatal, que substitui os modelos de forte e rígida intervenção estatal por "modos de intervenção branda e interativa, de incidência seletiva e dialogada, como, exemplarmente, a que veio a ser praticada por meio do instituto da regulação, sob as modalidades da autorregulação, heterorregulação e a autorregulação regulada."[98]A cidadania proativa amplia o papel das pessoas em suas múltiplas interações com o Estado contemporâneo, ao marcar

---

[93] Combinação da política monetária e política fiscal de um país.

[94] HOBBES, Thomas. ***Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil***. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores.

[95] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.68

[96] O texto básico que abre "A guinada cultural", conferência de Jameson proferida no Museu Whitney de Arte Contemporânea no outono de 1982 e que se tornaria o núcleo do seu ensaio "*Postmodernism – the Cultural Logico of Late Capitalism*" redesenhou o mapa pós-moderno, associando o pós-modernismo a alterações objetivas da ordem econômica do próprio capital, dissociando-o de uma mera ruptura estética ou mudança epistemológica, para tornar-se o sinal cultural de um novo estágio na história do modo de produção reinante. Jameson assinalou a explosão tecnológica da eletrônica e seu papel como principal fonte de lucro e inovação; o predomínio empresarial da corporações multinacionais, deslocando as operações industriais para países distantes com baixos salários; o imenso crescimento da especulação internacional e a ascensão dos conglomerados de comunicação com um poder sem precedentes sobre toda a mídia, ultrapassando fronteiras. Vide ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1999

[97] Ibidem, p.141

[98] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.68

a passagem da condição de meros súditos para cidadãos de Estados mais presentes e prestantes, constitucionalmente vocacionados à proteção e à promoção dos direitos fundamentais.[99]

Essas principais características do Estado pós-moderno fornecem os pilares transformadores para a busca de um modelo estatal de resultados da ação político-administrativa sob permanente controle da sociedade. A atuação Estatal demanda, sob esta perspectiva, o gerenciamento das ações de governo sob a ótica de resultados[100] democraticamente eficientes, compatíveis com o princípio da juridicidade, onde o Estado está sob total submissão à lei e ao direito. Supera-se o dogma de que cabe ao Estado suplementar a sociedade naquilo em que ela não possa realizar, para se chegar a afirmação de que, na pós-modernidade, as funções estatais passaram a ser desenvolvidas sob o signo da eficiência e do controle dispostos em rede de inúmeras atividades reputadas de interesse público. Conforme lições de Jacques Chevallier,[101] "esvazia-se o dogma racionalista do interesse geral, que cede ao imperativo da eficiência", quando se substitui a legitimidade formal do racionalismo, em que a simples invocação do interesse coletivo era suficiente, pela legitimidade material, que deve ser pré-aferida pela motivação e pelos resultados.

Verifica-se, na pós-modernidade, o deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, provocando o entrelaçamento de interesses públicos e particulares, em face da grande complexidade das relações jurídicas. A Constituição incorporou em seu texto normas que disciplinam as relações privadas de interesse público, incumbindo ao Estado o ônus de criar mecanismos delimitadores e reguladores dessas atividades. Nesse momento, os institutos jurídicos de Direito Privado deixam de ser de interesse exclusivamente individual para assumirem um *status* de interesse público, cumprindo sua função social. Esse fenômeno é conhecido como publicização do Direito Privado. Os interesses que antes se situavam exclusivamente no âmbito do Direito Público, passam a ser implementados pelos

---

[99] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.68

[100] Trata-se da objetivação da função administrativa em contraponto a já superada administração pública subjetiva, focada na pessoa do soberano. CF. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Quatro Paradigmas do Direito administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados***. Belo Horizonte: Fórum,2008.

[101] CHEVALLIER, Jacques. ***O Estado Pós-Moderno***. Trad. Marçal Justein Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p.63.

particulares, conscientes de sua responsabilidade social, ao ocasionar o fenômeno inverso, conhecido como privatização do Direito Público.

Como bem assevera Gunther Teubner,[102] “a simples dicotomia público/privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade em uma multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do Direito em Público e Privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito”. Ao analisar o texto da Constituição da República de 1988, verifica-se, pois, que a *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado não é compatível com as diretrizes traçadas por suas normas, não mais subsistindo em nosso ordenamento jurídico, exceto para fins didáticos. No Estado Democrático de Direito, a tutela das liberdades individuais e coletivas são implementadas por um conjunto de normas que não mais admitem a antiga dicotomia estabelecida pelo Estado Liberal, em face da pluralidade dos interesses tutelados.

Houve várias tentativas por parte do Governo brasileiro de reformar a legislação em busca de soluções que permitissem ao Estado atuar com eficiência em meio aos novos paradigmas da sociedade contemporânea. No âmbito do Direito Privado, em especial do Direito Empresarial, cita-se como medida mais relevante a iniciativa de reformar o Código Civil de 1916, do Código Comercial de 1850 e do Decreto Lei nº 7661/45 que tutelava o concurso de credores no direito brasileiro. Desta iniciativa, surge a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, conhecida no meio jurídico como o novo Código Civil, ou Código Civil de 2002. Este novo diploma legal surge no intuito de revigorar os institutos jurídicos do Direito Privado, em conformidade com os reclames da sociedade pós-moderna. Pouco mais de três anos após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, temos a publicação da Lei nº 11.101/2005, tutelando o concurso de credores sob os institutos da falência e recuperação judicial de empresas.

Da análise do contexto legislativo contemporâneo, espera-se que o operador do Direito não limite suas investigações ao tratamento tradicional até então adotado pela doutrina clássica, onde o conceito de empresa era eminentemente jurídico. Faz-se necessário socorrer-se a outras áreas do conhecimento, como a economia, para

[102] Citação extraída do Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes nos autos da ADI 1923 MC/DF, publicado no Informativo STF 474.

que se possa obter uma conceituação da empresa mais próxima da realidade do mundo globalizado[103]. Como bem assevera Rachel Sztajn,[104] "empresas são instituições econômicas que, visando ao desenvolvimento das atividades de produção e distribuição de bens e serviços nos mercados, criação de riquezas ou utilidades, interessam a operadores do direito e a economistas." Diante desta nova realidade, impõe-se aprofundar os estudos sobre o papel do Estado Pós-Moderno na formação da *par conditio creditorum* instituída no âmbito do Direito Concursal.

Tradicionalmente o estudo da participação do Estado no processo falimentar e de recuperação de empresas limita-se à análise, na grande maioria das vezes, perfunctória, sobre a ordem de classificação dos créditos instituída no processo falimentar e sua conexão com as garantias e privilégios do crédito tributário instituídas no Código Tributário Nacional. Não se aprofunda no papel do Estado como agente de participação ativa na condução do processo de insolvência empresarial, e chega o legislador a instituir mecanismos que promovem uma verdadeira burla à *par conditio creditorum*, ao olvidar o papel de destaque e responsabilidade que o Estado deve ter, em conjunto com os demais credores particulares do insolvente, na elaboração de medidas tendentes a permitir a superação da crise econômico, financeira e patrimonial pela qual passa o empresário insolvente. Não se justifica, sob a ótica do novo modelo de Estado proposto e vivenciado na pós-modernidade, que o Poder Público não se sujeite ao plano de recuperação judicial de empresas no âmbito do Direito Concursal, nos moldes do artigo 57 da Lei nº 11.101/2005, sob a alegação genérica e ultrapassada, com viés ainda em um modelo de estado subjetivista, de proteção ao crédito tributário por meio de instituição de mecanismos que criam um sistema administrativo paralelo de cobrança do crédito tributário, nos termos do artigo 68 da Lei nº 11.101/2005, o que caracteriza-se uma verdadeira sanção política tributária, já há tempos repudiada pelos Tribunais pátrios.[105]

---

[103]"O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. C.f. BAUMAN, Zygmunt**.** ***Globalização: as consequências humanas***. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 67.

[104] Ibidem, p.177.

[105] Na recuperação judicial, diferentemente do que ocorre na falência, não há a instauração de um Juízo universal, mas sim de um Juízo relativamente e *pro tempore* universal, pois as ações de execução contra o devedor ficam suspensas por um prazo determinado, de 180 dias, nos termos do artigo 6º, § 4º da Lei 11.101/2005, findo o qual elas poderão ser ajuizadas ou retomarão seu curso normal, independentemente de pronunciamento judicial. Daí a utilização da expressão "*relativamente e pro tempore*". Seguindo a linha de entendimento acerca da não instauração de um juízo universal no processo de recuperação judicial de empresas, o Superior Tribunal de Justiça editou, sob a vigência

Desse modo, impõe-se uma releitura da *par conditio creditorum* no atual sistema de insolvência empresarial, visto que, na contemporaneidade, a racionalização das atividades governamentais não mais se pode entender como uma política opcional de governo, mas como um imperativo constitucional a ser obedecido, eis que a atuação do Estado na ordem econômica, como agente normativo e regulador, exercendo funções de incentivo e de planejamento econômico, está expressa no texto constitucional. Como bem assevera Moreira Neto,[106] "se existe um dever constitucional do Estado de atingir resultados, que concorram efetivamente para a consecução dos altos objetivos nacionais constitucionalmente relacionados, torna-se igualmente certo, com vistas à efetiva satisfação desse dever no quadro do neoconstitucionalismo, que aos governos não é dado se omitirem, nem tergiversarem, nem falharem no desempenho de seus cometimentos". Eis um dos traços marcantes da já apontada passagem do modelo de democracia de participação para o modelo de democracia de eficiência,[107]que será melhor trabalhada nos capítulos seguintes.

1.4 A promoção do desenvolvimento econômico sob a perspectiva da função social da empresa

A função social da propriedade passa a ter significativa importância com o advento da Constituição da República de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XXII[108],

da lei 11.101/2005, a súmula 480, cujo enunciado afirma que "o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação de empresa". Acresça-se, ainda, o Enunciado n. 42 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (2013) o qual enuncia que "o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor". A Lei 13.043/2014 acrescentou o art. 10-A à Lei 10.522/2002 prevendo a modalidade especial de parcelamento do débito tributário para sociedades empresárias em recuperação judicial.

[106] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

[107] Kerstenetzky conceitua democracia como uma classe de relações entre o Estado e os cidadãos que se caracteriza por agir o Estado em conformidade com as demandas expressas pelos cidadãos, mediante consulta ampla, protegida e efetiva. Kerstenetzky conceitua democracia como uma classe de relações entre o Estado e os cidadãos que se caracteriza por agir o Estado em conformidade com as demandas expressas pelos cidadãos, mediante consulta ampla, protegida e efetiva. KERSTENETZKY, C. (2011). ***Democracia e Welfare***. Texto para Discussão nº 37. Centro de Estudos sobre desigualdade e desenvolvimento. Disponível em <http://www.proac.uff.br/cede/sites/default/files/TD37_2.pdf> Acesso em: 10/05/2020.

[108] Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade. XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

garante o direito de propriedade, preceituando o inciso XXIII que a propriedade deve atender a sua função social. O tratamento da propriedade na Constituição da República tem que ser interpretado ao levar-se em consideração o caráter de complementariedade entre os dois incisos, que remete à conclusão de que a propriedade deve exercer uma função social. Ao tratar da ordem econômica, em seu artigo 170[109], a Constituição da República preceitua que o exercício da atividade econômica deve ser exercido com estrita observância ao princípio da função social da propriedade. Verifica-se, então, que o exercício da atividade de empresa está condicionado aos ditames constitucionais que reclamam um comportamento regular do empresário, impondo que ele exerça a empresa de forma que ela seja cumpridora de sua função social.

Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade demonstra que ela perde a sua característica única de direito individual e passa a ter um caráter híbrido, ao contemplar, também, uma instituição de ordem econômica, a exemplo das Constituições Italiana e Portuguesa. Como leciona José Afonso da Silva,[110] embora "prevista entre os direitos individuais, ela (a propriedade) não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado" em atenção aos princípios da ordem econômica. A função da propriedade deve ser vista em meio a um complexo de normas, entre elas as normas empresariais, vinculadas aos princípios constitucionais.

A função social da propriedade "não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito do proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade."[111]Para Pedro Collado,[112] a função social "introduziu na esfera interna do direito de propriedade um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo". Constitui um princípio ordenador supremo da propriedade privada, que deve ser exercida quando se leva em consideração o reflexo da extensão desses direitos sobre a sociedade. Pode manifestar-se, assim, como "condição de exercício de faculdades

---

[109] Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...).

[110] SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 16ª ed., Malheiros, 1999, p. 274.

[111] Idem.

[112] COLLADO, Pedro Escribano. ***La propriedad privada urbana: encuadramento y régimen***. Madrid: Montecorvo, 1979 apud SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 16ª ed., Malheiros, 1999, p. 286.

atribuídas" ou como "obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas".[113]

O artigo 170 da Constituição da República de 1988, ao estabelecer a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, refere-se também à propriedade dos bens de produção imputados à empresa. Assim, importante colacionar o ensinamento do Ministro Eros Roberto Grau[114] acerca do princípio da função social da propriedade que:

> ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com sua destinação. A propriedade sobre a qual em maior intensidade refletem os efeitos do princípio é justamente a propriedade, dinâmica, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa.

O dispositivo constitucional supracitado, ao mesmo tempo que reconhece o direito à livre iniciativa, impõe que a atividade econômica a ser exercida deve cumprir uma função social. Verifica-se, portanto, que a livre iniciativa não é absoluta, visto que "outra decisão política a parametriza, realçando outros valores sociais, como o trabalho humano, o respeito ao consumidor e ao meio ambiente."[115]Dessa maneira, o exercício da atividade econômica organizada, constitui elemento de empresa, é atividade tutelada e incentivada pelo ordenamento jurídico pátrio que, no entanto, limita sua atuação dentro de parâmetros preestabelecidos, segundo a implicação negativa que possa ocasionar aos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais.

Observa-se a evolução do Direito Empresarial, mais especificamente no tocante ao Direito Concursal, e verifica-se que a atual legislação falimentar coloca em primeiro plano o interesse que a coletividade tem na continuação da exploração da empresa de forma eficiente, deixando para segundo plano os interesses individuais dos credores e do próprio devedor. Há, portanto, um nítido interesse coletivo na preservação da empresa, que, se exercida de forma eficiente, cumpre sua função social, visto que voltada à efetiva consecução dos fundamentos, fins e valores da ordem econômica consagrados na Constituição. Nesse sentido, tem se inclinado a

---

113 SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 16ª ed., Malheiros, 1999, p. 286.
114 GRAU, Eros Roberto. ***Elementos de direito econômico***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 128.
115 SZTAJN, Rachel. ***Teoria Jurídica da Empresa. Atividade empresária e mercados***. São Paulo: Atlas, 2004, p. 16.

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça após o advento da Lei 11.101/2005, conforme se observa no seguinte excerto[116]:

> (...) O princípio da preservação da empresa foi alçado como paradigma a ser promovido em nome do interesse público e coletivo, e não com esteio em meros interesses privados circunstancialmente envolvidos, uma vez que a empresa, na qualidade de importante instrumento de organização produtiva, encerra em si um feixe de múltiplos interesses, entre os quais se destacam os interesses dos sócios (majoritários e minoritários), dos credores, dos parceiros e fornecedores, dos empregados, dos consumidores e da comunidade (ante a geração de impostos, criação de postos de trabalho e movimentação do mercado).(...)

O desenvolvimento econômico de uma nação tem estreita relação com o exercício da atividade empresarial, visto que as organizações são responsáveis não somente pela promoção da circulação de bens e serviços no mercado, mas também exercem uma função preponderante na alocação de recursos humanos para a consecução de suas finalidades. Os empregados contratados pelas organizações ampliam seus conhecimentos em face da constante atualização profissional por que passam, contribuindo para o aumento de sua cultura profissional. Não obstante, as organizações exercem um papel preponderante no desenvolvimento da pesquisa, acarretando um desenvolvimento tecnológico benéfico para a sociedade. No âmbito social, as organizações atuam em colaboração com o Estado, possibilitando, por meio do emprego e de seus reflexos indiretos, a efetivação das garantias sociais e individuais estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

A atividade empresarial é vista como o sustentáculo de uma função, que lhe é atribuída pelo Direito, e pode ter seu campo de atuação expandido e subdividido em subespécies de função, como a função social da propriedade, a função ambiental, a função de promoção do desenvolvimento nacional e a função econômica que exerce nos mercados. O reconhecimento dessas funções, advindas do texto constitucional, servem para ordenar o comportamento social em relação a atividades predeterminadas pelo Estado. Estabelecem obrigações e limites impostos pelo poder público ao exercício da atividade empresarial, objetivando alcançar a tutela dos direitos fundamentais e sociais. Como bem observa Ricardo Lorenzetti:[117]

> A função permite o exercício de faculdades como as que se reconhecem ao proprietário, mas ao mesmo tempo impõe deveres, como os que resultam do uso regular deste direito conforme a uma finalidade social. Esta tarefa impõe

---

[116] REsp 1.166.600-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.
[117] LORENZETTI, Ricardo Luis. ***Fundamentos do Direito Privado***. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. Revista dos Tribunais, 1998, p.312.

> ao titular o dever de cumprir ou de desenvolver uma atividade tendente a lograr o objetivo proposto. Para tais fins a função outorga poderes, faculdades, direitos e deveres num feixe unificado pela finalidade que lhe confere homogeneidade.

Ao dissertar sobre o tema, Elizabeth Machado[118] faz uma distinção entre a função social da empresa e a responsabilidade social corporativa, ao afirmar que a empresa, inserida num contexto global e interagindo com multiculturas, organiza-se com o propósito de ouvir o interesse das diferentes partes envolvidas no negócio, ao objetivar uma melhoria da sua imagem, a abertura e o fortalecimento de sua postura no mercado, em termos de credibilidade, lucratividade e sustentabilidade. Defende a adoção, por parte da empresa, de uma postura ética e socialmente responsável, atendendo aos valores socialmente aceitos e incorporados pela organização. Nas palavras da autora[119]:

> a responsabilidade social corporativa vai além da empregabilidade, da geração de renda e empregos, da circulação de riquezas e, principalmente, vai além do propósito de gerar lucros aos sócios empreendedores, titulares do negócio empresarial. Abarca cuidados que vão além do atendimento técnico-jurídico regulamentado no direito positivo e que contém dados de organização obrigatória para atuação no mercado, numa visão que alcança os stakeholders abrangendo fatores sociais e o meio ambiente em sua preservação, em contexto local e global.

A temática da responsabilidade social corporativa adentra em nosso cenário jurídico com maior ênfase após a publicação da Lei nº 12.846/2013, denominada de lei anticorrupção, a qual se alinha as mais avançadas práticas mundiais de combate à corrupção empresarial, a exemplo do *FCPA – Foreign Corrupts Pratice Act* do Direito Norte Americano e do *Bribery Act* do Reino Unido, e demonstra crucial papel do Estado Pós-Moderno no intuito de adotar medidas que viabilizem o exercício da atividade empresária em um ambiente de maior eficiência, livre de externalidades que poderiam afetar os custos de transação empresariais. Fomenta-se a estrutura da governança corporativa, gestão de riscos internos e da ética da cultura organizacional empresarial em prol de uma maior segurança e estabilidade jurídica, ensejadora da captação de investidores que vislumbram em tais práticas uma diminuição dos riscos de investimento. Neste contexto, entra em ação a necessidade de aplicação efetiva dos programas de *compliance* com a observância e aplicação por parte das sociedades empresariais das políticas e diretrizes definidas previamente para a

---

[118] MACHADO, Elizabeth Guimarães***. Análise dos objetivos da atividade empresarial e a prática da responsabilidade social corporativa***. Dissertação de Mestrado. Universidade de Itaúna, 2007.
[119] Ibidem, p. 138.

condução dos objetivos societários, ao reforçar o modelo de gestão da governança corporativa, a fim de se efetivar o combate à corrupção e a redução de litígios no Poder Judiciário, minimizando o risco de perdas financeiras com o estímulo ao desenvolvimento econômico.

A responsabilidade social corporativa tem estreita relação com a arrecadação tributária do Estado, sendo certo que deve o contribuinte incutir em sua consciência a inconveniência de infringir seus deveres tributários, cujo cumprimento possibilita a arrecadação de recursos pelo Estado, necessários para implementar políticas públicas que contribuem para o desenvolvimento da nação. Nesse aspecto, a sanção tributária exerce uma verdadeira função social, ao atuar de forma preventiva, exercendo uma espécie de coerção sobre os administrados, influenciando-os no cumprimento da legislação tributária.

Tão importante se afigura o papel das organizações na sociedade atual de que a legislação falimentar se preocupa com a função social desenvolvida pela empresa, ao instituir mecanismos que lhe permitam superar uma eventual crise, possibilitando que ela retome suas atividades, afastando-se o risco da falência[120]. Sendo a empresa o complexo de relações jurídicas plurilaterais, ela interage constantemente com a sociedade, afetando interesses difusos. Portanto, impõe-se a preservação da empresa, diante de sua importância para a coletividade, ao aplicar o que a doutrina denomina de princípio da preservação da empresa. A extinção da empresa "provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis,"[121] o que prejudica o crescimento econômico e social do país, competindo ao Estado criar mecanismos que permitam à empresa cumprir sua função social e operar de forma eficiente, ao produzir riqueza econômica, emprego e renda. No entanto, a preservação da empresa não se confunde com a preservação do empresário, conforme ensinamentos de Perin Junior,[122] para quem na sistemática atual a empresa é "mais social do que privada".

---

[120] Sob o ponto de vista quantitativo, é possível observar que entre os anos de 2005 e 2016 os requerimentos de recuperação judicial aumentaram consecutivamente, entretanto, o fato importante a ser observado é a relação entre o deferimento e o requerimento, que em 2005 foi de 48% dos requerimentos deferidos e em 2016 de 81%. Fonte*:* SERASA EXPERIAN, 2017.

[121] Notas extraídas do relatório do Senador Ramez Tebet, apresentado ao Congresso Nacional, dispondo sobre o PLC 71/2003.

[122] PERIN JUNIOR, Ecio. ***Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresa***. 3ª ed., São Paulo: Método, 2006, p. 56.

Impõe-se a preservação da unidade produtiva e dos ativos da empresa, ao objetivar a proteção dos interesses sociais em benefício da coletividade. Deve-se "dissociar o *empresário* da *empresa*, afastando-se a figura do mau empresário, que não soube gerir os fatores de produção de forma eficiente, para entregar os ativos da empresa a um terceiro que possa fazê-lo, propiciando o exercício da atividade empresária com responsabilidade e observância de aspectos outros que extrapolam o lucro, permitindo que a empresa cumpra seu papel social, sem se desvencilhar de seus objetivos principais"[123]. Como afirma o Senador Ramez Tebet,[124] "não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla, sendo possível preservar a empresa ainda que haja a falência, desde que se logre alienálo a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes".

Ao corroborar-se esse entendimento, Rachel Sztajn[125] ensina que somente a empresa economicamente eficiente pode cumprir com sua função social, ao afirmar a autora que "eficiência, neste caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas cumprir sua função despendendo pouco ou nenhum esforço". Assim, apesar de a empresa ter um papel importante e de destaque perante a coletividade, para se tomar a decisão de recuperá-la deve-se considerar seu aspecto econômico e social, visto que, ausente algum desses critérios, a recuperação não será eficiente.

Percebe-se, pois, que a recuperação da empresa tem limites que a condicionam, tendo o Estado papel decisivo na criação de condições favoráveis para o saneamento das empresas em crises, o que contribui para o aperfeiçoamento dos mercados. Conforme assevera Gilberto Bercovici,[126] a concepção do Estado como promotor do desenvolvimento, coordenado por meio do planejamento, ao dar ênfase à integração do mercado interno e à internalização dos centros de decisão econômica, bem como o reformismo social, são necessários para a existência de um mercado de capitais desenvolvido, "devendo o planejamento estar sempre comprometido axiologicamente pela ideologia constitucional e pela busca da transformação do *status quo* econômico e social."

---

[123] LOPES, Bráulio Lisboa. **A preservação da empresa e sua função social – aspectos econômicos**. Revista MPMG Jurídico. Vol. 09. Belo Horizonte, 2007. p.59-62.

[124] Notas extraídas do relatório do Senador Ramez Tebet, apresentado ao Congresso Nacional, dispondo sobre o PLC 71/2003.

[125] PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 222.

[126] BERCOVICI, Gilberto. ***Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988***. São Paulo: Malheiros, 2005.p.65

CAPÍTULO 02 - O PAPEL DO ESTADO NA RESOLUÇÃO DE CRISES EMPRESARIAIS

2.1 Direito, Estado e Administração Pública pós-moderna

Para Moreira Neto,[127] o Direito surge como "um fenômeno antropológico espontâneo do gregarismo instintivo humano", precedendo o surgimento do Estado e de qualquer organização sociopolítica fundada no poder, afastando "toda uma arraigada concepção de que a impositividade ser-lhe-ia um elemento essencial".[128] O ponto de partida passa a gravitar em torno da consensualidade, entendida como 'instintiva proclividade do espírito humano para harmonizar interesses diversos, mesmo divergentes" torna-se essencial para se estabelecer um regramento harmônico do comportamento humano em benefício da coletividade. Afasta-se, portanto, o mito de que o Direito Administrativo é um sistema originariamente impositivo, como parte da doutrina costuma afirmar identificando seu surgimento com uma Lei francesa do ano de 1800 (no calendário francês da época "28 pluviose do ano VIII"), a qual, pela primeira vez, dotou a Administração Pública de uma organização juridicamente garantida e estável, exteriormente obrigatória a todos os administrados.[129] Esse mito ou "ficção juspolítica da vontade geral, que recobre toda tese moderna do mundo político impositivo de uma enganosa aparência de legalidade"[130] é apenas uma criação utópica de validade formal, dissociada da autêntica validade substancial.

Durante anos, poder e consenso se complementaram, chegando a alternar inúmeras vezes até o surgimento de padrões de sociabilidade que, ao se demonstrarem eficientes, se consolidaram em instituições que passaram a se diferenciar pela ênfase na satisfação dos interesses escolhidos (individuais ou coletivos) fazendo surgir, mais tarde, a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado. Poder e consenso foram protagonistas da história do Direito, "combinando-se permanente e caleidoscopicamente para produzirem as miríades de instituições

---

127 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
128 Idem. p.31
129 ARAÚJO, Edmir Netto de. ***O Direito Administrativo e sua história***. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v. *95*, 2000. pp.147-166.
130 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 127.

jurídicas que, na medida em que se expandiram e se aperfeiçoaram na complexa tarefa de disciplinar a convivência dos grupos humanos, lograriam estabilizar padrões organizacionais bem definidos,"[131]de forma a imprimir-lhes unidade de ação em prol das necessidades coletivas a fim de atender os objetivos de convivência comuns. Esses regramentos voltados à organização coletiva ganharam identidade com um novo e distinto ramo do Direito no âmbito da França de Napoleão Bonaparte, denominado Direito Administrativo. Contemporaneamente a esses passos evolutivos, Charles Jean Bonin publicou, em 1808, a obra *Príncipes d'Administration Publique*, na qual, pela primeira vez, se diferenciou o Direito Administrativo do Direito Constitucional.[132]

A importância dessas mudanças juspolíticas na compreensão pós-moderna[133] do Direito Administrativo e do conceito de Estado é bem realçada por Garcia de Enterría[134]que, pautado na história, assevera que "a subjetivação definida da justiça administrativa, que rompeu o mito histórico da suposta objetividade, por meio da qual se mascarava uma superioridade formal da administração sobre o cidadão, considerado ainda como súdito, que deveria ceder perante a suposta superioridade dos interesses gerais geridos pela administração é, já, uma conquista definitiva e irrenunciável do nosso tempo". O foco central do Direito Administrativo pós-moderno reside, então, nas pessoas, nos cidadãos, e em seus legítimos interesses, sob o primado do consensualismo, da negociação e da concertação,[135] que superam a velha

---

[131] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018.p.33.

[132] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Curso de Direito Administrativo***. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.46

[133] Pós-modernismo, como termo e ideia, supõe o uso corrente de "modernismo". Ao contrário da expectativa convencional, ambos nasceram numa periferia distante e não no centro do sistema cultural da época: não vem da Europa ou dos Estados Unidos, mas da América hispânica. Devemos a criação do termo "modernismo" para designar um movimento estético a um poeta nicaraguense que escrevia num periódico guatemalteco sobre um embate literário no Peru. O início por Rubén Dario, em 1890, de uma tímida corrente que levou o nome de modernismo inspirou-se em várias escolas francesas para fazer uma declaração de independência cultural face a Espanha. Assim, também, a ideia de "pós-modernismo" surgiu pela primeira vez no mundo hispânico, na década de 1930, uma geração antes do seu aparecimento na Inglaterra ou no Estados Unidos. Foi um amigo de Unamuno e Ortega, Federico de Onis, quem imprimiu o termo *postmodernismo*. Usou-o para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo: a busca de refúgio contra o formidável desafio lírico num perfeccionismo do detalhe e do humor irônico, em surdina, cuja principal característica foi a nova expressão autêntica que concedeu às mulheres. Vide ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1999.

[134] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. ***As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?*** Tradução de Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 107.

[135] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

prática milenar da coerção estatal, até então amparada unicamente no poder. O Direito, no passado de caráter formalista e positivista do século XIX, carregado de preceitos rígidos e inflexíveis, transmuta-se em um Direito líquido, fluido, dúctil, se amoldando a absorção de valores e princípios metajurídicos de extrema importância para a organização estatal pós-moderna, de caráter transdisciplinar.

O Estado constitucional, nas palavras de Ramos Duarte[136], "não é somente um ser, mas também e principalmente um dever ser que incorpora uma série de elementos, fins, valores, imperativos ou exigências que o definem de modo constitutivo," e reclama da Teoria do Direito um modelo construtivo-metodológico capaz de compreender a heterogeneidade de sua própria formação constitutiva. "A fragmentação, a especialização e a complexidade são hoje os traços jurídicos que caracterizam os sistemas políticos e normativos", onde não se pode merecer reconhecimento de validez as visões mecanicistas e deterministas, eis que "impossibilitadas de realizar a tarefa de síntese dos contrários, característica inerente ao conjunto normativo pós-formal da atualidade." Em suas palavras:

> As diretrizes estatalista-formais (e liberais) do modelo legalista de Estado tiveram o desenvolvimento de sua conformação assentado sobre a doutrina administrativa alemã que postulava, dentre outros princípios, a legalidade administrativa, os direitos públicos subjetivos e a tematização da justiça na administração. Com a concomitante existência da inserção do postulado da afirmação e adjudicação dos direitos subjetivos frente a um Estado-administrador, marcadamente edificado sobre uma metodologia jurídica comprometida com a interpretação administrativa do interesse geral na tarefa de garantia daqueles direitos, começa a desenhar-se uma tensão que influirá determinantemente na redefinição do modelo até então proposto e que se caracteriza pela oposição ocorrida entre o fenômeno da estatalização do direito (carente do vínculo histórico-orgânico das relações sociais) e as legítimas pretensões de justiça, concebidas como projeção de valores coparticipados, comunitários produzidos no interior de uma sociedade material e diversamente complexa.

A transmutação do cidadão que antes era destinatário do "poder" do Estado para o centro das atenções estatais impõe a releitura do conceito de supremacia estatal, agora vista como uma vontade comum formada em meio a um sistema de comunicação não coagida.[137] Para Hannah Arendt,[138] o poder político não é um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos,

---

[136] DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. Aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy Editora, 2003.p. 33

[137] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

[138] HANNAH, Arendt. ***O que é política?*** Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

mas uma força autorizadora que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições. Para Jurgen Habermas,[139] o direito deve ser compreendido como um *medium* pelo qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo. A ideia do Estado de Direito deve ser interpretada como a exigência de ligar o sistema administrativo ao poder comunicativo. Os pontos de vista teleológicos e os componentes volitivos que acedem ao conteúdo do Direito fortalecem na medida em que uma sociedade concentra no Estado a persecução de fins coletivos. Ainda, segundo Jurgen Habermas,[140] "até mesmo no modelo liberalista, no qual o estado geralmente entrega a persecução de fins coletivos a mecanismos de mercado, o direito não pode ficar distanciado de pontos de vista teleológicos da legislação tributária."

Estas são, pois, as premissas necessárias para expandir o diálogo interdisciplinar que se pretende estabelecer, ao encontrar a desejável interação entre o Direito e os demais campos do conhecimento, notadamente e economia, ao buscar na história, na legislação e na sociedade de comunicação os marcos fundantes da nova abordagem da *par conditio creditorum* no sistema de insolvência brasileiro, com a consciência de sujeitar-se a recorrentes alterações popperianas,[141] onde cada nova informação poderá alterar, ou mesmo tornar obsoleto, o conjunto informacional tido como certo até determinado momento. Como bem assevera Paolo Grossi,[142] "o direito não está inscrito em uma paisagem física a espera de uma ingerência humana: está inscrito na história", construída pelos homens e no seio da qual se encontra o Direito.

---

[139] HABERMAS, Jurgen. ***Direito e democracia: entre facticidade e validade***. vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

[140] Ibidem, p.192.

[141] Popper sustenta que o que distingue a racionalidade científica é a atitude crítica, mais preocupada com a busca da verdade do que com a defesa de teorias que possam eventualmente ocultá-la ou dela se afastar: daí sua compreensão de que a ciência se assemelha a um pântano, onde de vez em quando se encontra uma pedra firme. A base ética do pensamento popperiano assenta-se na compreensão dos limites do conhecimento humano, de sua fragilidade, e da absoluta falta de condições de se estabelecer um critério de verdade. Desse modo, cabe-nos desenvolver a atitude da modéstia intelectual que, como Sócrates, admite a pequenez de nosso saber diante do abismo de nossa ignorância. POPPER, Karl R. ***A lógica da pesquisa científica***. São Paulo: Cultrix, 1972.

[142] GROSSI, Paolo. ***Primeira Lição de Direito***. Trad. de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.22.

2.2 O Estado interventor na ordem econômica

A construção do estado nacional brasileiro na década de 1930 se implementou a partir de ações do Poder Executivo. Gilberto Bercovici[143] afirma que o modelo de intervenção estatal concebido à época foi instituído à margem do plano constitucional, representando um "divórcio entre o Estado e a Constituição", mais precisamente uma tentativa de "diálogo entre ausentes", visto que a Constituição não foi a referência de atuação do estado interventor, que se deu predominantemente no âmbito do Direito Administrativo e Econômico. Para o referido autor, foi a partir da revolução oligárquica de 1930 que se propagou a modernização do país, com a implementação de reformas sociais e administrativas que contribuíram para a construção de um "Estado nacional e de um Estado intervencionista com estruturas típicas do capitalismo avançado", não obstante, ainda se verificam características de um estado heterogêneo e contraditório.

Formou-se, a partir de então, um "estado compromisso' que segundo Eli Diniz[144] não representa necessariamente um pacto hegemônico e coerente entre as elites, mas a existência de uma pluralidade de setores em disputa e a nítida incapacidade de qualquer grupo social em assumir o protagonismo do processo político e econômico. Como afirma Mauricio Mesurini,[145]"coube ao Estado e às suas estruturas, acomodar e tentar sintetizar os diferentes interesses sociais, sem olvidar a proposta de modernização a partir da implantação de um modelo econômico industrial." Citando Sônia Draibe,[146] afirma que o "Estado de compromisso" será compreendido como um ente articulador dos diferentes interesses sociais e econômicos a partir de um interesse superior do Estado, ao menos no âmbito normativo do *dever-ser*. Isto não significa afirmar categoricamente que todos os interesses econômicos e sociais serão publicizados, mas que serão regulados e incentivados a partir de um interesse superior do Estado, que aumenta sua intervenção na economia de forma direta e indireta. Esta estrutura estatal de intervenção vai sofrer grande pressão por parte de intelectuais de formação liberal,

---

143 BERCOVICI, Gilberto. Colóquio de Direito Constitucional em Comemoração aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988. ***Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes***. Biblioteca digital da USP. Acesso em 05/02/2019.

144 DINIZ, Eli. ***Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945***. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

145 MESURINI, Mauricio da Costa. ***O Estado interventor no Brasil e seus reflexos no direito público (1930-1964)***. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. 2016.

146 DRAIBE, Sônia. ***Rumos e metamorfoses: um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil 1930-1946***. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

além da própria instabilidade constitucional pela qual passou o país no respectivo período. Verifica-se uma ruptura com o modelo de elite que controlava as forças econômicas agrárias para se criar um modelo intervencionista de caráter industrializante. A economia, a política e o direito, temas centrais do referido período de industrialização e intervenção, adquirem uma relativa autonomia, mas não necessariamente se racionalizam concomitantemente de forma a evitar a percepção de falhas no mercado.

Partindo de uma perspectiva weberiana, Mauricio Mesurini[147] afirma que entre 1930 e 1964 “as diferentes esferas sociais foram fortemente impactadas, o que gerou um favorecimento recíproco.” O cenário político, econômico e jurídico passou por transformações relevantes após a Revolução de 1930, que “forçaram mudanças de racionalidade interna, bem como fizeram com que as esferas sociais se relacionassem mais intensamente, gerando favorecimentos por afinidade eletiva.” Neste momento, percebe-se uma maior interação entre o direito e a economia que, após alterações em suas racionalidades internas, passaram a se influenciar reciprocamente. O Direito Constitucional e Administrativo aproximam-se mais nitidamente da racionalidade econômica, que sofre seus influxos no sentido de forçar o estado a intervir no domínio econômico. Essas transformações no modelo administrativo ocorridas em função do intervencionismo estatal repercutirão nos contornos do Direito Público, o qual se afasta de um modelo liberal que se contentava com a intervenção mínima, pontual e esporádica do Estado para aproximar-se de um modelo em que houve uma ampliação da atuação estatal, convertendo-se em um estado interventor.

Não se pode olvidar, entretanto, que o intervencionismo estatal e as políticas econômicas de subsídios praticadas pelo terceiro mundo, à custa de um altíssimo endividamento social fracassaram, visto que o terceiro mundo não se modernizou. Na concepção de Eros Roberto Grau,[148] ser moderno significa ter a consciência de que o mercado é impossível sem uma legislação que o proteja de uma vigorosa e racional intervenção, destinada a assegurar sua existência e preservação. Conclui que o capitalismo é essencialmente jurídico, na medida em que não prescinde de uma ordem jurídica estatal, voltada à superação das crises e à preservação dos mercados.

---

[147] MESURINI, Mauricio da Costa. ***O Estado interventor no Brasil e seus reflexos no direito público (1930-1964)***. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. 2016. p.27.
[148] GRAU, Eros Roberto. ***O Direito Posto e o Direito Pressuposto***. Malheiros Editores. São Paulo: 2008, p.129.

Moreira Neto[149] assevera que, na pós-modernidade, há uma superação deste modelo estatal prestador, planificador e dirigente para um modelo mais eficiente e imparcial caracterizado pelo Estado regulador, que introduz um diálogo institucional permanente entre certos órgãos destinados a prover o equilíbrio entre todos os interesses em jogo na sociedade. Para o autor "o velho Estado dirigente, aos poucos, vai se transformando em um Estado parceiro, com prática cada vez mais generalizada de modelos de gestão", que passa a ser regido pelos princípios da eficiência e controle, signo de uma tendência globalizante, justificada por Jacques Chevallier[150] pelo esvaziamento do dogma racionalista do interesse geral que cede ao imperativo de eficiência em prol de uma legitimidade material a ser aferida pela motivação e mensurada por resultados.

Como bem anota Avelãs Nunes,[151] a intervenção do Estado na vida econômica é um redutor de riscos tanto para os indivíduos, quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de segurança, de forma que "a intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas, mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista." Para Eros Roberto Grau,[152] o Direito moderno é o instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo do capitalista, visto que a destruição do Estado pelo capitalismo consubstanciaria uma estratégia suicida, na medida em que deixa abandonados os mercados à mercê dos capitalistas.

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 afirma que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Como ensina Eros Roberto Grau[153], a expressão 'ordem" porta, em si, em sua rica ambiguidade, uma nota de desprezo à desordem, embora esta não exista, sendo apenas uma ordem com a qual não se esteja de acordo. Para o autor, a passagem de

---

[149] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.168.
[150] CHEVALLIER, Jacques. ***O Estado Pós-Moderno***. Trad. Marçal Justein Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
[151] AVELÃS NUNES, Antônio José. ***Do Capitalismo e do socialismo***. 2ª ed. Revista e ampliada. Livraria do Advogado. São Paulo: 2018. p.125
[152] GRAU, Eros Roberto. ***O Direito Posto e o Direito Pressuposto***. Malheiros Editores. São Paulo: 2008, p.132.
[153] GRAU, Eros Roberto. ***A ordem econômica na constituição de 1988. Interpretação e crítica***. 12ª ed. Editora Malheiros. São Paulo:2007. p. 65.

uma ordem para outra envolveria a ruptura das estruturas da primeira, de forma que esta suposição "subjaz nas afirmações de que à ordem liberal sucede uma ordem jurídica intervencionista", ainda que não seja explicitamente declarado. A marca dessa sucessão seria a ampliação dos contornos da ordem jurídica liberal, decorrente da regulação da ordem econômica.

Consoante ensinamentos de Vital Moreira,[154] em um primeiro sentido, a ordem econômica é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta, como um conceito de fato, do mundo do ser, caracterizado pela circunstância de referir-se, não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fatores econômicos concretos, que exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico com o fato. Num segundo sentido, a ordem econômica seria expressão que designa o conjunto de todas as normas, qualquer que seja sua natureza, que respeitem a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos, é o sistema normativo da ação econômica.

Diante das referidas perspectivas semânticas, Eros Roberto Grau afirma que o texto do artigo 170 da Constituição da República de 1988 é inquestionavelmente normativo, de forma a se extrair a norma jurídica na qual as relações econômicas ou atividades econômicas *deverão ser* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (das atividades econômicas) assegurar a todos a Existência digna, conforme os ditames de justiça social. O mercado, na visão de Eros Roberto Grau,[155]deve ser visto como "uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo, o direito posto pelo Estado moderno". O conceito de mercado assume o caráter de "ideia, lógica que reagrupa uma série de atos, de fatos e de objetos". Deixa de significar exclusivamente o lugar no qual são praticadas relações de troca, e passa a expressar um projeto político, como princípio de organização social".

A fim de complementar, Giuseppe Ferri[156] destaca que "esta predisposição de bens e serviços para o mercado em geral não é, na realidade prática, o fruto de uma atividade acidental e improvisada, mas objeto de uma atividade especializada e profissional, a qual se explica por meio de organismos econômicos permanentes que

---

[154] MOREIRA, Vital. ***A ordem jurídica do capitalismo***. Centelha, Coimbra, 1973. p. 67-71.
[155] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.35
[156] FERRI, Giuseppe. ***Manuale di diritto Commerciale***, Torino, Ed. UTET, 1984, 5ª ed., p.35 e 36, nº 14. Apud LOBO, Jorge. ***Da Recuperação de Empresa no Direito Comparado***. Lumen Juris, 1993, pp. 20-21.

nela existem". A esse organismo econômico, que se concretiza na organização dos fatores de produção, denomina-se *empresa*.

Ao estudar a empresa, o operador do Direito irá se deparar frequentemente com direitos de propriedade, definidos pelas ciências jurídicas como aqueles referentes ao uso, gozo, fruição e disposição de um determinado bem que recebem a tutela estatal contra a ingerência de terceiros. Na seara econômica, entretanto, os direitos de propriedade receberam uma abordagem inovadora a partir dos trabalhos desenvolvidos por Ronald Coase,[157] posteriormente denominado pelos economistas de *Teorema de Coase*, o qual teve grande contribuição para a Análise Econômica do Direito sob a ótica da Nova Economia Institucional, que está voltada para a lógica dos arranjos institucionais e organizacionais relacionados à criação dos direitos. Segundo Rachel Sztajn,[158] o *Teorema de Coase "*parte do conceito de que o que se negocia não são os bens-objeto do Direito, mas sim os direitos de propriedade sobre dimensões de bens". Pelo teorema, se os direitos de propriedade estiverem bem definidos e não existirem custos de transação, o equilíbrio de mercado será eficiente.[159]

No âmbito do Direito Empresarial, a relação entre o Direito e a Economia é percebida com maior facilidade. No Direito Concursal, a análise econômica das organizações e instituições é de extrema importância para se implementar, de forma eficiente, a recuperação ou liquidação de uma sociedade empresária, o que reduz ao máximo os custos de transação oriundos do processo concursal. O custo de

---

[157] COASE, Ronald. ***The nature of the firm***. Econômica, 4, nº 3: 386-405, 1937. Segundo o Teorema de Coase, uma vez inexistentes os custos de transação, é indiferente que os direitos sejam determinados previamente, restando, sempre, a possibilidade de realocação dos mesmos segundo interesses dos particulares envolvidos. Vide COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost.* 3 J. Law & Econ. 1 1960.

[158] ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. ***Direito e Economia. Análise Econômica do Direito e das organizações***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 85.

[159] GERMÁN COLOMA. ***Apuentes para el análisis econômico del derecho privado Argentino***. Universidade del CEMA apud RODRIGUES, Frederico Viana. ***Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro***. In: ***Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro***. Ano XLIV, nº 138, abril-junho de 2005. Por direitos de propriedade bem definidos, tem-se uma situação na qual todos os bens e recursos econômicos são titulados por alguém, restando claras as limitações para seu gozo, bem como definidos os procedimentos para remoção dessas limitações. Por outro lado, "ausência de custos de transação" cuida-se da inexistência de custos para se negociar transferência de direitos entre as partes, como também para monitorar o cumprimento de tais transferências. A ideia básica do teorema de Coase está em que a delimitação completa dos direitos de propriedade é um instrumento que serve para resolver virtualmente todos os problemas de externalidades reais. Estas podem ser consideradas, em rigor, como situações onde exista uma identificação entre os benefícios gerados pelo direito e os custos que acarreta, como de igual forma, a relação entre uma obrigação assumida e a compensação por suportá-la.

transação, no processo concursal, pode ser definido como a perda de eficiência decorrente de uma estrutura normativa e de mercado inadequadas para viabilizar a correta realocação dos ativos das sociedades empresárias em crise. Pode ser representado, também, pelo custo de se impor judicialmente o cumprimento de uma obrigação contratual inadimplida (*enforcement*) por meio da instauração do juízo universal. Nesta acepção, Eros Roberto Grau[160] aponta para a importância da funções do Estado no direito moderno, destacando a exo-regulação do mercado a ser exercida pelo Estado, referindo-se à quarta categoria de atividade estatal enunciada por Habermas,[161] qual seja, a de compensação de disfunções no processo de acumulação.

Neste cenário, é importante atentar-se para a instituição legal de uma correta *par conditio creditorum*, ao equilibrar os ônus entre os credores e perquirir o papel do Estado pós-moderno na superação da situação de crise econômica, financeira e patrimonial do insolvente. Percebe-se a importância da correta definição dos direitos de propriedade e da distribuição dos ônus de maneira equilibrada entre os credores, em especial em relação à regulamentação do crédito do Poder Público no âmbito dos processos de insolvência coletiva. Como bem observam Castelar Pinheiro e Jairo Saddi:[162]

> Direitos de propriedade assinalados corretamente, sobretudo respeitados, são fundamentais para a definição do desempenho econômico. Daí o conceito de segurança jurídica, ou seja, a ação de tornar definitiva uma decisão jurisdicional. A segurança e a justiça são valores jurídicos relacionados entre si.

No entanto, apenas a alteração legislativa não é suficiente para a obtenção de ganhos nos processos de insolvência empresarial, sendo de crucial importância que os atores jurídicos estejam conscientizados e familiarizados com os seus reais objetivos. O papel exercido pelo Estado também será fundamental, visto que, não apenas as decisões têm significado nesse cenário, mas também os meios de se implementar as decisões. Assim, necessário se faz que o Estado esteja devidamente

---

[160] GRAU, Eros Roberto. ***O Direito Posto e o Direito Pressuposto***. Malheiros Editores. São Paulo: 2008, p.134

[161] HABERMAS, Jurgen. ***Direito e democracia: entre faticidade e validade***. vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

[162] PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. ***Direito, Economia e Mercados***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 99.

aparelhado para conduzir processos de insolvência dessa natureza. Como bem assevera Ana Carla Abrão Costa[163]:

> O estabelecimento de uma estrutura legal de insolvências eficaz, embora condição necessária, não é condição suficiente para que os processos de resolução sejam eficientes e os impactos sobre o mercado de crédito sejam positivos. A sua aplicação correta é fundamental para que os ganhos estabelecidos pela lei sejam efetivamente incorporados pela economia. Para tanto, o sistema judiciário joga papel muito importante, pois pode significar a consolidação dos avanços ou o seu impedimento.

Conclui-se, portanto, que a credibilidade e eficiência[164] do Direito Concursal influenciam diretamente a economia nacional, visto que a implementação de mecanismos eficazes e capazes de assegurar o direito dos credores (públicos e privados) favorece a concessão de crédito e reduz as taxas de juros no mercado. Conforme ensinamento de Trajano de Miranda Valverde,[165] "o mecanismo de circulação de riquezas tem no crédito um dos elementos principais de propulsão. As organizações comerciais modernas, quaisquer que sejam, sem ele não podem desenvolver com amplitude os seus negócios, atuar com eficácia no campo largo e aberto da concorrência". Por sua vez, o crédito será obtido com maior facilidade se os agentes financeiros estiverem cientes de que a sua recuperação estará tutelada por uma legislação que lhes ofereça maior segurança.

Por fim, destaca-se que as escolhas políticas que informam o desempenho intervencionista do Estado são escolhas motivadas por interesses de grupos que estão no poder em determinado momento. O Estado brasileiro "não se constitui como um espaço público livremente pactuado ao qual todos os segmentos sociais tenham iguais possibilidades de acesso, qualificando-se tradicionalmente como um *locus* apropriado por elites econômicas que instrumentalizam o poder para servir aos seus próprios interesses."[166]Associado aos referidos fatos, tem-se a apontada necessidade de superação do modelo jurídico de construção e compreensão do "poder" estatal, que por décadas estigmatizou a dogmática jurídica com a incompreensível

---

[163] COSTA, Ana Carla Abrão. ***Sistemas legais de insolvência, incentivos e mercado de crédito: uma abordagem institucional***. Departamento de Pesquisa do Banco Central do Brasil, 2004.

[164] Em termos econômicos, a eficiência pode ser definida como a relação entre os custos e benefícios agregados a uma situação. Um conceito mais elaborado pode ser definido como o Ótimo de Pareto, que é a situação em que não há mudança que melhore a posição de um agente sem piorar a posição de pelo menos um outro agente. Definição extraída de PINHEIRO, Armando Castelar***;*** SADDI, Jairo. ***Direito, Economia e Mercados***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 120.

[165] VALVERDE, Trajano de Miranda. ***Comentários à Lei de Falências***. v. I, 3ª ed., São Paulo: Forense, 1962, p. 05.

[166] GRAU, Eros Roberto. ***O Direito Posto e o Direito Pressuposto***. Malheiros Editores. São Paulo: 2008, p.138

petrificação de privilégios e garantias do ente público que não mais se compatibilizam com um conceito de Administração Pública pós-moderna, ao enaltecer uma injustificada distinção entre a forma de subsunção do credor público e particular aos procedimentos de insolvência empresarial, mais notadamente ao processo de recuperação judicial de empresas.

2.3 Desenvolvimento econômico, mercado e organizações como fatores condicionantes do processo de resolução de crise empresarial

O Estado pós-moderno possui diversas facetas. Na contemporaneidade, o Estado não se identifica mais como uma instituição simplesmente voltada para a segurança e bem-estar do seu povo, identificando-se também como um mecanismo de fomento e transformação econômica. Segundo Evans,[167] estar envolvido na transformação econômica tem duas facetas diferentes. Em primeiro lugar, significa envolver-se no processo de acumulação de capital. A criação de riqueza não é mais considerada apenas uma função da natureza através dos mercados, visto que o Estado também está envolvido, com a facilitação do empreendedorismo, facilitando a criação de novas capacidades produtivas. Tem-se aí uma melhor visão da responsabilidade do estado para além de um agente meramente propulsor de bem-estar social.

Igor Vallinote[168] assevera que “a noção de *embeddeness* (imersão) é utilizada por Evans[169] para compreender a forma como os governos desenvolvem seus relacionamentos com o setor privado, permitindo criar três categorias de Estados: o predatório, o intermediário e o desenvolvimentista”. O Estado predatório seria aquele “desprovido de uma burocracia bem treinada e dotada de uma coesão ideológica, cuja presença traz problemas graves para os países que se encaixam nessa categoria”, sendo um exemplo dessa consequência direta de sua existência, a presença endêmica da corrupção nas relações entre público e privado. O Estado intermediário “combinaria corpos burocráticos dotados de eficiência significativa, todavia,

---

[167] EVANS, P. ***Embedded Autonomy: States and Industrial Transformation***. Princeton: Princeton University Press, 1995. p.06.
[168] VELOSO, Igor Vallinote. ***Estado, Empresariado e Política Industrial: O caso das políticas Industriais brasileiras no período 2004-2014***. Revista Multiface. Belo Horizonte. Vol. 06, nº 01. 2018.p.34.
[169] Idem.

apresentando algumas características do Estado predatório". Por último, o Estado desenvolvimentista "possui uma burocracia altamente qualificada e recursos para interação com entes do setor privado de forma autônoma", capaz de resistir a quaisquer tipos de pressões e tentativas de alteração de agenda política advindas dos grupos com os quais o Estado interage.

Para Douglass North[170], o capitalismo era essencialmente a liberação de oportunidades de mercado, com o crescimento da produção aceito como uma extensão da economia de mercado, de forma que se os obstáculos políticos, culturais e institucionais aos mercados competitivos fossem eliminados, o crescimento econômico aumentaria. Contrariamente a essa posição, Khan & Blankenburg[171] afirmam que "argumentos mais estreitamente associado à análise de Marx aponta para as condições institucionais específicas do capitalismo primitivo que asseguraram um rápido crescimento da produtividade, como outrora ocorrera na Inglaterra, cujo rápido crescimento da produtividade foi associado ao surgimento de um novo sistema de direitos de propriedade ('modo de produção') que exigiu a imposição de uma nova estrutura de direitos e instituições que forçou o crescimento da produtividade". Se estas observações estiverem corretas, terão enorme significado para os atuais debates sobre as condições institucionais para o rápido crescimento da produtividade nos países em desenvolvimento, pois é improvável que as economias dinâmicas surjam simplesmente removendo os obstáculos ao mercado e tentando tornar os mercados mais eficientes. Essa perspectiva sugere que o desenvolvimento envolve uma transformação social e aponta para o relevante papel de liderança que o Estado tem que desempenhar na organização dessa transformação.

No caso brasileiro, observa-se que a teoria que fundamentou efetivamente a política de desenvolvimento foi a denominada "teoria do subdesenvolvimento da CEPAL" (Comissão Econômica para a América Latina), a qual teve papel preponderante no cenário político brasileiro entre os anos de 1950-1964. As teses da CEPAL obtiveram grande receptividade do governo brasileiro, pois davam fundamentação científica para a tradição intervencionista e industrialista existentes no Brasil desde a década de 1930. O discurso cepalino, nas palavras de Gilberto

---

[170] NORTH, D. ***Institutions, Institutional Change and Economic Performance.*** Cambridge: Cambridge University Press. 1990

[171] KHAN, Mushtaq H.; STEPHANIE Blankenburg. ***The Political Economy of Industrial Policy in Asia and Latin America***. in Giovanni Dosi and Mario Cimoli, eds. Industrial Policy and Development. Oxford: Oxford University Press 2009.

Bercovici,[172] tinha a concepção de Estado como instituição promotora do desenvolvimento, coordenado por meio do planejamento, dando ênfase à integração do mercado interno e à internacionalização dos centros de decisão econômica.

O núcleo básico da teoria cepalina do subdesenvolvimento latino-americano e periférico em geral foi formulado entre a chegada de Raúl Prebisch[173], em 1949, ao escritório da CEPAL em Santiago, no Chile, e o final dos anos 50. Possivelmente, em parte por ter sido elaborada ao longo dos anos, em diversos trabalhos da CEPAL, e em parte por ter surgido no contexto de estudos aplicados sobre as economias latino-americanas, a teoria cepalina manteve-se essencialmente como uma teoria não-formal, na qual a elaboração de hipóteses, conceitos e implicações foi conduzida paralelamente à descrição de aspectos da realidade econômica da América Latina.

A teoria cepalina desenvolveu-se, sobretudo, mediante à análise de agregados macroeconômicos, em uma abordagem muito próxima a dos modelos de crescimento keynesianos e neoclássicos que proliferaram a partir dos anos 40. O desenvolvimento econômico foi, de fato, estudado na tradição da CEPAL a partir da interação de agregados como poupança, investimento, progresso técnico e renda nacional. Os trabalhos de Celso Furtado,[174] o principal autor cepalino que procurou incorporar os *insights* da CEPAL à teoria do desenvolvimento e do crescimento econômico, são particularmente ilustrativos do diálogo entre a perspectiva macro cepalina e as tradições keynesiana e neoclássica. Tal perspectiva macro também é comum às teorias da dependência e do capitalismo tardio, embora no caso dessas últimas predominem conceitos de origem marxista. Na visão da teoria cepalina, o Estado nacional evoluiu para assumir o papel de intérprete dos interesses coletivos e assegurador da efetivação dos frutos de suas vitórias, fato que se verifica mediante a necessidade de o estado efetivar a proteção ao mercado interno. A experiência tem demonstrado que o motor do crescimento de países de grandes dimensões tende a ser o mercado interno.[175].

---

[172] BERCOVICI, Gilberto. ***Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988***. São Paulo: Malheiros, 2005.p.49

[173] A história de Raúl Prebisch e a da CEPAL como instituição estão estreitamente vinculadas. Prebisch entrou na CEPAL pouco após a sua criação, em 1948 e, ao redigir, em 1949, o que posteriormente ficaria conhecido como o Manifesto da CEPAL, viria a marcar a pauta da reflexão teórica das décadas seguintes e lideraria o trabalho de alguns dos intelectuais latino-americanos mais brilhantes da época, os quais havia conseguido atrair para a instituição. In: ***Raúl Prebisch e os desafios do desenvolvimento no século XXI***. Disponível em <https://biblioguias.cepal.org/prebisch_pt/raul-prebisch-e-cepal>. Acesso em 21/06/2019.

[174] FURTADO, Celso. ***O capitalismo global***. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

[175] Idem.

Importante que seja ressaltado, como afirma Bresser Pereira,[176] que desenvolvimento econômico e crescimento econômico não são expressões sinônimas. Desenvolvimento econômico geralmente é definido como o aumento da produção *per capita* por meio da reorganização dos fatores de produção, definição que não distingue desenvolvimento de crescimento. Ambos os fenômenos envolvem aumento da produtividade, de bens e serviços. Desenvolvimento, porém, implicaria na modificação de toda uma estrutura econômica e social da região em foco, realizada em fases definidas, diferentemente do simples crescimento econômico, associado apenas ao aumento da renda *per capita*. Para o referido autor, a reorganização sistemática e racional dos fatores de produção é, portanto, o elemento essencial do desenvolvimento econômico. Esta reorganização se realiza por meio de duas formas que se completam: “pela reorganização dos fatores já integrados no processo de produção, visando maior eficiência; ou pela modificação na proporção dos fatores empregados, aumentando-se a participação do capital em relação ao trabalho.” Estas duas formas, que geralmente aparecem conjugadas, estão diretamente relacionadas com as duas causas principais do desenvolvimento econômico - a inovação e a acumulação de capital - causas estas intimamente ligadas à figura do empresário, um dos elementos estratégicos no processo de desenvolvimento de um país.[177]

A reorganização dos fatores de produção realiza-se no plano nacional no âmbito das empresas. O desenvolvimento econômico não é função exclusiva das decisões tomadas pelos empresários, mas, sem dúvida, "a feição característica do desenvolvimento é o crescimento das empresas, isto é: o aparecimento de um pequeno número de pessoas, investidores particulares ou funcionários públicos, que utilizam grandes somas de capital e dão emprego a um grande número de pessoas". Esse "pequeno número de pessoas" são os empresários, cujo papel dentro do desenvolvimento econômico de um país é crucial.[178] Do ponto de vista da teoria econômica, Joseph Schumpeter[179] afirma, como inerente ao *modus operandi* da inovação, a existência de novos empresários e de novas firmas. Os empresários promovem as mudanças descontínuas que alteram o estado de equilíbrio do modelo

---

[176] BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. ***Desenvolvimento econômico e o empresário***. Revista de Administração de Empresas I EAESP I FGV, São Paulo, Brasil. Texto publicado na RAE, 2 (4): 79-91, mai/ago. 1962

[177] Idem.

[178] Idem.

[179] SCHUMPETER, Joseph A. ***Capitalismo, socialismo, democracia***. Rio de Janeiro: Zahar. 1984. p.187

econômico em fluxo circular. Por meio da realização de novas combinações, conseguem construir uma nova função de produção, ou combinar os recursos produtivos de maneira nova, diferentemente de MARX, que analisa esse agente econômico como um ser objetivado dentro do sistema capitalista. Para Joseph Schumpeter,[180] a função dos empresários é “reformar ou revolucionar o padrão de produção explorando uma invenção ou, mais geralmente, uma possibilidade ainda não tentada de produzir nova mercadoria, de produzir uma já existente de maneira nova, de abrir uma nova frente de oferta de materiais, uma nova colocação para produtos existentes, de reorganizar uma indústria e assim por diante".

A abordagem de Joseph Schumpeter sobre o conceito de empresário diverge da abordagem analítica de Frank Knight,[181] a qual define a função empresarial como aquela que carrega o risco do empreendimento (*risk bearing*), ao fazer uma diferenciação entre risco mensurável e incerteza. De acordo com esta distinção, em uma situação ideal onde não houvesse incertezas, o homem poderia efetuar operações automáticas, adequando-se as alterações do ambiente de modo mecânico. Mas quando a incerteza entra em cena, a execução de tarefas torna-se uma atividade secundária e o que importa é decidir o que e como fazer, de forma a provocar mudanças na organização da sociedade.[182]

A partir de premissas voltadas para a integração da empresa com os mercados, Ronald Coase[183] afirma que “empresa, sociedade e mercado são noções de primeira aproximação em matéria que não admitem mais simplificações e percursos lineares”. O que se busca, nesta nova concepção, é o estudo das relações socioeconômicas, onde deve-se reconhecer a presença da economia e dos mercados na conceituação e definição da empresa. Nesta vertente, a empresa deve ser vista como um “feixe de

---

[180] SCHUMPETER, Joseph A. ***Capitalismo, socialismo, democracia***. Rio de Janeiro: Zahar. 1984. p.187

[181] KNIGHT, F. **Risk, *Uncertainty, and Profit***. Boston: Houghton Mifflin, 1921.

[182] Ibidem. p. 268. “I*n the first place, goods are produced for a market, on the basis of an entirely impersonal prediction of wants, not for the satisfaction of the wants of the producers themselves. The producer takes the responsibility of forecasting the consumers' wants. In the second place, the work of the forecasting and at the same time a large part of the technological direction and control of production are still further concentrated upon a very narrow class of the producers, and we meet with a new economic functionary, the entrepreneur*. “

“Em primeiro lugar, os bens são produzidos para um mercado, com base em uma previsão totalmente impessoal de desejos, não para a satisfação das necessidades dos próprios produtores. O produtor assume a responsabilidade de prever os desejos dos consumidores. Em segundo lugar, o trabalho da previsão e, ao mesmo tempo, grande parte do direcionamento tecnológico e do controle da produção estão ainda mais concentrados em uma classe muito restrita dos produtores, e nos encontramos com um novo funcionário econômico, o empreendedor.” (tradução livre)

[183] COASE, Ronald. ***The nature of the firm***. Econômica, 4, nº 3: 386-405, 1937.

contratos", que se irradiam a partir de um núcleo, originando direitos e obrigações. As organizações sociais ou econômicas são criadas para reduzir os custos de transação e facilitar a circulação de bens e serviços nos mercados. Assim, a personificação das sociedades que, exercentes de atividade negocial, são ditas empresárias, serve como técnica jurídica para definir um centro de imputação de efeitos jurídicos, em geral de cunho patrimonial."

A Teoria da Empresa representa o núcleo de um novo sistema de disciplina privada da atividade econômica, ao tornar-se um modelo mais adequado ao tratamento da atividade econômica que se estabelece na sociedade pós-moderna. Por essa teoria, a empresa é conceituada como sendo *atividade*, cuja "marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é corrente hoje em dia entre os doutrinadores".[184]

Não obstante, o conceito de empresa não é único, tendo fatores objetivos e subjetivos que podem alterar seu conteúdo. Ao abordar o tema, Alberto Asquini[185] considera a empresa como um "fenômeno econômico poliédrico", dissertando sobre seus quatro perfis: o subjetivo, o funcional, o objetivo e o corporativo. Pelo perfil subjetivo, a empresa é vista como empresário, aquele que exerce atividade autônoma, organizada, assumindo os riscos do empreendimento. A pessoa física ou jurídica que organiza os fatores de produção para a promoção da circulação de bens ou serviços é identificada com a empresa. Pelo perfil funcional, a empresa identifica-se com a própria atividade. Ela é vista como sinônimo de empreendimento, significando um complexo de atos organizados voltados à produção ou circulação de bens ou serviços. Pelo perfil objetivo, a empresa compreende o próprio estabelecimento, identificado pelo local em que é exercida a atividade econômica. Por fim, o perfil corporativo representa uma instituição, caracterizada pela reunião de pessoas que almejam um objetivo econômico comum, que visa maximizar o resultado da produção. Dos perfis

---

[184] Conforme parecer emitido por Fábio Ulhoa Coelho ao Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil. Disponível em <http://www.irtdpjbrasil.com.br/parecerfabio.htm>. Acesso em 03.02.2007.

[185] ASQUINI, Alberto. ***Perfis da Empresa***. Tradução de Fábio Konder Comparato. Publicado na Revista de Direito Mercantil, vol. 104, out/dez de 1996, p. 109-126.

salientados por Asquini, o funcional é o que se identifica com a conceituação jurídica adotada por nossa legislação.

Sob a perspectiva de Ronald Coase, alinhada à teoria liberal da insolvência, não se vislumbraria relevância a instrumentos jurídicos que objetivam a recuperação da empresa em crise, e chega mesmo a repelir referidas medidas por serem identificadas como conducentes a resultados ineficientes, ao afirmar que o melhor que se teria a oferecer a estas empresas em crise seria sua liquidação, com a presunção de que as partes afetadas pela liquidação seriam reaproveitadas pelo mercado, formando-se novas relações contratuais com agentes que passariam a atuar em substituição à empresa extinta, ao ignorar os custos sociais da reversão da produção ao mercado. Esta reversão, para Ronald Coase, impõe-se como alternativa à existência da empresa na medida que essa se mostra incapaz de organizar os fatores de produção a custos mais baixos do que os oferecidos pelo mecanismo de preço do mercado.[186]Não se acredita, entretanto, que esta solução seja a melhor, pois ignora o custo interno do processo de liquidação da atividade econômica, que representa a perda imposta aos credores da empresa em crise, quanto ao excedente de valor do qual poderiam se beneficiar, caso se fizesse a opção pelo processo de reorganização empresarial.

Conforme lições de Walther Rathenau,[187] ainda no século passado, a grande empresa é responsável pelas bases da economia, identificada com centro de convergência dos interesses dos acionistas, da sociedade e do Estado. A percepção da natureza da empresa, por esta ótica, foi o marco para o surgimento da teoria institucionalista da empresa, que, nos dias atuais, tem estreita relação com a temática da responsabilidade social da empresa. Ao abordar temas controversos à época de seus estudos, o autor ressaltava a importância da separação entre controle e propriedade de uma empresa, bem como na profissionalização de sua administração, formando assim as bases da atual governança corporativa. Como bem assevera o autor, “a grande empresa não é mais hoje uma estrutura exclusiva dos interesses de direito privado, mas muito mais, tanto individualmente como em seu conjunto, um fator

---

[186] KIRSCHBAUM, Déborah. ***A recuperação judicial no Brasil. Governança, financiamento extraconcursal e votação no plano***. Tese de Doutorado. Universidade Federal de São Paulo, 2009. p.32.

[187] RATHENAU, Walther. ***Do sistema acionário – uma análise legal***. In: LAUTENSCHLEGER JR, Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra:” A teoria da empresa em si”. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. N.128. Outubro/Dezembro de 2002. p. 199.

da economia nacional, pertencente à totalidade, que ainda carrega consigo, em razão de sua origem, por direito ou não, traços de direito privado de uma pura empresa lucrativa, enquanto se tornou há muito e em crescente medida útil a interesses públicos e, assim, criou uma nova situação jurídica." Seu desenvolvimento no sentido da economia comunitária é possível, sua reestruturação em relações puramente de direito privado ou sua divisão em pequenas partículas privadas é inconcebível, restando demonstrar a importância dos procedimentos de reorganização empresarial para o desenvolvimento econômico da nação, o qual passa necessariamente por uma reconstrução da participação estatal nos referidos processos, visto que a legislação brasileira ainda é tímida na instituição de mecanismos eficientes de participação estatal na recuperação de empresas, consoante se observa pelas disposições da Lei nº 11.101/2005, em especial no que tange ao afastamento do crédito tributário da subsunção ao plano de recuperação judicial de empresas, ficando seu tratamento restrito à esfera administrativa, consoante se extrai do artigo 10-A da Lei 10.522/2002 e artigo 68 da Lei 11.101/2005.[188]

---

[188] Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.
Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada: I - da 1ª à 12ª prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento;II - da 13ª à 24ª prestação: 1% (um por cento);III - da 25ª à 83ª prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); IV - 84ª prestação: saldo devedor remanescente. § 1º O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos do empresário ou da sociedade empresária constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis. § 2º No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo.§ 3º O empresário ou a sociedade empresária poderá, a seu critério, desistir dos parcelamentos em curso, independentemente da modalidade, e solicitar que eles sejam parcelados nos termos deste artigo. § 4º Além das hipóteses previstas no art. 14-B, é causa de rescisão do parcelamento a não concessão da recuperação judicial de que trata o art. 58 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como a decretação da falência da pessoa jurídica.§ 5º O empresário ou a sociedade empresária poderá ter apenas um parcelamento de que trata o caput, cujos débitos constituídos, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, poderão ser incluídos até a data do pedido de parcelamento.§ 6º A concessão do parcelamento não implica a liberação dos bens e direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos. § 7º O parcelamento referido no caput observará as demais condições previstas nesta Lei, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11, no inciso II do § 1º do art. 12, nos incisos I, II e VIII do art. 14 e no §2º do art. 14-A.

Como salientado nos capítulos precedentes, entende-se que, na perspectiva atual de Estado pós-moderno, não mais é concebível que o Estado seja apenas uma instituição responsável pela edição de leis que regulamentam o sistema legal de resolução de crises empresariais, ficando alheio à sujeição aos referidos processos sob injustificados argumentos de ordem pública interpretados em dissonância com a real acepção da Administração Pública pós-moderna.[189] A falta de estrutura jurídica de incentivos para que o crédito tributário seja submetido ao plano de recuperação judicial de empresas, na tentativa de se formar uma verdadeira "*par conditio creditorum*", subverte a lógica econômica onde um processo de crise empresarial deve ser suportado por todos, em benefício da coletividade, de forma a se evitar que os problemas sejam solucionados com o Estado objetivando a maximização de seus ganhos em detrimento da coletividade, representando nítida e repudiada sobreposição do interesse público primário por interesse público secundário[190].

Max Weber[191] já afirmava que uma das condições para o desenvolvimento da atividade empresarial, em uma economia capitalista, é "o Direito racional", isto é, direito calculável. Para que a exploração econômica capitalista proceda racionalmente precisa confiar em que a justiça e a administração seguirão determinadas pautas. É preciso uma reformulação do alcance da sujeição do ente público ao sistema de

---

[189] BINENBOJM, Gustavo. ***Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo***. In: SARMENTO, Daniel (organizador). Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. O direito administrativo, nascido da superação histórica do Antigo Regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder. Uma das categorias forjadas desde essa origem autoritária foi o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Tal história (origem do Direito Administrativo) seria esclarecedora, e até mesmo louvável, não fosse falsa. Descendo-se da superfície dos exemplos genéricos às profundezas dos detalhes, verifica-se que a história da origem e do desenvolvimento do direito administrativo é bem outra. E o diabo, como se sabe, está nos detalhes. A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.

[190] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo.*** 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, pág.66. "O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles".

[191] WEBER, Max. ***Economía Y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva***. Trad. José Medina Echavarriá et al. México: Fondo de Cultura Económica. 1964. pp. 652-653.

resolução de crises empresariais, em especial da necessidade de sua sujeição ao plano de recuperação judicial de empresas, a fim de se permitir um melhor equilíbrio entre os responsáveis pelo sucesso da reorganização empresarial. Nas lições de John Nash,[192] que lhe rendeu o Prêmio Nobel de Economia, as partes devem evitar solucionar seus problemas objetivando a maximização de seus ganhos por via de uma decisão individual, ao optar por colaborar em busca de uma solução que se afigure como melhor para todos, e, consequentemente, para a empresa.

2.4 O equilíbrio cooperativo na resolução de crises empresariais e a participação estatal

O Direito Concursal, pautado pelo princípio da execução coletiva, pressupõe a atuação de diversos agentes econômicos na solução da crise econômico-financeira-patrimonial por que passa o devedor. E pelo fato de haver muitos agentes envolvidos nesse processo de insolvência coletiva, haverá interesses divergentes e conflitantes no decorrer do processamento da falência ou recuperação de empresas. Em meio a essas duas alternativas de resolução da crise, poderão haver casos em que a solução mais eficiente e racional[193] esteja comprometida, podendo acarretar prejuízos à coletividade.

A chance de ocorrer o desvirtuamento supramencionado está diretamente relacionada aos inúmeros conflitos existentes entre os agentes econômicos envolvidos na crise da empresa, fazendo com que o resultado final do processo fique distante do *Ótimo de Pareto*.[194] A partir de uma lógica racional, em uma economia de bem-estar, que objetiva a distribuição de recursos entre indivíduos na sociedade, o conceito de melhoria de Wilfredo Pareto[195] supõe que seja possível uma transação

---

[192] Em 1950, John Nash escreveu uma tese de doutorado que lhe rendeu em 1995 o Prêmio Nobel de Economia. Seu trabalho, conhecido como o "Equilíbrio de Nash" revolucionou o estudo de estratégia econômica No equilíbrio de Nash nenhum jogador se arrepende de sua estratégia, dada a posição de todos os jogadores. Neste cenário, um jogador não está satisfeito com a estratégia dos outros jogadores, mas está convicto da escolha correta que efetuou, face a escolha dos outros jogadores.

[193] O comportamento racional é aquele que maximiza as vantagens ou valores esperados, subsumíveis a uma função numérica de utilidade. Cf. FREIRE, Paula Vaz. ***O comportamento econômico e o imperialismo da economia***. In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, v. 43, n. 1, pp. 417-428.

[194] Situação que não pode ser tornada mais eficiente. Nesta hipótese, não há a possibilidade de melhorar a situação de um participante sem piorar a de outro. Cf. PARETO, Wilfredo. ***Manual de Economia Política***. Trad. de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural,1984.

[195] BARR, Nicholas. ***The relevance of efficiency to different theories of society. Economics of the Welfare State***.5th ed. [S.l.]: Oxford University Press, 2012. Vide PARETO, Wilfredo. ***Manual de Economia Política***. Trad. de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural,1984.

que beneficia ao menos uma das partes, não prejudicando a outra. No Direto Concursal, os principais conflitos estabelecidos giram em torno dos interesses dos próprios credores entre si, bem como entre os interesses destes e do devedor. Ao avançar em busca de um conceito de eficiência mais abrangente e condizente com a realidade, o critério Kaldor-Hicks[196] formula conceituação diversa, e admite que a eficiência pode ser alcançada quando aqueles que melhorem de situação tenham, em decorrência da referida modificação, capacidade de compensar os que tiveram sua situação alterada para pior. Por este critério, o foco concentra-se na capacidade de compensação que, ao ser implementada, ocasionaria um incremento no bem-estar social geral, admitindo, diferentemente de Pareto, o retrocesso de uma das partes, que seria compensado pelo aumento do bem-estar social. Percebe-se que o critério de eficiência de Pareto é mais restritivo que o critério de Kaldor-Hicks. Na realidade, nem sempre é possível encontrar medidas que melhorem a situação de parte da sociedade sem prejudicar terceiros, ou seja, nem sempre é possível encontrar melhorias de Pareto.

Ao analisar os conflitos de interesses envolvidos na crise financeira da empresa, Frederico Viana[197] explica matematicamente o fenômeno, afirmando que "a racionalidade dos credores parte da ponderação da moeda de liquidação no presente (L1) e no futuro (L2). Quando há perspectivas de que a moeda de liquidação futura seja superior ao que seria no presente (L1 < L2), os credores maximizarão seus ganhos por meio da continuidade do negócio". Nesse caso, a decisão racional deles será a opção de recuperar a empresa em crise. No entanto, caso ocorra o contrário (L1 > L2), os credores irão preferir a falência do devedor.

Todavia, nada obsta a que os credores optem pela falência, ainda que a moeda de liquidação seja inferior no presente ao que seria em uma futura recuperação de empresas. Isso se deve ao fato de que os interesses dos credores não são homogêneos, podendo determinados indivíduos agir por interesse pessoal, em

---

[196] Superando Pareto, Kaldor e Hicks elaboraram o critério de eficiência baseado na ideia de compensação dos perdedores. Ver *in* KALDOR-HICKS, ***Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility***. *Economic Journal*, v. 49, nº 549, 1939. KALDOR,Nicholas. ***Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility***. Economic Journal The Economic Journal, Vol. 49, No. 195.1939. HICKS, John Richard. The theory of wages, Macmillan Co., New York, 1934. Trad. italiana La teoria dei salari, Torino, Utet, 1936.

[197] RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. In: ***Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro***. Ano XLIV, nº 138, abril-junho de 2005, p. 115.

detrimento do interesse coletivo. Essa situação é bem definida por Mancur Olson,[198] que, ao tratar da *Teoria da Ação Coletiva,* prescreve que "na obtenção de um bem coletivo, o indivíduo racional prefere a força da união a seu esforço isolado, mas prefere ainda mais a primeira hipótese sem a sua participação, pois, desta forma, pode obter benefício sem custo".

Assim, segundo Frederico Viana,[199] quando a moeda de liquidação é baixa (L1 ≈ 0), os credores decidirão pela recuperação da empresa como um investimento em um aumento dessa moeda. Se a recuperação de empresas for eficiente, o valor da moeda de liquidação será positivo, havendo ganho para os credores. Caso a recuperação seja frustrada, não haverá perdas, pois, considerando L1 próximo de zero, qualquer resultado superior será considerado maximização de ganho para os credores.

A análise de viabilidade de deflagração de uma situação arriscada, como a acima mencionada, é avaliada pelo que o autor chama de risco moral (*moral hazard*), devendo haver um incentivo para que o agente econômico possa retirar proveito da situação sem incorrer em probabilidade de perdas. O mais comum é que os devedores, e não os credores, incorram em risco moral.[200] Essa hipótese verifica-se mais comumente, pois o patrimônio do devedor já é negativo, e não incorre em maiores perdas caso o investimento não obtenha resultados positivos. Nessa hipótese, o resultado negativo do investimento acarretará perdas para os devedores, que terão uma moeda de liquidação inferior à que tinham no início do processo.

Na recuperação judicial, apesar do plano de recuperação apresentado pelo devedor beneficiar a coletividade, poderá um, ou alguns credores, rejeitá-lo, por razões diversas, no intuito de beneficiar-se individualmente com essa situação, ocasionando um *holdout problem*. Esse *free-rider*[201] atua na busca da maximização individual de seus haveres junto ao devedor, levando a um resultado final distanciado

---

198 OLSON, Mancur. ***A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais***. São Paulo: Edsup, 1999.

199 RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. In: ***Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro***. Ano XLIV, nº 138, abril-junho de 2005, p. 115.

200 Cf. WESTBROOK, Jay Lawrence. ***The control of wealth in bankruptcy***. In Law and Economics Working Paper. N. 23. The University of Texas School of Law, mar. 2004, p. 839. Apud RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. In***: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro***. Ano XLIV, nº 138, abril-junho de 2005, p. 116.

201 Termo utilizado pela doutrina norte-americana para designar o indivíduo que não age de forma coletiva, objetivando maximizar suas vantagens em detrimento do grupo.

do modelo ideal, ocasionando a perda de eficiência do processo como um todo. Conforme já mencionado alhures, a falta de estrutura jurídica de incentivos para que o crédito tributário seja submetido ao plano de recuperação judicial de empresas, na tentativa de se formar uma verdadeira "*par conditio creditorum*" subverte a lógica econômica onde um processo de crise empresarial deve ser suportado por todos, em benefício da coletividade, de forma a se evitar que os problemas sejam solucionados com o Estado objetivando a maximização de seus ganhos em detrimento da coletividade, ao representar nítida e repudiada sobreposição do interesse público primário por interesse público secundário. O interesse público secundário identifica-se com o mero interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que se identifica com a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social. Nos dizeres de Bandeira de Mello[202] "o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles."

2.5 Limites e alcance da participação estatal na resolução das crises empresariais: entre utopia e realidade

A doutrina brasileira tem se referido à participação do Estado na resolução das crises empresariais apontando a importância do papel desenvolvido pelo Poder Legislativo ao apresentar projetos de lei que permitam adequar a legislação pátria às diretrizes de um sistema de insolvência coletivo eficiente divulgadas pelo Banco Mundial e ao papel atribuído ao Poder Judiciário de bem aplicar a lei, ou seja, de efetuar a construção de entendimentos jurisprudenciais que levem em consideração as perspectivas micro e macroeconômicas da legislação falimentar e de recuperação de empresas. Sobre o tema, já foi afirmado em obra[203] que o legislador pátrio atentou para essas práticas ao elaborar a Lei nº 11.101/2005, visto que da leitura do diploma legal pode-se extrair, implícita e explicitamente, que "o objetivo da nova legislação é

---

[202] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 66.
[203] LOPES, Bráulio Lisboa. ***Aspectos Tributários da Falência e Recuperação de Empresas***. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

o de garantir a recuperação de empresas viáveis e eficientes, evitando o estado de falência, o que trará benefícios não só para a sociedade empresária, mas também para os mercados". O papel exercido pelo Poder Judiciário também será fundamental, "visto que não apenas as decisões têm significado nesse cenário, mas também os meios de se implementar as referidas decisões."

Autores, como Ana Carla Abrão,[204] afirmam que o estabelecimento de uma estrutura legal de insolvências eficaz, embora condição necessária, não é condição suficiente para que os processos de resolução sejam eficientes e os impactos sobre o mercado de crédito sejam positivos. "A sua aplicação correta é fundamental para que os ganhos estabelecidos pela lei sejam efetivamente incorporados pela economia. Para tanto, o sistema judiciário joga papel muito importante, pois pode significar a consolidação dos avanços ou o seu impedimento." No mesmo sentido Pinheiro e Saddi[205] afirmam que "direitos de propriedade assinalados corretamente, sobretudo respeitados, são fundamentais para a definição do desempenho econômico. Daí o conceito de segurança jurídica, ou seja, a ação de tornar definitiva uma decisão jurisdicional. A segurança e a justiça são valores jurídicos relacionados entre si."

Indubitavelmente, o Estado, representado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, tem papel importante na resolução de crises empresariais, pois são, respectivamente, responsáveis pela elaboração legislativa e correta aplicação da lei. Não obstante, entende-se que o Poder Executivo também tem papel relevante na resolução das crises empresariais, pois participa dos processos de insolvência na qualidade de credor, ora detentor de crédito público de natureza tributária e, ora detentor de crédito público de natureza não tributária. Ocorre que, no atual cenário legislativo imposto pela Lei nº 11.101/2005, o crédito tributário não se sujeita ao plano de recuperação judicial, estando o deferimento do processamento da recuperação judicial vinculado à apresentação de certidões negativas ou positivas com efeito de negativas, a teor do disposto no artigo 57 da Lei nº 11.101/2005, e fica o crédito tributário sujeito ao parcelamento administrativo especial, nos moldes do artigo 10-A da Lei nº 10.522/2002 e artigo 68 da Lei nº 11.101/2005.[206]

---

[204] COSTA, Ana Carla Abrão. ***Sistemas legais de insolvência, incentivos e mercado de crédito: uma abordagem institucional***. Departamento de Pesquisa do Banco Central do Brasil, 2004

[205] PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. ***Direito, Economia e Mercados***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 99

[206] Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de

Surge uma questão a ser analisada, a fim de enfrentar a temática do alcance da participação estatal na resolução das crises empresariais. No processo de recuperação judicial de empresa há uma dualidade de interesses que a legislação pretende proteger. De um lado, encontra-se o interesse individual do empresário ou sociedade empresária, de outro, um interesse maior, de ordem social e econômica. Esse dualismo não tem convivência harmoniosa, sendo prejudicial ao sistema como um todo, sob a ótica econômica. A respeito da questão, interessante ressaltar o entendimento de Fábio Konder Comparato[207], para quem:

> O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encetou o nosso direito falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário. (...) a análise dos interesses objetivos dos credores passa por uma apreciação da situação econômica da empresa e de suas possibilidades de superar a crise de liquidez em que se encontra.

---

acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.
Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada: I - da 1ª à 12ª prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento;II - da 13ª à 24ª prestação: 1% (um por cento);III - da 25ª à 83ª prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); IV - 84ª prestação: saldo devedor remanescente. § 1º O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos do empresário ou da sociedade empresária constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis. § 2º No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo.§ 3º O empresário ou a sociedade empresária poderá, a seu critério, desistir dos parcelamentos em curso, independentemente da modalidade, e solicitar que eles sejam parcelados nos termos deste artigo. § 4º Além das hipóteses previstas no art. 14-B, é causa de rescisão do parcelamento a não concessão da recuperação judicial de que trata o art. 58 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como a decretação da falência da pessoa jurídica.§ 5º O empresário ou a sociedade empresária poderá ter apenas um parcelamento de que trata o caput, cujos débitos constituídos, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, poderão ser incluídos até a data do pedido de parcelamento.§ 6º A concessão do parcelamento não implica a liberação dos bens e direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos. § 7º O parcelamento referido no caput observará as demais condições previstas nesta Lei, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11, no inciso II do § 1º do art. 12, nos incisos I, II e VIII do art. 14 e no §2º do art. 14-A.

[207] COMPARATO, Fábio Konder. ***Aspectos jurídicos da macroempresa***. São Paulo: RT, 1970, pp. 102-103.

Nesse diapasão, ao levar-se em consideração os objetivos econômicos da legislação, a inviabilização da concessão da recuperação judicial em face da existência de dívidas tributárias impedirá o soerguimento da empresa no mercado, acarretando a própria impossibilidade de se efetivar o pagamento do crédito tributário. Faz-se cogente, portanto, o dever do Estado de contribuir na recuperação da empresa em crise, não se justifica que a existência de débito tributário possa constituir impedimento ao desenvolvimento do processo de recuperação judicial de empresas, ensejando a decretação da falência.[208] A respeito do tema, Paulo Penalva Santos[209] afirma que o legislador não quis que a ausência das referidas certidões pudesse dar ensejo à decretação da falência, pois, "do texto legal, remetido a sanção, foi expressamente suprimido o inciso IV do artigo 73, que autorizava a decretação da quebra se não fossem apresentadas as certidões de que trata o artigo 57". Assim, para o autor, a consequência lógica é a extinção do feito, sem resolução do mérito, não sendo possível, nesse caso, decretar a falência.

Em que pese a abalizada opinião do autor, entende-se que a extinção do feito, sem resolução do mérito, não satisfaz os objetivos da legislação falimentar e de recuperação de empresas, sendo necessário, portanto, solucionar o problema de forma a possibilitar o prosseguimento da recuperação judicial. Nesse sentido, já se tem o posicionamento da Câmara Especial de Falência e Recuperações Judiciais do

---

[208] Importante ressaltar que nos autos do processo 2005.001.072887-7 em trâmite na 8ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, onde se processa a recuperação judicial da **Varig S/A**, o Ministério Público foi instado a se manifestar no pedido da empresa em recuperação que solicitava a dispensa da apresentação das referidas certidões negativas. Após discorrer sobre o assunto, o Parquet manifestou, em 22.12.2005, pela suspensão transitória da exigibilidade de apresentação das certidões negativas. Alegou o MP, em sua fundamentação, que a norma do artigo 57 da Lei 11.101/2005 não prevê sanção em caso de não apresentação das certidões, podendo o processo percorrer dois caminhos a partir daí: decretação da falência ou extinção. Entendeu o órgão ministerial que nenhuma das duas possibilidades atende a finalidade da lei, por frustrarem os interesses da comunidade de credores. No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público nos autos 05.068090-1, em trâmite na 1ª Vara de Recuperações e Falência de São Paulo, referente ao processo de recuperação judicial da **Parmalat Brasil S/A**, em que o parquet manifestou, em 28 de janeiro de 2006, pela inconstitucionalidade do artigo 57 da Lei nº 11.101/2005, opinando pela homologação do plano de recuperação judicial sem a apresentação das referidas certidões negativas. In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino**. Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 129-150. Em julho de 2007, a Câmara Especial de Falência e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo dispensou a companhia aérea **VASP S/A** da apresentação da certidão negativa de débitos tributários para ter direito à recuperação judicial. A Turma julgadora entendeu que a exigência é abusiva enquanto não for cumprida a previsão de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Autos nº 583.00.2005.070715-0. Fonte: Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/static/text57602. Acesso em 17/07/2007.

[209] SANTOS, Paulo Penalva. ***Aspectos relevantes da nova lei de falências e de recuperação de empresas***. Revista Jurídica. Curitiba: Fonte do direito, n. 353, março 2007, pp. 77-94. apud FERNANDES, Jean Carlos. ***Direito Empresarial Aplicado***. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.190.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que dispensou uma empresa em recuperação judicial da apresentação das referidas certidões negativas de débitos tributários, por entender que a exigência é abusiva.[210]

Na I Jornada de Direito Comercial realizada pelo Conselho da Justiça Federal (2013), editou-se o Enunciado nº 55 acerca do tema, o qual preceitua que "o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no artigo 57 da Lei n. 11.101/2005 e no artigo 191-A do CTN". A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça seguiu essa mesma linha de entendimento,[211]acompanhando voto do Ministro Luís Felipe Salomão. Em seu voto, afirma o ministro que "a lei precisa ser interpretada sempre com vistas à preservação da atividade econômica da empresa e não com "amesquinhada visão de que o instituto visa a proteger os interesses do empresário". (...) "O valor primordial a ser protegido é a ordem econômica" (...) "Em alguns casos, é exatamente o interesse individual do empresário que é sacrificado, em deferência à preservação da empresa como unidade econômica de inegável utilidade social".

A priori, parece que o legislador conferiu um prazo para que o devedor providencie a quitação das dívidas tributárias concomitantemente com a elaboração do plano de recuperação judicial. Referido prazo inicia-se com o deferimento do processamento da recuperação judicial e termina com a juntada aos autos do plano de recuperação judicial, devidamente aprovado pela assembleia geral de credores, ou após decorrido o prazo para a instalação da assembleia geral de credores, a fim de deliberar sobre eventual objeção formulada pelos credores ao plano de recuperação. De acordo com o artigo 56, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, o prazo máximo para a instalação da assembleia é de 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Observa-se que a exiguidade do prazo acaba por inviabilizar a quitação dos tributos eventualmente devidos pela empresa em recuperação e, caso seja realmente

---

[210] TJSP. Autos nº 583.00.2005.070715-0. Os autos referem-se ao processo de recuperação judicial da VASP S/A.

[211] STJ - Recurso Especial nº 1.187.404

essa a intenção do legislador, tal fato comprometerá os objetivos da recuperação de empresas instituídos pela legislação falimentar. Nas palavras de Martins Proença[212]:

> Não há dúvidas de que a obrigação da apresentação das certidões de débitos tributários (negativa ou positiva com efeitos de negativa) pode dificultar a recuperação da empresa, e após todo o procedimento ocorrido até a aprovação do plano de recuperação pela assembleia geral de credores, poderá tornar sem efeito aquilo que já foi realizado no processamento da recuperação, colocando em risco o objetivo primordial do novo direito concursal em recuperar empresas viáveis, principalmente quando se nota que a quase totalidade das empresas no país detentoras de volumoso passivo têm, entre seus principais credores, o Fisco.

Na vigência da legislação anterior, consoante o artigo 174, inciso I, do Decreto-Lei nº 7.661/45, as certidões negativas de débito fiscal somente eram exigidas ao final da concordata, cujo prazo máximo era de dois anos, tendo o devedor um lapso temporal bem maior do que o estabelecido pela atual legislação para que pudesse quitar suas dívidas tributárias.

Nas lições de Secchi Munhoz,[213] a jurisprudência "acabou flexibilizando a aplicação do artigo 174, I, ao admitir que o devedor desistisse da concordata, no final do processo, como forma de evitar que a falta de apresentação das certidões negativas de tributos acarretasse a decretação de sua falência". O autor ainda menciona que a imposição da regularidade de débitos fiscais como condição para o processamento da recuperação judicial acaba por conceder ao ente tributante um "poder de veto absoluto à recuperação de empresa", solução que entende inadequada e incompatível com a ordem de classificação dos créditos imposta pelo artigo 83 da Lei nº 11.101/2005.

O preceito normativo contido no artigo 57, da Lei nº 11.101/2005, repetido no artigo 191-A do Código Tributário Nacional, caracteriza uma verdadeira sanção política, um meio coercitivo indireto de cobrança dos créditos tributários, ao representar uma limitação administrativa ao exercício da atividade empresarial. Este posicionamento coaduna-se com julgados anteriores do Supremo Tribunal Federal que declararam a inconstitucionalidade da utilização de meios indiretos de cobrança de créditos tributários. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI 173/DF e a ADI

---

[212] PROENÇA, José Marcelo Martins. In SOUZA JUNIOR, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes(coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 640.

[213] MUNHOZ, Eduardo Secchi. In SOUZA JUNIOR, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 282.

394/DF, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º, I, III, e IV , e §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 7.711/1988, que, dentre outras disposições, obrigava a comprovação de regularidade fiscal na hipótese de transferência de domicílio para o exterior e vinculava o registro e arquivamento de contrato social de sociedades e atos similares à quitação de créditos tributários.

O Supremo Tribunal Federal, nos julgados acima, pautou seu entendimento no enunciado de súmulas[214] que preceituam a inadmissibilidade de interdição de estabelecimento empresarial, a apreensão de mercadorias e a proibição do exercício de atividades profissionais como meio coercitivo de cobrança de tributos. A Corte Suprema entende, pois, que a imposição das referidas "sanções políticas" ofende ao princípio do devido processo legal, a liberdade de iniciativa, a garantia de livre exercício de atividade econômica, entre outros princípios.

Em setembro de 2020, ao apreciar o tema em sede de Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 43169/SP, o Ministro do STF Luiz Fux, em decisão liminar monocrática, enfrentou o tema afirmando que "a exigência da certidão foi desenhada pelo legislador para que o devedor regularizasse a sua situação a partir do pedido de parcelamento formalizado junto à Administração Tributária. Consectariamente, o deferimento do pedido induz à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários (art. 151, VI do CTN), permitindo a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, que atesta a regularidade fiscal da empresa e permite a concessão da recuperação (art. 206 do CTN). A fortiori, o que os dispositivos afastados na decisão reclamada impõem é que para além da negociação com credores privados, o devedor efetive a sua regularização, por meio do parcelamento, de seus débitos junto ao Fisco. Até porque, a não efetivação desta medida possibilita a continuidade dos executivos fiscais movidos pela Fazenda (art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05), o que, em última instância, pode resultar na constrição de bens que tenham sido objeto do Plano de Recuperação Judicial, situação que não se afigura desejável."

---

[214] Súmula 70 do STF: "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo".
Súmula 323 do STF: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."
Súmula 547 do STF: "Ao contribuinte em débito, não é lícito à autoridade proibir que adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais."

Nos termos da decisão retro mencionada, as disposições contidas nos arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do CTN não interditam o pedido de recuperação judicial do devedor da Fazenda Pública, apenas exigem que a regularização de tais débitos dê-se dentro das balizas legais. Percebe-se, pois, clara mudança de entendimento em relação ao que havia sido pacificado no âmbito do STJ. Indaga-se até que ponto este recente entendimento (decisão monocrática liminar) encontrará guarida no plenário do STF e em que medida a Lei 13.988/2020, que amplia o prazo de parcelamento de dívida tributária com a União para até 145 meses (para empresário individual, microempresa e empresa de pequeno porte), servirá de parâmetro para a manifestação dos demais ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na visão de Liam Murphy e Thomas Nagel,[215] "a propriedade privada é uma convenção jurídica definida em parte pelo sistema tributário, logo, o sistema tributário não pode ser concebido como algo dotado de existência e validade independentes". Os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmos ajudam a criar. "A justiça[216] ou injustiça na tributação não pode ser outra coisa senão a justiça, ou injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias que resultem de um determinado regime tributário." Explica-se: a economia moderna na qual ganhar dinheiro seria impossível sem a estrutura fornecida pelo governo, que é sustentado pelos impostos. Isso não significa, no entanto, que os impostos não devam ser objeto de avaliação, mas que o objeto de avaliação deve ser o sistema de direitos de propriedade que possibilitam.

A Lei nº 13.043/2014 instituiu o parcelamento especial para empresas em recuperação judicial, instituto definido em seu artigo 43, o qual altera a Lei nº 10.522/2002 para incluir o artigo 10-A, ao possibilitar à empresa, em situação de insolvência, aderir ao programa de parcelamento especial para empresas em recuperação judicial. Se por um lado o referido programa aparentemente resolve o primeiro problema levantado acerca do real alcance da participação estatal na resolução de crises empresariais, referente à necessidade de apresentação de

---

[215] NAGEL, Thomas; MURPHY, Liam. ***O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça***. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11

[216] Justiça, segundo a ótica econômico-jurídica, refere-se à compensação de cada agente, no mercado, segundo seu interesse, observado o interesse de terceiros. Posner trabalha a questão da justiça distributiva e justiça corretiva a partir de Aristóteles, afirmando que é necessário corrigir o senso comum de que as ideias Aristotélicas e Kantianas de justiça são mais aceitáveis, moralmente, do que aquelas próprias de uma visão pragmática e instrumental. Vide POSNER, Richard. ***The Problems of Jurisprudence***. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1990.

certidões negativas de débito tributário, como requisito para a concessão de recuperação judicial, ele não resolve um segundo problema, talvez mais crônico, qual seja: na sistemática do parcelamento especial para empresas em recuperação judicial o Estado continua fora do alcance do plano de recuperação judicial, ao ensejar uma subversão da "*par conditio creditorum*" olvidando o papel de destaque e responsabilidade que o Estado deve ter, em conjunto com os demais credores particulares do insolvente, na elaboração de medidas tendentes a permitir a superação da crise econômico, financeira e patrimonial pela qual passa o empresário insolvente. Na contemporaneidade, a racionalização das atividades governamentais não mais se pode entender como uma política opcional de governo, mas como um imperativo constitucional a ser obedecido, eis que a atuação do Estado na ordem econômica, como agente normativo e regulador, exercendo funções de incentivo e de planejamento econômico, estão expressas no texto constitucional, de forma a se evitar que os problemas sejam solucionados com o Estado com o objetivo da maximização de seus ganhos em detrimento da coletividade, representando nítida e repudiada sobreposição do interesse público primário por interesse público secundário.

O afastamento do crédito tributário do plano de recuperação judicial parece encontrar justificativa, simplória e equivocada na concepção de Bandeira de Mello.[217] na dogmática jurídico-administrativa prevalente no meio acadêmico brasileiro que fazem ecoar vozes de que a supremacia do interesse público sobre o privado é o verdadeiro axioma reconhecível no Direito Público, e encontra-se o poder público em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Viveiros de Castro,[218]ministro do Supremo Tribunal Federal em 1915, já afirmava em sua obra que "o caráter de público, aplicado em seu significado tradicional ao Direito do Estado, em oposição ao direito privado dos particulares, produz uma sugestão muito perniciosa, tanto no direito político como administrativo". Carlos Ari Sundfeld[219] tece críticas à visão do Direito Administrativo como antítese ao Direito Privado, onde parte da doutrina administrativa sustenta que o Direito Administrativo não pode se aproximar

---

[217] BANDEIIRA, Celso Antônio de Mello. ***Curso de direito Administrativo***. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.68-70

[218] CASTRO, Viveiros de. ***Tratado de sciencia da administração e direito administrativo***. 3ª ed. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1914, p. 101.

[219] SUNDFELD, Carlos Ari. ***Direito Administrativo para céticos***. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 141.

das práticas do Direito Privado, de forma a justificar que os poderes e a supremacia do Estado fossem muitas vezes exacerbados. Explica o autor que a doutrina[220] brasileira, que defende o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como base fundamental do Direito Administrativo, afirma que este fato não significa que 'o interesse público sempre, em qualquer situação, prevalece sobre o particular', pois tal fato refere-se a regimes totalitários, havendo a prevalência apenas "nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico". Para Carlos Ari Sundfeld, a explicação não é muito convincente, visto que, desta forma, o princípio da supremacia do interesse público seria compreendido como sinônimo do princípio da legalidade, sendo, portanto, redundante. Continua a crítica afirmando que essa corrente, por acreditar que a supremacia do interesse público é norma geral jurídica, acolhida pela Constituição da República, fazendo a "dignidade do ser humano" sobrepor-se ao liberalismo, de forma que restaria acolhido no ordenamento jurídico como princípio constitucional, não dependendo de previsões normativas específicas, em verdadeira conjugação da teoria do regime jurídico administrativo, dos princípios do Direito Administrativo e da constitucionalização do Direito Administrativo.

Desta forma, é preciso que se ultrapasse a visão de que o direito do Estado só pode ser compreendido como uma oposição às práticas do Direito Privado, ao evoluir sua construção na busca de um conceito mais amplo que, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld,[221] seria um "direito estatutário", comum para o Estado, aceitando-se aquilo que já é realidade no direito positivo: a coexistência de regimes múltiplos, construídos democraticamente pelo legislador. E é exatamente nesta busca por um regime múltiplo que reside a solução para a problemática que se coloca neste tópico, qual seja, a de possibilitar que o crédito tributário sujeite-se ao plano de recuperação judicial, na busca por uma efetiva "*par conditio creditorum*" no processo de recuperação judicial de empresas, de forma a se fomentar uma mais ampla participação do Estado (Poder Executivo) na resolução de crises empresariais.

[220] Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.
[221] Idem.

CAPÍTULO 03 - MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO ESTATAL NA RESOLUÇÃO DE CRISES EMPRESARIAIS

3.1 A compreensão do caráter consensual do plano de recuperação judicial de empresas

A necessidade de superação da crise empresarial pela instituição do concurso de credores, em especial pela técnica da recuperação judicial de empresas, acarreta a reunião dos credores em torno de um juízo relativamente universal,[222] com interesses nem sempre convergentes. As várias classes de credores têm interesse por vezes conflitantes entre si, ao ponto de tenderem a tomar decisões estratégicas, distintas no âmbito da aprovação do plano de recuperação judicial. A presença de interesses discrepantes impõe que o legislador se utilize de mecanismos jurídicos a fim de equilibrar as forças de tensão entre os credores nos órgãos assembleares, em prol de um interesse social. Como bem observa Salomão Filho,[223] as definições materiais, tanto a clássica, que vislumbra o interesse social como interesse público, quanto a moderna, que vislumbra o interesse social como o interesse à preservação da empresa, isoladamente não garantem o tão almejado equilíbrio de forças. Destarte, há a necessidade de se conjugar a vertente material e procedimental da definição de interesse social para que se tenha soluções eficientes.

---

[222] Na recuperação judicial, diferentemente do que ocorre na falência, não há a instauração de um Juízo universal, mas sim de um Juízo relativamente e *pro tempore* universal, pois as ações de execução contra o devedor ficam suspensas por um prazo determinado, de 180 dias, nos termos do artigo 6º, § 4º da Lei 11.101/2005, findo o qual elas poderão ser ajuizadas ou retomarão seu curso normal, independentemente de pronunciamento judicial. Daí a utilização da expressão "*relativamente e pro tempore*". Seguindo a linha de entendimento acerca da não instauração de um juízo universal no processo de recuperação judicial de empresas, o Superior Tribunal de Justiça editou, sob a vigência da lei 11.101/2005, a súmula 480, cujo enunciado afirma que "o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação de empresa". Acresça-se, ainda, o Enunciado n. 42 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (2013) o qual enuncia que "o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor". A Lei 13.043/2014 acrescentou o art. 10-A à Lei 10.522/2002 prevendo a modalidade especial de parcelamento do débito tributário para sociedades empresárias em recuperação judicial.

[223] SALOMÃO FILHO, Calixto. ***Recuperação de empresas e interesse social***; in: SOUZA JUNIOR, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. ***Comentários à lei de recuperação de empresas e falência***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

Do ponto de vista material, a legislação brasileira,[224] influenciada pela ideia institucionalista de preservação da empresa defendida por Walther Rathenau,[225] prevê que o plano de recuperação judicial deve atentar para a preservação da empresa e sua função social, a fim de que sua recuperação promova o estímulo à atividade econômica. Não obstante, verifica-se um desequilíbrio entre os interesses que envolvem o processo de recuperação judicial de empresas, ao ensejar forte supremacia dos interesses financeiros, como pode ser observado pela instituição, por lei, da assembleia geral de credores dividida em quatro classes.[226] A referida distribuição de classes deixa de contemplar os acionistas minoritários e parece não favorecer o consenso, ao estabelecer uma classe de trabalhadores, que tem interesse nitidamente distinto das demais classes, em especial no momento de se escolher os meios de recuperação de empresas, onde, por certo, os credores com interesse meramente financeiro irão optar por meios de recuperação que maximizem o recebimento de seus créditos, enquanto os credores trabalhistas irão deliberar pelos meios de recuperação de empresa que preservem a unidade de produção.

Fato é que, independentemente da estratégia utilizada na confecção do plano de recuperação judicial, os interesses dos credores ou classes de credores envolvidos na recuperação de empresa não se confunde com o interesse próprio (atividade) da empresa, a qual encontra proteção no âmbito do artigo 47, da lei nº 11.101/2005. Eventual assimetria entre as classes de credores deve ser afastada por meio do consenso na elaboração do plano de recuperação judicial, em especial na definição dos meios de recuperação judicial a serem implementados nos termos do artigo 50, da Lei nº 11.101/2005, a fim de que seja adotada a solução mais eficiente e racional[227]

---

[224] Artigo 47 da Lei 11.101/2005: A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de 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.

[225] RATHENAU, Walther. ***Do sistema acionário – uma análise legal***. In: LAUTENSCHLEGER JR, Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra: "A teoria da empresa em si". Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. N.128. Outubro/Dezembro de 2002. p.199.

[226] Art. 26 da Lei nº 11.101/2005: O Comitê de Credores será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembleia geral e terá a seguinte composição: I – 1 (um) representante indicado pela classe de credores trabalhistas, com 2 (dois) suplentes; II – 1 (um) representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes; III – 1 (um) representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 2 (dois) suplentes. IV - 1 (um) representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte, com 2 (dois) suplentes.

[227] O comportamento racional é aquele que maximiza as vantagens ou valores esperados, subsumíveis a uma função numérica de utilidade. Cf. FREIRE, Paula Vaz. ***O comportamento econômico e o imperialismo da economia***, In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, v. 43, n. 1, pp. 417-428.

evitando prejuízos à coletividade, conforme já demonstrado no capítulo anterior. Sob a ótica econômica, as insolvências corporativas têm uma importância específica no funcionamento e desenvolvimento do sistema de mercados, ao representar a eliminação de empresas ineficientes e a realocação de seus ativos no mercado de forma a proporcionar uma majoração do bem-estar social e da eficiência média do sistema.

A solução consensual torna-se, então, imperiosa, sendo típica dos processos de recuperação judicial de empresas, no qual a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial depende do consenso entre credores e devedor. Browne e O'Hare[228] afirmam que "negociações bem-sucedidas são mais desejáveis do que litígios bem-sucedidos, e que a pressão psicológica do litígio em um cliente nunca deve ser subestimada". Se o caso prossegue para julgamento, normalmente uma das partes ganha, o que significa necessariamente que a outra perde, quando o melhor seria o ganho para todos os envolvidos.

Ao atentar-se para a possibilidade de faltar uma estrutura de incentivos que permita a colaboração mediante consenso de todos os potenciais credores, a legislação brasileira institui um mecanismo denominado pelo Direito Norte-americano *de cram down,*[229] ao determinar no artigo 56, da Lei nº 11.101/2005 que, caso haja oposição de devedores ao plano de recuperação judicial, ele será submetido à apreciação da assembleia geral de credores, que poderá deliberar pela sua aprovação, nos termos do artigo 45 do mesmo diploma normativo. Trata-se de um mecanismo legal tipicamente influenciado pela ideia institucionalista da preservação da empresa, fazendo preponderar o interesse desta sobre o interesse pessoal dos credores. O *cram down* é instituído levando em consideração a possibilidade de faltar uma estrutura de incentivos que permita a colaboração de todos os potenciais credores, que optariam por não colaborar e beneficiar-se de um plano de recuperação ao qual não estariam submetidos, sendo suportado apenas pelos demais credores. É necessário que os *players* (credores e devedor) escolham uma estratégia levando em consideração que o resultado dessa interação influenciará as estratégias escolhidas

---

[228] O'HARE, John; BROWNE, Kevin. ***Civil Litigation****.* 14.ed. London: Thomson Reuters, 2009. p. 88. Successful negotiations are more desirable than successful litigation. A reasonable compromise saves the client the expense and worry of a trial yet he has still won. The psychological pressure of litigation on a client must never be underestimated. If the case proceeds to trial usually one party wins which necessarily means that the other loses. How much better if both win.

[229] Expressão utilizada pela doutrina norte-americana para designar a possibilidade de o juiz impor o plano de recuperação à minoria dissidente.

por cada participante. A melhor decisão para a coletividade necessitará da cooperação de todos, sendo que a dissidência de um acarretará uma perda de eficiência no processo de resolução de crise, que acabará sendo suportada por todos.

3.2 A participação estatal na assembleia geral de credores nos processos de insolvência empresarial

A assembleia geral de credores no âmbito do processo falimentar e de recuperação de empresas pode ser qualificada como um órgão de atuação em prol do interesse comum dos credores. A atribuição da qualificação de órgão vincula-se ao interesse comum ou coletivo necessário à formação de uma organização. No âmbito da falência e recuperação de empresas, verifica-se a existência de interesses coletivos dos credores, não obstante, também se verifiquem interesses pessoais concomitantes. Consoante bem esposado por Erasmo Valladão,[230] "a assembleia geral de credores é órgão, eis que preordenada pela Lei nº 11.101/2005 para agir em favor do desenvolvimento do interesse coletivo da comunhão de credores". Santi Romano[231] admite a possibilidade da existência de órgãos também nas comunhões, e não apenas nas sociedades ou associações. A atuação da assembleia em prol dos interesses comuns dos devedores, por meio de suas deliberações, exerce um poder-função deliberante, decorrente de um processo de natureza jurídica que surge da observância de um procedimento adequado (sequência de atos preordenados) estabelecido em lei capaz de validar a vontade coletiva da comunhão de credores.[232]

A assembleia geral de credores já encontrava previsão na Lei nº 2.024 de 1908[233]bem como no Decreto nº 5.746 de 1929,[234] não sendo instituto inovador trazido

---

[230] FRANÇA, Erasmo Valladão. Comentários ao artigo 35 da Lei 11.101/2005. In: PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 187.

[231] ROMANO, Santi. ***Frammenti di um dizionario giuridico***, ***verbeti Organi***. Editore: Giuffrè, 1983. P.153.

[232] FRANÇA, Erasmo Valladão. Comentários ao artigo 35 da Lei 11.101/2005. In: PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 189.

[233] Art. 100. Na sentença declaratória da falência o juiz determinará o dia, a hora e o lugar da primeira assembleia dos credores (art. 16, f), para a verificação e classificação de créditos, apresentação do relatório dos síndicos, nomeação de liquidatários e outras deliberações e decisões no interesse da massa. Essa assembleia, cuja convocação se fará nos termos do art. 18, n. 3, realizar-se-ha no dia, que for designado, não podendo ser alterado esse dia. Parágrafo único. Além dessa primeira e de outras, a que a presente lei expressamente se refere, o juiz convocará a assembleia, quando lhe requererem credores representando um quarto dos créditos admitidos na falência.

[234] Idem.

ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.101/2005. Sob a égide do Decreto Lei nº 7.661/45, a assembleia geral de credores teve seu papel reduzido, sendo raramente instituída. Pelo disposto no artigo 122, do revogado Decreto Lei, os credores que representassem mais de um quarto do passivo habilitado podiam requerer ao juiz a convocação de assembleia para deliberar sobre o modo de realização do ativo, sustando-se o prosseguimento da liquidação ou o decurso de prazos até a deliberação final. Em comparação com o sistema falimentar instituído pelo Código Comercial de 1850 e legislações anteriores, o Decreto-Lei nº 7.661/45 promoveu uma diferença essencial (à época) no desenvolvimento da falência e da concordata: a eliminação da influência e da participação dos credores nas decisões a serem tomadas no curso do processo.

Entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, a assembleia geral de credores volta a ter um papel central na resolução das crises empresariais, realçando o papel dos credores na condução do processo falimentar e de recuperação de empresas. Como leciona Ronaldo Andrade,[235] a assembleia geral de credores "foi instituída pela nova lei de regência com o escopo de outorgar aos credores uma ativa participação no processo de recuperação de empresas em dificuldade de atuação no mercado econômico e no processo de falência." A outorga de poderes aos credores, com a instituição da assembleia geral, representa um dos principais aspectos capazes de possibilitar uma maior autonomia dos credores, ao permitir uma resolução da crise empresarial de forma mais racional, com a possibilidade de participação daqueles que, juntamente com a própria empresa e a coletividade, são os maiores interessados na condução eficiente do processo de falência e recuperação de empresas.

Consoante se depreende da Lei nº 11.101/2005,[236] uma das principais atribuições da assembleia geral de credores, no âmbito da recuperação judicial, relaciona-se com a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. A decisão dos credores na deliberação sobre o plano de recuperação judicial é de extrema relevância para a coletividade, visto que invariavelmente acarretará custos de transação na definição dos respectivos direitos de propriedade e nas medidas judiciais tendentes a assegurar os respectivos direitos.

---

[235] ANDRADE, Ronaldo Alves de. ***Comentários aos artigos 35 a 46 da Lei 11.101/2005***. In: de LUCCA, Newton. SIMÃO FILHO, Adalberto. (coord). ***Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.177.

[236] Artigo 35, inciso I, alínea "a" da Lei 11.101/2005.

Conforme Fisher & Martel,[237] os custos de transação podem ser diretos e indiretos. Os primeiros relacionam-se a despesas administrativas, honorários e taxas judiciais, enquanto os segundos relacionam-se aos custos de oportunidade, dificuldade de acesso ao crédito e perda do valor da empresa, tornando-os mais difíceis de serem mensurados. Consoante demonstram Folador e Menegat,[238] em recente estudo contábil realizado com dados do Poder Judiciário dos estados de Minas Gerais e de São Paulo,[239] constatou-se que os processos de recuperação judicial, em custos diretos,[240] consomem em torno de vinte e seis por cento dos ativos das empresas e, sob a ótica indireta,[241] os procedimentos retornam aos credores cerca de vinte e cinco por cento do total de seus créditos contra a recuperanda.

Em estudos desenvolvidos a fim de evidenciar os custos de transação nos processos de insolvência empresarial, tendo como premissa os custos de transação políticos na aplicação de normas, Nascimento Jupetipe[242] identificou que os processos de falência são conduzidos de forma morosa, com duração média de 09 anos, sendo pouco eficazes no ressarcimento de credores, onde a taxa média de recuperação de créditos foi de 12%, sendo a respectiva taxa justificada pelas perdas do valor dos ativos da devedora e pelos custos diretos do processo falimentar. Já nos processos de recuperação judicial, o tempo de duração dos processos é de aproximadamente

---

[237] FISHER, Timothy C.G; MARTEL, Jocelyn. ***The Irrelevance of Direct Bankruptcy Costs to the Firm's Financial Reorganization Decision***. Journal of Empirical Legal Studies Volume 2, Issue 1, 151–169, March 2005. "Bankruptcy costs are usually divided into two components: direct costs and indirect costs. Direct costs comprise the legal and other administrative fees associated with bankruptcy (liquidation or reorganization). Indirect costs comprise opportunity costs—in the form of lost sales, decreased productivity, and loss of competitiveness—and costs arising from the suboptimal use of resources, asymmetric information, and conflict-of-interest problems."

[238] FOLADOR, Rafael; MENEGAT, Bruno. ***Da cobrança de créditos fiscais de empresas em recuperação judicial: custos, experiências internacionais e análise crítica da jurisprudência brasileira***. Revista da PGFN. Ano VII, nº 10, 2017.

[239] GONÇALVES, Leonardo Franke. ***Quanto Custam as Dificuldades Financeiras no Brasil?*** Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 05

[240] Chegou-se à conclusão de que os custos diretos totais no processo falimentar, não necessariamente pagos, representam em média 39% do ativo total da falida. Observou-se que os custos diretos efetivamente pagos com os bens arrecadados representou 12% dos valores dos ativos no início do processo. Em relação ao ativo final, os custos diretos representam 90% dos valores deste. Houve processos em que o custo direto gerado foi maior que os ativos finais obtidos. Já nos processos de recuperação de empresas os custos diretos foram de 26% dos valores do ativo inicial, na sua maioria relacionados a gastos com honorários periciais, pagamento ao administrador judicial e despesas processuais. Cf. JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento. ***Custos de falência na legislação falimentar brasileira***. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2014

[241] Os maiores valores gastos com custos indiretos estão relacionados com a redução do número de funcionários e reorganização operacional. Cf. JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento. ***Custos de falência na legislação falimentar brasileira***. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2014.

[242] JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento. ***Custos de falência na legislação falimentar brasileira***. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2014

04 anos, superior ao prazo legal de 02 anos definido em lei[243] e aos estudos comparados com o direito internacional, onde o prazo é de aproximadamente 02 anos. A taxa de recuperação dos créditos na recuperação judicial foi de 25%, ou seja, mais que o dobro da taxa de recuperação de créditos no processo falimentar. Não obstante, se verifica uma maior taxa de recuperação de créditos no processo de recuperação de empresas, e não se pode afirmar que este resultado se mostrou eficiente.

Portanto, eventual objeção de credores ao plano de recuperação judicial apresentada em juízo torna imperiosa a convocação da assembleia geral de credores para deliberar sobre sua aprovação. O artigo 56, §1º, da Lei nº 11.101/2005 preceitua que a assembleia geral deve realizar-se dentro de 150 dias a contar da data do deferimento do processamento da recuperação judicial. O referido dispositivo relaciona-se com o prazo improrrogável de 180 dias (*stay period*), no qual as ações e execuções em face do devedor em recuperação judicial ficam suspensas, conforme preceitua o artigo 6º, §4º da Lei nº 11.101/2005. Na recuperação judicial, diferentemente do que ocorre na falência, não há a instauração de um Juízo universal, mas sim de um Juízo relativamente e *pro tempore* universal.[244] Findo o respectivo prazo, as ações retomarão seu curso normal, independentemente de pronunciamento judicial. Daí a utilização da expressão juízo "*relativamente e pro tempore*" universal no âmbito da recuperação judicial de empresas.

O Enunciado nº 42 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho Nacional de Justiça enuncia que "o prazo de suspensão previsto no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor". Nesse sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça, o qual pacificou o entendimento de que, em determinados casos, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra, determinando a proibição da venda ou retirada dos bens considerados essenciais à atividade da empresa em recuperação judicial, mesmo após o decurso do prazo de suspensão, e ainda em relação aos bens, objeto de propriedade fiduciária. O entendimento da Corte Superior preceitua que, se por um lado o contrato não se submete aos efeitos da

---

[243] Lei 11.101/2005. Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

[244] PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 135.

recuperação judicial, por outro, não se pode permitir, durante o prazo de suspensão a que se refere o artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/05, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens essenciais ao desenvolvimento de suas atividades. [245]

Percebe-se que o posicionamento jurisprudencial do Poder Judiciário tem se alinhado, mesmo que fortuitamente, ao modelo Norte-Americano do *Chapter 11, Bankruptcy Code* de 1978, o qual na *Section* 362[246] estabelece a suspensão automática (*stay period*) de todas as ações e execuções movidas contra o devedor quando do processamento da recuperação judicial, sem definição de prazo final da suspensão, a qual se mantém até a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial.

A Lei Complementar nº 118/2005, apesar de efetuar alterações significativas no Código Tributário Nacional, preservou a autonomia da execução fiscal, por mais especializado que seja o Juízo. Referida autonomia tem expressa previsão legal no artigo 5º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o qual preceitua que "a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata (leia-se: recuperação judicial), da liquidação, da insolvência ou do inventário".

A justificativa do legislador, conforme lição de Miriam Câmera,[247] encontra-se no item 40, da Exposição de Motivos nº 223, ao anteprojeto da Lei de Execuções

---

[245] Informativos de Jurisprudência do STJ número 450 e Resp 1.193.480-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 5/10/2010.

[246] **11 U.S. Code § 362 - Automatic stay - (a)**Except as provided in subsection (b) of this section, a petition filed under section 301, 302, or 303 of this title, or an application filed under section 5(a)(3) of the Securities Investor Protection Act of 1970, operates as a stay, applicable to all entities, of— **(1)** the commencement or continuation, including the issuance or employment of process, of a judicial, administrative, or other action or proceeding against the debtor that was or could have been commenced before the commencement of the case under this title, or to recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title; **(2)** the enforcement, against the debtor or against property of the estate, of a judgment obtained before the commencement of the case under this title; **(3)** any act to obtain possession of property of the estate or of property from the estate or to exercise control over property of the estate; **(4)** any act to create, perfect, or enforce any lien against property of the estate; **(5)** any act to create, perfect, or enforce against property of the debtor any lien to the extent that such lien secures a claim that arose before the commencement of the case under this title; **(6)** any act to collect, assess, or recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title; **(7)** the setoff of any debt owing to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against any claim against the debtor; and **(8)** the commencement or continuation of a proceeding before the United States Tax Court concerning a tax liability of a debtor that is a corporation for a taxable period the bankruptcy court may determine or concerning the tax liability of a debtor who is an individual for a taxable period ending before the date of the order for relief under this title.

[247] CÂMERA, Mirian Costa. In: ALVARES, Manoel; Vladimir Passos de Freitas (coord). ***Execução Fiscal: doutrina e jurisprudência***. São Paulo: Saraiva, 1998, p.110.

Fiscais, onde os autores consignaram que “o artigo 5º preserva o princípio da proeminência do crédito da Fazenda Pública, no mesmo sentido do entendimento fixado pelo Tribunal Federal de Recursos, em sua composição plenária, quando da decisão de conflitos de jurisdição em face da execução fiscal instaurada em data anterior à decretação da falência de um mesmo devedor”. Percebe-se nitidamente a influência do positivismo jurídico kelseniano na redação do referido texto legal, visto que editado em período cercado de práticas autoritárias da administração pública, onde se analisava o Direito Tributário sob uma perspectiva descritiva, formalista, generalista e redutora de complexidades, como proposto na obra de Alfredo Becker.[248]

Com redação quase idêntica à conferida ao artigo 187 do Código Tributário Nacional, o artigo 29, da Lei nº 6.830/80, preceitua que a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou a habilitação em falência, fato que poderá ensejar o trâmite de dois processos simultâneos, em Juízos diversos. Mesmo que já instaurado o concurso de credores, a Fazenda Pública não está inibida de iniciar a cobrança da dívida ativa no Juízo competente, ao invés de habilitar o seu crédito no juízo universal. Caso a decretação da falência seja superveniente ao início da execução fiscal, ela prosseguirá até a sua fase final, onde ocorrerá a alienação dos bens eventualmente penhorados. Nessa hipótese, conforme entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça,[249] “o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências”.

Essa dualidade de processos tramitando simultaneamente dá margem a interpretações diversas, o que ocasiona insegurança jurídica, que pode ser prejudicial ao sistema de insolvência empresarial. Referida insegurança surge em face da dificuldade em se garantir a correta distribuição dos valores auferidos com a alienação dos ativos do devedor, em estrita observância ao artigo 83 da Lei nº 11.101/2005. Apesar de haver entendimento jurisprudencial predominante no sentido de que os

---

[248] BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria Geral do Direito Tributário***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

[249] Resp. 594.776 – RS. Relator Ministro Teori Albino. 05.12.2006. Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA de PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA SUPERVENIENTE. LEILÃO. PRODUTO OBTIDO COM A ALIENAÇÃO DOS BENS. ENTREGA AO JUÍZO UNIVERSAL. MATÉRIA PACIFICADA.1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF. 2. A Corte Especial consolidou entendimento no sentido de que a falência superveniente do devedor, por si só, não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra. No entanto, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências.

bens penhorados ou arrestados em execução fiscal não são passíveis de arrecadação pelo administrador judicial da falência, o que faz com que o produto da alienação destes bens no juízo fiscal ser colocado à disposição do juízo falimentar, há uma imensa dificuldade prática na obtenção desse sincronismo processual.

O Superior Tribunal de Justiça[250] tem amenizado o rigor da relativização do juízo universal no processo de recuperação judicial, ao adotar em suas decisões uma posição que tenta conciliar os interesses dos credores e a viabilidade de execução do plano de recuperação judicial. Com base no entendimento de Fábio Ulhoa Coelho,[251] o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, expirado o prazo de 180 dias[252] previsto no artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005, só haverá o prosseguimento das execuções ajuizadas contra o devedor caso o plano de recuperação judicial não seja aprovado. Havendo aprovação do plano de recuperação judicial, mostra-se incabível o prosseguimento das execuções individuais, sob pena de acarretar a decretação da falência da empresa em recuperação.

Como bem observa Hugo de Brito,[253] os problemas estabelecidos pela autonomia da execução fiscal são de tal ordem que "melhor teria sido colocar tais execuções no juízo universal da falência". Mantida como está, a autonomia do processo de execução fiscal, "faz-se praticamente impossível a administração adequada de tais problemas*".* Dessa forma, sustenta o autor que a competência para a apreciação das questões atinentes aos créditos tributários suscitados em embargos não seria alterada, continuando a ser apreciadas pelo Juízo privativo dos feitos da

---

[250] STJ, CC 8861/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, julgado em 28.05.2008. D.J. de 03.06.2008. Vide também: CC 73.380/SP e CC 90504/SP.

[251] COELHO, Fábio Ulhoa. ***Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas***. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 38-39.

[252] Enunciado n. 42 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (2013): "o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor". O entendimento jurisprudencial pátrio relativizou a norma contida no art. 6º, §4º, da lei 11.101/05, no sentido de estender o prazo de suspensão das ações movidas em face da empresa recuperanda – legalmente estabelecido como sendo um prazo "improrrogável" de 180 dias. O STJ pacificou o entendimento de que, em determinados casos, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra, determinando a proibição da venda ou retirada dos bens considerados essenciais à atividade da empresa em recuperação judicial, mesmo após o decurso do prazo de suspensão, e ainda em relação aos bens objeto de propriedade fiduciária. O entendimento da Corte Superior preceitua que, se por um lado o contrato não se submete aos efeitos da recuperação judicial, por outro, não se pode permitir, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º da lei 11.101/05, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens essenciais ao desenvolvimento de suas atividades. Sobre o tema, vide Informativos de Jurisprudência do STJ número 450 e REsp 1.193.480-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 5/10/2010.

[253] MACHADO, Hugo de Brito. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. vol. III. São Paulo: Atlas, 2005. p.702.

Fazenda. Somente após o julgamento dos eventuais embargos é que a competência para o processamento da execução seria deslocada para o Juízo universal da falência, sem prejuízo da preferência atribuída ao crédito tributário. Assim, há a necessidade de se instituir um verdadeiro Juízo universal da falência e da recuperação de empresas, amplo o suficiente para atrair a competência, inclusive, das execuções de natureza fiscal.

Referida providência é salutar para resguardar a correta observância da ordem de preferência dos créditos tributários instituídos pelo artigo 83 da Lei nº 11.101/2005. Questão semelhante já foi ventilada no Superior Tribunal de Justiça,[254] onde nos autos de um Conflito de Competência entre a Justiça do Trabalho e o Juízo da Recuperação Judicial o Tribunal assentou o entendimento de que "a execução individual trabalhista e a recuperação judicial apresentam nítida incompatibilidade concreta, porque uma não pode ser executada sem prejuízo da outra." A legislação de recuperação de empresas busca a preservação da sociedade empresária e a manutenção da atividade econômica, em benefício da função social da empresa. A aparente clareza do artigo 6º, § 4º e §5º, da Lei nº 11.101/2005 esconde uma questão de ordem prática: a incompatibilidade entre as várias execuções individuais e o cumprimento do plano de recuperação. A Lei 11.101/2005 não terá operacionalidade alguma, se sua aplicação puder ser partilhada por juízes de direito e por juízes do trabalho.

Dessa forma, o Conflito de Competência submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça foi conhecido para declarar a competência do Juízo da Vara de Falências e Recuperações Judiciais. Nessa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal[255] manifestou-se, em sede de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, pela competência da Justiça comum (Vara de Falência e Recuperação de Empresas) para efetuar a execução de dívidas trabalhistas de sociedades em recuperação judicial. Verifica-se, pois, uma tendência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) em aplicar o mesmo entendimento, quando se tratar de crédito de natureza tributária. A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se afirmando que, "apesar da execução não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial, submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação

[254] STJ, Segunda Seção, CC 73380/SP. Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa. Publicado no DJe de 21/11/2008.
[255] RE 583.955 /RJ. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 09.06.2008.

voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa".[256]

Percebe-se claramente que a jurisprudência tem contornado o rigor legal da fixação de um prazo exíguo de 180 dias para o *stay period*. Consoante Claessens e Klapper,[257] se por um lado a fixação do prazo com a rigidez da Lei nº 11.101/2005 objetiva evitar a concessão de uma ampla margem de ingerência do Poder Judiciário nas decisões que decorrem do processo de recuperação judicial, evitando que o juiz efetue o levantamento do *stay period* em face de determinados credores, de outro lado, a existência de um sistema legal de insolvência flexível em meio a um sistema judicial ineficiente, ou moroso, poderia acarretar um poder de barganha ao devedor contrário ao interesse social e à implementação dos princípios regentes da recuperação judicial, nos termos do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005.

Com a publicação da Lei nº 13.043/2014, que acrescentou o artigo 10-A à Lei nº 10.522/2002, prevendo a modalidade especial de parcelamento do débito tributário para sociedades empresárias em recuperação judicial, a constrição de bens do devedor em recuperação judicial em processos de execução fiscal na esfera federal deverá desaparecer, visto que o juízo fiscal já não será instado a adotar medidas constritivas sobre os bens da sociedade em recuperação judicial que adotar a referida modalidade de parcelamento, pois este, nos termos do artigo 151, inciso VI do Código Tributário Nacional, suspende a exigibilidade do crédito tributário. Não obstante, a inovação legislativa, ainda se constata que a recuperação judicial no sistema legal brasileiro está sob a perspectiva legal, identificada a um modelo de regulação rígido, que HART[258] define como *structured bargaining*, o qual se caracteriza por encorajar os titulares de pretensão contra a empresa a ingressarem em um processo de

---

[256] STJ. Segunda Seção. AgRg no CC 136844/RS. Relator Min. Antônio Carlos Ferreira. DJe de 31/08/2015.

[257] CLAESSENS, Stijn; KLAPPER, Leora F. ***Bankruptcy around the World: Explanations of its Relative Use***. 2003. Disponível em < https://ssrn.com/abstract=405240> Acesso em 10/04/2019. "Creditors, for example, may more likely undertake the various costs of filing for bankruptcy and going through the court process if they are able to effectively use the courts in the case of distress. A country with strong and efficient legal enforcement might thus see more frequent use of the statutory provisions provided in the legal code. At the same time, if enforcement is strong, we may expect debtors and creditors to try to avoid risky behavior, thereby reducing the chances of financial distress and bankruptcy. Alternatively, if enforcement is weak, a debtor and its creditors may try to work out a situation of financial distress through private negotiations, since the transaction costs of using an inefficient enforcement system may be too high. At the same time, in countries with weak judicial systems, debtors may engage in more risky financial behavior, thus leading to more financial distress.5 Consistent with the theoretical findings of Hainz (2003), we hypothesize that on balance better law enforcement and courts are associated with greater use of bankruptcy regimes."

[258] HART, Oliver. ***Different approaches to bankruptcy***. NBER Working Paper NO. 7921. 2000.

negociação mútua sobre seu futuro, em consonância com um modelo de regras rígidas previamente estabelecidas.

Portanto, resta evidenciado que, no modelo legislativo atual, não há a participação do Estado na assembleia geral de credores no âmbito da recuperação judicial de empresas, pois a teor do artigo 6º, §7º, da Lei nº 11.101/2005, as execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial. A suspensão das ações e execuções de natureza fiscal, consoante o referido dispositivo legal, somente serão implementadas nas vias administrativas, com a obtenção, pelo devedor, de parcelamento especial junto à Administração Fazendária.

Ao se analisar o sistema de recuperação judicial de Portugal, percebe-se que os créditos oriundos de execução fiscal, por força do artigo 180, do Código de Procedimentos e Processo Tributário[259] português, são suspensos com o deferimento da recuperação judicial e encaminhados (avocados) pelo juízo competente para o processamento da recuperação judicial, ao contrário do que ocorre no sistema brasileiro, onde por força do artigo 6º, §7º da Lei nº 11.101/2005, não ocorre a suspensão das execuções de natureza fiscal. Verifica-se, pois, nas palavras de Folador e Menegat[260] "que o modelo português é completamente diverso do brasileiro, notadamente porque há expressa determinação de suspensão dos executivos fiscais, com envio destes ao juízo onde se processa o pedido de recuperação, caso seja deferido". Há, assim, uma radical alteração da competência, notadamente porque, nos termos dos artigos 211° e 212° da Constituição portuguesa,[261] as demandas fiscais se

---

[259] Artigo 180.º 1 – Proferido o despacho judicial de prosseguimento da ação de recuperação da empresa ou declarada falência, serão sustados os processos de execução fiscal que se encontrem pendentes e todos os que de novo vierem a ser instaurados contra a mesma empresa, logo após a sua instauração. 2 – O tribunal judicial competente avocará os processos de execução fiscal pendentes, os quais serão apensados ao processo de recuperação ou ao processo de falência, onde o Ministério Público reclamará o pagamento dos respetivos créditos pelos meios aí previstos, se não estiver constituído mandatário especial. 3 – Os processos de execução fiscal, antes de remetidos ao tribunal judicial, serão contados, fazendo-se neles o cálculo dos juros de mora devidos. 4 – Os processos de execução fiscal avocados serão devolvidos no prazo de oito dias, quando cesse o processo de recuperação ou logo que finde o de falência. 5 – Se a empresa, o falido ou os responsáveis subsidiários vierem a adquirir bens em qualquer altura, o processo de execução fiscal prossegue para cobrança do que se mostre em dívida à Fazenda Pública, sem prejuízo das obrigações contraídas por esta no âmbito do processo de recuperação, bem como sem prejuízo da prescrição. 6 – O disposto neste artigo não se aplica aos créditos vencidos após a declaração de falência ou despacho de prosseguimento da ação de recuperação da empresa, que seguirão os termos normais até à extinção da execução.

[260] FOLADOR, Rafael; MENEGAT, Bruno. ***Da cobrança de créditos fiscais de empresas em recuperação judicial: custos, experiências internacionais e análise crítica da jurisprudência brasileira***. Revista da PGFN. Ano VII, nº 10, 2017.

[261] Dispõe o artigo 211°, 1: 1. Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais. Já o artigo 212°, 3 refere: 3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos

processam perante tribunais administrativos, enquanto as demais correm nos tribunais judiciários ou comuns.

No sistema de recuperação judicial de empresas português, o princípio reitor do soerguimento empresarial é o da igualdade de credores, onde tanto credores públicos quanto credores privados recebem tratamento idêntico, consoante dispõe o artigo 194°, do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, expedido pelo Decreto-lei n° 53/2004, o qual preceitua que "o plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência". Discorrendo sobre a legislação portuguesa, Emília Freire[262] afirma que "os impostos e as contribuições previdenciárias, lá destinadas à denominada Segurança Social, devem estar contemplados no plano de insolvência, e as alterações/diferenciações de pagamento de tais obrigações devem seguir, em igualdade, as mesmas condições fixadas aos credores privados". Essa medida faz com que a média de recuperação de crédito sejam superiores, em Portugal, às médias dos demais países da OCDE. [263]

Situação semelhante ocorre no México, onde as autoridades tributárias participam ativamente de todo o processo de recuperação de empresas. A Lei de Concurso Mercantis mexicana,[264] de 12 de maio de 2000, possui objetivos muito semelhantes aos contidos na legislação brasileira, dispondo seu artigo 1°, que é do interesse público conservar as empresas e evitar que o não-cumprimento generalizado das obrigações ponha em risco a viabilidade das mesmas e das demais com que mantenha relações de negócios.[265]

Conclui-se, portanto, que no sistema legislativo brasileiro a exclusão do crédito tributário do âmbito da recuperação de empresas relativiza a "*par conditio creditorum*"

---

contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

[262] FREIRE, Emília Caetano. ***A Eficiência da Legislação de Falências em Portugal: um estudo comparado*** (dissertação de mestrado), Universidade do Porto, Porto, 2013, p. 37.

[263] Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. É uma organização internacional de 36 países que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de mercado, que procura fornecer uma plataforma para comparar políticas econômicas, solucionar problemas comuns e coordenar políticas domésticas e internacionais.

[264] Artículo 1o.- La presente Leyes de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios. Con el fin de garantizar una adecuada protección a los acreedores frente al detrimento del patrimonio de las empresas en concurso, el juez y los demás sujetos del proceso regulado en esta Ley debe ránregir sus actuaciones, en todo momento, bajo los principios de trascendencia, economía procesal, celeridad, publicidad y buena fe.

[265] Cf. FOLADOR, Rafael; MENEGAT, Bruno. D***a cobrança de créditos fiscais de empresas em recuperação judicial: custos, experiências internacionais e análise crítica da jurisprudência brasileira***. Revista da PGFN. Ano VII, nº 10, 2017.

e manifesta nítida desconfiança do legislador em relação ao sistema, por ele próprio adotado e festejado, o qual prioriza a negociação entre devedores e credores. Percebe-se que o escopo da legislação de recuperação de empresas definido nos objetivos previstos no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, sob a ótica do legislador, está totalmente dissociado de um agir estatal em função de resultados, no qual a Administração Pública exerce papel relevante, na qualidade de credora nos processos de insolvência empresarial, que lhe imputa o dever de contribuir para o saneamento da situação de crise econômica, financeira e patrimonial do devedor. O agir estatal deve deixar de lado a imperatividade, transmutando seu tradicional *status* de Poder Estatal para uma Função Estatal a ser desempenhada em busca de uma maior eficiência na recuperação do crédito público, a exemplo do modelo português, o qual já demonstrou sua eficiência nos estudos realizados pela OCDE.[266]

3.3 A transação administrativa como mecanismo de viabilização da participação estatal na resolução de crises empresariais

De maneira a ressaltar o caráter consensual da recuperação judicial de empresas, cujo instrumento de deliberação e concessão recíproca dá ensejo ao plano de recuperação judicial, analisar-se-á a transação administrativa como instrumento apto a permitir uma maior participação estatal na resolução de crises empresariais, o que permite uma releitura do papel da Administração Pública no âmbito dos processos de recuperação judicial. Parte-se das premissas já lançadas no decorrer dos capítulos anteriores, onde se verifica que o consenso faz parte do protagonismo da história do Direito ao longo da complexa tarefa de disciplinar, expandir e estabilizar os eixos de convivência humana, voltados ao atendimento de necessidades coletivas, de forma a lhes imprimir uma unidade de ação necessária a estabilizar padrões organizacionais. A transição do Estado moderno para o Estado pós-moderno denota o exercício político pela Administração Pública de um poder imbricado ao consenso e na racionalidade, em busca do primado da negociação, de forma a estabelecer um “direito móvel e

[266] Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. É uma organização internacional de 36 países que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de mercado, que procura fornecer uma plataforma para comparar políticas econômicas, solucionar problemas comuns e coordenar políticas domésticas e internacionais.

dúctil, de abordagem transdisciplinar, propiciando maior eficiência na Administração Pública".[267]

Por meio do instituto da transação, busca-se romper como um modelo que confere primazia ao conflito, de forma a se alcançar efetividade no acesso à justiça, em especial pelas formas alternativas de solução de demandas, com a utilização de técnicas processuais diferenciadas que buscam dar enfoque a simplificação de procedimentos.[268] O Banco Mundial,[269] em documento datado de 1996, efetuou um diagnóstico do Poder Judiciário dos países objeto de estudo, apontando os meios alternativos de resolução de conflitos como um caminho viável e hábil para assegurar o acesso à Justiça.

O termo transação, do latim *transactio*, exprime a ação de transigir, tendo o sentido de pacto, convenção, ajuste e negociação. Impõe a ideia de conciliar em busca de terminar um litígio, mediante concessões recíprocas.[270] O instituto encontrou guarida no Código Civil brasileiro de 1916, que a definia como forma de extinção das obrigações, com previsão legal entre os artigos 1025 e 1036 do referido diploma legal. Clóvis Beviláqua[271] firmou o entendimento de que o instituto se caracterizava como meio de extinção das obrigações, não a considerando um contrato. Ao sustentar tese oposta, Teixeira de Freitas,[272] Caio Mário[273] e Silvio Rodrigues[274] afirmavam, ainda na vigência do Código Civil de 1916, ser o instituto verdadeiro contrato. Com o advento do atual Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/2002, na linha do posicionamento doutrinário majoritário, o instituto da transação foi definido como contrato nominado, no artigo 840 do referido diploma legal.

No Direito brasileiro, a transação pressupõe a existência de três elementos, a saber: conflito, intenção de encerrar o conflito e concessões recíprocas. A ausência

---

[267] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018

[268] FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. ***Transação Tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação de crédito público à luz do modelo norte-americano***. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 28

[269] DAKOLIAS, Maria. ***O setor judiciário na América Latina e Caribe: elementos para a reforma*** (documento técnico nº 319). Tradução de Sandro Eduardo Sarda. Washington: Banco Mundial, 1996.

[270] SILVA, De Plácido e. ***Vocabulário Jurídico***. 17ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

[271] BEVILÁQUA, Clóvis. ***Comentários ao Código Civil***. V.04. p.179.

[272] FREITAS, Augusto Teixeira de. ***Esboço do código civil***. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983, p.272.

[273] PEREIRA, Caio Mário da Silva. ***Instituições de direito civil***. Vol. 03. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 505

[274] RODRIGUES, Silvio. ***Direito civil***. Vol. 03. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.367

de litígio, ou sua iminência, inviabiliza a utilização do instituto jurídico. Batista Junior[275] indaga se bastaria a existência de uma relação jurídica litigiosa *(res litigiosa*) ou se deveria haver uma relação jurídica sobre a qual paire efetivamente dúvida (*res dúbia*). Ao analisar a questão, aponta a existência de três correntes: a primeira, requerendo a existência da *res litigiosa*, a segunda, a existência da *res dúbia* e, a terceira, a existência de ambas. No cenário nacional, afirma que a primeira corrente se tornou majoritária, ao exigir tão somente a *res litigiosa* para justificar a transação, sendo o elemento da dúvida meramente acidental que pode ou não estar presente, pois o elemento essencial da transação é a vontade de eliminar o litígio. Desta forma, constata-se que o primeiro requisito da transação é a existência de relação jurídica litigiosa, e não de relação jurídica duvidosa, onde basta que haja um conflito em curso ou iminente. O segundo elemento é a vontade consensual de transigir, por meio de solução contratual, estabelecida pelas próprias partes. Não se admitiria a solução dada por terceiro, ou seja, judicial ou arbitral, pois a solução nesta hipótese não seria contratual, sendo imprescindível a vontade dos transatores.[276] O terceiro elemento seria a concessão recíproca, a ser considerada em termos objetivos. Tem-se, pois, que a transação "é instituto essencialmente pragmático, onde as partes subtraem a solução da lide do Estado-Juiz e lhe dão sua própria solução."[277] Se a transação ocorrer no âmbito do processo judicial, será objeto de homologação pelo juiz da causa, provocando a solução da lide com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso III, alínea "b" do Código de Processo Civil brasileiro.[278]

Sobre a transação no âmbito da Administração Pública, Cristiane Schwanca[279] defende que essa nova perspectiva de relação Estado-Sociedade "demanda a mudança paradigmática do direito público de forma a permitir uma nova forma de gestão pública, propiciando uma gestão horizontalizada, flexibilizada e concertada, na qual as decisões passam a ser tomadas de acordo com o resultado das negociações entre Estado e Sociedade Civil". Citando Odete Medauar, leciona que "elabora-se

---

[275] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***Transações administrativo-tributárias no Brasil***. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte: RPGMBH, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 159-180, jul./dez. 2010.

[276] Idem.

[277] Idem.

[278] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

[279] SCHWANCA, Cristiane. **Administração Pública Consensual*: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos***. Dissertação de mestrado. Faculdades Integradas do Brasil. Curitiba, 2009.

novo paradigma em lugar do antigo, no qual dominava a centralização, o monolitismo de centros de poder". Com a participação, forma-se uma "ponte entre um mundo administrativo muito fechado e cidadãos muito esquecidos". A propósito desta nova visão sobre o consensualismo na Administração Pública, colacionam-se as palavras de Odete Medauar:

> A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.[280]

Para Couto e Silva[281], "administração concertada, administração consensual e *soft administration* são expressões que refletem formas de democracia participativa", em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, ao utilizar-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Ludo Veny[282] afirma que "a natureza cada vez mais horizontal da relação entre cidadão e administração é, portanto, uma das principais razões para o aumento da mediação administrativa." Nessa linha de pensamento, sendo o plano de recuperação de empresas um eixo ao redor do qual se estabelecem as discussões relacionadas à viabilidade da recuperação judicial, de forma a se expor as opções do devedor para o saneamento da crise empresarial, pautado pelo princípio *da par conditio creditorum*, é perfeitamente factível que o Estado participe desta deliberação, de forma a contribuir, em igualdade com os demais credores, para a reestruturação econômica e financeira do devedor em processo de recuperação.

---

[280] MEDAUAR, Odete. ***O direito administrativo em evolução****.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.p.211

[281] COUTO E SILVA, Almiro. ***Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas***. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997, p. 64-65

[282] VENY, Ludo et al. ***Mediation in Belgian Administrative Practice, with Special Focus on Municipal Administrative Sanctions and Urban Planning***. *Mednarodna revija za javno upravo [International Public Administration Review]*, Ljubljana, v. XII, n. 2−3, p. 166, February 9, 2015. "The increasingly horizontal nature of the relationship between citizen and administration is therefore one of the main reasons for the rise of administrative mediation."

Inegável que o Direito Administrativo recebeu influxos da sociedade pós-moderna que deslocaram sua atuação, antes centrada na tipicidade fechada, na edição de atos administrativos unilaterais e na aplicação de sanções, para um cenário em que se defende uma maior participação do administrado no âmbito de atuação discricionária recebida pelo Administrador Público, de forma a privilegiar a forma contratual e a resolução de conflitos de maneira consensual, em busca de resultados que melhor atendam o interesse público. Mas, tendo em vista que a legalidade ainda é princípio reitor do Direito Público, as transformações necessárias à implementação das referidas alterações, em boa parte, demandam autorização legislativa.

Conforme explica Ludo Veny[283], o governo não pode renunciar aos seus poderes e deve exercê-los no interesse público, devendo agir dentro da estrutura do direito público obrigatória e, portanto, levando em conta a hierarquia das normas legais, os princípios gerais de boa governança e o princípio do governo aberto. A despeito, faz-se alusão à Lei nº 13.129/2015, que autoriza a Administração Pública a se utilizar da arbitragem, aludindo expressamente aos seus direitos patrimoniais disponíveis, consoante dispõe o artigo 1º, §1º da Lei nº 9.307/1996. Gabriel Perlingeiro[284] afirma que algumas leis latino-americanas, como as do Peru, da Guatemala, da Argentina, da Colômbia, do México, da Nicarágua e do Panamá, assentadas no Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Ibero-América e no *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction*, permitem o uso de meios consensuais por parte da Fazenda Pública dentro do processo, não obstante, nenhum deles deixa satisfatoriamente claras as situações em que se aplicam. Mas conclui, valendo-se dos ensinamentos de Ludo Veny[285], que a "resolução de disputas por mútuo acordo e diálogo resultará em uma relação mais

---

[283] VENY, Ludo et al. ***Mediation in Belgian Administrative Practice, with Special Focus on Municipal Administrative Sanctions and Urban Planning***. *Mednarodna revija za javno upravo [International Public Administration Review]*, Ljubljana, v. XII, n. 2−3, p. 166, February 9, 2015. "Government may therefore not relinquish its powers and should exercise these in the public interest. [...] Furthermore, the government must always act within the framework of mandatory public law, and will therefore have to take into account the hierarchy of legal norms, the general principles of good governance, and the principle of open government, among other things."

[284] PERLINGEIRO, Gabriel. ***As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a administração pública***. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017.

[285] PERLINGEIRO, Gabriel. ***As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a administração pública***. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017.

estável no futuro entre a Administração e os cidadãos, o que produzirá efeitos positivos para toda a sociedade como um todo."

Como bem observa Oliveira Fernandes,[286] "a ideia de consensualidade na Administração Pública assume função dupla: busca ampliar o grau de legitimação das decisões que consubstanciam atos administrativos e atender ao ideal de governança." Tomada por relativizada a supremacia do interesse público, a consensualidade rompe com a imperatividade, a unilateralidade e a verticalidade que marcavam as relações entre os entes públicos e a sociedade na era moderna, aproximando o Direito Administrativo do cidadão, com a inserção da eficiência no rol de princípios administrativos constitucionais. A Administração Pública consensual assume diversos aspectos, permeando toda a atividade administrativa, devendo ser utilizada para a redução da litigiosidade entre o Poder Público e o cidadão, bem como inserida no cotidiano da atividade administrativa de recuperação de créditos públicos, em especial no âmbito da recuperação de empresas, onde o escopo primordial é a realização de acordo entre credor e devedor, com a finalidade de superar a situação de crise empresarial, de forma a possibilitar maiores ganhos a todos os envolvidos, inclusive ao Estado.

[286] OLIVEIRA, Rayneider Brunelli Fernandes. ***A transação tributária a serviço da consensualidade e da eficiência administrativa: aspectos polêmicos sobre a viabilidade da transação tributária em face dos princípios constitucionais do Direito Administrativo***. Revista da faculdade de direito da UERJ- RFD, N. 27, 2015.

CAPÍTULO 04 - O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: UMA RELEITURA SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS-MODERNA E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como mencionado nos capítulos precedentes, tradicionalmente o estudo da participação do Estado no processo falimentar e de recuperação de empresas limita-se à análise, na grande maioria das vezes, perfunctória, sobre a ordem de classificação dos créditos instituída no processo falimentar e sua conexão com as garantias e privilégios do crédito tributário instituídas no Código Tributário Nacional. Não se aprofunda no papel do Estado como agente de participação ativa na condução do processo de insolvência empresarial, e chega o legislador a instituir mecanismos que promovem uma verdadeira burla à *par conditio creditorum*, ao olvidar o papel de destaque e responsabilidade que o Estado deve ter, em conjunto com os demais credores particulares do insolvente, na elaboração de medidas tendentes a permitir a superação da crise econômica, financeira e patrimonial pela qual passa o empresário insolvente.

Entende-se que, na perspectiva atual de Estado pós-moderno, não mais é concebível que o Estado seja apenas uma instituição responsável pela edição de leis que regulamentam o sistema legal de resolução de crises empresariais, e fica alheio à sujeição aos referidos processos sob injustificados argumentos de ordem pública, interpretados em dissonância com a real acepção da Administração Pública pós-moderna.[287] A falta de estrutura jurídica de incentivos para que o crédito tributário seja

---

[287] BINENBOJM, Gustavo. ***Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo***. In: SARMENTO, Daniel (organizador). ***Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. O direito administrativo, nascido da superação histórica do Antigo Regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder. Uma das categorias forjadas desde essa origem autoritária foi o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Tal história (origem do Direito Administrativo) seria esclarecedora, e até mesmo louvável, não fosse falsa. Descendo-se da superfície dos exemplos genéricos às profundezas dos detalhes, verifica-se que a história da origem e do desenvolvimento do direito administrativo é bem outra. E o diabo, como se sabe, está nos detalhes. A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.

submetido ao plano de recuperação judicial de empresas, na tentativa de se formar uma verdadeira "*par conditio creditorum*" subverte a lógica econômica na qual o processo de crise empresarial deve ser suportado por todos os credores, em benefício da coletividade, de forma a se evitar que os problemas sejam solucionados com o Estado, objetivando a maximização de seus ganhos em detrimento da coletividade, representando nítida e repudiada sobreposição do interesse público primário por interesse público secundário.[288] É preciso uma reformulação do alcance da sujeição do ente público ao sistema de resolução de crises empresariais, em especial para sujeitar o Estado ao plano de recuperação judicial de empresas, permitindo um melhor equilíbrio entre os responsáveis pelo sucesso da reorganização empresarial.

O afastamento do crédito tributário do plano de recuperação judicial encontra justificativa, equivocada, na dogmática jurídico-administrativa prevalente no meio acadêmico brasileiro, que reconhece que a supremacia do interesse público sobre o privado é verdadeiro axioma do direito público, encontrando-se o poder público em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Ultrapassada a visão de que o direito do Estado só pode ser compreendido como uma oposição às práticas do direito privado e aceitando-se a nova realidade no direito positivo, onde se verifica a coexistência de regimes múltiplos, construídos democraticamente pelo legislador[289] é que se encontra a solução para a problemática que se coloca neste trabalho, qual seja, a de possibilitar que o crédito tributário sujeite-se ao plano de recuperação judicial, na busca por uma efetiva "*par conditio creditorum*' no processo de recuperação judicial de empresas, ao fomentar uma mais ampla participação do Estado (Poder Executivo) na resolução de crises empresariais. No próximo tópico, será feita a análise do crédito tributário sob uma perspectiva clássica, para ao final se propor a forma como deve ser compreendido em sua natureza e dogmática, a fim de possibilitar uma compreensão compatível com o Direito Administrativo pós-moderno.

---

[288] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p.66. "O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles".

[289] Ibidem. p. 144.

4.1 Evolução do Direito Tributário e da Ciência das Finanças no Brasil

Quando comparado com outros ramos do Direito, percebe-se que o Direito Tributário nem sempre atraiu a atenção dos juristas. Até o início do século XX, o tema era estudado e investigado exclusivamente por filósofos e economistas, tendo a obra de Adam Smith[290] formulado pela primeira vez uma descrição meticulosa e um modelo teórico sistemático sobre o sistema econômico capitalista, onde a tributação e as finanças públicas foram tratadas de modo analítico e em um contexto mais amplo, investigando-se temas como a divisão social do trabalho, a formação dos preços no mercado e as relações conflitivas entre as classes sociais.[291]

Adam Smith rompe com as visões mercantilistas e fisiocratas que vislumbravam no domínio bélico e, na posse da terra, os grandes trunfos econômicos para o desenvolvimento, inserindo em seu lugar a centralidade do trabalho produtivo e a livre concorrência como fatores condicionantes da prosperidade econômica das nações.[292] Opunha às ideias centrais do mercantilismo, pautadas pela intervenção estatal, controle do comércio exterior e posse de moeda como riqueza, ao afirmar que a real fonte de crescimento econômico das nações era a produção e o comércio desenvolvidos em um sistema de mercado livre e competitivo, com especialização e divisão do trabalho.[293] Propunha uma concepção unitária em que a Ciência das Finanças estava integrada na Economia Política, defendendo o tributo como principal fonte de receita do soberano devendo incidir sobre três diferentes fontes: a renda (da terra), os lucros (do capital) e o salário (do trabalho).

Segundo Adam Smith, ao estruturar o sistema impositivo de tributação o governante deveria observar certas “máximas” (princípios) em relação aos tributos, em geral, as quais serviriam para assegurar a justiça e utilidade da tributação, sendo elas a equidade, a certeza, a conveniência e a eficiência,[294] referências utilizadas na tributação até os dias atuais, sendo definido por Fritz Neumark[295] como o marco

---

[290] SMITH, ADAM. ***Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações***. 1776
[291] GODOI, Marciano Seabra de. ***Os clássicos das finanças públicas e do direito financeiro e seu paulatino abandono pela ciência do direito tributário.*** In: Leituras clássicas de Direito Tributário. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 535.
[292] Cf. HUNT, E.K. ***História do pensamento Econômico***. Trad. de José Ricardo Brandão Azevedo. 7ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 41-53. QUESNAY, François. ***Quadro Econômico dos fisiocratas***. Trad. de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
[293] TURRONE, Constantino Bresciani. ***Introduzione allá Política Econômica***. Torino: Giulio Einaudi, 1942. p.296.
[294] SMITH, Adam. ***Wealth of Nations***. (1776). Hertfordshire:wordsworth, 2012. pp. 823-826.
[295] NEUMARK, Fritz. ***Princípios de la Imposición***. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974, p. 28.

teórico dos estudos sobre a formulação dos princípios legitimadores e harmonizadores da imposição no âmbito da tributação.

Para Adam Smith[296], as hipóteses em que os gastos são despendidos para o benefício geral de toda a sociedade deveriam ser custeados pela contribuição geral de toda a sociedade, com todos os membros contribuindo, na medida do possível e em proporção a suas capacidades. Nos casos em que fosse possível identificar o beneficiário da ação estatal, o custeio deveria ser realizado pelo indivíduo ou grupo de indivíduos beneficiados, sendo injusto a contribuição de toda a sociedade por um benefício destinado a somente uma parte dela. Importante ressaltar que já àquela época (1776) Adam Smith[297] lançara as bases da eficiência na tributação, de forma a alertar que a tributação ineficiente poderia "obstruir as atividades das pessoas e desencorajá-las a exercer certos ramos de negócios que poderiam oferecer sustento e emprego a muitas pessoas" e que "o confisco e aplicação de multas em face de desafortunados, que tentam sem sucesso evadir o imposto, podem frequentemente arruiná-los e impedir o benefício que a comunidade poderia receber do emprego de seu capital". Estas observações servem como base para a sustentação da presente tese, que enxerga no atual modelo de "*par conditio creditorum*", instituído no âmbito da recuperação judicial de empresas, uma grande ineficiência do sistema tributário de recuperação de créditos.

Como observa Carlos Alexandre Campos,[298] a máxima da eficiência de Adam Smith possui quatro dimensões, todas direcionadas a impedir ou minimizar os efeitos colaterais do tributo. Segundo o autor, sob a ótica de Adam Smith, os custos operacionais da arrecadação tributária devem ser baixos, devendo haver economicidade arrecadatória, tema que se correlaciona na atualidade com a gestão privada de tributos, o uso da tecnologia e a dispensa de cobrança de créditos de pequeno valor. Entende-se que a recuperação dos créditos inadimplidos, em especial os créditos de grande valor econômico, também deve ser pautada pela eficiência, mesmo diante da situação de insolvência do devedor. Deve ser buscado, no âmbito de uma Administração Pública pós-moderna, soluções consensuais e em conformidade com os efeitos econômicos desejados no âmbito da reorganização de

---

[296] SMITH, Adam. ***Wealth of Nations***. (1776). Hertfordshire:wordsworth, 2012. p. 813.
[297] Ibidem, p. 825-826
[298] ADAM SMITH, Carlos Alexandre de Azevedo. In: ***Leituras clássicas de Direito Tributário***. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 535

empresas insolventes. Como destaca Richard Musgrave,[299] a obra de Adam Smith preocupou-se com os modelos tributários alinhados à geração de incentivos aos contribuintes, tema central da Análise Econômica do Direito, em uma verdadeira simbiose entre a Economia e o Direito, chamando a atenção para o fenômeno da repercussão econômica dos tributos, em especial para o aspecto da seletividade e da desoneração do mínimo existencial. Por fim, consoante afirma Marciano Godoi,[300] é preciso ressaltar que a obra de Adam Smith "encara o Estado e suas funções (especialmente justiça e segurança) como um modo cruamente realista e materialista", de forma que os cânones da equidade e capacidade contributiva não tem qualquer conotação solidária ou de fraternidade.

Com a influência de Adam Smith[301] (segunda metade do século XVIII), e posteriormente de David Ricardo[302] (início do século XIX), os estudos econômicos sobre as finanças públicas vão se desvinculando da economia política, dando surgimento a Ciência das Finanças, que consolida sua autonomia em cátedras universitárias, tratados e periódicos destinados ao tema.[303] Segundo Marciano Godoi,[304]na Alemanha e na Áustria, onde desde o século XVI se desenvolvia a tradição do cameralismo ou ciências camerais,[305] cenário em que liberalismo econômico de Smith nunca chegou a ser hegemônico, e a Ciência das Finanças teve grande desenvolvimento com os autores da chamada Escola Histórica,

---

[299] MUSGRAVE, Richard. ***The Theory of public finance***. New York: McGraw-Hill Book Company, 1959. p. 95

[300] GODOI, Marciano Seabra de. ***Justiça, Igualdade e Direito Tributário***. São Paulo: Dialética, 1999. p.188

[301] SMITH, Adam. ***Wealth of Nations***. (1776). Hertfordshire:wordsworth, 2012

[302] RICARDO, David. ***Princípios de Economia Política e Tributação***. Trad. de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

[303] BALEEIRO, Aliomar. ***Uma Introdução à Ciência das Finanças***. 17ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2010. pp. 20-22

[304] GODOI, Marciano Seabra de. ***Os clássicos das finanças públicas e do direito financeiro e seu paulatino abandono pela ciência do direito tributário***. In: Leituras clássicas de Direito Tributário. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 535.

[305] Cameralismo ou ciência cameral é uma cátedra universitária na Alemanha desde o século XVII, que designa um lugar na idade média (câmera) onde se guardava o tesouro público. De modo oposto a SMITH, os cameralistas defendem uma forte presença do estado e a subordinação da economia à política. Cf. GODOI, Marciano Seabra de. ***Os clássicos das finanças públicas e do direito financeiro e seu paulatino abandono pela ciência do direito tributário***. In: Leituras clássicas de Direito Tributário. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018

posteriormente denominada de Socialismo de Cátedra,[306]tendo Adolph Wagner[307] como principal expoente. No final do século XIX, a tributação e as finanças públicas ainda continuavam a ser objeto de estudo exclusivo de economistas ou financistas, tanto na Europa quanto na América, e merece destaque a obra do economista Edwin Seligman.[308]Em fins do século XIX, a legislação financeira e tributária eram estudadas por juristas apenas como apêndice do Direito Administrativo, especialmente na Alemanha.[309]

Esta situação começa a mudar no início do século XX, mais precisamente em 1906, com a publicação da obra "Tratado de Direito Financeiro" de Franz Myrbach-Rheinfeld, que se dedica a construção sistemática dos princípios gerais que regem a matéria, afirmando Sainz de Bujanda[310]que a referida obra mudou completamente os rumos da investigação do fenômeno financeiro, ao iniciar uma nova etapa da investigação jurídica da atividade financeira do Estado. A partir desta data, percebe-se um aumento do número de juristas na Alemanha, Áustria e Suíça que elegem a tributação como objeto de estudo, utilizando metodologia própria e distinta da até então manejada pelos economistas cultores da ciência das finanças. A partir da década de 30 e 40, o fenômeno chega à Itália, onde a separação entre a Ciência das Finanças e Direito Financeiro deu ensejo a uma batalha acadêmica que durou décadas, diferentemente do que se passou na Alemanha, Áustria e Suíça.[311]

O desenvolvimento do Direito Financeiro de modo autônomo da Ciência das Finanças estabelece uma cisão na academia italiana. De um lado, Benvenuto Griziotti (1854-1956)[312]e seus discípulos da Escola de Pávia rejeitam a autonomia e defendem

---

[306] Denominação irônica do pensamento dos economistas e financistas germânicos do fim do século XIX e início do século XX, que utilizando-se do prestígio de suas cátedras universitárias se opunham tanto ao liberalismo econômico quanto ao marxismo revolucionário, propondo reformas econômicas socializantes com intenso uso de tributos progressivos e alto grau de intervenção estatal. Cf. BALEEIRO, Aliomar. ***Uma Introdução à Ciência das Finanças***. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
[307] Adolph Wagner deu cunho científico à teoria social do tributo, entendendo inexato o ponto de vista exclusivamente financeiro, liberal ou individualista. Pregava a substituição da política tributária arrecadatória por uma política tributária social-política, sendo o tributo uma forma de corrigir a repartição das rendas. Wagner, Adolph (1939). WAGNER, Adolph. "***Speech on the Social Question***" (abridged), in Donald O. Wagner, ed. *Social Reformers. Adam Smith to John Dewey.* New York: Macmillan. 1939.
[308]Progressive taxation in Theory and Practice. 1895.
[309] C.f. TEODOROVICZ, Jéferson. ***História disciplinar do Direito Tributário Brasileiro***. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 63.
[310] SAINZ de BUJANDA, Fernando. ***La enseñanza del derecho tributario a universitarios, a funcionarios y a contribuyentes***. Madrid: Asociación Española de Derecho Financiero, 1965, p. 482.
[311] GODOI, Marciano seabra de. ***Os clássicos das finanças públicas e do direito financeiro e seu paulatino abandono pela ciência do direito tributário***. In: Leituras clássicas de Direito Tributário. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 542.
[312] GRIZIOTTI, B. ***Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario***. Milano, 1956.

uma concepção científica integral do fenômeno financeiro. De outro lado, Donato Giannini (1888-1965)[313]e outros apoiam a autonomia e criticam fortemente a visão integral, ou a síntese científica de Griziotti. [314] A polêmica se encerra com a maioria dos autores europeus dando razão à necessidade de separação metodológica e didática entre a Ciência das Finanças e o Direito Financeiro.[315] Conforme ressalta Romanelli-Grimaldi,[316]a união didática entre as disciplinas "representa uma cristalização injustificada de posições científicas definitivamente superadas" e que provocou uma irracional deformação dos métodos de trabalho de cada ciência, resultando no retrocesso de ambas.

No Brasil, Alfredo Becker[317] tece críticas a unificação ao afirmar que "o problema da separação rigorosa entre Ciência das Finanças e o Direito Tributário é de importância Vital, pois o conúbio do direito tributário com a ciência das finanças (como festejado por Bevenuto Griziotti e seus discípulos) provoca a gestação de um ser híbrido e teratológico: 'o direito tributário invertebrado'." Consoante Rodrigues de Castro,[318]percebe-se, assim, "uma cultura jurídica altamente influenciada pelo paradigma científico moderno - racional, abstrato, generalista e macro organizado – portanto, preocupado em realizar um corte metodológico que possibilitasse ao Direito a desejada autonomia em relação às ciências sociais." Trata-se, pois, do pensamento da corrente hegemônica desenvolvida em São Paulo na década de 60, que, apesar de preponderante, merece críticas, conforme será demonstrado.

Nas lições de Jeferson Teodorovicz,[319]o Direito Tributário brasileiro "se caracterizou pela intensa busca da própria autoafirmação perante outros ramos do conhecimento, jurídico ou não", tendo como tônica a elevação da segurança dos contribuintes perante os poderes do fisco. O autor formula uma periodização do processo de construção disciplinar do Direito Tributário no Brasil, o qual se inicia pelo

---

313 GIANNINI, A.D. ***Diritto finanziario e scienza dele finanze***. Rivista Italiana di diritto finanziario, 1939, n.1, p4-5.
314 Idem.
315 TEODOROVICZ, Jéferson. ***História disciplinar do Direito Tributário Brasileiro***. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p.281
316 ROMANELLI, Gimaldi. ***Metodologia del derecho financeiro***. In: Revista de derecho financeiro y Hacienda Pública. Madrid, 1961. pp. 736-737
317 BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria Geral do Direito Tributário***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 23.
318 RODRIGUES, Eduardo Moreira Lima de Castro. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal.*** Curitiba: Juruá, 2016. p. 27.
319 TEODOROVICZ, Jéferson. ***História disciplinar do Direito Tributário Brasileiro***. São Paulo: Quartier Latin, 2017

denominado período pré-disciplinar, marcado pela ausência de separação dos estudos jurídicos e econômicos, sociais, legislativos ou políticos sobre a legislação financeira e tributária (século XIX até a década de 30, do século XX). Nesse período, a atenção dos autores brasileiros voltou-se mais aos aspectos tributários do que aos temas da Ciência das Finanças e do Direito Financeiro. Posteriormente, inicia-se o período de transição, ocorrido nas décadas de 30 e 40 do século XX, em que os estudos já abordam a necessidade de autonomia do Direito Tributário, influenciado pela criação, na Europa, de tribunais fiscais, os quais não encontraram respaldo em nosso ordenamento jurídico. Neste período, o Direito Tributário apresentava fortes conexões com o Direito Financeiro. A partir da década de 40, do século XX até a década de 70 do mesmo século, inicia-se o período disciplinar, no qual a autonomia teórica e didática do Direito Tributário passa a ser reconhecida institucionalmente ganhando cátedras universitárias.

No período de 1940 a 1950, os autores brasileiros já reclamam a autonomia teórica, apesar de ainda não estar implementada a autonomia didática do Direito Tributário, tendo a obra intitulada “Direito Fiscal” (1943) de autoria de João Martins DE Oliveira se caracterizado como o “marco zero” do período disciplinar, onde autores como Rubens Gomes DE Souza se destacaram. Entre 1950 e 1970 surgiram as cátedras universitárias, distintas entre si, da Ciência das Finanças e do Direito Financeiro. Destacam-se as aulas de Rubens Gomes DE Souza (1948) na Escola Livre de Sociologia e Política de São Paulo e, posteriormente, da disciplina de Legislação Tributária na Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo (1949). Percebe-se que a autonomia teórica defendida pelos autores ocorreu antes da autonomia didática do ensino do Direito Financeiro e do Direito Tributário. Segundo Jeferson Teodorovicz,[320]identificam-se elementos de positivismo conceitualista e de positivismo historicista ou sociológico nas obras dos autores da década de 50 e 60, dentre os quais se destacam Rubens Gomes de Souza, Aliomar Baleeiro, Amílcar de Araújo Falcão, Ruy Barbosa, dentre outros.

Para Rodrigues de Castro,[321] “a teoria pura do direito – descritiva, formalista, generalista e redutora de complexidades – teve larga recepção na doutrina tributária

---

[320] TEODOROVICZ, Jéferson. ***História disciplinar do Direito Tributário Brasileiro***. São Paulo: Quartier Latin, 2017

[321] RODRIGUES, Eduardo Moreira Lima de Castro. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal***. Curitiba: Juruá, 2016. p. 27.

nacional", devido ao contexto histórico vivenciado pelas primeiras gerações de tributaristas no período conhecido como "tempos heroicos,"[322] bem como à relevância dos bens jurídicos protegidos pelas normas de Direito Tributário: liberdade e propriedade.[323]Neste período, ainda não se falava propriamente na disciplina Direito Tributário, visto que basicamente a doutrina se limitava a comentários sobre a legislação tributária, na tentativa de compreender como se relacionam as regras jurídicas tributárias com os dados econômicos e éticos, bem como com as demais regras jurídicas existentes. O cenário se apresentava trazendo grande insegurança jurídica,[324]pois na ausência de consenso da academia e dos doutrinadores sobre os principais institutos tributários, restava a Fazenda Pública um caminho aberto para toda sorte de abusos e arbitrariedades.[325]

Diante deste contexto, Alfredo Augusto Becker,[326] jovem advogado sem tradição acadêmica publica a obra "Teoria Geral do Direito Tributário", inspirado na tradição da teoria pura do direito. Nas palavras de Rodrigues de Castro,[327] a obra de Becker "pode ser considerada fundadora da dogmática do Direito Tributário no Brasil, entendida como uma ciência preocupada quase exclusivamente com as normas, que nega qualquer chance de interpretação econômica ou mesmo considerações de

---

[322] Segundo RUBENS GOMES de SOUSA, participante ativo desse período, a denominação consiste em uma referência aos tempos heroicos da história da aviação. Recolher-se-á o testemunho daqueles que viveram esse período, acrescido de informações colhidas, aqui e ali, em estudos posteriores. Nessa época, imediatamente anterior à obra de ALFREDO AUGUSTO BECKER, não havia estudo sistemático do "direito tributário", e não havia um direito tributário positivo minimamente ordenado. "Manicômio jurídico-tributário", por sua vez, é título do capítulo 1 da primeira parte da *Teoria Geral,* de BECKER. O autor esclarece que a expressão é o título de um artigo publicado, em 1959, por LELLO GANGEMI, professor catedrático da Universidade de Nápoles, voltado à análise do sistema tributário italiano. Cf. FOLLONI. André. ***Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges***. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

[323] Idem

[324] Se fossem integralmente aplicadas as leis tributárias (à época), todos os contribuintes seriam passíveis de sanções, inclusive de cárcere e isto, não tanto em virtude de fraude, mas principalmente pela desorientação que o caos da legislação tributária provoca no contribuinte. Tão defeituosas costumam ser as leis tributárias que o contribuinte nunca está seguro das obrigações a cumprir e necessita manter uma dispendiosa equipe de técnicos especializados, para simplesmente saber quais as exigências do Fisco... Hoje... o Estado constrói, atabalhoadamente, quantidade enorme de novas leis de tão péssima qualidade que revela ignorância de troglodita na arte de criar o instrumento apropriado... O instrumental jurídico do direito tributário clássico mostra-se inapto para disciplinar a realidade financeira contemporânea. A aceleração da História, em poucos decênios, determinou a *caducidade* precoce de um Direito Tributário que apenas nascera... Só uma reforma *radical* poderá resolver esta crise do Direito Tributário. CF. BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria geral do direito tributário***. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

[325] BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria geral do direito tributário***. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

[326] Idem.

[327] RODRIGUES de CASTRO, Eduardo Moreira Lima. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal***. Curitiba: Juruá, 2016. p. 28

ordem moral". O jurista gaúcho sustenta a possibilidade e a necessidade da separação entre direito, economia e ciência das finanças, apoiado em larga doutrina nacional e internacional (doutrina hegemônica). Um dos motivos é impedir que se entenda, *a priori*, que as definições dos termos de outras ciências sejam as mesmas sob o ponto de vista jurídico. Na referida esteira de entendimento, mais importante do que a realidade subjacente ou a justiça das decisões, é a realização de um estudo neutro e sistematizado, rigorosamente descritivo do objeto escolhido.[328]

Para Alfredo Becker,[329] o problema de se considerar a justiça ou injustiça de determinada regra deve ser realizado em um momento *post-jurídico,*[330]tendo o autor qualificado como nociva qualquer doutrina que se preste a interpretar o Direito Tributário segundo a realidade econômica dos fenômenos sociais. Com a interpretação pela realidade econômica, abre-se a possibilidade de transformar uma conduta juridicamente lícita em juridicamente ilícita, por motivos econômicos e não jurídicos, e vice-versa, a gerar insegurança jurídica e, no limite, inexistência de direito: não se sabe mais o que se pode e o que não se pode fazer. O mesmo se diga da moral: condutas lícitas, sob o ponto de vista jurídico, tornam-se ilícitas em razão da moral própria de quem as analisa. Segundo André Folloni,[331] "na mesma esteira de sua negação de interpretações econômicas do Direito Tributário, Alfredo Becker nega qualquer possibilidade à moral ou ao direito natural, em contraste com o direito positivo."

Verifica-se que esta linha de pensamento é útil aos profissionais que atuam na seara tributária, pois conferem maior segurança jurídica face às antigas interpretações subjetivas da administração pública fazendária. Consoante lições de José Souto Maior Borges,[332] "até agora a preocupação teórica é só com a dogmática, dividida em semântica e sintaxe", sem maiores considerações ao nível pragmático da linguagem, que costuma ser considerado de maior complexidade, pois é aquele que "versa a relação dos signos com seus usuários, é onde reside o mais amplo risco de

---

[328] RODRIGUES de CASTRO, Eduardo Moreira Lima. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal***. Curitiba: Juruá, 2016. p. 28

[329] BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria Geral do Direito Trib***utário. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972

[330] Idem. p.21

[331] FOLLONI. André. ***Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges***. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.p.60

[332] BORGES, José Souto Maior. ***Um ensaio interdisciplinar em Direito Tributário: Superação da Dogmática***. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, dialética, n.211, p.121, abril de 2013.

ultrapassarmos as fronteiras da linguagem normativa". Ao se adentrar no nível pragmático da linguagem, corre-se o risco de abandonar o Direito posto, objeto científico demarcado e, consequentemente, a segurança trazida pela ciência pura, neutra.[333]

As críticas à obra de Alfredo Becker[334] elaboradas por juristas contemporâneos são pertinentes, mas devem levar em consideração, segundo André Folloni,[335] que a *Teoria geral beckeriana* só poderia ter sido escrita no tempo histórico que era o seu, que assistira ao direito tributário invertebrado, à babel doutrinária, à ausência de disciplinas universitárias específicas, e ao direito positivo caótico, antes da Emenda Constitucional n. 18, de 1.° de dezembro de 1965,[336] e antes da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada "Código Tributário Nacional" e pelo Ato Complementar n. 36, de 13 de março de 1967. "Justamente por isso, cabe nova discussão de seus pressupostos e suas propostas, nos tempos atuais de direito tributário invertebrado, valorizado em setores doutrinários, de babel doutrinária ainda insistentemente presente e de um direito positivo desordenado, a despeito das normas gerais em matéria de legislação tributária."

Marciano Godoi[337] tece críticas a Jeferson Teodorovicz[338] quando afirma que a doutrina desenvolvida em São Paulo, na década de 60, (e posteriormente alçada a corrente doutrinária hegemônica) tem filiação ao positivismo formal Kelseniano, alegando que a referida filiação é mais aparente do que real, pois os autores desta corrente nunca se dispuseram a investigar e a aderir a Kelsen como um marco teórico

---

333 CASTRO, Eduardo Moreira Lima. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal***. Curitiba: Juruá, 2016. p. 29.

334 BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria Geral do Direito Tributário***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

335 FOLLONI. André. ***Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges***. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.p.31.

336 A Emenda Constitucional n.º 18 representa o ponto culminante de um lento processo evolutivo do sistema tributário nacional. Todavia, trata-se de uma reforma revolucionária no sentido de uma ruptura profunda na linha tradicional de evolução da tributação no Brasil, até então nitidamente descentralizadora, posto algumas das características anteriores do nosso regime tributário, como a sua rigidez, tenham sido mantidas e até intensificadas. Cf. BORGES, José Souto Maior. ***A reforma do sistema tributário nacional: emenda constitucional n. 18***. Recife: CRAM; Imprensa Universitária, 1967.

337 GODOI, Marciano Seabra de. ***Os clássicos das finanças públicas e do direito financeiro e seu paulatino abandono pela ciência do direito tributário***. In: Leituras clássicas de Direito Tributário. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 548. O autor informa que "é inaceitável como pode ser considerada "moderna" ou inovadora uma obra que afirma na segunda metade do século XX que "para o juiz a lei é um fato essencialmente imutável (salvo pelo advento de nova lei) e que só admite uma interpretação.

338 TEODOROVICZ, Jéferson. ***História disciplinar do Direito Tributário Brasileiro***. São Paulo: Quartier Latin, 2017

global. Afirma que os pontos de vista de Kelsen sobre a interpretação jurídica como ato de vontade nunca foram estudados em profundidade por esta corrente, que, inclusive, tem da interpretação da norma jurídica uma visão completamente distinta de Kelsen.[339] Apesar de Kelsen estar relacionado nas referências bibliográficas de Alfredo Becker, a teoria do jurista austríaco, segundo Marciano Godoi, em nada reflete na teoria da interpretação da norma jurídica proposta pelo autor gaúcho, havendo muito mais uma utilização da teoria pura do direito em aspectos pontuais e específicos do que uma verdadeira filiação globalmente considerada.

Deixando de lado a polêmica acerca da filiação ou não de Becker à teoria pura do direito de origem Kelseniana, Paulo de Barros Carvalho[340] explica que "à ciência do direito cabe descrever esse enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema", sendo complementado por Hugo de Brito Machado[341] no sentido de que "o direito tributário é um conjunto de normas" e que a "ciência do direito tributário é o conhecimento que se tem desse conjunto". Geraldo Ataliba[342] também demonstra sua preocupação com a tarefa e harmonizar as normas tributárias dentro do sistema tributário nacional.

Deste modo, busca-se uma atividade redutora da complexidade no âmbito do Direito Tributário, na medida em que se limita o estudo do tributarista ao mundo das normas, reduzindo-se a interpretação a uma atividade descritiva rigorosa, acreditando-se em uma ordem normativa preestabelecida.[343]Nos dizeres de Geraldo Ataliba,[344] "ainda que o esforço humano que o produziu não tenha sido consciente de elaborar um sistema, previamente deliberado nesse sentido, deve procurá-lo e apreendê-lo o observador ou intérprete". A segurança adquirida com um modo de proceder tão rigoroso buscava afastar as práticas autoritárias da Administração Pública, mas acabou por originar graves injustiças, mesmo sob o manto de uma

---

339 KELSEN, Hans. ***Teoria pura do direito***. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p.387-399.
340 CARVALHO, Paulo de Barros. ***Curso de Direito Tributário***. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
341 MACHADO. Hugo de Brito. ***Curso de Direito Tributário***. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.74.
342 ATALIBA, Geraldo. ***Sistema Constitucional Tributário***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p.04.
343 RODRIGUES de CASTRO, Eduardo Moreira Lima. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal***. Curitiba: Juruá, 2016. p. 30
344 ATALIBA, Geraldo. ***Sistema Constitucional Tributário***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p.04

suposta neutralidade. Nas palavras de Rodrigues de Castro,[345] "a maior virtude da doutrina dogmática passa a representar seu maior defeito. A falseabilidade empírica, trunfo de um paradigma científico moderno, acabou negligenciada, em nome de um mundo idealizado, que nega como falsa e irracional qualquer realidade empírica que não se coadune com o mundo quase unívoco da teoria geral do direito."

Marciano Godoi[346] assevera que a postura da referida corrente doutrinária de recorrer ao formalismo jurídico somente é colocada em prática quando lhe convém, pois, a dita corrente sabe muito bem ser antiformalista quando lhe convém as circunstâncias. A título de exemplo, o autor menciona que, quando se trata de analisar o alcance da hipótese de incidência de um tributo, a doutrina majoritária chega a flertar com a Escola de Exegese, ao agir como se o texto legal tivesse apenas e tão somente um significado. Mas quando analisa normas jurídicas relacionadas à imunidade, a doutrina hegemônica rapidamente se liberta dos ideais da Escola de Exegese e da moldura Kelseniana e passa a se apropriar dos pressupostos da Escola de Direito Livre. Verifica-se, pois, que a teoria Kelseniana foi apropriada pela corrente hegemônica de forma seletiva e estratégica. E afirma que a principal característica da corrente hegemônica da doutrina do Direito Tributário produzida no Brasil, a partir da década de 70, é uma postura ideológica, em verdadeiro libertarismo fiscal, cita o entendimento de Marçal Justen[347] segundo o qual, "o tributo configura uma restrição dos direitos fundamentais do contribuinte (liberdade e propriedade) e implica, por definição, a retirada de recursos de atividades produtivas para seu emprego em atividades improdutivas".

Para os fins de sustentar a tese central do presente trabalho, é importante destacar que foi extremamente negativa a formação da corrente hegemônica de desenvolver a ciência do Direito Tributário sem qualquer diálogo com a Ciência das Finanças e o Direito Financeiro, ou mesmo sem uma análise dos reflexos econômicos da tributação, conforme preconizava Griziotti.[348] Como bem esposado por Marciano

---

345 RODRIGUES de CASTRO, Eduardo Moreira Lima. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal***. Curitiba: Juruá, 2016. p. 30

346 GODOI, Marciano Seabra de. ***Os clássicos das finanças públicas e do direito financeiro e seu paulatino abandono pela ciência do direito tributário***. In: Leituras clássicas de Direito Tributário. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 550.

347 JUSTEN FILHO. Marçal. ***Sistema Constitucional Tributário. Uma aproximação ideológica. Revista da Faculdade de Direito da UFPR***. Nº 30. Curitiba:1988. p. 215-233.

348 GRIZIOTTI, B. ***Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario***. Milano, 1956.

Godoi,[349]"pouco a pouco as dissertações e teses sobre o tema produzidos no Brasil foram perdendo o interesse pelos autores clássicos ou contemporâneos da Ciência das Finanças, ou até mesmo por autores de Direito Tributário de outros países". Curiosamente, em uma realidade peculiar e única no mundo, os marcos teóricos das investigações tributárias no Brasil passaram a se localizar no âmbito da filosofia, da lógica formal, da filosofia da linguagem e da semiótica.[350] Mas "os tributaristas-filosóficos brasileiros, em mais um sintoma de isolamento e autossuficiência, não buscam se aproximar e dialogar com seus pares das Faculdades de Filosofia e Ciências Humanas, que produzem há séculos sobre a mesma temática". É preciso, pois, que se diversifiquem os temas e os interesses da ciência do Direito Tributário no Brasil, voltando-se ao desenvolvimento de estudos e metodologias que enfoquem a relação entre o Direito Tributário, o Direito Financeiro, o Direito Econômico e o desenvolvimento nacional. O Direito Tributário, no passado de caráter formalista e positivista do século XIX, carregado de preceitos rígidos e inflexíveis, deve transmutar-se em um Direito líquido, fluido, dúctil, se amoldando a absorção de valores e princípios metajurídicos de extrema importância para a organização estatal pós-moderna, de caráter transdisciplinar.[351]

4.2 Novos rumos do Direito Tributário brasileiro

Nas palavras de Rodrigues de Castro,[352]"o discurso científico moderno, com seu ideal de racionalidade e objetividade, acabou por afastar-se da realidade para fechar-se em sua própria teoria, trazendo de volta ao mundo uma espécie de metafísica conceitual". A partir do momento em que estes "dogmas" não conseguem mais responder satisfatoriamente às necessidades sociais, ocorre a renovação paradigmática, onde um paradigma[353] é paulatinamente substituído por outro, que

---

[349] GODOI, Marciano Seabra de. ***Os clássicos das finanças públicas e do direito financeiro e seu paulatino abandono pela ciência do direito tributário***. In: Leituras clássicas de Direito Tributário. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 550.

[350] Idem

[351] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

[352] RODRIGUES, Eduardo Moreira Lima de Castro. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal.*** Curitiba: Juruá, 2016. p. 31

[353] Paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade científica. O paradigma coloca-se como um dogma para a discussão dos problemas propostos em determinado momento histórico, para

institui um modelo capaz de atender aos novos anseios sociais. Como bem observa Freitas Filho:[354]

> Do ponto de vista epistemológico, fenômenos novos são periodicamente descobertos pela pesquisa científica. A descoberta de tais fenômenos e mudanças começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma forma, os fatos concretos violaram as expectativas paradigmáticas que governam a chamada "ciência normal". A descoberta de um novo fenômeno é um acontecimento complexo que envolve o reconhecimento tanto de *algo* quanto de sua *natureza*. O mesmo pode-se dizer da mudança de paradigma, que além de complexo, ocorre paulatinamente através da exposição dos novos "modelos" de pensamento dos juristas. Se a descoberta ou identificação do novo fato para o qual o paradigma não pode apresentar respostas satisfatórias envolve um processo de assimilação conceitual amplo, podemos afirmar que houve modificação no paradigma. A renovação paradigmática, entretanto, somente se dá com a articulação entre a experiência e a teoria experimental. A nova teoria, assim, converte-se em paradigma, após ultrapassar três movimentos identificáveis, a saber: a consciência prévia da anomalia, a emergência gradual e simultânea de um reconhecimento tanto no plano conceitual como no plano da observação e a consequente mudança das categorias e procedimentos paradigmáticos.

Este fenômeno é percebido com frequência nas ciências jurídicas, com vistas à contenção de discursos subjetivos de autoridade e à sua automização enquanto ciência, criando para si uma realidade independente da realidade social a ela subjacente. A partir de meados do século XX, houve uma alteração paradigmática que ganhou força na Europa, em função do experimentalismo e do empirismo, bem como em razão de alterações do plano social, em função de movimentos socialistas na Alemanha e França.[355] O ideal formalista de se construir um direito apartado da sociedade e vinculado apenas aos rigores conceituais começou a chocar os espíritos mais atentos ao devir da sociedade e às prementes exigências da vida.[356] Consoante Antônio Hespanha,[357] "era preciso que os juristas incorporassem a análise política e sociológica nas tarefas dogmáticas, combinando os tradicionais métodos jurídicos com novos métodos das ciências sociais."

No Direito Tributário brasileiro, as reações ao estudo puramente dogmático, redutor de complexidades e pretensamente objetivo demoraram um pouco mais a surgir. Dentre os estudiosos que se insurgiram contra esse modelo redutor de produzir

---

uma determinada comunidade científica e em determinado lugar geográfico. Cf. KHUN, Thomaz. ***A Estrutura das Revoluções Científicas***. São Paulo, Perspectiva, 1996.

354 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 29 e ss.

355 HESPANHA, Antônio Manuel. ***Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio***. Coimbra: Almedina, 2012. p.453

356 Idem.

357 Idem.

conhecimento, destacam-se as obras de José Souto Maior Borges,[358]Humberto Ávila,[359]André Folloni[360] e Paulo Fernando Souto Maior Borges.[361]

A doutrina brasileira do Direito Tributário tem trabalhos de alto valor, conforme já ressaltado, mas ressente-se para uma insuperada tendência ao repetitivo, quando o mundo e a ciência reclamam renovação. No prefácio de sua obra[362] José Souto Maior Borges alerta para o fato de que "a maioria das discussões dos problemas jurídicos, na doutrina tributária, verte-se sobre as palavras das leis e seus significados, em disputas intermináveis sobre qual seria o seu único sentido normativo verdadeiro", de forma a se impor uma precisão desejável, mas inatingível, em nome de uma ciência jurídica "descomprometida com quaisquer preocupações de ordem prática." Para o autor, a investigação do Direito Tributário deve-se partir de uma opção metodológica que reconhece a unidade entre os métodos das ciências da natureza e os métodos das ciências do normativo, como a ciência do Direito. Sem esse reconhecimento, as categorias metodológicas, tomadas por empréstimo às ciências naturais, não poderiam ter sido transpostas para o campo jurídico. E essa transposição corrobora a tese da unidade metodológica de todas as ciências.

> No desenvolver de sua obra, José Souto Maior Borges[363] critica a exclusão de outros saberes, como a sociologia jurídica, a filosofia do direito e a história do direito, quando da escolha do positivismo jurídico metodológico pelos tributaristas. Organiza de forma didática ideias que objetivam superar o estudo meramente dogmático do Direito Tributário e a realizar produções científicas mais complexas, que invertam a perspectiva da norma de conduta

---

[358] BORGES, José Souto Maior. ***Ciência Feliz***. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Nesta obra, o autor trata de diversos temas relacionados à superação do paradigma moderno. Aborda a inviabilidade da comprovação definitiva das hipóteses científicas e dos benefícios que o erro e superação de uma teoria podem trazer ao conhecimento sobre determinado objeto.

[359] ÁVILA, Humberto. ***Teoria dos Princípios***. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Na obra o autor demonstra que a interpretação não envolve apenas uma atividade descritiva de sentidos, mas reconstrutiva de significações.

[360] FOLLONI, André. ***Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges***. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011. A tese explora caminhos filosóficos e epistemológicos na busca de pensamentos suscetíveis de fornecer um discurso prévio de fundamentação para um posterior desenvolvimento da ciência do direito tributário em bases sólidas e complexas.

[361] BORGES, Paulo Fernando Souto Maior. ***Sobre o princípio democrático na fundamentação da atividade tributária. Uma proposta Hermenêutica de Utilização de seus desdobramentos no âmbito do direito tributário***. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Dissertação de mestrado. São Paulo. 2008. O autor aborda a necessidade de se fomentar a atividade jurídica da "escola tradicional" que se encontrava acomodada com o advento do método analítico, de forma a incitar o retorno do pensar cientificamente sem quaisquer restrições quanto ao inter-relacionamento do Direito Tributário com os demais ramos jurídicos e com as demais ciências jurídicas, em especial o pensamento do chamado *law and economics*.

[362] BORGES, José Souto Maior. ***Obrigação Tributária. Uma introdução metodológica***. São Paulo: Saraiva, 1984.

[363] Idem.

> para a conduta da norma e da estrutura da função tributária.[364] Chega a afirmar que "temos ingressado na era do fim da dogmática do Direito Tributário, não sendo mais possível a partir do nível teórico atual e em idênticas bases teóricas, lograr um progresso efetivo nos estudos jurídicos sobre o tributo."[365] Citamos um trecho de seu posicionamento:
>
> Uma contribuição teórica renovadora ou mesmo revolucionária, no âmbito doutrinário, pode, mais cedo ou mais tarde, encastelar-se nas posições conquistadas. E o imobilismo científico, na medida em que se impermeabiliza à crítica e à reconstrução, se identifica com um certo conservadorismo. Por isso mesmo, repudia, consciente ou inconscientemente, qualquer tentativa de alteração do que predominantemente está reconhecido como verdade científica. Mesmo quando essa tentativa não decorre de um mero gosto de originalidade, mas de exigências da contínua evolução do conhecimento científico e do progresso da ciência. Por essa via, a heterodoxia de ontem se converte na ortodoxia de hoje, geralmente a serviço de uma ideologia conservadora. Essas misérias e grandezas do trabalho intelectual refletem admiravelmente as próprias limitações da condição humana. É esse um risco, o dessa tendência conservadora, que só a livre disponibilidade do espírito, a contínua revisão das próprias ideias, a abertura intelectual e, sobretudo, a humildade científica – que, no seu grau mais elevado, beira a santidade – podem evitar. Não é fácil, contudo, resistir à tentação do preestabelecido. Essa sempre se insinua no estudo do Direito e a ela não estão imunes sequer os espíritos mais abertos na sua postura científica. A doutrina jurídica do tributo, geralmente repetitiva, sem embargo das clássicas e honrosas exceções, provoca o que é possível caracterizar como uma verdadeira anestesia do senso crítico.[366]

Humberto Ávila[367] afirma em sua obra que "a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. A atividade do intérprete consiste em construir esses significados." Isso, todavia, não deve levar a conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Há que se ponderar que a afirmação de que o significado depende do uso, não é a mesma coisa que sustentar que ele somente surgirá pelo uso específico e individual, visto que há significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. No mesmo sentido, Miguel Reale[368] faz uso da "condição *a priori*" intersubjetiva. Há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito intérprete algo anterior que lhe apresenta para ser interpretado. Assim, pode-se afirmar que "o intérprete não só constrói, como reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso da linguística e construídos na

---

[364] BORGES, José Souto Maior. ***Um ensaio interdisciplinar em direito tributário. Superação da dogmática***. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 211, p.109, abril de 2013.
[365] Idem.
[366] BORGES, José Souto Maior. ***Lançamento tributário***. Rio de Janeiro: Forense, 1981 (Col. Tratado de Direito Tributário Brasileiro, v. IV).
[367] ÁVILA, Humberto. ***Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos***. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.52.
[368] REALE, Miguel. ***Cinco temas de culturalismo***. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 30

comunidade do discurso.[369]E é exatamente porque as normas são construídas pelo intérprete, a partir dos dispositivos, que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra, ou princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto, nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete, levando em consideração as conexões entre a norma e os fins a cuja realização elas servem.[370]

Para José Souto Maior Borges[371], nem sempre as normas, ao incidirem, devem gerar, concretamente, os efeitos nela previstos. Daquilo que prescreve a norma, até o caso concreto, há um hiato, que só pode ser adequadamente transposto com a consideração da realização da justiça.[372] Afirma o autor "que a ciência do direito gravita, toda ela, em torno do justo**.** Pois a justiça não é, para o direito, um 'valor' qualquer, que indiferentemente devesse o ordenamento jurídico contemplar ou não. A justiça é, a rigor, o único fim do Direito."[373]André Folloni[374] afirma que "essa reflexão soutiana revela clara ruptura com a tradição doutrinária da dogmática tributarista", pois para Alfredo Becker a interpretação do Direito não poderia levar em consideração a situação concreta, de modo a adaptar, às peculiaridades daquele caso, os efeitos da norma que incidiu.

Na virada pragmática de José Souto Maior Borges, pode-se colher elementos para a superação do dogmatismo sintático-semântico, em direção à consideração dos efeitos concretos do e no Direito Tributário, em verdadeira virada pragmática. Para José Souto Maior Borges, a superação dos dualismos deve ser feita no sentido do incremento da complexidade, e não da simplificação. Supera-se um dualismo simplificador em nome de uma teoria capaz de compreender, no mesmo objeto, as

---

[369] ÁVILA, Humberto. ***Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos***. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.53.

[370] Ibidem, p. 54.

[371] BORGES, José Souto Maior. ***O contraditório no processo judicial***. São Paulo: Malheiros, 1996. p.81

[372] Justiça, segundo a ótica econômico-jurídica, refere-se à compensação de cada agente, no mercado, segundo seu interesse, observado o interesse de terceiros. Posner trabalha a questão da justiça distributiva e justiça corretiva a partir de Aristóteles, afirmando que é necessário corrigir o senso comum de que as ideias Aristotélicas e Kantianas de justiça são mais aceitáveis, moralmente, do que aquelas próprias de uma visão pragmática e instrumental. Vide POSNER, Richard. ***The Problems of Jurisprudence***. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1990.

[373]Ibidem, p.69

[374] FOLLONI. André. ***Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges***. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.p.264

duas características opostas pelo dualismo, havendo aumento de complexidade e, consequentemente, crescimento na compreensão do objeto. Em suas palavras:

> Toda teoria inovadora refuta a teoria que ela pretende, com vantagem teórica, substituir e por sua vez abre-se à refutação e sua substituição por outra que venha a contradizê-la. Como, no entanto, operar uma seleção darwiniana de teorias? Uma teoria supera a outra quando (a) explica tudo o que explicava a teoria antecedente (fala-se nesse caso de uma dimensão *conservadora* da teoria vitoriosa) e simultaneamente (b) explica fatos inexplicados pela teoria antecessora.[375]

Para André Folloni[376], "a ciência do direito tributário deve orientar, com teoria útil, o órgão competente para criar e aplicar o direito". Dentre suas finalidades, encontra-se, algumas vezes destacada pela própria doutrina, essa função de orientar a jurisprudência. "Não se deve cindir, em dualismo, a arte da criação e aplicação, de um lado, e a ciência da descrição, de outro. Ambas devem caminhar juntas, para aprimoramento da realização concreta do direito e da justiça." O autor avança em uma proposta hermenêutica pós-moderna, ao criticar a doutrina academicista que não se volta para o que tem interesse prático. Aponta a necessidade de uma mudança de rumo, de ir adiante, propondo o abandono das concepções kelsenianas que a doutrina tributarista enuncia como premissas. Como adverte José Souto Maior Borges[377], não há mais que se falar com entusiasmo sobre a "concepção do sistema jurídico fechado em si mesmo e compartimentalizado em âmbitos de referibilidade doutrinária mutuamente excludentes de outros saberes." A proibição aos juristas de interagir com outras áreas do saber acaba por ser redutora de seu mais amplo conhecimento teórico, sendo necessária a interação do Direito Tributário com áreas afins, a exemplo do Direito Administrativo, da ciência das finanças, política e economia.

Destarte, com fundamento nas premissas acima apontadas, entende-se que o Direito Tributário deve ser interpretado nos moldes da Administração Pública pós-moderna, onde o agir estatal deve deixar de lado a imperatividade, transmutando seu tradicional *status* de Poder Estatal para uma Função Estatal a ser desempenhada em busca de uma maior eficiência na recuperação do crédito público. O Direito Tributário deve ser estudado levando em consideração seus reflexos na Administração Pública, seja de ordem econômica, jurídica, política ou social, no intuito de reconciliar o Estado

---

375 BORGES, José Souto Maior. ***O contraditório no processo judicial***. São Paulo: Malheiros, 1996. p.10

376 Ibidem, p.269

377 BORGES, José Souto Maior. **Sobre o todo e suas partes no sistema tributário nacional**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 218, nov/2013, p.107.

com a sociedade, até então divorciados pela ciência jurídica positivista, superando-se a ideia de uma normatividade formal, concebida desde a concepção de Ferdinand Lassale,[378] em que o texto constitucional se assimilava a uma mera folha de papel, fruto do racionalismo exacerbado, para que se possa caminhar em direção a um modelo de Estado que absorve a programaticidade das normas, superando-se a concepção meramente negativa da função do Estado, do individualismo abstrato liberal e da concepção positivista do Direito.

4.3 Teoria dos Sistemas: uma abertura para a Análise Econômica do Direito Tributário

No estudo do Direito há uma diferença entre a linguagem do direito positivo e a ciência do direito, de forma a se separar, sob um denominador comum, de um lado os textos prescritivos do direito posto e, de outro, os textos descritivos da dogmática jurídica. O intérprete do direito também é capaz de ordená-los por meio de vínculos de subordinação e coordenação, de modo que apareçam para nós como realidade distinta, criando dois sistemas: o do direito positivo e o da ciência do direito. A palavra "sistema" apresenta ambiguidade, e pode ser empregada em diversas acepções. Em sua tese de doutoramento, Tomazini de Carvalho[379] afirma que em sua acepção mais extensa o conceito de sistema alude a uma totalidade construída, composta de várias partes – um conglomerado. A esta concepção, conjuga-se o sentido de organização, de ordem interna, para se entender o sistema como "o conjunto de elementos que se relacionam entre si e se aglutinam perante um referencial comum", de forma que onde houver a possibilidade de se reunir, de forma estruturada, elementos que se conectam sob um princípio unificador, estará presente a noção de sistema. Para Lourival Vilanova,[380] pode-se falar em sistema quando elementos e relações se encontram sob uma referência comum. Já Tércio Ferraz[381] chama de "estrutura" o complexo de relações que se estabelecem dentro de um sistema e, de "repertório" ao conjunto de elementos que o formam. Em termos lógicos, o sistema é a forma mais aprimorada

---

[378] LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002

[379] CARVALHO, Aurora Tomazini de. ***Teoria Geral do Direito***. O construtivismo lógico-semântico. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009. p. 102

[380] VILANOVA, Lourival. ***As estruturas lógicas do direito positivo***. 3ª ed. Ed. Noeses, 2005. p.173.

[381] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. ***Introdução ao estudo do direito***. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

das associações linguísticas. Nada impede, porém, que sob vetores comuns sejam eles agrupados e estruturados na forma de outro sistema, no qual apareçam como subsistema.[382]

Na concepção de sistema adotada por Tomazini de Carvalho,[383] a realidade social também é considerada um corpo de linguagem, cuja constituição interage duas ou mais pessoas que antes se mantinham na individualidade. “Ela caracteriza-se, única e exclusivamente, pela função comunicacional”. O legislador, no intuito de disciplinar condutas subjetivas, pensa a norma jurídica e produz um conjunto de textos em forma de linguagem prescritiva, o qual é atribuído o nome de direito positivo, dirigido ao campo da realidade social a fim de se estabelecer outras relações entre sujeitos (jurisdicionados). Neste contexto, torna-se relevante o papel do jurista, que interpreta a linguagem do direito positivo construindo as normas jurídicas, descrevendo suas construções por meio de outro conjunto de textos em forma de linguagem descritiva, a qual se atribui o nome de ciência do direito. Caracteriza-se, assim, um tríplice plano da linguagem, evidenciado pela ciência do direito, direito positivo e linguagem social. Na terminologia adotada por Paulo de Barros Carvalho,[384]“da projeção da linguagem jurídica sobre o plano da realidade social surge o domínio da facticidade jurídica”. Nesse sentido, para que a linguagem social ingresse no sistema do direito positivo, é necessário que ela apresente certos critérios de pertencialidade determinados pelo próprio sistema, tendo a necessidade de passar sobre o filtro da facticidade jurídica para que se transmude de linguagem social em linguagem jurídica.

Ao trabalhar com o direito positivo como um subsistema social, é importante estudar a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann,[385] para quem o Direito deve ser compreendido como um sistema, e não como um sistema coerente de regras, não como uma ordem de normas orientadas por uma norma superior (Kelsen), mas sim como uma rede de operações fáticas, que se estabelecem na sociedade por meio da comunicação. O ponto de partida para compreensão da referida teoria reside na diferença entre sistema e ambiente. O conceito de ambiente se explica pela noção de

---

[382] CARVALHO, Aurora Tomazini de. ***Teoria Geral do Direito. O construtivismo lógico-semântico***. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009. p. 105
[383] Ibidem, p. 111.
[384] Ibidem. p. 12.
[385] LHUMANN, Niklas. ***La ciencia de la sociedad***. Trad. Silvia Pappe; Luis Felipe Segura. Mexico: Universidad Iberoamericana. 1996. LUHMANN. N***. Introdução à Teoria dos Sistemas***. Petrópolis: Vozes, 2009.

realidade ou de mundo circundante, que engloba tudo. É algo pensado sem fronteiras, que resume na totalidade das coisas, onde nada existe e acontece fora dele. O “ser ambiente” é algo complexo, e a formação dos sistemas vem a reduzir tais complexidades, estabelecendo conceitos diferenciais, que acabem por constituir uma determinação (unidade). O sistema se constitui nessa determinação, formada pela diferença com seu ambiente. [386]

Desta maneira, o fato de se afirmar que o Direito seja um sistema diferenciado de seu ambiente, com operações referidas a si mesmo, que não se confundem com as operações do seu ambiente, implica em afirmar que o direito é um sistema operacionalmente fechado. Mas, como afirma Chamon Junior,[387] este fechamento operacional não deve ser entendido enquanto isolamento. Existe uma dependência entre o sistema e o seu ambiente que pode ser observada por meio da relação entre causa e consequência. Nesse sentido, o sistema recorre a si mesmo para efetuar operações, determinando o que pertence a si mesmo e ao ambiente, e designa o que se entende por sistema autopoiético, que não apenas se organiza, mas se autorreproduz. Consoante lições de Thiago Araújo,[388]pode-se afirmar que o ambiente é sempre muito mais complexo do que o sistema; o sistema é sempre complexidade organizada a partir de suas próprias operações. “O sistema presta-se a permitir a comunicação ao diminuir a complexidade e controla a dupla contingência ao adotar certas comunicações de determinado padrão que podem servir para reduzir o risco de incertezas e melhor integrá-las com as expectativas, como condensações de sentido que permitem o atuar no mundo.”

Nesta perspectiva, verifica-se uma influência entre ambiente e sistema, pois ainda que o sistema seja menos complexo que o ambiente, sua progressiva complexidade acaba influenciando na adaptação do sistema. Torna-se necessário, então, estabilizar as dimensões de sentido do plano temporal, social e prático, a fim de que estas irritações não sejam capazes de vulnerabilizar o fechamento operacional do sistema, o que evita seu desnaturamento.[389] Sendo o sistema sempre menos complexo do que o ambiente, este também apreende parte do entorno, a partir de

---

[386] CAMPILONGO, Celso Fernandes. ***Política, sistema jurídico e decisão judicial***. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.66.
[387] CHAMON JUNIOR. Lúcio Antônio. ***Filosofia do direito na alta modernidade. Incursões teóricas em Kelsen, Lhumann e Habermas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005. p. 77.
[388] ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 173.
[389] Idem. p. 185

variações na comunicação que passam a ser selecionadas ao ponto de se chegar a uma situação paradoxal: “quanto mais capaz for o sistema jurídico de adaptar-se ao ambiente e suas mudanças, mais capaz de se preservar e cumprir sua função de resolver conflitos e garantir expectativas”[390]Conforme leciona Celso Campilongo,[391]“fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente, ou de isolamento causal”. Por isso, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua abertura. Desta forma, fechamento ou clausura operacional diz respeito à necessidade de “combinar referências internas e externas de modo que as operações que lidem com esses elementos sejam baseadas em elementos internos ao sistema e seja desenvolvida no âmbito interno desse sistema.”[392]

Se o sistema se apresenta como unidade de uma diferença, há uma recíproca distinção entre sistema e ambiente que permite o intercâmbio entre ambos. O sistema não é isolado de seu ambiente. A clausura ou fechamento operacional somente é capaz de ser entendida na medida em que se refere à rede de operações internas recursivas, que permite afirmar se tratar de um sistema que é autopoiético. A abertura cognitiva se dá internamente, de maneira definida pelo próprio sistema de direito, havendo uma relação com a heterorreferência levada adiante pelo próprio sistema.[393] Desta forma, os acoplamentos estruturais permitem uma comunicabilidade de influxos de desordem contra os quais o sistema mantém ou muda sua estrutura.[394]Há, portanto, uma comunicação com o ambiente e um reprocessamento interno, que toma forma de uma nova operação. Importante ressaltar o pensamento de Niklas Lhumann acerca da interação entre o sistema jurídico e econômico:

> O sistema econômico depende dos códigos de propriedade e de dinheiro. Sem uma clara distinção entre possuir e não possuir direito de propriedade, nenhuma transação seria possível. Por outro lado, as consequências legais e econômicas de uma transação são completamente diferentes porque elas ocorrem em sistemas diferentes e em diferentes redes recursivas, sob diferentes critérios e condições concretas. O sistema econômico e legal não restam separados: ambos operam sob a condição de um fechamento operacional, mas para isso, se faz necessário um mecanismo específico de

---

390 CARVALHO, Cristiano. ***Teoria do sistema jurídico – direito, economia, tributação***. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 45

391 CAMPILONGO. Celso Fernandes. ***O direito na sociedade complexa***. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 67

392 ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 187.

393 CHAMON JUNIOR. Lúcio Antônio. ***Filosofia do direito na alta modernidade. Incursões teóricas em Kelsen, Lhumann e Habermas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005. p. 89

394 NEVES. Rômulo Figueira. ***Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Lhumann***. Dissertação. Sociologia. USP. 2005. p.40.

> acoplamento estrutural, acima de tudo na forma da propriedade e do contrato.[395]

Dentro da teoria dos sistemas, a obra de Gunther Teubner[396] atribui uma nova visão à obra de Niklas Lhumann,[397]mais condizente com a realidade social atual, fruto da globalização e da *Lex Mercatoria*. A obra de Gunther Teubner "introduz um elemento historicista, dotando a teoria dos sistemas de sujeito, incorporando pressões sociais, notadamente do campo político, que de acordo com suas próprias comunicações, estimulam a reprodução da justiça material."[398] Nessa linha de raciocínio, a chave para a compreensão da autonomia do sistema jurídico reside, segundo o autor, nessa relação tripartite de auto-observação, autoconstituição e autorreprodução.

Logo que a comunicação jurídica sobre a distinção básica lícito/ilícito comece a diferenciar-se da comunicação social geral, ela se torna inevitavelmente autorreferencial e é compelida a tematizar a si mesma, tendo por referência as categorias intrinsecamente jurídicas.[399] A chave para a compreensão da autonomia do sistema jurídico reside, segundo o autor, nessa "relação tripartite de auto-observação, autoconstituição e autorreprodução". A autonomia jurídica abrange não apenas a capacidade do direito de criar seus próprios princípios, mas também de autoconstituição de ações, a juridificação dos processos e a criação de institutos "jurídico-doutrinais".

Gunther Teubner formula seu conceito de Direito reflexivo como "um direito que se abre à regulação de novos campos, mas não o faz a partir da primazia do Estado em orientar a vida social," mas, ao contrário, trata-se da vontade da sociedade em "dotar de normatividade áreas outrora infensas de qualquer controle jurídico." Em sua obra, Gunther Teubner esboça os traços do que seria posteriormente entendido como a necessidade de combinar a dinâmica interna dos sistemas com uma dinâmica externa do ambiente, enfatizando a ideia de que autonomia não significa isolamento,

---

395 ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 187.
396 TEUBNER, Gunther. ***O direito como sistema autopoiético***. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993.
397 LUHMANN. N. ***Introdução à Teoria dos Sistemas***. Petrópolis: Vozes, 2009.
398 MELLO. Marcelo Pereira de. ***A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Lhumann e Teubner***. Tempo soc. São Paulo, v.18.n.1, junho de 2006.
399 Idem.

indicando a importância da autorreferência e circularidade para a compreensão da autopoiese.[400]

Thiago Araújo[401]menciona que, ao rever o conceito de acoplamento estrutural, Gunther Teubner informa três mudanças capazes de fazer com que a teoria dos sistemas apreenda o fenômeno da autopoiese na autopoiese: a) alterando a noção de perturbação por mal-entendido produtivo; b) através de instituições de ligação que permitem aprofundar o traço dos acoplamentos estruturais, de forma a permitir operar mais de um código[402] simultaneamente, abrindo-se a uma multiplicidade de sistemas e c) por meio da responsividade, que se verifica quando as instituições de ligação estreitam o vínculo do Direito com os demais sistemas sociais. Esta noção é fundamental para justificar a Análise Econômica do Direito, pois de acordo com essa sistemática, "o direito inventa uma imagem da economia e formula suas normas (realiza suas operações) de acordo com essa imagem". Nas palavras de Gunther Teubner,[403]"a Análise Econômica do Direito é o mais recente campo de batalha pela competição epistemológica. Ainda está por definir se o imperialismo econômico irá prevalecer ou, vice-versa, se o dogmatismo jurídico irá colonizar o pensamento econômico."

Na medida em que um sistema operacionalmente fechado não se abre cognitivamente ao ambiente (direito autônomo conforme vislumbra Richard Posner), suas comunicações não apresentam variabilidade suficiente para permitir a recursividade e a manutenção do hipercriado, perdendo sua dimensão autopoiética.[404] Segundo Richard Posner,[405]a politização do Direito demonstra razões para que o conhecimento jurídico não possua mais condições de sobreviver de maneira automatizada. Primeiro, por razões internas, pois o conhecimento jurídico, de maneira autocentrada, tornara-se perfeito demais levando os estudiosos a buscarem novos

---

[400] ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 198.
[401] Ibidem. p. 204
[402] Chama-se de código uma estrutura fundamental que se produz e reproduz por meio de operações do sistema. Permitem a observação interna de suas próprias operações, definindo o conteúdo de suas fronteiras. Cf. LUHMANN. N. ***Introdução à Teoria dos Sistemas***. Petrópolis: Vozes, 2009.
[403] TEUBNER, Gunther. ***How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law***. Law & Society Review. V.23, n.5, 1989.
[404] ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 208
[405] POSNER, Richard A. ***Problemas de filosofia do direito***. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.577

caminhos. A afirmação justifica-se em virtude das crescentes conquistas de outras disciplinas, em especial da economia.

Nesse sentido, Robert Cooter[406] menciona que "a gradual institucionalização da economia definida como a análise das escolhas feitas sob escassez significa que era apenas uma questão de tempo para que nós começássemos a perceber uma análise econômica de um monte de coisas, com trabalhos nessa área descritos como 'o comportamento econômico no não-mercado'". "A economia é científica, ela segue um método científico de utilizar uma teoria formal refutável, testar a teoria e revisá-la de acordo com as evidências". Vislumbra-se um verdadeiro imperialismo econômico, definido por Paul Lazear[407] como sendo "a extensão da economia a tópicos que vão além do raio clássico de questões, que incluem a escolha do consumidor, teoria da firma, mercados (explícitos), atividade macroeconômica e os campos criados diretamente a partir destas áreas".

O problema é lidar com esse novo modelo de imperialismo, pois pode representar uma forma agressiva de explicar todo o comportamento humano usando as ferramentas da economia. Thiago Araújo[408] afirma que, desse contexto, se extrai um "caráter colonizador neste imperialismo, com a substituição de um modo de enxergar a realidade (representada pelo código) por outro, advindo do subsistema colonizador". James Boyd[409] alerta que se corre o risco de adotar a economia como uma cultura total, isenta de valores, eis que pautada por metodologia extraída da física, em que, funcionalizada ao positivismo, vale-se de modelos de previsão de comportamentos. Gunther Teubner[410] ao comentar a expansão da Análise Econômica do Direito afirma que "hoje, o único Deus restante a quem o direito tem a obrigação de fazer sacrifícios chama-se escolha racional (*rational choice).*" Nas observações de Thiago Araújo,[411] o temor de James Boyd é causado pela desconsideração da teoria dos sistemas, visto que "a observação de um sistema somente pode ser feita dentro

---

406 COOTER, Robert. ***Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and a review of the major books***. 29 ECLA L. Rev. 1982.p.1268.
407 LAZEAR, Edward. ***Economic Imperialism***. The Quarterly Journal of Economics, v. 115, .1, Feb. 2000.p.103.
408 ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 210
409 BOYD, James White. ***Estabilishing relations beetwenn law and others forms of thought***. University of Michigan Law School. Public Law and Theory research papper series. 2008. p.170
410 TEUBNER, Gunther. ***The king´s many bodies: the self-deconstruction of law´s hierarchy***. Law & Society Review, v.31, n.4, 1997. p. 149
411 ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 211

deste sistema e que é impossível a determinação de uma operação intrassistêmica a partir de uma comunicação feita no ambiente". Desta forma, o risco para a essencialidade do Direito não vem de fora (ambiente) mas lhe é interno. Ao concluir, Thiago Araújo afirma que "a Análise Econômica do Direito é uma operação interna do Direito", sendo um modo de interpretar[412] e entender o Direito, que se desenvolve a partir de observações e operações feitas dentro desse sistema social. Para o autor[413], "os conceitos econômicos mobilizados pela análise econômica do direito (interna do direito) não são comunicações da economia". Ao revisitar os conceitos de acoplamento estrutural e de instituições de ligação, "há a necessidade de se reproduzir um sucedâneo do instrumental econômico dentro do Direito, aumentando-lhe a complexidade." Utiliza-se o termo "sucedâneo", visto que a operação interna nunca poderá ser réplica perfeita da comunicação exterior, pois o contexto sistêmico é diferente. Sobre a temática, ressalta-se a síntese feita por Celso Campilongo:[414]

> O direito funciona com critérios, opera com uma lógica que não é exatamente a mesma lógica do sistema econômico. Ainda que ele não possa abstrair, abrir mão da conceitualidade econômica, esta é processada, interpretada, aplicada no sistema jurídico com base nos critérios do próprio sistema jurídico. Me atreveria a dizer: a ciência (seja ela ciência econômica, a ciência médica, pouco importa) só tem relevância para o sistema jurídico se puder ser processada judicialmente, isto é, com critérios comunicacionais próprios do sistema jurídico.

Há que se ter um mínimo de controle na replicação de sentido ao incorporar internamente as comunicações econômicas, sob pena de esvaziar a possibilidade mesma de troca comunicativa, autonomizando o Direito, comprometendo sua variação, que, por decorrência, pode perder seu caráter autopoiético.[415] Gunther Teubner[416] afirma que "o Direito não pode dominar toda autoridade epistemológica e

---

[412] A atividade do intérprete, seja cientista ou julgador, não consiste meramente em descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados. Não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação. Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar a conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual, pois há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Cf. ÁVILA. Humberto. ***Teoria dos Princípios***. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.52.

[413] ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 212

[414] CAMPILONGO, Celso Fernandes. ***Direito e diferenciação social***. São Paulo: SARAIVA, 2008. p. 93

[415] Ibidem, p. 213.

[416] TEUBNER, Gunther. ***The king´s many bodies: the self-deconstruction of law´s hierarchy***. Law & Society Review, v.31, n.4, 1997.

responsabilidade pela realidade das construções envolvidas, mas, ao mesmo tempo, não se pode delegar autoridade epistemológica aos outros discursos sociais". Conclui que, como precondição para a incorporação de conhecimento advindo de outros subsistemas sociais, o "sistema legal deve definir certos requisitos fundamentais relacionados ao procedimento e método de cognição."

A Análise Econômica do Direito no pensamento de Tadeu Henriques Junior surge como a "possibilidade de utilizar, moderadamente e respeitando o raciocínio propriamente jurídico, operações e ferramentas características da economia para compreender as consequências de determinada norma jurídica". Sendo a obra de Richard Posner[417] plenamente compatível com uma visão do direito fundamentada na teoria dos sistemas, onde o conceito de eficiência[418] é mobilizado em uma operação interna do próprio Direito. Desta forma, preserva-se a essencialidade do Direito com a manutenção de seu código, ao apresentar os limites possíveis para a necessária e útil abertura à economia, o que propicia uma interpretação do Direito Tributário em consonância com a Administração Pública pós-moderna,[419] ao superar o pensamento hegemônico desenvolvido pelos tributaristas brasileiros[420](que procuram afastar do estudo do tributo seus aspectos econômicos, sociais e políticos) para se alcançar uma verdadeira virada pragmática na interpretação e aplicação das normas tributárias.[421]

4.4 Análise Econômica do Direito Tributário: um novo caminho a ser percorrido pela Administração Pública pós-moderna

Uma teoria sistêmica da tributação, para ser consciente com os postulados apresentados nesta tese, precisa levar em consideração que a tributação é "um fenômeno intersistêmico que envolve a política, a economia e o direito". Nas lições de Paulo Caliendo,[422] a acepção política deve ser entendida como uma relação entre o

---

417 POSNER. Richard A. ***Economic analysis of law***. 8ª ed. Boston: Kluver, 2010.
418 Para Posner, justiça significa eficiência. No contexto brasileiro, todavia, não se tem admitido que a eficiência seja um signo substituto de justiça. Cf. ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017.
419 MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. O ***direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
420 BECKER. Alfredo Augusto. ***Teoria Geral do Direito Tributário***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972
421 FOLLONI. André. ***Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges***. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011
422 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 07.

poder de tributar e seus consequentes âmbitos de limitação, a ensejar o pagamento de prestações pecuniárias compulsórias pelos particulares. A acepção econômica diz respeito a programação dos agentes econômicos sobre seus ganhos nas situações de produção, acumulação e circulação de bens na sociedade. A acepção jurídica considera-se como o conjunto de expectativas institucionalizadas que irão prescrever a atuação dos agentes econômicos entre o poder de tributar e suas respectivas limitações, ao determinar sanções pelo descumprimento dessas normas condicionais.

A análise econômica do Direito Tributário se constitui em uma esfera de indagações teóricas ainda incipientes nos estudos nacionais e internacionais, ao constituir-se em uma alternativa à filosofia moral e política do utilitarismo dominante no contexto teórico norte-americano até a década de 1960.[423] Considera-se também como uma reação ao entendimento predominante no ambiente jurídico norte-americano de que o direito deve ser entendido como uma realidade e disciplina autônoma, conforme defendido por Christopher Langdell.[424] A Análise Econômica do Direito efetua crítica à interpretação jurídica como interpretação, conforme os precedentes ou o sistema normativo, sem referência ao contexto econômico e social, rejeitando a autonomia do Direito perante a realidade social e econômica. Utiliza métodos de outras áreas do conhecimento, como a economia e filosofia, na tentativa de compreender os reflexos das normas econômicas sobre a decisão dos agentes econômicos. Não se trata de uma escola única, ou de um corpo teórico unificado, apresentando várias escolas com entendimentos divergentes, sendo "melhor compreendida como um movimento do que como uma escola única". [425]

Para Stigler,[426] "enquanto a eficiência é o problema fundamental dos economistas, a justiça[427] é o farol que norteia os profissionais de direito". Sendo a

---

[423] O utilitarismo alcançou significante proeminência com os escritos de Jeremy Bentham e posteriormente de seus seguidores James Mill, James Stuart Mill e Henry Sigdwick.

[424] CHRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL (1826-1906) foi professor na Harvard University. Difundiu o método do estudo de casos, equiparando o jurista ao pesquisador, extraindo princípios fundamentais da jurisprudência a partir dos quais, em tarefa de classificação, extrairia todo um sistema ordenado. Uma de suas principais obras é "A selection of cases on the law of contract", de 1871.

[425] SILVEIRA. Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 14

[426] STIGLER, G. J. ***Law or economics?*** Journal of law and economics. Chicago, v.35. n.2. 1992. p. 463.

[427] Justiça, segundo a ótica econômico-jurídica, refere-se à compensação de cada agente, no mercado, segundo seu interesse, observado o interesse de terceiros. Posner trabalha a questão da justiça distributiva e justiça corretiva a partir de Aristóteles, afirmando que é necessário corrigir o senso comum de que as ideias Aristotélicas e Kantianas de justiça são mais aceitáveis, moralmente, do que aquelas próprias de uma visão pragmática e instrumental. Vide POSNER, Richard. ***The Problems of Jurisprudence****.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1990.

Análise Econômica do Direito eminentemente *ex ante* (antecipando problemas a fim de que o indivíduo mude o curso de sua ação com o fim de evitar a consequência) e a atuação do profissional do direito *ex post* (após os acontecimentos fáticos, de forma que os meios legais para a resolução do problema dependem de uma análise de preceitos jurídicos anteriormente formulados) e se poderia ter uma falsa percepção de que os preceitos econômicos verificados no ambiente não seriam compatíveis com os preceitos jurídicos ali também encontrados. Mas, como já fora ressaltado, metodologicamente a Análise Econômica do Direito é um fenômeno interno ao direito (dentro do sistema jurídico), de modo que uma análise em relação ao ambiente da economia e do direito, separadamente considerados, não se mostra adequada, e leva a uma falsa conclusão de que haveria uma impossibilidade de diálogo entre os referidos sistemas sociais.

O estudo econômico da tributação possui uma longa história, podendo ser citado os estudos de David Ricardo sobre o déficit público (1817), de Cournot sobre a incidência da tributação nos mercados imperfeitos (1838), de Edgeworth sobre os efeitos da tributação nas firmas e de Pareto nos fundamentos das decisões sociais (1909). Nas lições de Paulo Caliendo[428], "é praticamente certo, em termos econômicos, que nenhuma economia pode operar sem a existência de uma base mínima de organização institucional" que necessita de financiamento. Se de um lado o Estado deve implementar suas políticas com o mínimo de efeitos para a sociedade, de outro deve agir para obter a mais equitativa distribuição de bens na sociedade, em especial diante de um modelo social em que o mercado é imperfeito. Essas falhas, aponta Paulo Caliendo, se dividem em: a) bens públicos exclusivos, que podem ser consumidos por um agente sem prejuízo aos demais e b) presença de efeitos externos, visto que o mercado não alcança sozinho o seu nível ótimo.

Com objetivo de efetuar uma releitura do estudo do Direito Tributário, de forma a analisar sua relação com a ciência econômica, em uma tentativa de melhor compreender o fenômeno tributário e seus reflexos no núcleo de sociedades empresárias que exercem atividade econômica, a fim de propor mecanismos mais eficientes de resolução de crises empresariais e de melhor compreender o papel do Estado na sociedade pós-moderna, serão abordadas as principais escolas da Análise Econômica do Direito, sem a pretensão de esgotar o tema, de forma a demonstrar

[428] SILVEIRA. Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 18

como suas linhas de compreensão podem contribuir para o avanço do estudo da ciência do Direito Tributário e do Direito Concursal.

A denominada Escola de Chicago é indicada como a abordagem no campo do Direito e Economia mais influente e difundida,[429] sendo apontado como elementos que levaram à ascendência de seu movimento na Análise Econômica do Direito a obra de Gary Becker, a influência de Aaron Director e a publicação da obra "O custo do problema social" de Ronald Coase. Segundo Charles Rowley,[430] a nota distintiva da Análise Econômica do Direito praticada pela Escola de Chicago é "a aplicação da economia dos mercados a instituições legais, regras jurídicas e procedimentos nos quais em certas áreas não se percebem a influência do comportamento desenvolvido no mercado, mas que podem claramente ser definidos por meio de termos de falhas de mercado."

Foi a partir da obra de Gary Becker[431] que se tornou possível desvelar o alcance desse novo modo econômico de ver o mundo. O autor desenvolveu pesquisas que se caracterizavam pela aplicação de instrumentos econômicos em áreas que não se relacionavam diretamente ao mercado. Ao aplicar as ferramentas econômicas de forma inédita, ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1992, em função de ter estendido o domínio da análise econômica ao amplo leque do comportamento humano e sua interação, incluindo o comportamento no não-mercado (*nonmarket*).[432] A tese sobre o comportamento humano maximizador e racional é a pedra angular no pensamento da Escola de Chicago, sendo tomada como premissa para a utilização dos instrumentos da economia na investigação de problemas legais, sendo Richard Posner[433] o principal beneficiário dos programas de investigação de Gary Becker.[434]

A atuação de Aaron Director,[435] professor da escola de Direito da Universidade de Chicago, a partir de meados da década de 1940, foi significativa, pois passou a abordar na escola de Direito a corrente econômica que se consolidava na faculdade de economia, capitaneada por Frank Knight, com ênfase nos pressupostos da

---

[429] BATTESINI. Eugênio. ***Direito e Economia. Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil***. São Paulo: LTR, 2011. p.72.
[430] ROWLEY. Charles. ***Public Choice and the Economic Analysis of Law***. In: MERCURO, Nicholas (org.). Law and Economics. Boston, Kluwer Academic Publishers. 1989. p.125
[431] BECKER, Gary S. ***Teoria econômica***. México: Fondo de Cultura Econômica, 1977.
[432] ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017.p. 61
[433] POSNER. Richard. ***Economic Analysis of law***. Austin: Wolters Kluwer Law & business, 2007
[434] Idem.
[435] DIRECTOR. Aaron. ***Defense, controls and inflation: a conference sponsored by the University of Chicago Law School***. Chicago: University of Chicago Press, 1852.

economia neoclássica e baseado na construção de modelos aptos a gerar previsões testáveis. Doutrinou e influenciou toda uma geração de advogados a voltar seus estudos para a economia. Efetuou uma série de análises econômicas relacionadas a casos antitruste, posteriormente evoluindo para a seara da falência, regulação e direito corporativo, tendo fundado, em 1958, o *Journal of Law and Economics*.[436]Assumindo o posto de editor do *Journal of Law and Economics,* Ronald Coase[437] publicou artigo que se tornou o estudo mais citado no campo da Análise Econômica do Direito intitulado "O custo do problema social". Sustenta Ronald Coase[438] que "a teoria neoclássica sobre os custos de transação se sustentava exclusivamente na noção de custos de negociar em mercado enquanto os direitos de propriedade sustentam-se nos custos de estabelecer e proteger os direitos de propriedade."[439] Defendeu que as análises tradicionais sobre a teoria microeconômica eram incompletas, pois agregavam unicamente os custos de produção e transporte, negligenciando os custos sobre a execução dos contratos (custos de transação).

Para fins de delimitação do tema, pode-se dividir o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito em duas formas básicas: a) descritiva e b) normativa. Trata-se de duas abordagens distintas à fundamentação do Direito pela Economia ou a verificação da função exercida pelas instituições jurídicas. Na sua acepção descritiva, trata da aplicação dos conceitos e métodos não jurídicos, no sentido de entender a função do Direito e das instituições jurídicas, tais como definidos na teoria dos jogos[440]

---

[436] ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 63

[437] COASE, Ronald. H. ***O problema do custo social***. The *Journal of Law and Economics.* Vol. III. Outubro, 1960.

[438] Idem. *The "property rights" definition centers on the costs of estabilishing enforcing property rights.*

[439] Por direitos de propriedade bem definidos, tem-se uma situação na qual todos os bens e recursos econômicos são titulados por alguém, restando claras as limitações para seu gozo, bem como definidos os procedimentos para remoção dessas limitações. Por outro lado, "ausência de custos de transação" cuida-se da inexistência de custos para se negociar transferência de direitos entre as partes, como também para monitorar o cumprimento de tais transferências. A ideia básica do teorema de Coase está em que a delimitação completa dos direitos de propriedade é um instrumento que serve para resolver virtualmente todos os problemas de externalidades reais. Estas podem ser consideradas, em rigor, como situações onde exista uma identificação entre os benefícios gerados pelo direito e os custos que acarreta, como de igual forma, a relação entre uma obrigação assumida e a compensação por suportá-la. Cf. RODRIGUES, Frederico Viana. Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro. In: ***Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro***. Ano XLIV, nº 138, abril-junho de 2005.

[440] Teoria dos Jogos é um ramo da matemática aplicada que estuda situações estratégicas onde jogadores escolhem diferentes ações na tentativa de melhorar seu retorno. Inicialmente foi desenvolvida como ferramenta para compreender o comportamento econômico. Devido a interesse em jogos como o dilema do prisioneiro, no qual interesses próprios e racionais prejudicam a todos, a teoria dos jogos vem sendo aplicada na ciência política, ética, filosofia e direito. A teoria dos jogos tornou-se um ramo proeminente da matemática nos anos 30 do século XX, especialmente depois da publicação

e na teoria das escolhas públicas (*public choice*).[441] Por outro lado, a acepção normativa pretende não apenas descrever o direito com conceitos econômicos, mas encontrar elementos econômicos que participam da regra de formação da teoria jurídica, onde os fundamentos da eficácia jurídica e da validade do sistema jurídico deveriam ser analisadas levando em consideração valores econômicos, tais como a eficiência.[442] Essas duas vertentes são denominadas de concepção positiva (*positive*) e concepção normativa (*normative*) do direito e economia. Como assevera Paulo Caliendo,[443] "a teoria positiva tenta explicar o Direito, sua eficácia e como as normas jurídicas podem ser consideradas como sendo eficientes. A teoria normativa tenta determinar o que deve ser do direito a partir da análise da realidade". Desta forma, verifica-se que a explicação do direito pela economia assume uma perspectiva normativa, pois sua descrição parte de postulados norteados por valores e juízos de valor.

Para melhor compreender a aplicação da Análise Econômica do Direito no âmbito tributário, faz-se necessário abordar a teoria dos custos de transação, proposta por Ronald Coase. A referida teoria tem como pressupostos teóricos a ideia de "racionalidade limitada, complexidade e incerteza, oportunismo e especificidade de ativos". A teoria parte do pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, porém, não detém todos os elementos para adotarem uma decisão racional, não tendo como haver previsibilidade sobre todas as contingências futuras decorrentes de um contrato.[444] Há, ainda, outro pressuposto que é a impossibilidade do mercado evitar a presença de comportamentos antiéticos nas negociações, designada de oportunismo.[445] O pensamento de Ronald Coase produz uma revolução no

---

em 1944 de The Theory of Games and Economic Behavior de John von Neumann e Oskar Morgenstern. A teoria dos jogos distingue-se da economia na medida em que procura encontrar estratégias racionais em situações em que o resultado depende não só da estratégia própria de um agente e das condições de mercado, mas também das estratégias escolhidas por outros agentes que possivelmente têm estratégias diferentes ou objetivos comuns. In: LOPES, Bráulio Lisboa. ***Falência e Recuperação de Empresas: análise econômica e tributária.*** Belo Horizonte: Editora D´Plácido. 2016.

[441] BUCHANAN, James. ***The Demand and Supply of Public Goods***. Disponível em <http://www.econlib.org/library/buchanan/buchCv5Contents.html). Acesso em 03.08.2009. A eficiência deve estar relacionada a uma alocação de recursos fundada no consentimento livre, com base em acordos constitucionais, institucionais e normativos.

[442] SILVEIRA. Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 15

[443] Idem.

[444] SILVEIRA. Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 21

[445] FARINA. Elizabeth Maria Querido. ***Competitividade: mercado, Estado e organizações***. São Paulo: Singular, 1997. p.71.

pensamento econômico, ao questionar os pressupostos arraigados da teoria econômica ortodoxa. Admite que a tributação "seja entendida tanto como um custo de transação em sentido restrito como em sentido amplo", possuindo, em ambas as situações, papel relevante na determinação da realização do negócio jurídico, influenciando decisivamente a escolha dos agentes econômicos."[446]

Ao assumir a posição de professor na faculdade de Direito de Chicago em 1969, Richard Posner começa o projeto de expandir a economia neoclássica para o Direito, ao afirmar que o valor de eficiência é a verdadeira medida do Direito. Em seu entendimento, haverá eficiência quando a exploração de recursos econômicos possibilitar a maximização de valores. O autor afirma que o uso da economia na investigação do Direito acaba gerando dois resultados: a) a apropriação da economia pelo Direito possibilita um meio de entender práticas sociais e dirigir suas reformas e b) permite que o direito seja visto como um sistema melhorado e mais coerente, denotando uma verdadeira postura racionalista. A partir de então, Richard Posner[447] apresenta quatro princípios que objetivam o desenvolvimento de sua análise, quais sejam: a) a lei da demanda, b) o custo de oportunidade, c) a tendência de os recursos gravitarem na direção de seus usos mais valiosos e d) o equilíbrio. Passa a defender a Análise Econômica do Direito, afastando-a das críticas levantadas ao utilitarismo, indicando sua crença no mercado como otimizador das transações, o que somente não se implementará quando os custos de transação forem muito altos.

Para Richard Posner, as normas, especialmente as regras, têm como função reduzir o custo da informação. Critica o entendimento de que a tarefa da jurisprudência é encontrar a única resposta correta, ao fundamento de que em uma situação de pluralidade de valores mais de uma solução pode ser adotada. Igualmente critica a noção de que as soluções judiciais encontrem resposta tão somente na teoria legal ou jurídica, desconsiderando outros métodos e análises externas à experiência jurídica.[448] O sistema de análise de custos e benefícios funcionaria no direito como uma forma de estímulo ou desincentivo a determinadas condutas, de forma que "a função do direito em uma perspectiva econômica seria modificar a modulação dos

---

[446] SILVEIRA. Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 22

[447] POSNER, Richard. A. ***Economia da Justiça***. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

[448] SILVEIRA. Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 47

incentivos,"[449]de forma que o Direito estaria envolvido em um processo de maximização das riquezas.

Com uma abordagem distinta, a Escola da Virgínia (*Public Choice*) aplica a metodologia econômica ao estudo da ciência política. A publicação a obra "*The calculus of consent – logical foundation of constitucional democracy*", de James Buchanan e Gordon Tullock[450] marca o evento que consolida a *Public Choice*. A referida escola é considerada uma vertente tanto da Economia quanto do Direito e Economia. As implicações para o funcionamento da política e do governo encontradas nos estudos dessa área tiveram o principal efeito de entender a existência das chamadas falhas de mercado e falhas de governo, ou seja, intervenções estatais no mercado que produzem arranjos alocativos ineficientes frente à possibilidade de ausência de atuação. A escolha pública "se desenvolve confrontando as visões prevalentes na época de seu surgimento (década de 50) sobre instituições políticas e sobre o governo,"[451] que possuíam um caráter otimista advindo de posições Keynesianas na Economia, incluindo a economia de bem-estar, de índole normativa.[452]Pregava-se a teoria do interesse público, de forma a justificar a assunção pelo Estado da centralidade do processo de tomada de decisões em nome da sociedade, com a função de corrigir as falhas de mercado ocasionadas pelas externalidades.

Em sua teoria, James Buchanan[453] procura oferecer uma dimensão diferente do processo de tributação, por meio dos quais fenômenos fiscais podem ser vistos, apresentando uma proposta de superação do racionalismo na teoria de Estado para firmar suas bases teóricas no pragmatismo político e no livre desenvolvimento do mercado como instrumento apto a promoção da sociedade, pautando-se pelos interesses privados de cada grupo envolvido nas relações.[454] Para James Buchanan, é importante evitar o risco de um consenso social ser deturpado por grupos de

---

[449] SILVEIRA. Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 47.
[450] BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. ***The calculus of consent – logical foundations of constitucional democracy***. Ann Harbor (Michigan): 1965.
[451] ARAÚJO, Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2017. p. 101
[452] MUELLER, Dennis C. ***The Virginia School and Public Choice***. Virginia Political Economy Lecture Series. Fairfax: George Mason University, 1984.
[453] BUCHANAN, James M. ***The power to tax:analytical foundations of a fiscal constitucion***. In: the collected works of James Buchanan. V.07. Indianápolis: Liberty Fund:2000. p.04.
[454] BOTELHO, Bernard Gama. James Buchanan. In: ***Leituras clássicas de Direito Tributário***. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 242.

interesses privados, onde o Estado deixa de ser o provedor de bens comuns e demandados pela sociedade para atender interesses de alguns setores, ou mesmo ao manipular a opinião pública. O autor chama a atenção para a politização das decisões econômicas, visto que o Estado é composto por políticos que estão sob pressão eleitoral. Sua teoria "envolve basicamente três sujeitos: o cidadão como indivíduo dotado de direitos, o político na posição de gestor público e o economista no desenvolvimento de modelos adequados e possíveis, aptos a evitar um estado controlador." Afirma que o Estado tem efetiva aptidão para corrigir externalidades do mercado, mas que esta atuação deve ser contida, pois "o foco está no cidadão não como destinatário final de bens e direitos, mas como efetivo agente social e livre."[455] Pela teoria da *Public Choice*, o Estado altamente interventor acaba se desvirtuando, pois adota uma crescente e significativa demanda de gastos públicos ineficientes, com finalidade meramente eleitoral. Consoante, destaca James Buchanan "o excesso orçamentário advém do processo democrático, mesmo que a exploração pública seja evitada. Na medida em que a democracia majoritária usa o processo legislativo para modificar a estrutura básica dos direitos individuais, há uma intromissão no domínio do Estado protetor."[456]

A reação da *Public Choice* (Escola de Virgínia) frente à teoria do interesse público gerava como resultado um quadro de desconfiança frente a atuação do governo e sua efetiva capacidade de promover o interesse comum ensejando uma visão negativa do governo. Neste tocante, percebe-se uma semelhança com a Escola de Chicago no que diz respeito à carga ideológica, ao propor a criação de um modelo analítico para a atuação do governo e dos atores públicos e políticos, compreendendo os processos de tomada de decisão nessas esferas. Diferentemente de RICHARD POSNER, para James Buchanan o conceito de eficiência está relacionado à alocação de recursos fundada no consentimento livre, com base em acordos constitucionais, institucionais e normativos.[457] Não obstante, mostra-se diferente em relação à Escola de Chicago ao se verificar uma maior abrangência metodológica e conceitual e uma

---

[455] BOTELHO, Bernard Gama. James Buchanan. In: ***Leituras clássicas de Direito Tributário***. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 246.
[456] BUCHANAN, James M. ***The limits of liberty:between anarchy and the Leviathan***. In: The colected works of James Buchanan. V.07. Indianápolis: Liberty Fund:2000. p. 206.
[457] SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

menor extensão quanto aos objetos de análise, debruçando-se especificamente sobre questões relacionadas à tomada de decisões políticas.

Como afirma Thiago Araújo,[458] "a Escola de Virgínia encontra-se na tênue fronteira entre Ciência Política, Direito e Economia", encontrando terreno fértil para que se possa colher elementos para a superação do dogmatismo sintático-semântico da doutrina hegemônica do Direito Tributário, em direção à consideração dos efeitos concretos do e no Direito Tributário, em verdadeira virada pragmática proposta por José Souto Maior Borges.[459] Sob esta perspectiva, a *Public Choice*, ao analisar os processos de escolha do governo, não deixa de lado a questão distributiva que se coloca dentro da escolha pública, visto que uma boa parte de distribuição de bens e direitos é feita pelo Estado. Assim, sob o prisma descritivo, é constatada a existência de falhas de governo (*positive*). No plano normativo (*normative*), a partir de um juízo de valor, adeptos de um pensamento liberal podem propor as respectivas reformas, ao passo que os adeptos de um pensamento mais conservador poderão prescrever a retração da atividade estatal.

Os estudos de James Buchanan foram significativamente influenciados por Knut Wicksell,[460] economista sueco que defendeu a tese da tributação como forma de aquisição de serviços públicos (*purchasing public services*), pautada por um modelo retributivo fundado em taxas. Segundo o economista, o desenvolvimento das instituições políticas na democracia é uma pré-condição para o aperfeiçoamento do sistema tributário. Neste contexto, torna-se necessário reduzir o abismo existente entre a tributação e os gastos públicos, evitando a utilização do complexo sistema tributário e orçamentário na defesa de interesses privados, forjados em interesses gerais. Comparativamente ao Estado nacional atual, podemos dizer que esta visão se aplica à necessidade do Estado aprimorar o aparato tributário em prol de interesses públicos primários,[461] desde o planejamento até a arrecadação tributária, o que

---

458 ARAÚJO, Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 103

459 FOLLONI, André. ***Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges***. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011

460 WICKSELL. Knut. ***A new principle of just taxation***. 1896. Traduzido por MUSGRAVE, Richard et PEACOCK, A.T. 1958.

461 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.pág. 66. "O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles".

envolve os questionamentos feitos no decorrer do presente trabalho sobre a forma de cobrança do crédito tributário no âmbito do Direito Concursal.

James Buchanan já afirmava, utilizando-se do sistema de eficiência de Pareto[462] como paradigma de atuação ótima do Estado que, do ponto de vista da teoria da *Public Choice*, há que se priorizar a liberdade de negociação do indivíduo. Reforça a ideia de que a lei deverá oferecer a segurança necessária às negociações, em especial por meio das limitações constitucionais ao poder de tributar e da edição de normas claras e sem incertezas.[463] Assim, seus estudos propõem a necessidade de termos indivíduos livres e maximizadores, em plena liberdade de negociação, que não deve ser limitada pelo Estado em suas ações positivas, com uma reforma tributária que proponha a retomada dos preceitos de liberdade e segurança e com a compreensão dos princípios como potencializadores da capacidade de negociação dos indivíduos, ao denotar fortes traços liberais.

Partindo de uma ruptura com o pensamento neoclássico, surge a escola da Nova Economia Institucional, nomenclatura adotada por Oliver Williamson[464] para denotar os esforços de Ronald Coase[465] e Douglass North[466] em tratar o fenômeno econômico ligado aos seus aspectos políticos e sociais, com especial ênfase no papel das instituições. Para a referida escola, as instituições importam (*institutions do matter*) e são suscetíveis de análise econômica. A Escola da Nova Economia Institucional tem como traço determinante o uso do individualismo metodológico para explicar fenômenos econômicos e sociais, com foco na explicação da ação coletiva e ênfase na observação empírica, opondo-se ao método dedutivo.[467]Enquanto no pensamento econômico clássico as instituições são consideradas variáveis exógenas da análise, a teoria neoinstitucional tratam-nas como endógenas, fazendo parte

---

[462] Em termos econômicos, a eficiência pode ser definida como a relação entre os custos e benefícios agregados a uma situação. Um conceito mais elaborado pode ser definido como o Ótimo de Pareto, que é a situação em que não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente. Definição extraída de PINHEIRO, Armando Castelar*;* SADDI, Jairo. ***Direito, Economia e Mercados***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 120. Vide PARETO, Wilfredo. ***Manual de Economia Política***. Trad. de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural,1984.

[463] BOTELHO. Bernard Gama. James Buchanan. In: ***Leituras clássicas de Direito Tributário***. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 265.

[464] WILLIAMSON, Oliver. E. ***The New Institucional Economics. Taking Stock, Looking Ahead***. Journal of Economic Literature, v. XXXVIII, 2000. p. 595.

[465] COASE, Ronald. H. ***The nature of the firm***. Economica, New series, v.4, n. 16. 1937. p. 386

[466] NORTH, Douglass. ***Institucions, Institucional Change and Economic Performance***. Cambridge: Cambridge Press, 1990.

[467] SILVEIRA. Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 53

integrante e fundamental da análise. Conforme sustentado por Yoram Barzel,[468] um aspecto relevante sobre a Nova Economia Institucional diz respeito aos direitos de propriedade (*property rights*), assumido pela teoria em sentido diverso do empregado no Direito. Direitos de propriedade englobam uma dupla dimensão, a primeira ligada à ideia de função social e a segunda atrelada ao título: o reconhecimento do sistema jurídico de propriedade e a proteção que lhe é conferida pelo aparelho estatal. Como afirma Thiago Araújo, sob a ótica da Nova Economia Institucional "o valor de um bem está diretamente ligado ao nexo de utilidades e possibilidades jurídicas que este atribui a seu detentor, bem como o nível e a certeza da proteção que lhe é estendida." A garantia (*enforcement*) implementada pelo Estado é essencial para a redução dos custos de transação, bem como uma estrutura jurídica que objetive criar os incentivos adequados.

Afastando-se da Escola de Chicago, não se busca com a Nova Economia Institucional uma solução eficiente. Sendo a maximização de riquezas importante, busca-se fazer com que as instituições estimulem a capacidade de geração de riqueza. Como bem esposado por Douglas North, "não temos maneira de definir uma solução eficiente com algum significado real, porque não se tem como especificar o que é um governo eficiente subjacente à estrutura de direitos de propriedade". Quanto ao método, o neoinstitucionalismo trabalha com uma dimensão prescritiva e normativa, dividindo o ramo de atuação em uma análise "macro", a lidar com o ambiente institucional que atua na sociedade, e com uma análise "micro", voltada aos arranjos específicos institucionais para determinada situação.[469]Conforme assevera Thiago Araújo,[470] o primeiro é chamado ambiente institucional, "denotando as regras do jogo na sociedade, o pano de fundo das restrições nos quais os indivíduos escolhem", apresentando certa semelhança com o conceito de Escolha Pública Convencional, destacando-se a ênfase na aproximação empírica do tema. Já os arranjos institucionais se ligam a governança, que indica "o processo de tomada de decisões e o modo de relacionamento entre indivíduos nas organizações, de acordo com as instituições vigentes."

---

[468] BARZEL, Yoram. ***A theory of the state. Economica Rights, Legal rights and the scope of the state***. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 16

[469] MERCURO, N. MEDEMA, S.G. ***Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond***. 2nd. Ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p.246

[470] ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 124.

No âmbito do Direito Tributário, a Nova Economia Institucional encontra seu maior representante em Casalta Nabais,[471]para quem os deveres fundamentais devem ser entendidos como categoria jurídica autônoma ao lado dos direitos fundamentais. Tem-se, pois, uma dupla dimensão dos deveres fundamentais, tal como para os direitos fundamentais. A dimensão subjetiva dirige-se ao indivíduo e à atribuição de uma posição passiva, enquanto a dimensão objetiva determina os custos e encargos para o financiamento dos direitos fundamentais. Em uma sociedade democrática, a dimensão subjetiva possui maior peso do que a dimensão objetiva, visto que se deve considerar particularmente a prevalência da liberdade sobre o poder e a ordem.[472]Nesta perspectiva, a tributação deve ser vista como primordial na realização geral da eficiência do sistema, como mecanismo de promoção de instituições que objetivam o desenvolvimento.

Em comum com as vertentes teóricas indicadas, há que se concordar com Stelzer & Gonçalves[473] ao afirmarem que ao se interpretar economicamente o Direito, é possível deparar-se com duas hipóteses. A primeira, passaria a "condenar o sistema econômico capitalista que se legitima em ideário jurídico para o exercício de prática competitiva de mercado desconsideradora do social"; e condena, da mesma forma, esse Direito, que "reduz o ideal de justiça à racionalidade econômica de diminuição de custos e aumento de benefícios mantendo o *status quo*." A segunda, a qual entende-se ser a melhor opção, propõe-se a utilizar do próprio sistema jurídico, que "analisado à luz da Teoria Econômica pode propiciar, a todos (privilegiados e não privilegiados pelo próprio sistema econômico), instrumental lógico-formal em busca do equilíbrio econômico que, por sua vez, leva à justiça dentro de ética específica", objetivando o aumento da distributividade da renda por meio da produção normativa (Legislativo) e da sua aplicabilidade ao caso concreto (Judiciário).

---

[471] NABAIS, José Casalta. ***O dever fundamental de pagar tributos***. Ed. Almedina, 2009.
[472] SILVEIRA. Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 59
[473] STELZER, Joana. GONÇALVES, Everton das Neves. ***O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito***. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics. Association (ALACde) Annual Papers. University of California, Berkeley. 2007

CAPÍTULO 05 - PERSPECTIVAS PARA UMA VIRADA PARADIGMÁTICA: A NECESSÁRIA SUBMISSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

5.1 Garantia, preferência e privilégio do crédito tributário no âmbito do direito concursal: releitura crítica dos institutos em face do dever estatal de resolução de crises empresariais

A história da tributação, como já visto, é marcada por diferentes estágios, de forma que no Estado Democrático de Direito a tributação é vista como uma relação jurídica, que decorre da vontade popular, submetida a critérios de justiça social e pautada por princípios que pretendem resguardar o contribuinte em face de eventual abuso por parte da Administração Pública. Neste cenário, deixa a tributação de ser exigida arbitrariamente para sujeitar-se a medida da lei, dentro do que se designou do devido processo legal. Sobre o tema, importante analisarmos a contribuição de Donato Giannini,[474] que tratou de temas relevantes no estudo da obrigação tributária e da relação jurídico-impositiva, ao definir a primeira como uma prestação pecuniária, por meio da qual os cidadãos contribuem para a satisfação das necessidades públicas, tendo o Estado direito de a exigir em virtude de seu poder de império, na forma da lei. Para o referido autor, "o financiamento do Estado não constitui a única razão para a imposição tributária, haja vista que o tributo também exerce função extrafiscal."[475]Para Donato Giannini, por meio da tributação o legislador se propõe a determinar uma distribuição social das diversas riquezas existentes, limitando, por meio da incidência tributária, algumas manifestações da vida econômica ou social. Suas contribuições foram importantes para o desenvolvimento da doutrina tributária brasileira, tendo influenciado, em certo momento, construções teóricas de doutrinadores brasileiros.[476]

Em virtude da importância do crédito tributário, seja em relação ao seu caráter fiscal ou mesmo extrafiscal, o sistema tributário brasileiro instituiu mecanismos para

---

[474] GIANNINI. Achile Donato. ***Instituciones de Derecho Tributário***. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1957.
[475] FERRARO, Carolina Cantarelle. JORGE, Alexandre Teixeira. ACHILLE, Donatto Giannini. In: ***Leituras clássicas de Direito Tributário***. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. p. 463
[476] Influenciou obras de Geraldo Ataliba e Alfredo Becker.

assegurar o seu efetivo recebimento, cercando-o de garantias, as quais serão analisadas, a fim de melhor compreender seu alcance e extensão no contexto da Administração Pública pós-moderna.

Na acepção clássica do Direito Tributário, o termo garantia tem um sentido amplo e genérico. Aliomar Baleeiro[477] ensina que garantia é "toda e qualquer medida que se destine a atribuir maior efetividade e segurança ao crédito tributário, quer existam bens ou não do devedor, quer tenha a medida caráter preventivo ou não". A garantia do crédito tributário poderá ser comum a todos os créditos ou específica àquele. No entendimento de Celso Cordeiro,[478] "qualquer exigência ou medida, prevista na legislação, visando a reduzir a possibilidade de perda do direito ao recebimento do crédito tributário é uma garantia deste". Para Luiz Emygdio,[479]

> garantias, no sentido do direito comum, são os meios jurídicos que protegem o direito subjetivo do Estado de receber a prestação do tributo, assegurando ou acautelando este direito contra qualquer lesão que resulte da inexecução da obrigação pelo sujeito passivo.

Percebe-se, portanto, que a expressão garantia tem um significado extensivo e compreensivo, abrangendo os fatores que imprimem segurança e confiabilidade ao recebimento do crédito tributário, estando as obrigações acessórias dentro dessa definição. No dizer de Celso Machado,[480]:

> Em uma visão abrangente, todo dispositivo legal que tenha como objetivo, ou como consequência, dar mais eficácia e efetividade ao direito do Estado de exigir o cumprimento da obrigação principal é uma garantia do crédito, independentemente de estar ou não referida no capítulo VI, título III do Código Tributário Nacional.

O termo privilégio, por sua vez, deve ser entendido como uma prerrogativa, prevalência ou preeminência de um crédito sobre o outro. Opera em função da existência do patrimônio do devedor, conforme preceito disposto no artigo 184 do

---

477 BALEEIRO, Aliomar. ***Direito Tributário Brasileiro***. 11ª ed., revista e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/96 por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

478 MACHADO, Celso Cordeiro. ***Tratado de Direito Tributário Brasileiro. Garantias, Preferências e Privilégios do Crédito Tributário***. v. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.21.

479 ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. ***Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário***. 17ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.724.

480 MACHADO, Celso Cordeiro. ***Tratado de Direito Tributário Brasileiro. Garantias, Preferências e Privilégios do Crédito Tributário***. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.22.

Código Tributário Nacional[481]. Para Luiz Emygdio,[482]"privilégio fiscal é a regalia que a lei confere ao crédito tributário de ser assegurado pela totalidade do patrimônio do sujeito passivo". Segundo Celso Cordeiro,[483]"o privilégio visa dar ao crédito tributário um tratamento autônomo, a libertá-lo de peias e injunções, a subtraí-lo da subordinação à concorrência com outros créditos". Importante ressaltar, ainda, que o privilégio caracteriza uma prerrogativa de recebimento do crédito preferencialmente a outro, em etapa pré-executiva, antes de se realizar o confronto entre a totalidade dos créditos e a totalidade dos bens do devedor.

No entanto, Pontes de Miranda[484] utiliza-se de um conceito mais amplo, afirmando que "na velha doutrina do direito concursal, a expressão *ius praelationis* e outra, menos frequente, *privilegium praelationis* foram frequentes. O pressuposto primeiro para se falar em privilégio está em haver concurso de credores, em que o crédito se tenha de inserir". Assim, segundo o ilustre mestre, o privilégio não caracteriza a coisa em si, seja ela móvel ou imóvel dada em garantia, mas sim a colocação em posição de destaque no processo de satisfação e liberação que o Estado desenvolve quanto ao patrimônio do devedor. Não há, então, direito ou pretensão sobre o produto, mas sim a satisfação privilegiada com o produto, pois o privilégio não é direito independente, não é direito patrimonial.

De forma a continuar seu raciocínio, afirma o autor que o privilégio só irá atuar se for exercida a pretensão à tutela jurídica executiva, instaurando o concurso de credores. Nesse momento, o órgão estatal, contra quem o privilégio é dirigido, presta a tutela jurídica de acordo com as normas jurídicas em vigor, atento à ordem de solução imposta pelo privilégio, como qualidade que se dá ao crédito. Desta maneira, instituída a *par condicio creditorum*, o privilégio há de ser respeitado. Ressalte-se, *data venia*, que esse conceito se compatibiliza melhor com o que se entende por preferência, pois quando a prevalência do crédito tributário se dá em fase executiva, em concurso de credores, a expressão técnica a ser utilizada é "preferência". Segundo

---

[481] Código Tributário Nacional. Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou da massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

[482] Idem.

[483] Idem.

[484] MIRANDA, Pontes de. ***Tratado de Direito Privado***. Parte Especial. Tomo XXVII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Bookseller, 2003, p.185.

Misabel Derzi,[485]a “preferência é prerrogativa de certo credor para ser embolsado prioritariamente em relação a outro, havendo concorrência de créditos, em atenção às disponibilidades financeiras, efetivas ou potenciais”. Para Celso Cordeiro,[486] a preferência é “o direito que se autoriza a alguém, para em concurso de credores, ser embolsado antes de outro. A preferência pressupõe a concorrência de créditos em torno de disponibilidades financeiras, efetivas ou potenciais”.

Da análise dos institutos acima, percebe-se, na mesma linha de entendimento de Celso Cordeiro,[487]que “há uma gradação entre garantia, privilégio e preferência, no sentido do geral ao particular, do abstrato ao concreto, do genérico ao específico”. Como um dos aspectos mais importantes no âmbito do processo de falência e de recuperação de empresas, tem-se o preceito contido no artigo 187 do Código Tributário Nacional, segundo o qual, o crédito tributário não se sujeita a concurso de credores ou à habilitação em falência, à recuperação judicial ou à concordata. Trata-se de uma preferência instituída em prol da Fazenda Pública. A expressão *concurso de credores* tem significado amplo, ao abranger a situação fática em que dois credores serão satisfeitos com o patrimônio único do devedor, que é insuficiente para o pagamento integral desses créditos. Não se confunde com a expressão *concurso de preferências*, sendo essa a representação fática da situação em que, além do concurso de credores, haverá a preferência de um credor sobre o outro, conforme ordem estabelecida pela legislação.

No âmbito do Direito Processual Civil, a expressão *concurso de credores* é utilizada para designar o rateio dos valores auferidos com a alienação dos bens constritos no processo de execução, conforme se infere dos artigos 908 e 909 do Código de Processo Civil de 2015, bem como dos artigos 768 a 773 do Código de Processo Civil de 1973, que continuará a reger a matéria até que sobrevenha legislação superveniente, visto que o tratamento da insolvência civil não foi tutelada pelo Código de Processo Civil de 2015.

---

[485] DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. ***Direito Tributário Brasileiro***. 11ª ed., revista e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/96 por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 962.
[486] MACHADO, Celso Cordeiro. ***Tratado de Direito Tributário Brasileiro. Garantias, Preferências e Privilégios do Crédito Tributário***. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 23.
[487] Ibidem, p. 24.

O concurso de credores surge quando o devedor se encontra em situação de insolvência. A insolvência, ao contrário da insolvabilidade[488], caracteriza-se no momento em que o devedor possui falta de liquidez temporária para saldar seu passivo, momento em que fica sujeito ao procedimento de execução universal, seja pessoa física ou jurídica, seja sociedade empresária ou sociedade simples. Quando o insolvente é pessoa física (civil) ou sociedade não empresária (Sociedade Simples), o procedimento que institui o juízo universal ou concurso de credores denomina-se *Insolvência Civil*. Trata-se de um juízo universal, com características peculiares, marcado por pressupostos básicos da situação deficitária do devedor e da reunião de todos os credores em um único processo.

Segundo Humberto Theodoro Júnior,[489] da declaração de insolvência decorrem efeitos análogos ao da falência, que se fazem sentir objetiva e subjetivamente, tanto para o devedor quanto para os credores. Efeitos objetivos são "o vencimento antecipado de todas as dívidas; a arrecadação de todos os seus bens penhoráveis, tanto os atuais quanto aqueles que vierem a ser adquiridos no curso do processo e a execução coletiva ou juízo universal do concurso de credores". Efeitos subjetivos são "os que se fazem sentir sobre a pessoa do devedor. Trata-se da perda do direito de administrar os seus bens e dispor deles até a liquidação total da massa". A *Insolvência Empresarial* (do empresário e da sociedade empresária) é regulada por lei específica, ou seja, a legislação falimentar, hoje disciplinada pela Lei nº 11.101/2005.

Nas lições de Hugo de Brito,[490] o preceito do artigo 187 do Código Tributário Nacional[491] tem como objetivo impedir a preclusão do direito da Fazenda Pública de haver seu crédito por não ter promovido, em tempo hábil, a habilitação dele e garantir o prosseguimento da execução fiscal individualmente. Desta forma, a Fazenda Pública não necessitará de habilitar seu crédito por meio de procedimento próprio, apesar do artigo 99, inciso XIII, da Lei 11.101/2005 determinar que ela será intimada por carta da sentença declaratória de falência. Basta, portanto, que a Fazenda Pública informe ao Juízo da falência o valor de seu crédito por meio de simples petição. Apesar

---

[488] A insolvabilidade é a designação de uma situação econômica em que a totalidade do patrimônio do devedor é insuficiente para saldar suas dívidas. Já a insolvência é fenômeno que se caracteriza pela ausência temporária de liquidez, sem o comprometimento do patrimônio do devedor.

[489] JÚNIOR, Humberto Theodoro. ***Curso de Direito Processual Civil***. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 276.

[490] MACHADO, Hugo de Brito. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. v. III. São Paulo: Atlas, 2005, p. 697.

[491] Código Tributário Nacional. 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.

de processualmente não se submeter ao concurso de credores, materialmente a Fazenda Pública submete-se ao rol de preferências, ou melhor, aos seus efeitos, conforme se verifica do disposto no artigo 83 e incisos da Lei nº 11.101/ 2005[492]. Nesse sentido, o Enunciado n. 74 da II Jornada de Direito Comercial promovida pelo Conselho da Justiça Federal (2015) ao afirmar que "embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio do devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa'.

Sujeitando-se a Fazenda Pública à imunidade concursal, a jurisprudência estabeleceu uma distinção entre os executivos fiscais ajuizados anteriormente à decretação da falência e os ajuizados posteriormente à sua decretação. O assunto foi apreciado pelo antigo Tribunal Federal de Recursos[493], *in verbis*: "ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo de quebra, citando-se o Síndico. Súmula nº 44. Aplicação analógica da Súmula."

O acórdão serviu de paradigma para os Tribunais Superiores. A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, converge para o entendimento de que, apesar do artigo 29 da Lei nº 6.830/80 preceituar que a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não se sujeita a concurso de credores ou à habilitação em processo de falência, a execução fiscal é atingida em alguns aspectos pela falência da sociedade executada. Entre esses aspectos, ressalta-se que, havendo bem penhorado na execução fiscal, o produto de sua arrematação reverterá para o Juízo universal da falência, e não para o Juízo da execução, para que seja observada a preferência dos créditos trabalhistas, prevista no artigo 186 do Código Tributário Nacional, e o concurso previsto no parágrafo único do artigo 29 da Lei nº 6.830/80.[494]

---

[492] Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: (...) III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias.

[493] TFR, C. Comp. 5708, Rel. Min. Moacir Catunda, DJU de 07.03.1985, p. 2482.

[494] TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL EM CURSO. Apesar de o art. 29 da LEF preceituar que "a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência", a jurisprudência do STJ vem reconhecendo que a execução é atingida em alguns aspectos pela quebra da sociedade executada. Segundo esse entendimento, as consequências são:
a)Havendo bem penhorado na execução fiscal, o produto de sua arrematação reverterá para o juízo universal da falência e não para o juízo da execução, para que seja observada a preferência dos créditos trabalhistas (art. 186 do CTN) e o concurso previsto no parágrafo único do art. 29 da LEF –

O teor dos acórdãos acima transcritos corrobora o entendimento anteriormente sustentado de que, materialmente, a Fazenda Pública submete-se ao rol de preferências instituído pela legislação falimentar. E esse é o melhor entendimento, à luz das disposições contidas no artigo 186 do CTN e, no artigo 83, inciso I, da Lei nº 11.101/2005.

Segundo o preceito do artigo 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, o concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na ordem disposta em seus incisos. Com algumas alterações, a regra é repetida pelo artigo 29, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, que equipara os créditos tributários das autarquias aos dos respectivos entes instituidores. Referido dispositivo é objeto de controvérsias por parte da doutrina e jurisprudência, sob a acusação de ser inconstitucional, por ferir o princípio da isonomia das pessoas políticas de direito constitucional interno, conforme preceito do artigo 19, inciso III, da Constituição da República de 1988. A autonomia dos entes federativos é assegurada pelo Poder Constituinte originário, de forma que sua limitação não pode ser admitida nem por emenda constitucional, por encontrar óbice no artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição da República de 1988. A referida norma, da maneira como está redigida, afronta o pacto federativo[495].

ERESP 444.964/RS, Rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJU de 09.12.03; Não estando a execução fiscal aparelhada por penhora na ocasião da quebra, a constrição se dará no rosto dos autos do processo falimentar – RESP 253.146/RS, DJU de 14.08.00, Rel. Min. Garcia Vieira; Impossibilidade de se cobrar da massa falida parcelas relativas a multas fiscais moratórias – ERESP 169.727/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 30.10.00. No particular, estando a execução fiscal aparelhada com penhora na ocasião da quebra, impõe-se o prosseguimento do processo executivo singular no juízo da execução fiscal, devendo o produto da alienação ser remetido ao juízo falimentar, para que ali seja entregue aos credores, observada a ordem de preferência. Recurso Especial provido em parte. (AGI nº 598116085. Rel. Des. Francisco Jose Moech, julgado em 19.8.1998.)
TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PREFERÊNCIA ABSOLUTA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. É a própria Lei 6.830/80 que ressalva o fato de que os bens e rendas do espólio ou massa falida respondem pelo pagamento de dívida ativa sem prejuízo dos créditos especiais. E não há crédito mais especial do que o trabalhista, até por razões de ordem humanitária. Agravo improvido.

[495] O Federalismo pode ser estudado sobre diversas vertentes: a) federalismo dual, onde encontramos duas soberanias: a do Estado Federal e a dos Estados Membros, havendo a preponderância de uma forma de organização sem um inter-relacionamento entre os referidos entes; b)Federalismo de Cooperação, que assenta suas premissas em um modelo oposto, havendo uma preponderância de atuação harmônica entre os entes, com reforço da ideia de cooperação mútua, ficando ao encargo do ente central a responsabilidade pela manutenção do equilíbrio entre as unidades da federação e c) Federalismo de Integração, sendo entendido como a sujeição dos Estados Membros ao ente Federal Central, aproximando-se de um Estado Unitário descentralizado. Sobre o tema vide OLIVEIRA, Júlio M. de; PEREIRA, André Luiz dos Santos. ***Do Federalismo Dualista ao Federalismo de Cooperação – A Evolução dos Modelos de Estado e a Repartição do Poder de Tributar***". In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes***: Estado Federal e Tributação – Das origens à crise atual***. Vol I, Ed. Arraes. 2015, p.25-34.

Aliomar Baleeiro[496] já afirmava, no regime constitucional anterior à Constituição da República de 1988, que "o art. 187, na parte em que institui a preferência do crédito da União, é de duvidosa constitucionalidade (...), eis que vedado a criação de preferência entre as pessoas de Direito Público Interno". Misabel Derzi, em suas notas de atualização da obra de Aliomar Baleeiro, também manifestou seu entendimento pela inconstitucionalidade da referida norma. Paulo de Barros Carvalho sustenta idêntico posicionamento, ao afirmar que a referida norma "discrimina a União, em detrimento dos Estados e estes, juntamente com o Distrito Federal, em prejuízo dos Municípios, quando sabemos que estão juridicamente parificados, coexistindo num clima de isonomia." E, como se não bastasse, dá preferência aos Territórios, que não têm personalidade política, com relação aos Municípios. Ao fechar seu raciocínio, conclui o autor que "lamentavelmente, a ordem preferencial que o art. 187, parágrafo único, cristaliza na redação de seu texto vem sendo passivamente acolhida e aplicada, sem que o meio jurídico nacional se dê conta da manifesta inconstitucionalidade que encerra no seu significado em face do sistema do direito positivo brasileiro*."*

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional de 1969, já havia decidido pela constitucionalidade do dispositivo em comento, e consagrou seu entendimento no enunciado da Súmula de Jurisprudência nº 563 do STF, a qual tem a seguinte redação: "*O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único, do art. 187, do Código Tributário Nacional, é compatível com o disposto no art. 9º, inciso I, da Constituição Federal*", Hugo de Brito [497]afirma que o STF não foi feliz na fixação de tal entendimento, sob o argumento de que o tributo, como fonte de receitas necessárias a garantir a efetividade da autonomia formalmente estabelecida, "há de ser assegurado a cada um dos entes federativos nos termos da atribuição constitucional de competências tributárias." Assim, o direito de receber os seus créditos tributários há de ser assegurado aos diversos entes federativos, de sorte que "fique inteiramente preservada a divisão constitucional do poder de tributar, vale dizer, a atribuição de competências tributárias." A autonomia dos entes federativos é definida pelo poder constituinte originário, não sendo passível de sofrer limitações, nem mesmo por emenda à Constituição. Desta forma, a norma afigura-se contraditória aos preceitos

[496] MACHADO, Hugo de Brito. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. v. 3. São Paulo: Atlas, 2005, p. 973.
[497] Ibidem, p. 700.

constitucionais, apesar da interpretação dada a ela pelo Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional de 1969.

No sistema legislativo brasileiro, a exclusão do crédito tributário do âmbito da recuperação de empresas acaba por relativizar a "*par conditio creditorum*" e manifesta nítida desconfiança do legislador em relação ao sistema, por ele próprio adotado e festejado, o qual prioriza a negociação entre devedores e credores. É paradoxal o afastamento do crédito tributário do âmbito do plano de recuperação judicial de empresas, visto que todo conteúdo principiológico do instituto da recuperação judicial tem como ponto nuclear a preservação da atividade empresarial, o fomento a concessões recíprocas entre credores e devedores, sabendo o legislador que o exercício da atividade empresária é fato gerador de tributos, os quais são necessários para a obtenção das receitas públicas[498]. Trata-se de um resquício da corrente do Direito Tributário hegemônica que se instalou no direito brasileiro a partir da década de 70 do século XX, capitaneada por Alfredo Becker,[499] para quem o problema de se considerar a justiça ou injustiça de determinada regra deve ser realizado em um momento *post-jurídico,*[500]qualificando como nociva qualquer doutrina que se preste a interpretar o Direito Tributário, segundo a realidade econômica dos fenômenos sociais. Há que se atentar para o fato de que, como bem colocado por Mizabel Derzi,[501] "uma rede entrelaçada representa o novo modelo de direito, policêntrico e horizontal" (em lugar da pirâmide kelseniana). A nova doutrina propõe a horizontalidade em substituição à verticalidade. A rede se move por meio do pluralismo e da indeterminação das fontes informais de produção normativa. "Sendo o direito plástico e fluido, a ciência do direito escaparia então ao dogmatismo, excluindo toda construção fixista, imposta, *a priori*, em matéria de teoria das fontes e em direito tributário como um todo." [502]

---

[498] André Ramos Tavares afirma em sua obra que há um grau de desconfiança da magistratura em relação ao Poder Legislativo, que advém de práticas espúrias e radicalmente incompatíveis com os alicerces da democracia, justamente quando Casas legislativas atuem com desvio de finalidade nas suas funções primárias ou quando atuem, pura e simplesmente, a *latere* de sua função própria, na busca de interesses não públicos. In: TAVARES, André Ramos. ***Paradigmas do Judicialismo Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26

[499] BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria Geral do Direito Tributário***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972

[500] Ibidem, p.21.

[501] DERZI, Misabel Abreu Machado. ***Modificações da jurisprudência no direito tributário***. São Paulo: Noeses, 2009. p. 328.

[502] VARNEROT, Valérie. ***Entre essentialisme et existentialisme de la théorie dês sources:lês sources non formelles du droit fiscal.*** In: L'Impot. Archives de Philosophie du droit. Tome 46. Paris:

A importância dessas mudanças juspolíticas, na compreensão pós-moderna do Direito, revela que o foco central do Direito Administrativo pós-moderno reside nas pessoas, nos cidadãos, e em seus legítimos interesses, sob o primado do consensualismo, da negociação e da concertação, que superam a velha prática milenar da coerção estatal, até então amparada unicamente no poder. O Direito, no passado de caráter formalista e positivista do século XIX, carregado de preceitos rígidos e inflexíveis, transmuta-se em um Direito líquido, fluido, dúctil, se amoldando a absorção de valores e princípios metajurídicos de extrema importância para a organização estatal pós-moderna, de caráter transdisciplinar.[503]

O escopo da legislação de recuperação de empresas, definido nos objetivos previstos no artigo 47 da lei 11.101/2005, sob a ótica do legislador, está totalmente dissociado de um agir estatal em função de resultados, no qual a Administração Pública exerce papel relevante, na qualidade de credora nos processos de insolvência empresarial, que lhe imputa o dever de contribuir para o saneamento da situação de crise econômica, financeira e patrimonial do devedor. O agir estatal deve deixar de lado a imperatividade, transmutando seu tradicional *status* de Poder Estatal para uma Função Estatal a ser desempenhada em busca de uma maior eficiência na recuperação do crédito público.[504]

5.2 O Juízo Universal da Falência e o Juízo Relativamente e "*Pro Tempore*" Universal da Recuperação Judicial

O primado do Juízo universal da falência é oriundo do princípio contido no artigo 115 da Lei nº 11.101/2005, conjugado com o artigo 99, inciso V, da mesma lei,[505] que preceituam que a decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente

---

Dalloz. 2002. apud DERZI, Misabel Abreu Machado. ***Modificações da jurisprudência no direito tributário***. São Paulo: Noeses, 2009

[503] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. ***As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?*** Tradução de Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 107.

[504] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

[505] Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, entre outras determinações: (...) V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei. Art. 115. A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever.

responsável na forma prescrita pela lei. E a referida lei determina, em seu artigo 99, inciso V, que a sentença que decretar a falência ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, excetuadas as ressalvas legais. Dentro das ressalvas legais, tem-se a hipótese do crédito tributário, que não se submete ao Juízo universal da falência.

Na recuperação judicial, diferentemente do que ocorre na falência, não há a instauração de um Juízo universal, mas sim de um Juízo relativamente e *pro tempore* universal, como leciona Mauro Penteado.[506] Ao utilizar-se da expressão, observa que, em se tratando de recuperação judicial de empresas, as ações de execução contra o devedor ficam suspensas por um prazo determinado, de 180 dias,[507]nos termos do artigo 6º, § 4º da Lei nº 11.101/2005, findo o qual elas poderão ser ajuizadas ou retomarão seu curso normal, independentemente de pronunciamento judicial. Daí a utilização da expressão "*relativamente e pro tempore*". Seguindo a linha de entendimento acerca da não instauração de um juízo universal no processo de recuperação judicial de empresas, o Superior Tribunal de Justiça editou, sob a vigência da lei 11.101/2005, a súmula nº 480, cujo enunciado afirma que "o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação de empresa". Acresça-se, ainda, o Enunciado n. 42 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (2013) o qual enuncia que "o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser

---

[506] PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 135.

[507] Enunciado n. 42 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (2013): "o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor." O entendimento jurisprudencial pátrio relativizou a norma contida no art. 6º, §4º, da lei 11.101/05, no sentido de estender o prazo de suspensão das ações movidas em face da empresa recuperanda – legalmente estabelecido como sendo um prazo "improrrogável" de 180 dias. O STJ pacificou o entendimento de que, em determinados casos, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra, determinando a proibição da venda ou retirada dos bens considerados essenciais à atividade da empresa em recuperação judicial, mesmo após o decurso do prazo de suspensão, e ainda em relação aos bens objeto de propriedade fiduciária. O entendimento da Corte Superior preceitua que, se por um lado o contrato não se submete aos efeitos da recuperação judicial, por outro, não se pode permitir, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º da lei 11.101/05, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens essenciais ao desenvolvimento de suas atividades. Sobre o tema, vide Informativos de Jurisprudência do STJ número 450 e Resp 1.193.480-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 5/10/2010.

imputado ao devedor". Nesse sentido, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça.[508]

A Lei Complementar nº 118/2005, apesar de efetuar alterações significativas no Código Tributário Nacional, preservou a autonomia da execução fiscal, por mais especializado que seja o Juízo. Referida autonomia tem expressa previsão legal no artigo 5º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o qual preceitua que "a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário".

A justificativa do legislador, conforme lição de Miriam Câmera,[509]encontra-se no item 40 da Exposição de Motivos nº 223 ao anteprojeto da Lei de Execuções Fiscais, onde os autores consignaram que "o art. 5º preserva o princípio da proeminência do crédito da Fazenda Pública, no mesmo sentido do entendimento fixado pelo Tribunal Federal de Recursos, em sua composição plenária, quando da decisão de conflitos de jurisdição, em face da execução fiscal instaurada em data anterior à decretação da falência de um mesmo devedor".

Com redação quase idêntica à conferida ao artigo 187, do Código Tributário Nacional, o artigo 29 da Lei nº 6.830/80 preceitua que a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, fato que poderá ensejar o trâmite de dois processos simultâneos, em Juízos diversos. Mesmo que já instaurado o concurso de credores, a Fazenda Pública não está inibida de iniciar a cobrança da dívida ativa no Juízo competente, ao invés de habilitar o seu crédito no Juízo universal. Caso a decretação da falência seja superveniente ao início da execução fiscal, ela prosseguirá até a sua fase final, onde ocorrerá a alienação dos bens eventualmente penhorados. Nessa hipótese, conforme

---

[508] AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS de DECLARAÇÃO. AGRAVO de INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO APROVADO EM PRAZO SUPERIOR A 180 DIAS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. NÃO PROVIMENTO. 1. "A Segunda Seção do STJ tem jurisprudência firmada no sentido de que, no normal estágio da recuperação judicial, não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo legal de 180 dias de que trata o art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005." (AGRG no CC 101.628/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO de NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJE 01/06/2011) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.(AGRG nos EDCL no AGRAVO de INSTRUMENTO Nº 1.216.456 – SP – Relatora MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI – 2013)

[509] CÂMERA, Mirian Costa. In: ALVARES, Manoel; Vladimir Passos de Freitas (coord). ***Execução Fiscal: doutrina e jurisprudência***. São Paulo: Saraiva, 1998, p.110.

entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça,[510] “o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências”.

Essa dualidade de processos tramitando simultaneamente dá margem a interpretações diversas, ocasionando insegurança jurídica, que pode ser prejudicial ao sistema de insolvência empresarial. Referida insegurança surge em face da dificuldade em se garantir a correta distribuição dos valores auferidos com a alienação dos ativos do devedor, em estrita observância ao artigo 83 da Lei nº 11.101/2005. Apesar de haver entendimento jurisprudencial predominante, no sentido de que os bens penhorados ou arrestados em execução fiscal não são passíveis de arrecadação pelo administrador judicial da falência, devendo o produto da alienação destes bens no Juízo fiscal ser colocado à disposição do Juízo falimentar, há uma imensa dificuldade prática na obtenção desse sincronismo processual.

Em decisões recentes, o Superior Tribunal de Justiça[511] tem amenizado o rigor da relativização do Juízo universal no processo de recuperação judicial, ao adotar em suas decisões posição que tenta conciliar os interesses dos credores e a viabilidade de execução do plano de recuperação judicial. Por meio da adoção do entendimento de Fábio Ulhoa Coelho,[512]o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, expirado o prazo de 180 dias[513] previsto no artigo 6º, § 4º da Lei 11.101/2005, só haverá o

---

[510] Resp 594.776 – RS. Relator Ministro Teori Albino. 05.12.2006. Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA de PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA SUPERVENIENTE. LEILÃO. PRODUTO OBTIDO COM A ALIENAÇÃO DOS BENS. ENTREGA AO JUÍZO UNIVERSAL. MATÉRIA PACIFICADA.1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF. 2. A Corte Especial consolidou entendimento no sentido de que a falência superveniente do devedor, por si só, não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra. No entanto, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências.

[511] STJ, CC 8861/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, julgado em 28.05.2008. D.J. de 03.06.2008. Vide também: CC 73.380/SP e CC 90504/SP.

[512] COELHO, Fábio Ulhoa. ***Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas***. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 38-39.

[513] Enunciado n. 42 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (2013): “o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”. O entendimento jurisprudencial pátrio relativizou a norma contida no art. 6º, §4º, da lei 11.101/05, no sentido de estender o prazo de suspensão das ações movidas em face da empresa recuperanda – legalmente estabelecido como sendo um prazo “improrrogável” de 180 dias. O STJ pacificou o entendimento de que, em determinados casos, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra, determinando a proibição da venda ou retirada dos bens considerados essenciais à atividade da empresa em recuperação judicial, mesmo após o decurso do prazo de suspensão, e ainda em relação aos bens objeto de propriedade fiduciária. O entendimento da Corte Superior preceitua que, se por um lado o contrato não se submete aos efeitos da recuperação judicial, por outro, não se pode permitir,

prosseguimento das execuções ajuizadas contra o devedor caso o plano de recuperação judicial não seja aprovado. Havendo aprovação do plano de recuperação judicial, mostra-se incabível o prosseguimento das execuções individuais, sob pena de acarretar a decretação da falência da empresa em recuperação.

Como bem observa Hugo de Brito,[514] os problemas estabelecidos pela autonomia da execução fiscal são de tal ordem, que "melhor teria sido colocar tais execuções no juízo universal da falência. (...). Mantida como está, a autonomia do processo de execução fiscal, faz-se praticamente impossível a administração adequada de tais problemas*"*. Dessa forma, sustenta o autor que a competência para a apreciação das questões atinentes aos créditos tributários suscitadas em embargos não seria alterada, continuando a ser apreciadas pelo Juízo privativo dos feitos da Fazenda. Somente após o julgamento dos eventuais embargos, é que a competência para o processamento da execução seria deslocada para o Juízo universal da falência, sem prejuízo da preferência atribuída ao crédito tributário.

As palavras de Odete Medauar[515] bem representam esta falta de harmonia no tratamento do crédito tributário no âmbito do processo de insolvência empresarial, pois segundo a autora "a atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração". Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade."

Assim, há a necessidade de se instituir um verdadeiro Juízo universal da falência, amplo o suficiente para atrair a competência, inclusive, das execuções de natureza fiscal. Referida providência é salutar para resguardar a correta observância da ordem de preferência dos créditos tributários instituídos pelo artigo 83 da Lei nº 11.101/2005. Desta forma, a Administração Pública passaria a ter atividade de

---

durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º da lei 11.101/05, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens essenciais ao desenvolvimento de suas atividades. Sobre o tema, vide Informativos de Jurisprudência do STJ número 450 e RESP 1.193.480-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 5/10/2010.

514 MACHADO, Hugo de Brito. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. vol. III. São Paulo: Atlas, 2005. p.702.

515 MEDAUAR, Odete. ***O direito administrativo em evolução***. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.p.211

mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre as partes e a Administração, com vistas a um novo modo de agir, "não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos," [516] e passaria a ter relevo o momento do consenso e da participação.[517]

Com a publicação da Lei nº 13.043/2014, que acrescentou o artigo 10-A à Lei nº 10.522/2002, que prevê a modalidade especial de parcelamento do débito tributário para sociedades empresárias em recuperação judicial, a constrição de bens do devedor em recuperação judicial em processos de execução fiscal na esfera federal deverá desaparecer, visto que o juízo fiscal já não será instado a adotar medidas constritivas sobre os bens da sociedade em recuperação judicial que adotar a referida modalidade de parcelamento, pois este, nos termos do artigo 151, inciso VI do Código Tributário Nacional, suspende a exigibilidade do crédito tributário. Ressalte-se que, quanto aos Estados e Municípios, eles terão sua liberdade tolhida na definição do regime jurídico, pois os prazos de parcelamento não poderão ser menores do que os fixados pela legislação federal. Hugo de Brito[518] sustenta, acertadamente, que o melhor seria que fosse editada uma Lei Complementar pela União, com a finalidade de regulamentar o parcelamento dos créditos tributários dos devedores em recuperação judicial, de modo uniforme em todo o território nacional, de sorte a deixar

---

[516] MEDAUAR, Odete. ***O direito administrativo em evolução****.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.p.211.

[517] Questão semelhante já foi ventilada no Superior Tribunal de Justiça, onde nos autos de um Conflito de Competência entre a Justiça do Trabalho e o Juízo da Recuperação Judicial o Tribunal assentou o entendimento de que "a execução individual trabalhista e a recuperação judicial apresentam nítida incompatibilidade concreta, porque uma não pode ser executada sem prejuízo da outra." A novel legislação busca a preservação da sociedade empresária e a manutenção da atividade econômica, em benefício da função social da empresa. A aparente clareza do artigo 6º, §§ 4º e 5º, da Lei 11.101/2005 esconde uma questão de ordem prática: a incompatibilidade entre as várias execuções individuais e o cumprimento do plano de recuperação. A Lei 11.101/2005 não terá operacionalidade alguma se sua aplicação puder ser partilhada por juízes de direito e por juízes do trabalho." Dessa forma, o Conflito de Competência submetido à apreciação do STJ foi conhecido para declarar a competência do Juízo da Vara de Falências e Recuperações Judiciais. Nessa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, em sede de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, pela competência da Justiça comum (Vara de Falência e Recuperação de Empresas) para efetuar a execução de dívidas trabalhistas de sociedades em recuperação judicial. Verifica-se, pois, uma tendência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) em aplicar o mesmo entendimento quando se tratar de crédito de natureza tributária. A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) posicionou-se afirmando que "apesar da execução não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa".(STJ - CC 73380/SP – DJe de 21/11/2008)

[518] MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa***. Revista Dialética de Direito Tributário***. Nº 120. Set/2005, p. 77.

para o legislador federal, estadual e municipal apenas a disciplina dos aspectos formais, secundários desse parcelamento.

Mas, como já ressaltado em tópico anterior, se por um lado o referido programa de parcelamento do crédito tributário aparentemente resolve o primeiro problema levantado acerca do real alcance da participação estatal na resolução de crises empresariais, no tocante à necessidade de apresentação de certidões negativas de débito tributário como requisito para a concessão de recuperação judicial, ele não resolve um segundo problema, talvez mais crônico, qual seja: na sistemática do parcelamento especial para empresas em recuperação judicial o Estado continua fora do alcance do plano de recuperação judicial, ensejando uma subversão da "*par conditio creditorum*" olvidando o papel de destaque e responsabilidade que o Estado deve ter, em conjunto com os demais credores particulares do insolvente, na elaboração de medidas tendentes a permitir a superação da crise econômica, financeira e patrimonial pela qual passa o empresário insolvente. Na contemporaneidade, a racionalização das atividades governamentais não mais se pode entender como uma política opcional de governo, mas como um imperativo constitucional a ser obedecido, eis que a atuação do Estado na ordem econômica, como agente normativo e regulador, exercendo funções de incentivo e de planejamento econômico, estão expressas no texto constitucional, de forma a se evitar que os problemas sejam solucionados com o Estado objetivando a maximização de seus ganhos em detrimento da coletividade, ao representar nítida e repudiada sobreposição do interesse público primário por interesse público secundário.

5.3 A praticabilidade tributária e os meios alternativos de cobrança do crédito tributário na Administração Pública pós-moderna

Em linhas preliminares, de acordo com Vinícius Marins,[519]pode-se dizer que "a confiança é mecanismo que fundamenta a convergência social, por meio da redução de complexidade dos sistemas, dada a significativa redução de possibilidades previsíveis e imprevisíveis." Luhmann[520] oferece o aporte teórico para a compreensão das ideias de complexidade e contingência: "Cada experiência concreta apresenta um

[519] MARINS, Vinicius. ***Desconfiança sistêmica e praticidade no Direito Tributário Brasileiro***. Libertas - Revista de Ciências Sociais Aplicadas, v. 2, p. 61-76, 2011.
[520] LUHMANN, Niklas. ***Sociologia do Direito I***. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.p. 46

conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes." Complexidade, *para o autor,* significa que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar, ao passo que contingência se refere ao fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Em termos práticos, Lhumann afirma que "complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos". Luhmann[521] analisa a confiança como uma garantia para o presente em face de expectativas do futuro, que serão previsíveis e variáveis. Os atos com confiança reduzem as possibilidades futuras e tornam mais estáveis e menos incertas as relações sociais, de forma que a confiança teria o poder de neutralizar, ou ao menos minimizar as modificações inerentes à passagem do tempo.[522]

A confiança sistêmica de Lhumann funciona como um mecanismo redutor de complexidades do mundo pós-moderno, ao estabilizar as relações jurídicas e simplificando os problemas. Vinícius Marins[523] adverte que "a complexidade social não é mitigada apenas pela confiança como prática subjetiva e pessoal, e exige que a confiança também ocorra no âmbito coletivo e social."[524] Para reduzir a complexidade social com a ajuda da confiança, o autor recorre à teoria dos sistemas, que orientou toda a sua linha de pesquisa sociológica. Para Lhumann, a confiança pressupõe três características elementares: a) permanência de estados, de forma a igualar o presente e o futuro, b) simplificação, por meio da redução de complexidades e das infinitas possibilidades variáveis e c) antecipação do futuro pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros.[525]

Misabel Derzi[526] adverte, entretanto, que o sistema jurídico também absorve desconfiança, que permanece latente. Ele faz uma alusão ao Direito Financeiro e ao Direito Tributário, e afirma que uma série de medidas são adotadas sem o claro reconhecimento da desconfiança, a exemplo da imposição de obrigações acessórias e a instituição de técnicas de substituição tributária progressiva, ao demonstrar que

---

521 LUHMANN, Niklas. ***Confianza***. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p.43
522 MARINS, Vinicius. ***Desconfiança sistêmica e praticidade no Direito Tributário Brasileiro***. Libertas - Revista de Ciências Sociais Aplicadas, v. 2, p. 61-76, 2011.
523 Idem.
524 Idem.
525 DERZI, Misabel Abreu Machado. ***Modificações da jurisprudência no direito tributário***. São Paulo: Noeses, 2009. p. 328.
526 Ibidem, p. 335

as técnicas sistêmicas de simplificação são utilizadas recorrentemente, importando, muitas das vezes, em renúncia a princípios e valores caros a toda a sociedade, como a segurança jurídica, que se torna sacrificada em virtude da refutação da confiança sistêmica, difusa e reflexiva existente no Direito.[527]

Assim, Helena Costa[528] define a praticabilidade, também conhecida como praticidade, pragmatismo ou factibilidade como "um conjunto de técnicas que visam a viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico", com o objetivo de dar eficácia a mandamentos legais de maior relevância. Trata-se de categoria lógico-jurídica, uma vez que a noção acima exposta precede o Direito posto. Rodrigues de Castro[529] afirma que se busca, com as medidas de praticidade tributária, uma dúplice função: a) proteger o contribuinte contra eventuais excessos praticados pelo Estado e b) dotar o Poder Público de mecanismos eficazes para arrecadação dos recursos necessários ao desempenho de suas funções.

No tocante à segunda função, de dotar o poder público de mecanismos eficazes para a arrecadação tributária, Tipke e Yamashita[530] afirmam existir um verdadeiro Direito da Coletividade, de forma que a construção doutrinária sobre o Direito Tributário deve se debruçar não somente sobre os aspectos formais da norma jurídica ou restritivamente sobre a obrigação tributária e seus aspectos, mas também sobre as funções do tributo, notadamente a função da arrecadação e a função indutora de comportamentos.[531] Não se pode esquecer que os efeitos da norma tributária irradiam-se no campo social. De forma que a incidência fiscal tem de estar adaptada ao desenvolvimento socioeconômico da nação, focada na transformação da realidade do Estado. Conforme afirma Tipke e Yamashita,[532]a tributação extrafiscal é de natureza instrumental e intervencionista, existindo por motivos de política econômica, cultural,

---

527 ROCHA, Eduardo Morais de. ***A praticidade como sinônimo de desconfiança e as margens de lucro fixas nos preços de transferência.*** Rev. SJRJ. Rio de Janeiro, v.19, n.33, p. 68-87. abril de 2012

528 COSTA, Regina Helena. ***Praticabilidade e justiça tributária: exequibilidade da lei tributária e direitos do contribuinte***. São Paulo: Malheiros, 2007.p.53

529 RODRIGUES, Eduardo Moreira Lima de Castro. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal***. Curitiba: Juruá, 2016. p. 122.

530 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. ***Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva***. São Paulo: Malheiros, 2002. p.15

531 FOLLONI, André; DIB, Natália Brasil. ***Função promocional do direito e as novas exigências da pesquisa científica em direito tributário***. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3ad9b2048e580655>. Acesso em 04/06/2019.

532 TIPKE, K.; YAMASHITA, D. ***Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva***. São Paulo: Malheiros, 2002. p.62

sanitária, ambiental e servindo como alavanca coadjuvante das regulamentações estabelecidas pelo Poder Público.[533]

Temos um conjunto normativo no Direito brasileiro voltado à implementação da cobrança do crédito tributário por meio da execução fiscal da dívida ativa tributária, que institui por meio da Lei nº 6.830/80 o procedimento de execução fiscal. Trata-se de procedimento de execução por quantia certa fundado em título executivo extrajudicial por meio do qual se busca a tutela jurisdicional executiva. Inicia-se após o encerramento do processo administrativo tributário, com a inscrição em dívida ativa dos valores devidos à administração pública. Paralelamente ao procedimento de execução fiscal, a Lei nº 8.397/92 prevê procedimento específico para o acautelamento de créditos da fazenda pública, sejam eles tributários ou não, como instrumento hábil a assegurar o resultado e a utilidade dos processos de execução fiscal.

A partir da análise de estudos técnicos de Justiça e Cidadania do IPEA,[534]elaborado levando em consideração o desempenho da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) relacionado aos processos de execução fiscal de dívida ativa da União, concluiu-se que o processamento da execução fiscal é um ritual ao qual poucas ações sobrevivem. Apenas três quintos dos processos de execução fiscal vencem a etapa de citação (sendo que em 36,9% dos casos não há citação valida, e em 43,5% o devedor não é encontrado). Destes, a penhora de bens ocorre em apenas um quarto dos casos (ou seja, 15% do total), mas somente uma sexta parte das penhoras resulta em leilão. Contudo, dos 2,6% do total de processos que chega a leilão, em apenas 0,2% o resultado satisfaz o crédito. A adjudicação extingue a ação em 0,3% dos casos. A defesa é pouco utilizada e tem baixo índice de acolhimento: a objeção de pré-executividade ocorre em 4,4% dos casos e os embargos à execução em 6,4%, sendo seu índice de acolhimento, respectivamente, de 7,4% e 20,2%. Observe-se que, do total de processos da amostra deste estudo, a procedência destes mecanismos de defesa foi reconhecida em apenas 1,3% dos casos. O resultado das ações de execução fiscal é geralmente extremo: o pagamento (em 33,9% dos casos, no geral, e em 45%, se há citação pessoal) ou a prescrição (27,7%) e o cancelamento

---

[533] CARDOSO, Alenilton da Silva. ***A função social do tributo na perspectiva da solidariedade***. Revista de Direito Mackenzie. Vol.05, n.02, p.10-20.
[534] CUNHA. Alexandre dos Santos (coord.). ***Custo unitário de execução fiscal na Justiça Federal***. Brasília: IPEA; CNJ, 2011.

da dívida (17%). A arrecadação é, em média, de R$ 9.960,48, com grande variação se movida pela PGFN (R$ 36.057,25) ou pelos conselhos (R$ 1.228,16).

O referido relatório do IPEA aponta que o tempo médio total de tramitação do processo de execução fiscal na Justiça Federal de primeiro grau é de oito anos, dois meses e nove dias. Finalmente, o custo médio da execução fiscal na Justiça Federal de primeiro grau, composto basicamente pelo fator mão de obra, pode ser expresso por dois valores distintos: R$ 4.368,00 e R$ 1.854,23. Em linhas gerais, o primeiro valor reflete o custo ponderado da remuneração dos servidores envolvidos no processamento da execução fiscal ao longo do tempo em que a ação tramita; o segundo valor reflete o custo da remuneração destes servidores em face do tempo operacional das atividades efetivamente realizadas no processo, acrescido do custo fixo (despesas de capital e custeio) estimado em R$ 541,11. A diferença entre os dois valores explica-se pelo fato de que os custos agregados pelo tempo em que o processo permanece parado e pela mão de obra indireta, embutidos no primeiro valor, são excluídos do segundo. O estudo evidencia que se pode, inclusive, colocar em discussão o modelo processual atualmente utilizado na recuperação de créditos da Fazenda Pública. Neste cenário, propostas já em debate oscilam entre a reforma mais ou menos profunda da Lei de Execução Fiscal e a descaracterização da natureza judicial do procedimento.

Desta forma , denota-se a importância da busca pela praticidade tributária no tocante à recuperação do crédito tributário, sendo a solução consensual imperiosa, consoante defendido por Kevin Browne e John O'Hare,[535] ao afirmarem que "negociações bem sucedidas são mais desejáveis do que litígios bem-sucedidos". Cristiane Schwanca[536] defende que essa nova perspectiva de relação Estado-Sociedade "demanda a mudança paradigmática do direito público de forma a permitir uma nova forma de gestão pública, propiciando uma gestão horizontalizada, flexibilizada e concertada, na qual as decisões passam a ser tomadas de acordo com o resultado das negociações entre Estado e Sociedade Civil. A natureza cada vez

---

[535] O'HARE, John; BROWNE, Kevin. ***Civil Litigation***. 14.ed. London: Thomson Reuters, 2009. p. 88. "Successful negotiations are more desirable than successful litigation. A reasonable compromise saves the client the expense and worry of a trial yet he has still won. The psychological pressure of litigation on a client must never be underestimated. If the case proceeds to trial usually one party wins which necessarily means that the other loses. How much better if both win."

[536] SCHWANCA, Cristiane. **Administração Pública Consensual**: ***A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos***. Dissertação de mestrado. Faculdades Integradas do Brasil. Curitiba, 2009.

mais horizontal da relação entre cidadão e administração é, portanto, uma das principais razões para o aumento da mediação administrativa,[537]também entendida, nas palavras de Couto e Silva[538] como "administração concertada, administração consensual ou *soft administration",* expressões que refletem formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo.

5.4 Meios alternativos de cobrança do crédito tributário: a transação em matéria tributária

O princípio da praticabilidade da tributação impõe um dever ao legislador na busca de caminhos de maior eficiência, economia e celeridade para viabilizar a imposição tributária, que poderá ser alcançada com a intensificação da participação dos administrados na gestão tributária, com a possibilidade de solução extrajudicial de conflitos.[539] O II Pacto Republicano de Estado[540] por um sistema de justiça mais acessível, ágil e eficiente, subscrito pelos três poderes da república marca a necessidade de se implementar melhoras na prestação jurisdicional, em especial por meio de prevenção de conflitos. Em seu anexo[541], prevê como matéria prioritária a revisão da legislação que trata da cobrança da dívida ativa, com vistas a racionalizar procedimentos tanto no âmbito administrativo, como no âmbito jurisdicional. Trata-se da busca por soluções negociadas, onde "a consensualidade aplaina as dificuldades, maximiza os benefícios e minimiza as inconveniências para todas as partes".[542] Assim

---

[537] VENY, Ludo et al. **Mediation in Belgian Administrative Practice, with Special Focus on Municipal Administrative Sanctions and Urban Planning**. *Mednarodna revija za javno upravo [International Public Administration Review]*, Ljubljana, v. XII, n. 2−3, p. 166, February 9, 2015. The increasingly horizontal nature of the relationship between citizen and administration is therefore one of the main reasons for the rise of administrative mediation.

[538] COUTO, Almiro e Silva. ***Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas***. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997, p. 64-65

[539] TORRES, Heleno Taveira. ***Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). ***Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso***. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.300.

[540] BRASIL. Casa Civil. 2 Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. 2009.

[541] Vide item 2.11 do anexo.

[542] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.281.

é que o Estado, nos dizeres de Moreira Neto,[543] vem a substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade, ao assegurar o máximo de eficiência de sua governança pública.

No Direito norte-americano, a transação tributária já é instituto utilizado recebendo a denominação de *settlement of tax dispute* em oposição ao instituto da arbitragem, denominado *alternative dispute resolution*. A possibilidade de transação encontra-se positivada no *Internal Revenue code* (IRC), espécie de Código Tributário Federal o qual se dedica, entre outros assuntos, ao imposto de renda federal. Conforme nos informa Marques Fernandes[544], identifica-se dois tipos de transação tributária no Direito norte-americano, a saber: a) *closing agreements*, onde a autoridade fiscal possui competência pra realizar acordo por escrito com o contribuinte em relação a tributos federais e b) *offers in compromise*, onde se exige maior formalidade, visto envolver a dispensa de pagamento de tributo. Registre-se, inda, o instituto da *qualified offer*, instrumento facilitador da transação, onde o cumprimento de certos requisitos pelo contribuinte impõe o dever a autoridade fazendária de aceitar a transação.[545]

No Direito Tributário brasileiro, a ideia de processo fiscal equitativo vem se desenvolvendo nos últimos tempos, a partir de necessidades econômicas e sociais criadas pela globalização e da emergência da sociedade do diálogo, fundada na visão pragmática e procedimental.[546]Segundo Ricardo Lobo Torres,[547] trata-se de um mecanismo que viabiliza o diálogo entre a fazenda pública e o contribuinte, em busca de uma justa solução do caso concreto. Desta forma, o processo tributário administrativo equitativo afirma-se no seio de uma ampla processualidade fiscal, afastada dos pressupostos autoritários. Superam-se os "velhos esquemas da

---

[543] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.281.

[544] FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. ***Transação Tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação de crédito público à luz do modelo norte-americano***. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 62

[545] No direito norte-americano cerca de 80% dos litígios são solucionados administrativamente, sem a necessidade de interferência do Poder Judiciário, realçando a importância do instituto da transação tributária. Vide GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. ***Direito Tributário nos Estados Unidos***. São Paulo: Lex, 2004. p. 34.

[546] LOBO, Ricardo Torres. ***Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

[547] Ibidem. p. 94

processualidade tributária,"[548] como os imaginaram Rubens Gomes de Souza,[549]com sua concepção orgânica e unitária do processo fiscal e Gilberto de Ulhôa Canto,[550] com a proposta de unificação das instâncias administrativas e judicial, que partiam de modelos rígidos e fechados. Nessa linha de entendimento, o processo fiscal teria início sempre por um contribuinte, que reagia à decisão autoritária da fazenda pública. A impugnação ao lançamento tributário, ou a negativa de restituição de indébito, deflagrava o procedimento administrativo fiscal. Para Ricardo Lobo Torres,[551] "este esquema simplista é ineficaz e incapaz de apreender a complexa conflitualidade desenvolvida entre o fisco e os contribuintes no Estado Democrático de Direito, que exige a participação e o consenso." A processualidade tributária, como já visto, está atrelada a velhos princípios jurídicos, nomeadamente o princípio da supremacia do interesse público, com nítido caráter fazendário, que geravam figuras jurídicas como o depósito para interposição de recursos. Para Moreira Neto,[552] essa visão de interesse público deve ser reapreciada, evoluindo do conceito de monopólio da definição legal, próprio do Estado monoclasse, para o de reserva da Constituição, no Estado pluriclasse, a fim de se implementar uma releitura da hierarquia de interesses no contexto axiológico pós-moderno do Direito de Estado, a qual envolve uma relação entre o interesse público e o multiculturalismo.

---

[548] LOBO, Ricardo Torres. ***Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 94.

[549] SOUZA, Rubens Gomes de. ***Ideias Gerais para uma concepção unitária e orgânica do processo fiscal***. Revista de Direito Administrativo, n.34. p.37.1953. "Chegamos assim a uma concepção orgânica e unitária do processo fiscal, que reúne em um mesmo sistema o procedimento administrativo do lançamento e o procedimento jurisdicional do contencioso. Essa conceituação se justifica pela constatação, de certo modo imediatista, de que as fases oficiosa e contenciosa do processo formativo da obrigação tributária visam ambas a uma mesma finalidade única, a saber, a constituição do crédito tributário a favor do Estado, e reciprocamente a constituição da obrigação tributária contra o contribuinte.

[550] CANTO, Gilberto de Ulhoa. Revista do Instituto dos Advogados brasileiros, n.36, v.1. ***Elaboração do anteprojeto da lei de processo administrativo tributário***. Pensamos que o ponto nevrálgico do processo judicial das controvérsias de natureza tributária se situa na multiplicidade de fases, muitas delas com o caráter de repetição de outras, presentemente quanto a ação anulatória de débito fiscal, e na lentidão com que flui a ação de execução fiscal.

[551] LOBO, Ricardo Torres. ***Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 95

[552] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.207

Para Ricardo Lobo Torres,[553] a ideia de uma nova processualidade fiscal brota das próprias transformações do Estado Fiscal de Direito. Sua reconfiguração como um estado cooperativo, apoiado no procedimentalismo, lança novas perspectivas para o tema. Outro aspecto associado às importantes transformações sociais refere-se ao que se denomina de Sociedade de Risco,[554]que enfrenta novos desafios, em especial na vertente tributária, onde os riscos se produzem pelo contribuinte (corrupção, elisão abusiva) ou pela própria Administração Pública (ineficiência, desrespeito a direitos fundamentais). A eliminação dos riscos depende de um eficiente mecanismo processual tributário equitativo, fundado em novas premissas de eficiência, razoabilidade e em novos princípios legitimadores. A legitimação, todavia, implica em julgamento valorativo e ético, a ser utilizado pelo operador do direito, com fundamento nos princípios da ponderação, razoabilidade, igualdade, transparência, eficiência e economicidade.

O Código Tributário Nacional brasileiro admite expressamente que a lei pode facultar aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária, nas condições que estabeleça, celebrar transação, mediante concessões mútuas, que importe em terminação do litígio e consequente extinção do crédito tributário.[555] Questão crucial que se coloca refere-se a saber, se a transação em matéria tributária implicaria violação ao princípio da legalidade, em especial em momento em que a transação é efetuada anteriormente ao lançamento tributário, a fim de evitar conflitos. No cenário nacional, já fora afirmado em capítulo anterior que, no âmbito do Direito Administrativo,[556] a primeira corrente tornou-se majoritária, exigindo tão somente a *res litigiosa* para justificar a transação, sendo o elemento da dúvida meramente acidental que pode ou não estar presente, pois o elemento essencial da transação é a vontade de eliminar o litígio.

---

[553] LOBO, Ricardo Torres. ***Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 96

[554] Nas sociedades pós-modernas, abalados os fundamentos novecentistas de cega confiança na racionalidade, assomaram-se incertezas de toda sorte: econômicas, sociais, políticas, sanitárias, ambientais e até culturais. CF. BECK, Ulrich. ***La sicieté du risque: sur la voie d'une autre modernité***: Paris: Aubier, 1986.

[555] Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.

[556] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***Transações administrativo-tributárias no Brasil***. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte: RPGMBH, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 159-180, jul./dez. 2010.

No âmbito do Direito Tributário, há quem sustente a impossibilidade de se valer do instituto da transação, sob a argumentação de que a obrigação tributária é ex lege, afirmando ser inconstitucional o artigo 171 do Código Tributário Nacional. Invocando a doutrina de Otto Bachoff, a obra de Ferreira Jardim[557] identifica um conflito entre a norma albergada pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional e o artigo 171 do mesmo diploma legal, inadmitindo a transação em função do tributo decorrer de atividade administrativa plenamente vinculada. A tese foi encampada por Maria Helena Diniz[558] ao registrar como significado da transação expressa referência a obra de Ferreira Jardim, afirmando que a transação é incompatível com o regime jurídico tributário, visto que a criação e extinção de tributos subordina-se a edição de atos administrativos vinculados.[559]

Em sentido oposto, Hugo de Brito[560] afirma que a antinomia suscitada é apenas aparente, visto que o problema se resolve pela aplicação do critério da especialidade, pelo qual as prescrições gerais convivem com as especiais, e estas prevalecem sobre aquelas. Em outras palavras, o artigo 3º do código Tributário Nacional contém uma prescrição jurídica aplicável à atividade de cobrança do tributo, diferentemente do artigo 171 do Código Tributário Nacional, que contém uma prescrição especial, aplicável apenas aos casos e as condições a que a lei estabelecer, sendo uma exceção à prescrição genérica. Para o autor, “o caráter plenamente vinculado da

---

[557] JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 1998. v.02. p.402. No mesmo sentido, inadmitindo a transação em matéria tributária, Daniel Peixoto afirma que a vinculação plena exigida pelo art. 3º do CTN indica ausência de discricionariedade em três aspectos: a) não há opção pela cobrança ou não do crédito, b) não há opção pelo procedimento e c) não há opção quanto ao conteúdo do crédito tributário objeto da atividade administrativa., de forma que a transação, ao ignorar esses critérios, romperia com o ciclo de positivação do direito, distorcendo o conceito de tributo instituído no artigo 3º do CTN. PEIXOTO, Daniel. ***Competência administrativa na aplicação do direito tributário***. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 158-192.

[558] DINIZ, Maria Helena. ***Dicionário Jurídico***. São Paulo: Saraiva, 1998. v.04. p.802. Em sentido oposto, Heleno Torres afirma que só a ignorância absoluta do conceito de tributo pode levar ao equívoco, de plano afastado, segundo o qual o tributo não poderia se submeter a um procedimento de extinção de créditos fundados na solução de litígios, por recíprocas concessões, à luz do art. 3º do CTN, quando esta mesma disposição prescreve que a legalidade determinará as condições de existência e da vinculação das formas de extinção. Cf. TORRES, Heleno Taveira. ***Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária***. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). ***Transação e arbitragem no âmbito tributário***: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.308

[559] Percebe-se que o princípio da indisponibilidade do patrimônio público e do próprio crédito tributário firma-se como um dogma quase absoluto do direito, indiscutível e absoluto na sua formação a tal ponto que sequer a própria legalidade, seu fundamento, poderia dispor em contrário.

[560] MACHADO, Hugo de Brito. ***Transação e arbitragem no âmbito tributário***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). ***Transação e arbitragem no âmbito tributário***: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 113.

atividade administrativa somente será contrariado se a lei ordinária atribuir às autoridades lançadoras competência para celebrar transações.” Desta forma, a lei ordinária deve estabelecer as condições para a transação atribuindo competência às autoridades de escalão superior da Administração Tributária, a fim de se permitir sindicar eventual discricionariedade, e facilitar o controle do ato administrativo-tributário, que há de ser praticado sempre no interesse da Administração Fazendária. Como bem observa o autor:

> ‘Para aceitarmos a transação no direito tributário, realmente, basta entendermos que o tributo, como os bens públicos em geral, é patrimônio do Estado. Indisponível na atividade administrativa, no sentido de que, na prática ordinária dos atos administrativos, a autoridade dele não dispõe. Disponível, porém, para o Estado, no sentido de que este, titular do patrimônio, dele pode normalmente dispor, desde que atuando pelos meios adequados para a proteção do interesse público, vale dizer, atuando pela via legislativa e para a realização dos fins públicos.”[561]

Destarte, haverá situações em que será mais conveniente para o interesse público transigir e extinguir o litígio, nos estreitos termos fixados em lei, por meio de um regime jurídico específico, necessário para se preservar que o ato seja praticado com fundamento no interesse público primário. Consoante escreve Paulo Henrique Figueiredo,[562]“a transação, quando levada às hostes do Direito Tributário, é transmudada, tornando-se limitada em razão do interesse público. O caráter de disponibilidade é afastado, pois só com autorização legal específica pode o Estado transacionar para pôr fim a um litígio envolvendo questões tributárias”.

Importante enfatizar que a transação em matéria tributária ocorrerá após a instauração do litígio, que não se confunde com o ajuizamento de uma ação judicial, pois restará caracterizado o litígio com a impugnação, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, do lançamento tributário ou mesmo da lavratura de um auto de infração. O que se impõe, portanto, é a configuração de um litígio a ser dirimido pelo órgão julgador da esfera Administrativa, nos termos do procedimento próprio. Não sendo a transação uma forma comum de extinção do crédito tributário, sua justificação somente seria possível nas hipóteses de prévia instauração de um litígio. Consoante, adverte Hugo de Brito,[563] não é da essência da transação tributária a extinção da

---

[561] MACHADO, Hugo de Brito. ***Transação e arbitragem no âmbito tributário***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 115

[562] FIGUEIREDO, Paulo Henrique. ***A transação tributária.*** Recife: Bagaço: Instituto do Ministério Público do Estado de Pernambuco, 2004. p. 226.

[563] Ibidem, p.116

relação obrigacional que ensejara o litígio. Referindo-se o Código Tributário Nacional à terminação do litígio e consequente extinção de crédito tributário, pode parecer que a transação em matéria tributária só se caracterizará se dela decorrer a extinção do crédito tributário em cuja sede instaurou-se o litígio. Pondera o autor que, embora na generalidade dos casos a transação resulte em extinção do litígio e do crédito tributário, pode ocorrer que de uma transação não decorra a extinção da relação obrigacional tributária.

Apesar de a transação estar arrolada no Código Tributário Nacional[564], como causa de extinção do crédito tributário, ordinariamente ela não o extingue, visto que a extinção da obrigação quando ocorre a transação se implementa por força do pagamento, pois "o processo de transação tão-somente prepara o caminho para que o sujeito passivo quite sua dívida, promovendo o desaparecimento do vínculo."[565] Sendo assim, tecnicamente, na verdade "a transação extingue o litígio, e não necessariamente o crédito tributário ou qualquer outra relação obrigacional."[566] Paulo Henrique Figueiredo[567] afirma que "geralmente, da transação decorre a extinção da relação obrigacional que acolhia o litígio." Contudo, a extinção obrigacional não constitui o objetivo primeiro da transação, vez que "o que há de ficar extinto por este instituto é o litígio em potencial ou instalado, ou, em termos mais profundos, a incerteza quanto à relação jurídica, que albergava prestações opostas." Portanto, com a transação ocorre o desaparecimento da própria lide, da pretensão resistida. Não obstante, conforme observa Hugo de Brito,[568] "é razoável, todavia, dizer que a transação extingue o crédito tributário na parte em que a Fazenda Pública abriu mão, concedeu".

Pertinente indagar, se a transação pode ser considerada renúncia de receita a fim de atrair a incidência do artigo 14 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de responsabilidade na gestão fiscal), o qual determina que a renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em

---

564 Código Tributário Nacional. Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...) III- a transação.

565 CARVALHO. Paulo de Barros***. Curso de Direito Tributário***. 13ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2000, p. 457.

566 MACHADO, Hugo de Brito. ***Transação e arbitragem no âmbito tributário***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 117

567 FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária*. Recife: Bagaço: Instituto do Ministério Público do Estado de Pernambuco, 2004. p. 128

568 MACHADO, Hugo de Brito. ***Transação e arbitragem no âmbito tributário***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 118

que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, dentre outras medidas.[569] Hugo de Brito[570] sustenta que tanto sob a perspectiva do elemento literal quanto do elemento teleológico a transação não há que ser considerada renúncia de receita. Na perspectiva literal, a transação é instituto jurídico próprio e bilateral, prevista no Código Tributário Nacional, não podendo ser abrangida pela expressão "outros benefícios" prevista na Lei de responsabilidade na gestão fiscal. Sob a perspectiva teleológica afirma que a finalidade da limitação contida no artigo 14 da Lei Complementar nº 101/2000 é simplesmente evitar que sejam concedidas pelo legislador vantagens a certos contribuintes sem uma razoável justificação, deixando a Fazenda Pública de arrecadar tributos a ela indiscutivelmente devidos.

A principal característica da transação reside justamente na dúvida quanto a ser devido ou não o tributo, de forma que a finalidade do dispositivo legal mencionado não poderia levar a Fazenda Pública a levar o seu litígio às últimas consequências legais, não se aplicando a referida restrição à transação em matéria tributária. Não se daria, pois, qualquer espécie de renúncia do crédito tributário, mas simples reforço do princípio da verdade material como meio para se alcançar conjuntamente solução célere e econômica para a controvérsia.[571]Implementa-se, desta forma, uma Administração de resultado, a qual se confere uma base de legalidade finalística no Direito Público brasileiro. Nas lições de Moreira Neto,[572] "a promissora doutrina de resultado vem se consolidando sob a nova concepção de relações devidas entre os cidadãos e o Estado, uma vez que se encontra especificamente voltada à afirmação do indisponível dever funcional estatal de propiciar uma boa administração."

---

[569] Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

[570] MACHADO, Hugo de Brito. ***Transação e arbitragem no âmbito tributário***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119

[571] TORRES, Heleno Taveira. ***Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.307.

[572] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.219

Ao se analisar o texto constitucional, não se verificam impedimentos à adoção de soluções práticas em matérias tributárias, cabendo à lei decidir fazê-lo, nos termos e limites que julgar satisfatório. Assim, nas palavra de Heleno Torres,[573] o legislador detém "liberdade constitucional para proceder à identificação de métodos alternativos para extinção do crédito tributário", não havendo que se falar, ainda, em abandono à legalidade. Nas palavras de Moreira Neto,[574] a legalidade deve ser reapreciada, de modo a representar não mais apenas uma simples submissão à exclusiva vontade do legislador, mas como "a qualidade do resultado da aplicação da lei, devidamente complementada pela alocação de valores e racionalidade." A lei pode criar condições para que se alcance uma posição de justiça sobre os elementos concretos da situação conflitiva, de modo que ao final se tenha uma ato administrativo unilateral, constitutivo de um direito de crédito para a Fazenda Pública, nos termos do acordo pactuado em observância as prescrições legais. Não se trata aqui de celebração de contrato, mas de "potência no sistema jurídico de uma norma individual e concreta, típico ato administrativo, por meio do qual o contribuinte chega a um entendimento prévio com a Administração Pública, participando do procedimento."

A legislação instituidora da transação poderá ser tanto uma lei geral, aplicável a múltiplos casos, como uma legislação específica, restrita a determinadas hipóteses fáticas ou jurídicas, delimitada nas condições gerais que a lei prescreva. Com a transação, mediante concessões recíprocas, haverá a extinção da obrigação pelo pagamento, fato que, de forma equiparativa, surte efeitos como os alcançados pela coisa julgada. O ato jurídico perfeito alcançado pela transação e a coisa julgada não poderão ser alterados por lei superveniente, criando direito subjetivo às partes à sua manutenção e irrevisibilidade, qualificado como verdadeiro direito adquirido do contribuinte, necessário para se implementar a segurança jurídica.[575] Fundamenta-se a transação em matéria tributária pela confiança recíproca, amparada pela boa-fé objetiva e respeito ao *pacta sunt servanda*, bem como na observância do *instituto nemo potest venire contra factum proprium*, o qual veda a Administração Pública de prejudicar direito de pessoas que confiaram no sentido objetivo nos atos por ela

---

573 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.305.
574 Ibidem, p.207
575 TORRES, Heleno Taveira. ***Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.310

praticados. É o mínimo de proteção constitucional à segurança jurídica que o ente estatal pode obrigar-se a preservar. A legalidade constitucional prevista no artigo 150, inciso I da Constituição da República de 1988, aliada à impossibilidade de usar tributo com efeito de confisco previsto no artigo 150, inciso IV da Constituição da República vedam que o procedimento de transação possa ser reaberto para qualquer tipo de revisão.

Como bem assevera Heleno Torres,[576] "a autonomia que dispunha a Administração para rever unilateralmente os atos de lançamento cessa com a transação, que extingue o crédito tributário submetido ao acordo". Em seu lugar, comparece a bilateralidade do acordo, decorrente do concurso de vontade dos transatores, como solução aos litígios existentes, mediante concessões recíprocas. Por isso, não assiste direito à Administração de revisar unilateralmente os atos administrativos praticados no âmbito de transação. Isso não impossibilita a alegação de nulidade do processo de transação, mas impede a sindicabilidade dos atos praticados, em sua imanente universalidade. O acordo somente poderá ser afastado nos termos definidos em lei, a qual incumbe explicitar seus pressupostos formais e materiais. Verifica-se uma mutação do próprio conceito de Administração Pública, que aos poucos perde suas características imperativas, pautada tradicionalmente como expressão de um poder de Estado, para ser entendida como uma função, constitucional e legalmente vinculada, a ser desempenhada pelo Estado.[577]

Não se olvida os aspectos negativos que a transação em matéria tributária poderia acarretar, a exemplo do: a) risco moral (*moral hazard*), onde o contribuinte pode se colocar voluntariamente em situação de insolvência a fim de obter vantagem na redução do tributo a ser pago segundo as regras da transação; b) injustiça, onde ambos os contribuintes sujeitam-se a mesma legislação de incidência e, em razão da transação, há a dispensa de parte do valor a ser cobrado de um desses contribuintes e c) o custo financeiro para o Estado instituir programas de transação tributária. Não obstante, como bem observa Marques Fernandes[578], a esses argumentos são

---

[576] TORRES, Heleno Taveira. ***Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.313

[577] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.220

[578] FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. ***Transação Tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação de crédito público à luz do modelo norte-americano***. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 74.

contrapostos fatores positivos, como a equidade, eficiência e administrabilidade, de forma a se tornar justificável a instituição do modelo de transação tributária. A igualdade, nesta acepção horizontal que, *a priori,* parece abalada, resta intacta diante da distinta situação em que credores solventes e insolventes se encontram, devendo sofrer os influxos de ordem econômica e social que justificam a redução do tributo devido. Analisar apenas os aspectos negativos e afirmar que a transação tributária ofenderia a igualdade é ter "uma visão simplista e reducionista, pois a realização da transação tem por escopo ser um instrumento de concretização da justiça fiscal."

5.5 O crédito tributário no âmbito da recuperação judicial de empresas

Em virtude da assinatura, no ano de 2009, do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 5082/2009, que estabelece as condições e os procedimentos que a União, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os sujeitos passivos de obrigação tributária deverão observar para a realização de transação em matéria tributária, que importará em composição de conflitos ou terminação de litígio, para extinção do crédito tributário, nos termos dos artigos 156, inciso III, e 171 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Como mencionado em sua justificativa, "o anteprojeto vem no bojo de um conjunto de medidas destinadas à modernização da Administração Fiscal, para tornar a sua atuação mais transparente, célere, desburocratizada e eficiente. As outras medidas que caminham no mesmo sentido consistem na edição de outras duas leis ordinárias (uma referente aos mecanismos de cobrança dos créditos inscritos na dívida ativa da União e a outra, à execução fiscal administrativa) e uma lei complementar (alteração do Código Tributário Nacional), essa última indissociável do presente anteprojeto, visto que alguns de seus efeitos dependem das alterações naquela lei propostas (como os que tratam da interrupção da prescrição, das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da prova da regularidade fiscal). O escopo do anteprojeto é o de constituir nova relação entre a administração tributária e os contribuintes, possibilitando que as duas partes, mediante entendimento direto, alcancem uma aplicação mais homogênea da legislação tributária. O Anteprojeto de Lei parte dos permissivos já existentes nos artigos 156, incisos III e IV, 171 e 172 do

Código Tributário Nacional (Lei nº 5172, de 1966, entre nós vigorando com força de Lei Complementar). Assim é que a transação em matéria tributária está prevista no Código Tributário Nacional, mas até a presente data não foi regulamentada."

Já fora concluído que a Administração consensual assume diversos aspectos, ao permear toda a atividade administrativa, devendo ser utilizada para a redução da litigiosidade entre o Poder Público e o cidadão, bem como inserida no cotidiano da atividade administrativa de recuperação de créditos públicos, em especial no âmbito da recuperação de empresas, onde o escopo primordial é a realização de acordo entre credor e devedor com a finalidade de superar a situação de crise empresarial, de forma a possibilitar maiores ganhos a todos os envolvidos, inclusive ao Estado. Pautado nas premissas metodológicas desenvolvidas na presente tese, e com suporte no entendimento doutrinário utilizado no referencial teórico até então desenvolvido, discorrer-se-á sobre a inovação legislativa proposta confrontando-a com o atual sistema legal de insolvência vigente, de forma a verificar se a transação tributária é instrumento apto a permitir uma maior participação estatal na resolução de crises empresariais, permitindo uma releitura do papel da Administração Pública no âmbito dos processos de recuperação judicial de empresas.

Conforme demonstrado em tópico anterior, ao analisar-se o texto constitucional não se verifica impedimentos à adoção de soluções consensuais em matéria tributária, cabendo à lei decidir fazê-lo, nos termos e limites que julgar satisfatório. A ideia de uma nova processualidade fiscal brota das próprias transformações do Estado Fiscal de Direito, de forma que sua reconfiguração como um estado cooperativo, apoiado no procedimentalismo, lança novas perspectivas para o tema,[579] sendo bem-vinda a tentativa do legislador de regulamentar o instituto da transação tributária. A fim de compreender o alcance do anteprojeto, bem como sua adequação aos princípios norteadores da compreensão pós-moderna do Direito Administrativo, Tributário e Empresarial, faz-se necessário relatar o atual estado da arte do crédito tributário no âmbito do Direito Concursal, tanto no que se relaciona ao processo de recuperação judicial, quanto ao processo de falência.

De acordo com o preceito contido no artigo 51 da Lei nº 11.101/2005, a petição inicial de recuperação judicial não necessita de estar instruída com a certidão de

---

[579] LOBO, Ricardo Torres. ***Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 95

quitação das dívidas tributárias, bastando que ela seja instruída com os demais documentos exigidos em seus incisos. Após o deferimento do processamento, o juiz, nos termos do artigo 52, inciso II, da referida lei deverá determinar a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para a contratação com o poder público ou para o recebimento de benefícios fiscais e creditícios.

O disposto nos artigos acima induz à conclusão de que o objetivo do comando legal é permitir a continuidade da exploração da atividade empresarial, de forma a se alcançar os objetivos políticos da legislação falimentar e de recuperação de empresas, visto que, vincular a celebração de contratos e demais atos necessários ao regular funcionamento da empresa à apresentação de certidões negativas de dívida fiscal consistiria um entrave à sua plena recuperação.

No que se refere às exceções previstas em lei, verifica-se que a norma veio em consonância com os princípios que regem a Administração Pública, em especial o princípio da moralidade. A celebração de contratos com o poder público implica, em geral, em execução de atividades de longo prazo de duração, que, dado o interesse público presente, devem ser executadas por empresas sólidas, que tenham real capacidade de cumprir suas obrigações. Como bem assevera Rachel Sztajn,[580]"o risco inerente a tais contratos não deve ser agravado mediante a admissão do contratante particular ser sociedade cuja existência, a continuidade, é, sabidamente incerta." Não obstante, este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já abrandou o rigor da norma, permitindo que empresas em recuperação judicial participem de procedimentos licitatórios, sob o argumento de que o impedimento violaria o objetivo maior prescrito no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, qual seja, o de permitir a recuperação da atividade empresária.[581]

Em que pese a desnecessidade da instrução da petição inicial com as certidões negativas de débito fiscal, o artigo 57 da Lei nº 11.101/2005 impõe a sua apresentação para que seja concedida a recuperação judicial. Esse fato leva ao questionamento

---

[580] SZTAJN, Rachel. In SOUZA JUNIOR, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.258.

[581] Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 23.499 no Resp. 1.471.315/RS. 2ª turma. Relator Min. Humberto Martins. DJE de 06/11/2014. Há projeto de lei datado de 29/05/2012 (PL 3969/2012) que propõe acrescentar dispositivo na Lei nº 8.666/93 com a seguinte redação: "Será admitida nas licitações a participação de empresas em processo de recuperação judicial concedida na forma da lei nº 11.101/2005, desde que atendidos os requisitos para habilitação previstos no edital."

sobre a existência de contradição entre os dispositivos legais ou, caso contrário, quais os motivos de não se exigir a apresentação das referidas certidões juntamente com a petição inicial do processo de recuperação judicial de empresas. *A priori*, parece que o legislador conferiu um prazo para que o devedor providencie a quitação das dívidas tributárias concomitantemente com a elaboração do plano de recuperação judicial. Referido prazo inicia-se com o deferimento do processamento da recuperação judicial e termina com a juntada aos autos do plano de recuperação judicial, devidamente aprovado pela assembleia geral de credores, ou após decorrido o prazo para a instalação da assembleia geral de credores, a fim de deliberar sobre eventual objeção formulada pelos credores ao plano de recuperação. De acordo com o artigo 56, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, o prazo máximo para a instalação da assembleia é de 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. Não obstante, a imposição da regularidade de débitos fiscais como condição para o processamento da recuperação judicial acaba por conceder ao ente tributante um "poder de veto absoluto à recuperação de empresa"[582], solução inadequada e incompatível com a ordem de classificação dos créditos imposta pelo artigo 83 da Lei nº 11.101/2005.

O preceito normativo contido no artigo 57 da Lei 11.101/2005, repetido no artigo 191-A do Código Tributário Nacional, caracteriza uma verdadeira sanção política, um meio coercitivo indireto de cobrança dos créditos tributários, ao evidenciar uma limitação administrativa ao exercício da atividade empresarial. Se a constitucionalidade do dispositivo for levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, certamente seu posicionamento não será diferente em relação aos julgados anteriores que declararam a inconstitucionalidade da utilização de meios indiretos de cobrança de créditos tributários.[583]O Supremo Tribunal Federal tem pautado seu entendimento no enunciado de súmulas[584]que preceituam a inadmissibilidade de

---

[582] MUNHOZ, Eduardo Secchi. In SOUZA JUNIOR, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 282.

[583] Em julgados datados de 25.09.2008, o STF, ao apreciar a ADI 173/DF e a ADI 394/DF, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º , I, III, e IV , e §§ 1º, 2º e 3º da Lei 7711/1988, que, dentre outras disposições, obrigava a comprovação de regularidade fiscal na hipótese de transferência de domicílio para o exterior e vinculava o registro e arquivamento de contrato social de sociedades e atos similares à quitação de créditos tributários.

[584] Súmula 70 do STF: "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo".
Súmula 323 do STF: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."
Súmula 547 do STF: "Ao contribuinte em débito, não é lícito à autoridade proibir que adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais."

interdição de estabelecimento empresarial, a apreensão de mercadorias e a proibição do exercício de atividades profissionais como meio coercitivo de cobrança de tributos.

A Corte Suprema entende, pois, que a imposição das referidas “sanções políticas” ofende ao princípio do devido processo legal, a liberdade de iniciativa, a garantia de livre exercício de atividade econômica, entre outros princípios. Em setembro de 2020, ao apreciar o tema em sede de Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 43169/SP, o Ministro do STF Luiz Fux, em decisão liminar monocrática, enfrentou o tema afirmando que “a exigência da certidão foi desenhada pelo legislador para que o devedor regularizasse a sua situação a partir do pedido de parcelamento formalizado junto à Administração Tributária.

Consectariamente, o deferimento do pedido induz à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários (art. 151, VI do CTN), permitindo a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, que atesta a regularidade fiscal da empresa e permite a concessão da recuperação (art. 206 do CTN). A fortiori, o que os dispositivos afastados na decisão reclamada impõem é que para além da negociação com credores privados, o devedor efetive a sua regularização, por meio do parcelamento, de seus débitos junto ao Fisco. Até porque, a não efetivação desta medida possibilita a continuidade dos executivos fiscais movidos pela Fazenda (art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05), o que, em última instância, pode resultar na constrição de bens que tenham sido objeto do Plano de Recuperação Judicial, situação que não se afigura desejável.”

Nos termos da decisão retro mencionada, as disposições contidas nos arts. 57 da Lei 11.101/05 e 191-A do CTN não interditam o pedido de recuperação judicial do devedor da Fazenda Pública, apenas exigem que a regularização de tais débitos dê-se dentro das balizas legais. Percebe-se, pois, clara mudança de entendimento em relação ao que havia sido pacificado no âmbito do STJ. Indaga-se até que ponto este recente entendimento (decisão monocrática liminar) encontrará guarida no plenário do STF e em que medida a Lei 13.988/2020, que amplia o prazo de parcelamento de dívida tributária com a União para até 145 meses (para empresário individual, microempresa e empresa de pequeno porte), servirá de parâmetro para a manifestação dos demais ministros do Supremo Tribunal Federal.

No artigo 155-A e respectivos parágrafos, o Código Tributário Nacional preceitua que lei específica disporá sobre as condições de parcelamento do crédito tributário do devedor em recuperação judicial. No entanto, considera-se devedor em recuperação judicial, aquele que obteve a concessão da medida, que é condicionada a apresentação da prova de quitação de todos os tributos. Verifica-se, portanto, uma antinomia grave na sistemática introduzida pela Lei Complementar nº 118/2005, que há de ser superada para que se possibilite a efetivação da recuperação judicial de empresas. Em comentários à respectiva antinomia, Hugo de Brito[585] menciona que há quem sustente a inaplicabilidade do referido dispositivo,[586] ponderando, entretanto, ser equivocada essa interpretação. Conforme o autor, as normas vigentes no ordenamento jurídico são válidas, aplicáveis, salvo quando em conflito com a Constituição, com outras de hierarquia superior ou de mesma hierarquia, porém mais específicas. Assim, "a afirmação de inaplicabilidade da norma albergada pelo art. 191-A do Código Tributário Nacional somente será aceitável se demonstrarmos que ela está em conflito com a Constituição".

Conforme se depreende do artigo 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005, as execuções de natureza fiscal não serão suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento, nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica. Esse parcelamento é autorizado pelo artigo 68 do mesmo diploma legal, ao afirmar que as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional de Seguro Social poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos no Código Tributário Nacional. Os parâmetros a que se refere o artigo encontram-se disciplinados nos artigos 155-A, § 3º, e 191-A do CTN, que também remete o leitor aos artigos 151, 205 e 206 do referido diploma legal.

O passivo tributário constitui um grave problema de recuperação de empresas,[587] visto que a elevada carga tributária vigente em nossa legislação tem grande contribuição para o agravamento da situação de crise das empresas, quando não é causa exclusiva dela. No processo de falência e recuperação de empresas, o

---

585 MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa. ***Revista Dialética de Direito Tributário***. Nº 120. Set/2005, p. 72.

586 GUTJAHR, Valéria. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães, LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 1358.

587 MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa***. Revista Dialética de Direito Tributário***. Nº 120. Set/2005, p.70.

Estado, além de figurar como credor, deve zelar pela forma mais eficiente de recuperar a empresa ou liquidar seus ativos, tendo o dever de agir em prol de seu restabelecimento no mercado, caso seja economicamente viável, em face do interesse público que cerca o assunto. Em um primeiro momento, parece que o legislador quis impedir a concessão da recuperação judicial ao empresário ou sociedade empresária que esteja em dívida com a Fazenda Pública, resguardando, novamente, os interesses da Administração Tributária. No entanto, ao efetuar-se uma análise econômica da questão, verifica-se que, se realmente essa foi a intenção do legislador, ela poderá causar reflexos negativos aos interesses da Fazenda Pública.

No processo de recuperação judicial de empresa, há uma dualidade de interesses que a legislação pretende proteger. De um lado, encontra-se o interesse individual do empresário ou sociedade empresária, de outro, um interesse maior, de ordem social e econômica. Esse dualismo não tem convivência harmoniosa, sendo prejudicial ao sistema como um todo, sob a ótica econômica. Nesse diapasão, levando-se em consideração os objetivos econômicos da novel legislação, a inviabilização da concessão da recuperação judicial em face da existência de dívidas tributárias impedirá o soerguimento da empresa no mercado, acarretando a própria impossibilidade de se efetivar o pagamento do crédito tributário. Faz-se cogente, portanto, o dever do Estado de contribuir na recuperação da empresa em crise, não se justificando que a existência de débito tributário possa constituir impedimento ao desenvolvimento do processo de recuperação judicial de empresas, ao ensejar a decretação da falência.[588]

---

[588] Importante ressaltar que nos autos do processo 2005.001.072887-7 em trâmite na 8ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, onde se processa a recuperação judicial da **Varig S/A**, o Ministério Público foi instado a se manifestar no pedido da empresa em recuperação que solicitava a dispensa da apresentação das referidas certidões negativas. Após discorrer sobre o assunto, o Parquet manifestou, em 22.12.2005, pela suspensão transitória da exigibilidade de apresentação das certidões negativas. Alegou o MP, em sua fundamentação, que a norma do artigo 57 da Lei 11.101/2005 não prevê sanção em caso de não apresentação das certidões, podendo o processo percorrer dois caminhos a partir daí: decretação da falência ou extinção. Entendeu o órgão ministerial que nenhuma das duas possibilidades atende a finalidade da lei, por frustrarem os interesses da comunidade de credores. No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público nos autos 05.068090-1, em trâmite na 1ª Vara de Recuperações e Falência de São Paulo, referente ao processo de recuperação judicial da **Parmalat Brasil S/A**, em que o parquet manifestou, em 28 de janeiro de 2006, pela inconstitucionalidade do artigo 57 da Lei nº 11.101/2005, opinando pela homologação do plano de recuperação judicial sem a apresentação das referidas certidões negativas. In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino**. Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 129-150. Em julho de 2007, a Câmara Especial de Falência e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo dispensou a companhia aérea **VASP S/A** da apresentação da certidão negativa de débitos tributários para ter direito à recuperação judicial. A Turma julgadora entendeu que a exigência é abusiva enquanto não for cumprida a previsão de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Autos nº

Como já demonstrado anteriormente, o preceito normativo contido no artigo 191-A do Código Tributário Nacional, em nosso entendimento, caracteriza uma verdadeira sanção política, um meio coercitivo indireto de cobrança dos créditos tributários, ao caracterizar uma limitação administrativa ao exercício da atividade empresarial. Se a constitucionalidade do dispositivo for levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, certamente seu posicionamento não será diferente em relação aos julgados anteriores que declararam a inconstitucionalidade da utilização de meios indiretos de cobrança de créditos tributários.[589]A proibição a utilização dessas sanções políticas configura uma limitação ao poder de tributar, que, apesar de não se encontrar expressa no texto da Constituição da República de 1988, nem derivar diretamente do princípio da legalidade tributária, fundamenta-se em princípios mais amplos como o princípio do *substantive due process of law,* pautado pelos postulados da proporcionalidade e proibição de excesso. Prestigia-se, pois, a garantia ao livre exercício de qualquer atividade econômica, ao evitar que meios coercitivos indiretos de cobrança (sanções políticas) sejam utilizados no intuito de forçar o contribuinte ao pagamento de tributos.

Como bem salientado pelo Ministro Celso de Mello,[590] essas restrições estatais "fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita (...). O direito do contribuinte ao livre exercício de sua atividade profissional ou econômica, cuja prática legítima – qualificando-se como limitação material ao poder do Estado – inibe a Administração Tributária, em face do postulado que consagra a proibição de excesso, de impor, ao contribuinte inadimplente,

583.00.2005.070715-0. Fonte: Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/static/text57602. Acesso em 17/07/2007.

589 Em julgados recentes, datados de 25.09.2008, o STF, ao apreciar a ADI 173/DF e a ADI 394/DF, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º , I, III, e IV , e §§ 1º, 2º e 3º da Lei 7711/1988, que, dentre outras disposições, obrigava a comprovação de regularidade fiscal na hipótese de transferência de domicílio para o exterior e vinculava o registro e arquivamento de contrato social de sociedades e atos similares à quitação de créditos tributários. O Supremo Tribunal Federal, nos julgados acima, pautou seu entendimento no enunciado de súmulas que preceituam a inadmissibilidade de interdição de estabelecimento empresarial, a apreensão de mercadorias e a proibição do exercício de atividades profissionais como meio coercitivo de cobrança de tributos. A Corte Suprema entende, pois, que a imposição das referidas "sanções políticas" ofende ao princípio do devido processo legal, a liberdade de iniciativa, a garantia de livre exercício de atividade econômica, entre outros princípios.

590 STF, RE 374.981. Relator Min. Celso de Mello. 28.03.2005.

restrições que configuram meios gravosos e irrazoáveis destinados a constranger, de modo indireto, o devedor a satisfazer o crédito tributário."

Os dispositivos da Lei nº 11.101/2005 e da Lei Complementar nº 118/2005, relacionados à exigência de quitação dos tributos para a concessão da recuperação judicial devem ser interpretados com razoabilidade e em conformidade com a Constituição. Para Hugo de Brito,[591] tecnicamente, ficaria melhor se o legislador tivesse utilizado a expressão "prova de regularidade fiscal" em vez de "prova de quitação de todos os tributos". Diz-se isso porque o objetivo da lei, como já esposado, não é compelir o devedor ao pagamento a vista de todos os tributos, mas sim forçá-lo a regularizar sua situação fiscal, podendo valer-se, entre outras medidas, do parcelamento do crédito tributário. A expressão "prova de quitação de todos os tributos" deveria ter sido reservada apenas para a hipótese do artigo 191 do Código Tributário Nacional, que trata da extinção das obrigações do falido.

Aqui, faz-se valer das lições de Stigler,[592] ao afirmar que "enquanto a eficiência é o problema fundamental dos economistas, a justiça é o farol que norteia os profissionais de direito". Metodologicamente, a análise econômica do direito é um fenômeno interno ao direito (dentro do sistema jurídico), de modo que uma análise em relação ao ambiente da economia e do direito, separadamente considerados, não se mostra adequada. Desta forma, parecem adequadas as conclusões dos estudos de James Buchanan,[593] o qual afirmam a necessidade de termos indivíduos livres e maximizadores, em plena liberdade de negociação, que não deve ser limitada pelo Estado em suas ações positivas, com uma reforma tributária que proponha a retomada dos preceitos de liberdade e segurança e com a compreensão dos princípios como potencializadores da capacidade de negociação dos indivíduos. Nesse sentido, tem caminhado o entendimento de nossos Tribunais pátrios, que tem dispensado as empresas em recuperação judicial da apresentação das certidões negativas de débitos tributários, por entender que a exigência é abusiva[594].

---

[591] MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa***. Revista Dialética de Direito Tributário***. Nº 120. Set/2005, p.70.

[592] STIGLER, G. J. ***Law or economics?*** Journal of law and economics. Chicago, v.35. n.2. 1992. p. 463.

[593] BOTELHO. Bernard Gama. James Buchanan. In: ***Leituras clássicas de Direito Tributário***. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018. p. 265

[594] TJSP. Autos nº 583.00.2005.070715-0. Os autos referem-se ao processo de recuperação judicial da VASP S/A. Na I Jornada de Direito Comercial realizada pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2013, editou-se o Enunciado N. 55 acerca do tema, o qual preceitua que "o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n.

Como forma de melhor regulamentar o tema, a Lei nº 13.043 de 13 de novembro de 2014 instituiu o parcelamento especial para empresas em recuperação judicial, instituto definido em seu artigo 43, o qual altera a Lei nº 10.522/2002 para incluir o artigo 10-A com a seguinte redação: "o empresário, ou a sociedade empresária que pleitear, ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos artigos 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas (...)" No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo. Definiu-se, ainda, como causa de rescisão do parcelamento a não concessão da recuperação judicial de que trata o artigo 58, da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como a decretação da falência da pessoa jurídica. A concessão do parcelamento especial, a teor da referida lei, não implica a liberação dos bens e direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos, e cabe a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive por meio de ato conjunto quando couber, editar os atos necessários à efetivação do parcelamento.

Se por um lado a Lei nº 13.043/2014 avançou ao introduzir no ordenamento jurídico o instituto do parcelamento administrativo especial para as sociedades em recuperação judicial,[595]sob o ponto de vista doutrinário adotado como referencial

---

11.101/2005 e no art.191-A do CTN". A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.187.404, seguiu essa mesma linha de entendimento, acompanhando voto do Ministro Luís Felipe Salomão. Em seu voto, afirma que "a lei precisa ser interpretada sempre com vistas à preservação da atividade econômica da empresa e não com "amesquinhada visão de que o instituto visa a proteger os interesses do empresário". (...) "O valor primordial a ser protegido é a ordem econômica" (...) "Em alguns casos, é exatamente o interesse individual do empresário que é sacrificado, em deferência à preservação da empresa como unidade econômica de inegável utilidade social".

[595] Na sistemática da Lei 13.043 de 13 de novembro de 2014, houve a instituição do parcelamento especial para empresas em recuperação judicial, instituto definido em seu artigo 43, o qual altera a Lei 10522/2002 para incluir o artigo 10-A com a seguinte redação: "o empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas (...)" No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a

teórico na presente tese a questão de fundo não foi resolvida, pois pautada em alegação genérica e ultrapassada, com viés de um modelo de estado subjetivista de proteção ao crédito tributário, instituiu-se um mecanismo que cria um sistema administrativo paralelo de cobrança do crédito tributário, nos termos do artigo 68 da Lei nº 11.101/2005, o que caracteriza uma verdadeira sanção política tributária, já há tempos repudiada pela jurisprudência.[596]

A Constituição da República de 1988 assegura a liberdade de exercício da atividade econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, e assegura a todos o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de Órgãos Públicos[597], conforme se observa do preceito contido no artigo 170, parágrafo único, da Carta Maior. A garantia instituída no referido artigo não está condicionada ao pagamento de tributo, como observa Hugo De Brito,[598] pois não existe na Constituição norma que imponha tal condição, não sendo razoável admitir esteja implícita ressalva de tal magnitude. Admitir que o pagamento do tributo seja condição para o exercício da atividade econômica é "afirmar a absoluta desnecessidade de instrumento jurídico para a cobrança dos créditos tributários, o

---

quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo. Definiu-se ainda, como causa de rescisão do parcelamento a não concessão da recuperação judicial de que trata o art. 58 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como a decretação da falência da pessoa jurídica. A concessão do parcelamento não implica a liberação dos bens e direitos do devedor ou de seus responsáveis que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos. Por fim, ressalte-se que a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive por meio de ato conjunto quando couber, editarão os atos necessários à efetivação do parcelamento. O referido parcelamento é causa se suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151 do Código Tributário Nacional, ensejando, por consequência, a expedição de certidão positiva com efeito negativo, nos termos do artigo 206 do Código Tributário Nacional.

[596] Na recuperação judicial, diferentemente do que ocorre na falência, não há a instauração de um Juízo universal, mas sim de um Juízo relativamente e *pro tempore* universal, pois as ações de execução contra o devedor ficam suspensas por um prazo determinado, de 180 dias, nos termos do artigo 6º, § 4º da Lei 11.101/2005, findo o qual elas poderão ser ajuizadas ou retomarão seu curso normal, independentemente de pronunciamento judicial. Daí a utilização da expressão "*relativamente e pro tempore*". Seguindo a linha de entendimento acerca da não instauração de um juízo universal no processo de recuperação judicial de empresas, o Superior Tribunal de Justiça editou, sob a vigência da lei 11.101/2005, a súmula 480, cujo enunciado afirma que "o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação de empresa". Acresça-se, ainda, o Enunciado n. 42 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (2013) o qual enuncia que "o prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor". A Lei 13.043/2014 acrescentou o art. 10-A à Lei 10.522/2002 prevendo a modalidade especial de parcelamento do débito tributário para sociedades empresárias em recuperação judicial.

[597] Salvo os casos expressos em lei.

[598] MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa***. Revista Dialética de Direito Tributário***. Nº 120. Set/2005, p.75.

que não se compadece com a existência em nossa ordem jurídica da ação de execução fiscal, como instrumento jurídico processual específico para esse fim".[599]

Além de constitucionais,[600] os preceitos normativos devem ser dotados de racionalidade, de forma que seus objetivos se coadunem não só com a Constituição, mas também com o sistema legislativo como um todo. Ao criar a lei, o legislador deve estar atento para que ela esteja em sintonia com o tratamento dado à questão pelas demais normas vigentes, o que evita que a norma venha ao mundo jurídico despida de racionalidade, o que gera antinomias que necessitarão ser submetidas ao órgão jurisdicional para que sejam solucionadas. Como bem observa Linares Quintana:[601]

> *Para determinar y decidir la conformidad y adecuación de los actos del Estado con la Constitución Nacional, ésta, en su letra y sú espíritu, há impuesto la regla de la razonabilidad. Toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrário, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: com arreglo a lo que dicte el sentido común. El Congreso, el Poder Ejecutivo, los jueces, cuando actúan, em el ejercício de sus funciones específicas, deben hacerlo de manera razonable. Todo acto gubernativo débe resistir a la prueba de la razonabilidad. La ley que altera y, com mayor razón todavia, suprime el derecho cuyo ejercício pretende regulamentar, incurre em irrazonabilidad o arbitrariedad, em cuanto imponga limitaciones a este que no sean proporcionadas a lãs circunstancias que lãs motivan y a los fines que se propone alcanzar com ellas.*[602]

Entre os credores do devedor em recuperação judicial, o Estado, detentor do crédito tributário, é quem tem maior interesse em viabilizar a recuperação da empresa, ao preservar sua unidade produtiva, de maneira que possa alcançar sua função social. A inserção no ordenamento jurídico pátrio de norma condicionando o processamento da recuperação judicial de empresas à prova de quitação de tributos, feita com a

---

[599] Idem.

[600] A ideia de controle de constitucionalidade está ligada "à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais", como bem observa Alexandre de Moraes. Sendo a Constituição a Carta Maior de um Estado, é nela que o legislador deverá buscar respaldo para a elaboração da norma legislativa. Nenhum ato normativo oriundo das casas legislativas poderá contrariar os preceitos nela contidos, sob pena de ser declarada sua inconstitucionalidade.

[601] QUINTANA, V. Linares. ***Tratado de Interpretación Constitucional***. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998, p. 459. Apud MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa. ***Revista Dialética de Direito Tributário***. Nº 120. Set/2005, p. 81.

[602] Para determinar e decidir a conformidade e adequação dos atos estatais com a Constituição, este, na letra e no espírito, impõe a regra de razoabilidade. Qualquer atividade estatal para ser constitucional deve ser razoável. A razão é o oposto de arbitrariedade, e os meios de acordo com a razão, justo, moderado, prudente, todos os quais podem ser resumidas: de acordo com os ditames do senso comum. Congresso, o Poder Executivo, os juízes, quando eles agem, em exercício de suas funções específicas, devem fazê-lo razoavelmente. Todos ato governamental deve resistir ao teste da razoabilidade. A lei que altera e com mais razão ainda suprime o direito que visa a regulamentar incorre em irracionalidade ou arbitrariedade impondo limitações que não são proporcionais às circunstâncias que motivam e os fins que se pretende alcançar com eles (tradução livre).

obtenção da certidão negativa de débitos, ou positiva com efeito de negativa, é medida desprovida de racionalidade, que tende a produzir efeitos contrários aos objetivos do microssistema de recuperação de empresas. [603]

Analisado sob o prisma da Escola das Escolhas Públicas (*Public Choice School*), na linha de raciocínio de Milton Friedman,[604] toda tentativa de corrigir falhas de mercado por meio de ação do Estado pode implicar erros maiores, em virtude dos custos decorrentes das falhas de governo (*costs of government failure*). Essas falhas são derivadas do regime democrático brasileiro, onde se optou por atribuir privilégios e preferências ao crédito tributário por influência de uma legislação (Código Tributário Nacional) que veio à lume em um período de grande repercussão do positivismo jurídico kelseniano em nosso ordenamento jurídico, cercado de práticas autoritárias da administração pública, onde se analisava o Direito Tributário sob uma perspectiva descritiva, formalista, generalista e redutora de complexidades,[605]qualificado como nociva qualquer doutrina que se prestasse a interpretar o Direito Tributário segundo a realidade econômica dos fenômenos sociais, em verdadeira negação de interpretações econômicas do Direito Tributário.

5.6 Sistema legal que objetiva instituir a lei geral de transação tributária no direito brasileiro

5.6.1 Projeto de Lei nº 5.082/2009

O Projeto de Lei nº 5.082/2009 objetiva instituir no ordenamento jurídico nacional uma lei geral de transação tributária na esfera federal, tendo sido elaborado por renomados juristas, estudiosos sobre o tema e comunidade acadêmica, sob a orientação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e demonstra a importância do instituto no cenário jurídico nacional. Antes de se adentrar na análise do projeto de lei proposto ao Poder Legislativo, é importante ressaltar que, conforme explanado em tópico anterior, prevalece o entendimento doutrinário majoritário no âmbito civil de que a transação é forma de extinção das obrigações, possuindo natureza contratual, não

---

[603]Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa***. Revista Dialética de Direito Tributário***. Nº 120. Set/2005.
[604] FRIEDMAN, Milton. ***Capitalism and Freedom***. The University of Chivago Press. Chicago and London. 40ª anniversary edition. 2002.
[605] BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria Geral do Direito Tributário***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

obstante, estar inserida no Código Tributário Nacional como modalidade de extinção do crédito tributário. Tal fato, entretanto, deve-se à época em que o CTN foi editado, no ano de 1966, momento em que ainda prevalecia a negativa do caráter contratual do instituto da transação. [606] O objetivo da transação é extinguir os litígios, e não apenas a obrigação em si mesma considerada. O caráter contratual, conforme leciona Odete Medauar,[607]reside no entendimento prevalecente de que há a dependência da convergência de vontades entre o particular e o poder público, ainda que presentes características típicas de Direito Público.

Batista Junior[608] efetua a distinção entre a transação contratual e as impropriamente denominadas transações legais, ao afirmar que, nas hipóteses em que se verifica, que as alternativas em que o poder público está autorizado a negociar com os contribuintes estão previstas em lei, ausente qualquer critério de liberdade do administrador público para valorar a situação diante do interesse público, e resta ao contribuinte aderir ou não ao comando legal, de forma a não estar diante do instituto da transação. Desta forma, as impropriamente denominadas transações legais contrapõem-se às transações contratuais, sendo comum no âmbito do Direito Tributário hipóteses legais de terminação de litígio que independem de valoração por parte da Fazenda Pública. Afirma existir um *tertium genus*, o qual designa de "transação administrativa concretamente especificada em lei", na qual a situação objetiva e concreta em que poderá o poder público realizar a transação está prevista em lei, sendo resguardado, entretanto, uma margem de liberdade de atuação para o administrador público contratar ou não com o jurisdicionado. Como bem ressalta o autor, "as transações administrativas pressupõem a possibilidade de verificação das peculiaridades do caso concreto para a formação de solução de maior eficiência em face das dificuldades decorrentes da aplicação mecânica da lei mais genérica."

A partir dessas premissas, há autores que somente admitem a transação legal em matéria tributária, ou seja, apenas naquelas hipóteses em que não resta margem de liberdade ao administrador público, sob o argumento, de certa forma equivocado, de que a transação contratual ofenderia a isonomia tributária, a legalidade e a

---

606 FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. ***Transação Tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação de crédito público à luz do modelo norte-americano***. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 79

607 MEDAUAR. Odete. ***Direito Administrativo Moderno***. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 245.

608 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 502

indisponibilidade do interesse público.[609] Não obstante, como já fora apontado em tópico anterior e reafirmado por Marques Fernandes[610] "a instituição de um modelo de transação tributária, desde que seus contornos estejam previamente estabelecidos em lei, a qual deverá trazer as hipóteses e condições para que ocorra a avença, não ofende qualquer princípio constitucional." Nesta perspectiva, o objetivo da transação tributária é alcançar de forma mais eficiente o interesse público, ao deixar margem de discricionariedade ao administrador público para a tomada de decisões estratégicas, dentro do conceito de juridicidade, não havendo que se presumir que o interesse público está sempre de lado oposto ao do interesse particular.

Desta forma, a transação pressupõe a existência de margem de liberdade de atuação para o administrador público, seja na modalidade contratual ou na transação administrativa concretamente especificada em lei. Isso não significa uma completa atribuição de discricionariedade ao administrador público ou mesmo uma violação à juridicidade, de forma que "a Lei Geral de Transação deve conter critérios essenciais à garantia dos valores que presidem a outorga de competência ao legislador ordinário para descrever como e em que casos serão realizadas as concessões mútuas entre a Administração Tributária e o sujeito passivo transigente."[611]O Projeto de Lei nº 5.082/2009 traz algumas inovações, ao estabelecer 03 modalidades específicas de transação tributária, à saber: a) transação tributária para insolventes nas hipóteses de falência, recuperação de empresas e insolvência civil; b) transação por recuperação tributária, para devedores solventes; c) transação administrativa por adesão. Busca-se, segundo a exposição de motivos do projeto de lei, viabilizar um instrumental que modernize a Administração Tributária de forma a torná-la mais transparente, desburocratizada e eficiente.[612]

O Projeto de Lei limita os créditos tributários que poderão ser submetidos à transação aos créditos de natureza tributária da União (Administração Direita), admitindo a aplicação dos dispositivos legais do projeto, no que couber, aos créditos

---

[609] CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. ***A Transação no Direito Tributário***. Belo Horizonte, 2004. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. P. 218.
[610] FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. ***Transação Tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação de crédito público à luz do modelo norte-americano***. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 110
[611] CHRISPIM. Anna Carla Duarte. ***Transação Tributária no Paradigma do Estado Democrático de Direito Socioeconômico e Cultural:*** o tênue limite entre a afronta ao dever fundamental de pagar tributos e a mutação da legalidade estrita rumo a juridicidade consensual dialógica. Belo Horizonte, 2009. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. P. 126.
[612] BRASIL. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 16/07/2019.

não tributários que tenham sido inscritos em Dívida Ativa, conforme dispõe a redação do artigo 1º c/c artigo 60 do Projeto de Lei nº 5.082/2009. Aqui cabe uma crítica, pois afasta a incidência do instituto da transação sobre os créditos tributários e não tributários oriundos da Administração Indireta da União, bem como não trata da temática relacionada aos tributos de competência dos Estados e Municípios. De início, portanto, percebe-se que o alcance e eficiência das referidas normas, caso sejam aprovadas pelo Poder Legislativo, terá reduzido alcance no âmbito da recuperação judicial de empresas ou mesmo do processo falimentar, visto que se limita a regulamentar a transação em relação a tributos de competência da União, deixando de lado os tributos Estaduais e Municipais que incidem sobre a atividade empresária. Nesta linha de raciocínio, amparado pela natureza contratual do instituto da transação em matéria tributária, entende-se que a solução do problema do crédito tributário no âmbito da recuperação judicial somente será resolvida com um projeto de lei que permita que o crédito tributário, seja de competência da União, Estado ou Município, da Administração Direta ou Indireta, esteja efetivamente submetido ao plano de recuperação judicial de empresas.

Consoante a redação do artigo 1º do Projeto de Lei, a realização da transação, em qualquer de suas modalidades, decorre da atuação discricionária da Fazenda Nacional, visto que pendente um juízo de conveniência e oportunidade no intuito de melhor alcançar o interesse público, afirmando Marques Fernandes[613] que o Projeto de Lei "pretende instituir a transação contratual no Brasil em âmbito Federal'. Não obstante, a abalizada lição da autora, entende-se que o projeto, neste aspecto, aproxima-se mais do que Batista Alves[614] entende por transação administrativa concretamente especificada em lei, visto que, apesar de ofertar uma margem de discricionariedade ao administrador público, impõe limites legais taxativos no projeto para a concessão do abatimento. Nesse ponto de vista, a transação tributária contratual ensejaria uma necessária sujeição do crédito tributário ao plano de recuperação judicial de empresas, onde o poder público se sujeitaria a *par conditio creditorum*, e participaria, inclusive, das eventuais deliberações em assembleia geral de credores. Não obstante, as limitações acima apontadas, será feita a análise do

[613] FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. ***Transação Tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação de crédito público à luz do modelo norte-americano***. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 117

[614] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 502

projeto a fim de verificar o seu tímido - mas primordial - avanço em relação à legislação hoje vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira modalidade, transação para devedores em estado de insolvência, prevista no artigo 32 do Projeto de Lei[615] cria uma hipótese específica de transação tributária para os casos de insolvência civil, falência e recuperação judicial de empresas. Estabelece o referido dispositivo legal que declarada a insolvência civil (Lei nº 10.406/2002 – Código Civil, art. 955; Lei no 5.869/73, arts. 748 e seguintes) ou decretada a falência do empresário, ou da sociedade empresária, segundo os artigos 75 e 76 da Lei nº 11.101/2005, ou estando o sujeito passivo em processo de recuperação judicial de que trata o artigo 47 da Lei no 11.101/2005, a Fazenda Nacional poderá propor ao juízo competente a transação tributária para os efeitos de extinção do crédito tributário de modo definitivo, nos termos de resolução da CGTC (Câmara Geral de Conciliação e Transação).

A transação tributária a que se refere o *caput,* somente poderá ser realizada pelo juiz, quando serão apresentadas as propostas pelas partes transatoras, para garantir a satisfação dos créditos tributários, sem prejuízo da tutela aos direitos do insolvente ou do falido, da administração da massa falida e dos titulares de créditos preferenciais, os quais deverão ser preservados no que for suficiente para a satisfação destes. Importante se analisar, neste momento, o alcance do princípio da indisponibilidade do crédito tributário. A atividade do lançamento, pela sua complexidade e dificuldade de apreender e interpretar conceitos jurídicos

---

[615] Art. 32. Declarada a insolvência civil (Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, art. 955; Lei no 5.869, de 1973, arts. 748 e seguintes) ou decretada a falência do empresário ou da sociedade empresária, segundo os arts. 75 e 76 da Lei no 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, ou estando o sujeito passivo em processo de recuperação judicial de que trata o art. 47 da Lei no 11.101, de 2005, a Fazenda Nacional poderá propor ao juízo competente a transação tributária para os efeitos de extinção do crédito tributário de modo definitivo, nos termos de resolução da CGTC. § 1o A transação a que se refere o **caput** somente poderá ser realizada pelo juiz, quando serão apresentadas as propostas pelas partes transatoras, para garantir a satisfação dos créditos tributários, sem prejuízo da tutela aos direitos do insolvente ou do falido, da administração da massa falida e dos 11 titulares de créditos preferenciais, os quais deverão ser preservados no que for suficiente para a satisfação destes. § 2o O procedimento deste artigo aplicar-se-á também aos demais casos de concurso de credores com insolvência declarada judicialmente, podendo a Fazenda Nacional, em todos eles, quando caracterizada a imprescindibilidade da medida para a recepção, total ou parcial, dos créditos tributários suportáveis pelos bens do devedor ou pela massa, admitir, por despacho fundamentado, exclusivamente no contexto das concessões recíprocas que caracterizam o procedimento de transação, o seguinte: I - conforme o inciso I do art. 172 da Lei no 5.172, de 1966, a remissão parcial do crédito tributário, com base na situação econômica do sujeito passivo; II - conforme alínea “d” do inciso II do art. 181 da Lei no 5.172, de 1966, anistia de penalidade tributária, condicionada ao cumprimento do termo de transação pelo sujeito passivo, no caso de este se encontrar em recuperação judicial; III - nos termos dos arts. 155-A e 156, inciso XI, da Lei no 5.172, de 1966, a possibilidade de parcelamento dos débitos ou de sua extinção mediante dação em pagamento.

indeterminados e tipos jurídicos, “acaba por tolerar certa margem de apreciação pela autoridade fiscal e até o abandono de parcelas do crédito do Estado”.[616]

Para Ricardo Lobo Torres,[617] os instrumentos jurídicos mais importantes para excepcionar o princípio da indisponibilidade do crédito fiscal são a discricionariedade administrativa, a tipificação administrativa casuística e a quantificação. Haverá discricionariedade quando, depois de interpretar os conceitos jurídicos indeterminados acoplados às cláusulas discricionárias constantes da regra de incidência, a autoridade administrativa agir nos limites da decisão equitativa. Da doutrina e jurisprudência alemã, Klaus Tipke[618] extrai a compatibilidade dos conceitos jurídicos indeterminados com o princípio da determinação conceitual, como afirma Ricardo Lobo Torres[619] que “os positivismos tentaram, através da teoria da lei material, dar conteúdo específico às normas baixadas pelo legislador”, mas não conseguiram, pois o Direito Tributário, ao utilizar-se das cláusulas gerais e os princípios indeterminados, não pode ter na lei formal o fechamento total de seus conceitos. Para Franco Gallo[620] há verdadeira discricionariedade administrativa nos casos em que se imponha a ponderação entre o interesse público e o interesse privado. A tipificação compete ao legislativo, mas, em casos excepcionais, para preservar a igualdade diante da lei e para ordenar o tipo existente na realidade econômica frente ao conceito-tipo incluído na regra de incidência, a Administração procede à tipificação, seja na via da complementação normativa pelo regulamento, seja casuisticamente no processo tributário administrativo. “Já a quantificação consiste em estabelecer limites para a base de cálculo dos impostos ou mesmo o montante a ser ajustado na transação. Campo próprio para a quantificação administrativa “é o da determinação do preço justo

---

[616] MARCHESELLI, Alberto. ***Lê Procês Fiscal equitable em Italie. Actualité et Perspectives***. Revue Française de Finances Publiques. 2003. n.83, p.57. APUD LOBO, Ricardo Torres. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107

[617] LOBO, Ricardo Torres. ***Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 108

[618] TIPKE, Klaus. ***Princípio da igualdade e ideia de sistema no direito tributário***. In: Direito Tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira, Brandão Machado (coord.). São Paulo: Saraiva, 1984. pp.512-527.

[619] TORRES, Ricardo Lobo. ***Sistemas Constitucionais Tributários***. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

[620] GALLO, Franco. ***La Discrezionalità nel Diritto Tributário***. Revista de Direito Tributário. n.74, p.10. s/d.

(*fair price*) nos processos relativos aos preços de transferência e que por isso mesmo se ajustam à transação e à conciliação."[621]

Nos termos do disposto no artigo 33, do Projeto de Lei em comento, o sujeito passivo que se submeter à transação por insolvência tributária, caso sobrevenha sua recuperação, com extinção da insolvência ou da falência, deverá firmar termo de ajustamento de conduta e manter, pelos cinco anos seguintes, regularidade fiscal em todos os tributos federais, sob pena de cobrança da diferença dos débitos objeto da transação, acrescidos dos encargos legais. No entanto, quando se apurar que o sujeito passivo concorreu com dolo, fraude ou simulação para sua insolvência, ou falência ou não se utilizou da denúncia espontânea antes da transação tributária, o respectivo termo não poderá ser concluído ou será nulo, caso já se tenha por encerrado o procedimento, sem prejuízo das consequências penais cabíveis.

Percebe o legislador o destaque e responsabilidade que o Estado deve ter, em conjunto com os demais credores particulares do insolvente, na elaboração de medidas tendentes a permitir a superação da crise econômica, financeira e patrimonial pela qual passa o empresário insolvente, condizente com uma releitura da *par conditio creditorum* do atual sistema de insolvência empresarial, visto que na contemporaneidade a racionalização das atividades governamentais não mais se pode entender como uma política opcional de governo, mas como um imperativo constitucional a ser obedecido, eis que a atuação do Estado na ordem econômica, como agente normativo e regulador, exerce funções de incentivo e de planejamento econômico, e estão expressas no texto constitucional. Como bem assevera Moreira Neto,[622] "se existe um dever constitucional do Estado de atingir resultados, que concorram efetivamente para a consecução dos altos objetivos nacionais constitucionalmente relacionados, torna-se igualmente certo, com vistas à efetiva satisfação desse dever no quadro do neoconstitucionalismo, que aos governos não é dado se omitirem, nem tergiversarem, nem falharem no desempenho de seus cometimentos."

---

[621] LOBO, Ricardo Torres. ***Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 108

[622] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

A alteração legislativa proposta revela uma aproximação com a visão do Direito Tributário sugerida por José Souto Maior Borges,[623] que propõe a inserção de outros saberes, como a sociologia jurídica, a filosofia do direito e a história do direito no campo de análise do Direito Tributário. Sob esta perspectiva, o projeto de lei contém ideias que objetivam, *a priori*, superar o estudo meramente dogmático do Direito Tributário, atentando para questões científicas mais complexas em busca de uma função tributária,[624] invertendo a perspectiva simplista de Alfredo Becker,[625] o que possibilita a superação do dogmatismo sintático-semântico em direção à consideração dos efeitos concretos do e no direito tributário, em verdadeira virada pragmática.

A segunda modalidade de transação, descrita no artigo 35[626], do Projeto de Lei, prevê um instituto jurídico distinto denominado de Transação por Recuperação Tributária, de utilização exclusiva para devedores solventes (excluindo, assim, os que se encontram em processo de recuperação judicial ou falência), que tem por objetivo viabilizar a superação de situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e o interesse público relativo à percepção de tributos, ao promover, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. O referido instituto, diferentemente da transação estipulada no artigo 32, do Projeto de Lei, não se aplica a pessoas jurídicas que podem requerer a recuperação judicial de que trata a Lei no 11.101, de 2005 e às entidades de que trata o inciso II do artigo 2º, da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, dentre elas a empresa pública e a sociedade de economia mista.

Inspirou-se o legislador, ao prever no Projeto de Lei nº 5.082/2009 o instituto da transação por recuperação tributária, no modelo da recuperação judicial de empresas implementado pela Lei nº 11.101/2005, o qual possibilita analisar a empresa sob a ótica de sua realidade social, onde o aspecto econômico que lhe envolve permite extrair uma conceituação mais adequada, que leve em consideração a importância

---

[623] BORGES, José Souto Maior. ***Um ensaio interdisciplinar em direito tributário. Superação da dogmática***. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 211, p.109, abril de 2013.
[624] Idem.
[625] BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria Geral do Direito Tributário***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972
[626] Art. 35. A recuperação tributária tem por objetivo viabilizar a superação de situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e o interesse público relativo à percepção de tributos, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Parágrafo único. A recuperação tributária não se aplica: I - a pessoas jurídicas que podem requerer a recuperação judicial de que trata a Lei no 11.101, de 2005; II - às entidades de que trata o inciso II do art. 2o da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

econômica dos mercados no mundo globalizado. O Projeto de Lei encampa a afirmação de que Direito Tributário necessita de profundas alterações em sua estrutura normativa, em face da ruptura do modelo haurido na modernidade, que não mais atende aos anseios da sociedade, o que impossibilita de atender aos objetivos da Administração Pública inserida em uma sociedade pós-industrial, cujas características mais relevantes são o pluralismo, o avanço tecnológico e a globalização econômica. O pensamento, a cultura e a ciência jurídica devem passar por uma reformulação de suas bases teóricas, ao objetivar a construção de um sistema tributário capaz de solucionar os problemas atuais do contribuinte.

O Projeto de Lei parte da premissa de que o Direito, como sistema, vê-se envolvido num processo de plasticidade e fluidez, interagindo com os demais sistemas. O Direito Tributário exerce especial influência sobre a questão, visto que exerce limites ao poder do Estado na tentativa ávida de obter recursos financeiros a qualquer custo, devendo ser visto como um sistema de limites às autoridades da Administração Tributária[627] passando a Administração Pública a contribuir para que a tributação seja imposta com maior critério de justiça, o que equaciona o dever do contribuinte de pagar tributos com sua real capacidade contributiva. Pensamento diverso impossibilitaria o pleno desenvolvimento das empresas, ao ocasionar a sua falência, impactando fortemente o mercado, seja em função da elevada carga tributária imposta aos contribuintes, seja em função da imposição de sanções tributárias desvirtuadas de seus reais objetivos[628]. A aplicação da legislação tributária deve pautar-se pelos critérios da razoabilidade, logicidade e normatividade, fatores condicionantes de sua legitimação, sob pena de ferir os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito na busca de soluções e interpretações da legislação que coadunem com os paradigmas vigentes na sociedade pós-moderna.[629]

---

627 MACHADO, Hugo de Brito. ***Curso de Direito Tributário***. 28ª ed., Malheiros, 2007. p. 33.

628 LOPES, Bráulio Lisboa. ***Aspectos Econômicos e Tributários da Falência e Recuperação de Empresas***. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

629 Pós-modernidade é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado. (MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa., in Cidadania e Justiça, n.6, 1999.

Importante reforçar o conceito de processo tributário equitativo desenvolvido por Ricardo Lobo Torres,[630] que "objetiva alcançar o justo no caso concreto", tendo entre seus princípios constitucionais vinculados à justiça o princípio da capacidade contributiva, que "só pode ser obtido com a intermediação dos princípios legitimadores da igualdade, ponderação e razoabilidade, com a reflexão sobre seu fundamento ético e jurídico e com a consideração das limitações constitucionais ao poder de tributar", mensurando-se a riqueza de cada qual, segundo suas possibilidades fáticas em uma solução procedimentalista e discursiva.[631] Os discursos e as deliberações em torno da capacidade contributiva são construídos com a reformulação da teoria do benefício e com a retomada da ideia de solidariedade.

Nos termos do Projeto de Lei, poderá requerer a transação por recuperação tributária[632] o sujeito passivo que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e que atenda, por si e por seus controladores, administradores, gestores e representantes legais, no mínimo aos seguintes requisitos, cumulativamente: I - não ser insolvente e, se o foi, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II - não haver, há menos de cinco anos, concluído outra transação que, nos termos desta ou de outra lei aplicável à Fazenda Nacional, tenha implicado, direta ou indiretamente, redução do montante devido a título de tributo, juros de mora ou outros acréscimos pecuniários; III - não haver sido condenado, há menos de cinco anos, por fraude contra credores, fraude de execução ou por qualquer dos crimes contra a ordem tributária.

Percebe-se grande identidade da redação do Projeto de Lei nº 5.082/2009 com o artigo 48 da Lei nº 11.101/2005, o qual preceitua os requisitos para a obtenção da

---

630 LOBO, Ricardo Torres. ***Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 100

631 CF. ZILVETI, Fernando Aurélio. Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.321.

632 Art. 36. Poderá requerer a recuperação tributária o sujeito passivo que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e que atenda, por si e por seus controladores, administradores, gestores e representantes legais, no mínimo aos seguintes requisitos, cumulativamente: I - não ser insolvente e, se o foi, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II - não haver, há menos de cinco anos, concluído outra transação que, nos termos desta ou de outra lei aplicável à Fazenda Nacional, tenha implicado, direta ou indiretamente, redução do montante devido a título de tributo, juros de mora ou outros acréscimos pecuniários; e III - não haver sido condenado, há menos de cinco anos, por fraude contra credores, fraude de execução ou por qualquer dos crimes contra a ordem tributária. Parágrafo único. O sujeito passivo deverá desistir de forma expressa e irrevogável de impugnação ou recurso interposto, ou de ação judicial proposta, e, cumulativamente, renunciar
expressamente a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os processos administrativos e ações judiciais que tratem dos débitos objeto do pedido.

recuperação judicial. Observa-se que o instituto da transação por recuperação tributária somente será aplicado a quem exerça regularmente sua atividade, ao impor o devido registro nos órgãos competentes. Além de regularmente inscrito, o contribuinte deverá exercer sua atividade por prazo superior a dois anos e não ter se utilizado do instituto nos últimos cinco anos. A função da inserção destes parâmetros justifica-se no intuito de se evitar oportunismos por parte do contribuinte na obtenção do benefício.

O plano de recuperação tributária não poderá prever prazo superior a sessenta meses para pagamento dos créditos tributários objeto do termo de transação. Em todos os atos, contratos e documentos firmados no curso do procedimento de transação por recuperação tributária, desde a admissão do processamento da proposta pela Fazenda Nacional até o cumprimento de todas as obrigações pactuadas no eventual termo de transação, o sujeito passivo deverá acrescentar, após a denominação da pessoa jurídica, a expressão “em recuperação tributária”. O sujeito passivo deverá desistir de forma expressa e irrevogável de impugnação ou recurso interposto, ou de ação judicial proposta, e, cumulativamente, renunciar expressamente a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os processos administrativos e ações judiciais que tratem dos débitos objeto do pedido. Para extinção do crédito tributário, o sujeito passivo poderá, de acordo com o seu plano de recuperação, utilizar, sem qualquer preferência ou ordem, parcelamentos de débitos vencidos ou dação em pagamento de bens imóveis, nas formas e condições estabelecidas em lei, nestes casos com prévia anuência da Fazenda Nacional, ou ainda imputação dos débitos, em qualquer caso com expresso reconhecimento do débito integral pelo sujeito passivo, para os efeitos do artigo 174, parágrafo único, inciso IV, da Lei no 5.172, de 1966.

A semelhança do que ocorre no simples parcelamento, a transação por recuperação tributária condiciona sua celebração à desistência expressa de processos administrativos, recursos administrativos e ações judiciais que tratem do crédito tributário objeto da transação. A *priori,* poderia se afirmar que a imposição seria válida, pois a transação objetiva pôr fim ao litígio. Mas, ao efetuar-se uma análise mais aprofundada, verifica-se que a referida disposição caracteriza uma verdadeira sanção política, um meio coercitivo indireto de cobrança dos créditos tributários, o que caracteriza uma limitação administrativa ao exercício da atividade empresarial. A Corte Suprema entende, pois, que a imposição das referidas “sanções políticas”

ofende o princípio do devido processo legal, a liberdade de iniciativa, a garantia de livre exercício de atividade econômica, entre outros princípios. Desta forma, a exigência consubstanciaria violação do teor das súmulas de efeito vinculante nº 21 e nº 28 do Supremo Tribunal Federal.[633]

Poderão ocorrer situações em que o devedor ficará impossibilitado de obter a certidão negativa de tributos. Referida situação, por exemplo, poderá ocorrer na hipótese de o interessado não reconhecer a dívida a ele imputada, ao considerar-se indevido o crédito tributário exigido e, também, caso lhe seja negado o parcelamento por invocação da própria legislação que dispõe sobre o parcelamento. Na ocorrência desses fatos, Hugo de Brito[634] sustenta que o devedor deverá valer-se de medida cautelar objetivando a obtenção da transação, visto que nessas hipóteses estarão presentes os requisitos para o deferimento da medida pleiteada, além de não ser razoável compelir o devedor em estado de insolvência a pagar um crédito tributário que reputa indevido, o que agrava ainda mais sua situação de crise financeira. Condicionar a obtenção da transação, por recuperação tributária, ao pagamento de crédito tributário que o requerente considera indevido, sem assegurar ao mesmo o direito à prestação jurisdicional por ele pretendida, viola flagrantemente o direito à jurisdição. Importante ressaltar que há corrente doutrinaria, respaldada por entendimento do Supremo Tribunal Federal,[635] a sustentar que mesmo diante de renúncia ou desistência formulada no âmbito de um parcelamento não há impedimento ao contribuinte de posteriormente socorrer-se ao Poder Judiciário. A corrente encontra guarida na cláusula constitucional de inafastabilidade controle jurisdicional, a teor do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988.

A celebração de contratos com a administração pública, ou a adjudicação de licitação pública, que se efetuar com base em certidões positivas, com efeito de negativas obtidas sob o regime de recuperação tributária, fica condicionada à prova da regularidade dos compromissos assumidos, emitida conforme procedimento

---

633 As súmulas de efeito vinculante nº 21 e 28 do STF afirmam, respectivamente, que é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para a admissibilidade de recurso administrativo e que é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade do crédito tributário.

634 MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa***. Revista Dialética de Direito Tributário***. Nº 120. Set/2005.

635 STF – AgR no AI 850.506 – DJe de 19/12/2012. –"Isso quer dizer que a relação jurídico-tributária, de natureza pública, rege-se pela lei, não pelo contrato. Assim é que, sendo possível arguir irregularidades que maculem de nulidade a obrigação tributária constituída, ou a se constituir, ainda que seja confessa a dívida, há que se autorizar a discussão judicial do vício, mormente em razão do direito constitucional de ação."

estabelecido pela CGTC (Câmara Geral de Conciliação e Transação), cabendo sua imediata suspensão no caso de descumprimento comprovado, por despacho fundamentado da autoridade competente, preservado o direito de prova em contrário por parte do sujeito passivo. Cabe à Administração Pública comportar-se de acordo com o princípio da boa-fé objetiva perante os administrados, corolário do princípio da moralidade aplicado às relações jurídicas, com respeito à confiança e certeza quanto a coerência da conduta da Administração, em especial quando se trata de atos bilaterais.[636]Há, para a Administração Pública, um dever constitucional de proteção da confiança como decorrência de seu dever de moralidade, como meio de concretização da justiça para a formação de um ambiente de lealdade e certeza. O princípio da confiança legítima decorre "da necessária garantia da estabilidade, razão pela qual é defeso ao estado anular situações que adquiram a condição de ato jurídico perfeito."[637] A Administração Pública deve contemplar, na motivação de seus atos, a boa-fé como regra que deve reger seus comportamentos perante os administrados.

A terceira modalidade, denominada transação administrativa por adesão, é destinada para a solução de controvérsias jurídicas em matéria tributária, inclusive as de repercussão geral, que poderão ser objeto de transação por adesão, mediante autorização do Ministro de Estado da Fazenda e do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, de tribunais superiores ou com previsão em lei específica. A resolução administrativa de adesão, que disciplinará todos os requisitos e condições para que os interessados possam habilitar-se e aderir aos seus termos, terá efeitos gerais e será aplicada a todos os casos idênticos e que tempestivamente sejam habilitados, mesmo quando suficiente apenas para solução parcial de determinados litígios. O sujeito passivo transator poderá requerer ao juiz o sobrestamento por até noventa dias de processo judicial em curso. Firmado o termo de adesão, o crédito tributário somente considerar-se-á extinto com o pagamento do débito ajustado.

Mesmo quando se tratar de procedimento de transação por adesão, a boa-fé objetiva é manifesta, por tratar-se de um acordo de vontades resultante de um ato bilateral, havendo que se admitir o diálogo das fontes entre o Direito Privado e o Direito

---

[636] TORRES, Heleno Taveira. ***Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 315

[637] Idem.

Tributário, nos moldes do disposto no artigo 109 do Código Tributário Nacional. Assume importante papel na proteção da confiança e boa-fé, ao evitar abusos de posição jurídica ou de direito subjetivo a regra de proibição objetiva de comportamentos contraditórios, conhecida como proibição do *venire contra factum proprium*. Trata-se de medida utilizada no Direito Privado, extensível ao Direito Público, a fim de impedir que uma parte atue em contradição com condutas ou opiniões assumidas anteriormente, de forma a propiciar uma expectativa de confiança, ao rejeitar eventual vantagem desleal ou indevida, já tendo sido acolhida pelo Supremo Tribunal Federal[638] em sede de Direito Tributário, em que a Suprema Corte afastou a legalidade em função da moralidade.

Conclui-se, portanto, que a praticabilidade tributária como instrumento de eficiência administrativa não deve ser considerada um mecanismo que objetiva apenas o aumento da arrecadação tributária, mas, como assevera Heleno Torres,[639] um "meio de equilibrar os interesses do Estado com os limites constitucionais e direitos individuais dos cidadãos, alheando-se de complexidades inúteis e de toda espécie de exageros burocráticos, servindo como instrumento de uma legalidade democrática, justa, operativa, mas também segura e ponderada." Nesse contexto, Adam Smith[640] já enfatizava a importância da garantia da certeza e praticabilidade dos tributos, como meio de igualdade e segurança jurídica aos contribuintes.

5.6.2 - Lei 13.998 de 14 de abril de 2020

Não obstante o Projeto de Lei nº 5.082/2009 estar em trâmite no Congresso Nacional, em 14 de abril de 2020 foi editada a Lei 13.998/2020, autorizando a União, em juízo de oportunidade e conveniência, a celebrar transação sempre que, motivadamente, entender que a medida atenda ao interesse público. Deverão ser observados, dentre outros, os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência e, resguardadas as informações protegidas por sigilo, o princípio da publicidade.

---

638 Vide RE nº 62252/SP de 10/03/1969, onde o STF não admitiu alteração do critério de lançamento, no mesmo exercício, sobre tributo já notificado e pago pelo contribuinte.

639 TORRES, Heleno Taveira. ***Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 328

640 SMITH, Adam. ***Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações***. 1776

Nos termos do artigo 1º, §4º, da Lei 13.998/2020, poderão ser objeto de transação os créditos tributários não judicializados sob a administração da Secretaria da Receita Federal, bem como os créditos da dívida ativa e os tributos da União, cuja inscrição, cobrança ou representação incumbam à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. A referida legislação, em seu artigo 2º, institui três modalidades de transação, a saber: a) proposta individual ou por adesão na cobrança da dívida ativa; b) adesão nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário e c) adesão no contencioso administrativo tributário de baixo valor.

Nos termos da portaria regulamentadora (Portaria PGFN nº 9.917/2020), são objetivos da transação na cobrança da dívida ativa da União viabilizar a superação da situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, de forma a assegurar fonte sustentável de recursos para execução de políticas públicas.

A transação na cobrança da dívida ativa da União poderá ser proposta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de forma individual ou por adesão, ou por iniciativa do devedor, ou pela Procuradoria-Geral Federal e pela Procuradoria-Geral da União, onde se deve expor os meios para a extinção dos créditos nela contemplados e estará condicionada à assunção de compromissos pelo devedor, não podendo ser utilizada de forma abusiva, com a finalidade de limitar, falsear ou prejudicar de qualquer forma a livre concorrência, ou a livre iniciativa econômica. Também não poderá a transação se valer de pessoa natural ou jurídica interposta para ocultar ou dissimular a origem ou a destinação de bens, de direitos e de valores, seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários de seus atos, em prejuízo da Fazenda Pública federal. Por fim, a utilização do instituto da transação exige que o beneficiário renuncie a quaisquer alegações de direito, atuais ou futuras, sobre as quais se fundem ações judiciais, incluídas as coletivas, ou recursos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação.

A situação econômica dos devedores inscritos em dívida ativa da União será aferida a partir da verificação das informações cadastrais, patrimoniais ou econômico-fiscais prestadas pelo devedor ou por terceiros à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou aos demais órgãos da Administração Pública. A capacidade de pagamento decorre da situação econômica e será calculada de forma a estimar se o

sujeito passivo possui condições de efetuar o pagamento integral dos débitos inscritos em dívida ativa da União, no prazo de 5 (cinco) anos, sem descontos.

Quando a capacidade de pagamento não for suficiente para adimplemento de todo o passivo fiscal elegível, os prazos e os descontos serão graduados de acordo com a possibilidade de adimplemento dos débitos inscritos, observados os limites previstos na legislação de regência da transação. Para aferição da capacidade de pagamento dos sujeitos passivos, poderão ser consideradas as seguintes fontes de informação: a) receita bruta e demais informações declaradas na Escrituração Contábil Fiscal; b) receita bruta e demais informações declaradas na Escrituração Fiscal Digital da contribuição para o PIS/PASEP, COFINS e Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta; c) informações declaradas na Escrituração Fiscal Digital de Retenções e Outras Informações; d) valores registrados em Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) de entrada e de saída; e) informações declaradas ao Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial); f) débitos declarados nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF); g) valores de rendimentos pagos ao devedor e declarados por terceiros em Declarações de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (DIRF), dentre outros.

A transação poderá dispor sobre a concessão de descontos em créditos inscritos em dívida ativa da União que, a exclusivo critério da autoridade fazendária, sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, desde que inexistam indícios de esvaziamento patrimonial fraudulento. Disporá também sobre os prazos e as formas de pagamento, incluído o diferimento, a moratória e o oferecimento, a substituição ou a alienação de garantias e de constrições. Será admitida a utilização de mais de uma das alternativas anteriores para o equacionamento dos créditos inscritos em dívida ativa da União, vedada a acumulação das reduções previstas na referida Medida Provisória com quaisquer outras asseguradas na legislação em relação aos créditos abrangidos pela proposta de transação.

A proposta de transação não suspende a exigibilidade dos créditos por ela abrangidos nem o andamento das respectivas execuções fiscais, não implicando, ainda, em novação, de forma que sua aceitação pelo devedor constituirá confissão irretratável e irrevogável dos créditos por ela abrangidos. Não se admitirá a transação que envolva a redução do montante principal do crédito inscrito em dívida ativa da

União e o crédito decorrente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e aqueles não inscritos em dívida ativa da União.

De acordo com o artigo 16 da Lei 13.988/2020, o Ministro de Estado da Economia poderá propor transação resolutiva de litígios tributários ou aduaneiros que versem sobre relevante e disseminada controvérsia jurídica, com base em manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia, de forma que a eventual adesão por parte do sujeito passivo não poderá ser invocada como fundamento jurídico ou prognose de sucesso da tese sustentada por qualquer das partes, e serão compreendidas exclusivamente como medida vantajosa diante das concessões recíprocas.

Sem prejuízo da possibilidade de adesão à proposta de transação formulada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos da Portaria PGFN nº 9.917/2020 os sujeitos passivos em recuperação judicial poderão apresentar, até o momento referido no art. 57 da Lei nº 11.101/2005, proposta de transação individual, observadas as seguintes condições: a) o prazo máximo para quitação será de até 84 (oitenta e quatro) meses, sendo de até 100 (cem) meses na hipótese de empresário individual, microempresa ou empresa de pequeno porte em recuperação judicial; b) o limite máximo para reduções será de até 50% (cinquenta por cento), sendo de até 70% (setenta por cento) na hipótese de empresário individual, microempresa ou empresa de pequeno porte em recuperação judicial; c) a transação também terá como limites os percentuais medianos de alongamento de prazos e de descontos oferecidos no plano de recuperação judicial em relação aos créditos a ele sujeitos, sendo autorizada, para fins de observância desse limite, a modificação unilateral do termo de transação por parte da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional na hipótese de alteração superveniente do plano de recuperação judicial ofertado aos credores ou por estes aprovados nos termos da Lei nº 11.101/2005; d) possibilidade de concessão de diferimento, pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da formalização do acordo de transação e do pagamento da entrada convencionada.

O sujeito passivo em recuperação judicial se obriga, ainda, a demonstrar a ausência de prejuízo ao cumprimento das obrigações contraídas com a celebração da transação em caso de alienação ou oneração de bens, ou direitos integrantes do

respectivo ativo não circulante. Quando o processo de recuperação judicial estiver em fase posterior ao momento de que trata o art. 57 da Lei nº 11.101/2005, fica permitida, no prazo de 60 (sessenta) dias, a apresentação de proposta de transação individual pelo sujeito passivo, nos termos da Portaria PGFN nº 9917/2020.

Verifica-se, de plano, a inconstitucionalidade da tentativa de se instituir a transação tributária nas hipóteses de insolvência do devedor ao delegar a disciplina de seu processo legal a simples regulamento (Portaria PGFN nº 9917/2020), visto que atribui ao Poder Executivo matéria que deveria ser de competência do Poder Legislativo, instituindo uma verdadeira delegação disfarçada, repudiada na doutrina por Celso Antônio Bandeira De Mello[641] e José Dos Santos Carvalho Filho[642], para quem "são inconstitucionais regulamentos produzidos em forma de delegações disfarçadas oriundas de leis que meramente transferem ao Executivo a função de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade privada de pessoas".

Na dicção do texto constitucional a indelegabilidade das atribuições das funções estatais é regra extraída do princípio da separação de poderes, com previsão específica no artigo 2º da Constituição da República de 1988. Os atos administrativos que regulamentam as leis não podem ultrapassar as questões nelas dispostas sobre direitos e obrigações dos administrados, encontrando a delegação disfarçada óbice no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988. Sendo o poder regulamentar de natureza derivada, visto que somente é praticado a partir de lei existente e sendo as leis atos de natureza originária emanados diretamente da Constituição, é a lei que é conferida à competência para ditar as condições de aquisição e restrição de direitos.

Percebe-se, novamente, que a unidade e sistematização legislativa necessária ao bom funcionamento do sistema tributário foi esquecida, descurando-se da observância mínima da teoria da legislação que impõe a análise não apenas da norma legal, mas das necessidades sociais e de sua adequação ao ordenamento jurídico, fato que certamente acarretará, consoante bem leciona João Aurino de Melo Filho[643],

---

641 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 360.
642 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2013, p. 61.
643 MELO FILHO, João Aurino de. **Racionalidade Legislativa do Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2018. P. 35

“espaços potenciais para o exercício do ativismo judicial”, no intuito de se promover uma interpretação racional de uma legislação mal estruturada.

O intuito da medida, apesar do vício legislativo acima apontado, é positivo, na medida que permite avanço significativo no âmbito da transação administrativa tributária, em especial quando dá ao tema tratamento específico para devedores em situação de insolvência, ao permitir que a transação tenha como parâmetro e limites os percentuais medianos de alongamento de prazos e de descontos oferecidos no plano de recuperação judicial em relação aos créditos a ele sujeitos, permitindo posteriores modificações na hipótese de alteração superveniente do plano de recuperação judicial. Mas, como já afirmado anteriormente, não basta criar um sistema de transação tributária administrativa, sendo necessário que o crédito tributário se sujeite integralmente ao plano de recuperação judicial de empresas, em igualdade de condições com os demais credores.

Assim, como já mencionado na análise do Projeto de Lei nº 5.082/2009, a Lei 13.988/2020 condiciona a celebração da transação administrativa à renúncia a quaisquer alegações de direito, atuais ou futuras, sobre as quais se fundem ações judiciais, incluídas as coletivas, ou recursos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação, caracterizando uma verdadeira sanção política, um meio coercitivo indireto de cobrança dos créditos tributários, que enseja uma insuperável e inadmitida limitação administrativa ao exercício da atividade empresarial.

5.7 Sistema de insolvência empresarial e contencioso tributário no direito estrangeiro

5.7.1 Portugal

O Direito Concursal Português passou por uma recente reforma legislativa. Até o ano de 2004, estava vigente naquele país o Decreto-Lei nº 315/98. Referido diploma normativo fazia previsão legal dos institutos da falência, concordata, reconstituição empresarial e reestruturação financeira do devedor. A falência poderia ser requerida pelo empresário ou pelo Tribunal, de ofício. Havia a proibição de privilégios injustos, até mesmo para os créditos derivados de dívidas tributárias.

No entanto, o Decreto-Lei nº 315/98 não se adequou às dificuldades e desafios da realidade econômica, levando à publicação da Lei nº 39/2003, que autorizou o

Governo Português a legislar sobre a insolvência de pessoas singulares e coletivas, promovendo uma reforma profunda no sistema de insolvência, o que culminou no Decreto Lei 53/2004, posteriormente modificado pelo Decreto-Lei nº 200/2004. Foi, ainda, editado o procedimento extrajudicial de conciliação de empresas insolventes, através do Decreto-Lei nº 201/2004, alterando o Decreto-Lei nº 316/98. Interessante verificar, a esse respeito, um trecho da exposição de motivos para a reforma do Código de Insolvência de Portugal[644]:

> No programa do XV Governo Constitucional, e no contexto de um consenso existente sobre a matéria, assinala-se que será efectuado um esforço especial na área do direito comercial, na sua vertente processual, com vista a proceder à revisão do processo de recuperação de empresas e falência, com especial ênfase na sua agilização, bem como dos modos e procedimentos da liquidação de bens e pagamentos aos credores. Em suma preconiza-se como uma reforma fundamental na área da Justiça a revisão dos modelos processuais aplicáveis à insolvência. A legislação em vigor, aprovada em 1993 e reformada em 1998, não conseguiu adequar-se às dificuldades e desafios da realidade económica. Os processos de falência começam tarde, demoram muito tempo e o produto final aproveitável para os credores é escasso face às dívidas acumuladas. O objectivo de garantir a menor perda possível de valor dos activos das empresas falidas e dos direitos de todos os intervenientes na vida da empresa (accionistas, trabalhadores, credores e gestores), com a legislação em vigor, não se logra manifestamente alcançar. Esta situação tem dois inconvenientes graves conhecidos: a descrença no sistema judicial e os prejuízos causados à actividade económica.

Com as alterações introduzidas pela reforma, instituiu-se um novo Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), onde a falência passou a ser requerida pelo Ministério Público ou pelo próprio devedor, sendo nomeado um administrador judicial. Após a citação para o credor apresentar defesa, é marcada uma audiência de instrução e julgamento, que irá decidir o mérito da questão. O pagamento aos credores é efetuado na seguinte ordem: créditos com garantia real, créditos privilegiados, créditos comuns e créditos subordinados. Estes últimos são tidos como novidade na legislação portuguesa.

Conforme preceitua o artigo 97 do CIRE, o crédito tributário é tido como privilegiado, desde que constituídos ou vencidos a menos de 12 meses da data do início do processo de insolvência. Nos demais casos, o crédito tributário perde seu privilégio, sendo classificado como crédito comum. Justificando tal medida, Rui Duarte

---

644 IIGLOBAL***. International Insolvency Institute***. Disponível em <http://www.iiiglobal.org>. Acesso em 10.02.2007.

Morais[645] informa que ela visa “acabar com o desinteresse do credor Estado relativamente a uma efetiva colaboração nos processos de recuperação de empresas”. No entanto, o Estado tem se utilizado da hipoteca para continuar tendo privilégio na classificação de seu crédito, visto que a legislação permite que a administração fiscal constitua hipotecas unilateralmente, segundo preceito do artigo 195 do CPPT. Nessa hipótese, os créditos, mesmo que antigos, gozam de privilégio, acabando por frustrar os objetivos do legislador. Na legislação portuguesa, o credor tributário pode requerer a instauração do processo de insolvência, nas mesmas condições dos demais credores, conforme preceitua o artigo 20 do CIRE.

A fim de se evitar a decretação da falência, poderá ser apresentado um plano de insolvência, que possibilitará a recuperação judicial da empresa e a maximização dos ativos. Referido plano será submetido à assembleia de credores para sua aprovação. Há, também, a inserção na legislação de um tratamento diferenciado para as pequenas empresas. Ressalta-se que o processo de falência e recuperação fica subordinado aos Tribunais da Comunidade Europeia, caso a falência tenha sido processada, previamente, por Tribunal de outro Estado-Membro.

No sistema concursal português, o Juiz deixa de tomar qualquer decisão no que respeita à viabilidade da empresa, cabendo tal decisão aos credores. Esse objetivo é também evidenciado na reclamação de créditos, que passa a ser dirigida ao administrador da insolvência, só tendo o Juiz intervenção na medida em que haja impugnações. Há, ainda, o caráter facultativo da comissão de credores em processos de menor dimensão, que pode ser dispensada quando os credores assim o entenderem, impondo-se, simultaneamente, a constituição obrigatória de um representante dos trabalhadores, sempre que houver créditos laborais.

Assim, após tantos diplomas a regular a matéria falimentar e o Direito Concursal em Portugal, introduz-se um novo sistema legislativo em matéria de insolvência, centrado na unificação dos procedimentos falimentares, que se resume em um processo de insolvência mais célere, caracterizado pela maior participação dos credores na tomada de decisões sobre a empresa, com responsabilização especial do devedor e seus administradores, o que pode levá-los à inabilitação para exercício do comércio, além de indenizarem os credores em caso de atividade ilícita.

---

[645] MORAIS, Rui Duarte. Os credores tributários no processo de insolvência. In: ***Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa***. v. 19, t. 2, 2005, p. 219.

Com a publicação da Lei nº 16/2012, fomentou-se um sistema mais favorável à recuperação das empresas em crise, cabendo aos credores a decisão de liquidar ou recuperar a empresa. Conforme previsão legal instituída pela legislação supracitada, “o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.” Instituiu-se, ainda, um processo especial de revitalização da empresa, destinado “a permitir ao devedor que se encontre em situação econômica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabeleça negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização”.

No que tange à resolução de conflitos tributários, buscou-se a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos ao adotar um modelo de execução fiscal administrativo, sem afastar o controle jurisdicional, na tentativa de modernizar a agilizar o sistema de recuperação do crédito tributário. Admite a utilização da arbitragem tributária na tentativa de maximizar os resultados em busca de externalidades positivas, aumentando significativamente a eficiência do sistema. O controle jurisdicional é efetuado por Tribunais especializados em matéria fiscal e administrativa, de forma que os tribunais ordinários têm atuação excepcional e subsidiária.

O Supremo Tribunal Administrativo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais, tem sede em Lisboa e jurisdição em todo o território nacional. A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra a existência do Supremo Tribunal Administrativo, órgão de cúpula da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais, aos quais compete o julgamento de litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais, nos termos compreendidos pelo âmbito de jurisdição previsto no artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF). A sua sede situa-se em Lisboa e tem jurisdição sobre todo o território nacional.

A Lei Geral Tributária, Decreto-Lei nº 398/98, reuniu em um único diploma normativo regras fundamentais do sistema fiscal português na tentativa de contribuir para uma maior segurança nas relações entre a administração tributária e os

contribuintes através da aplicação dos princípios da igualdade, estabilidade e coerência do sistema tributário. Nos termos da justificativa apresentada na publicação do Decreto-Lei nº 398/98, “a imagem de um sistema tributário disperso e contraditório prejudica fortemente a aceitação social das suas normas e, consequentemente, a eficácia de combate à fraude e evasão fiscal”.

A legislação supramencionada permite uma ampla discussão dos atos administrativos conciliada com o princípio da celeridade na justiça tributária, tendo a virtude de adotar um sistema de acesso à justiça tributária que não impõe a garantia da obrigação tributária como condição para discuti-la, mas apenas para a suspensão da cobrança. Desta forma, a execução fiscal é promovida por uma autoridade administrativa e eventual controvérsia jurídica submetida ao Poder Judiciário Especializado (Tribunal Fiscal).

No plano da resolução alternativa de conflitos, o Código de Procedimento Tributário e Processo Tributário, Decreto-Lei nº 433/99, dispõe em seu artigo 196 sobre a possibilidade de parcelamento da obrigação tributária durante sua execução, ao admitir que a administração tributária possa estabelecer que o regime prestacional seja alargado até ao limite máximo de 150 prestações. Este alargamento será permitido quando, para efeitos de plano de recuperação a aprovar no âmbito de processo de insolvência ou de processo especial de revitalização, ou de acordo a sujeitar ao regime extrajudicial de recuperação de empresas do qual a administração tributária seja parte, se demonstre a indispensabilidade de acordar um plano prestacional relativo a dívida exigível em processo executivo não incluída no plano ou acordo em execução.

5.7.2 França

Segundo Jorge Lobo[646], o Direito Concursal Francês tem sido marcado por “tentativas frustradas de aperfeiçoamento do processo de falência desde a reação contra o rigor do Código Comercial de 1807”. As primeiras modificações do sistema falimentar francês foram motivadas pelas ideias contidas em uma comunicação do Professor Roger Houin, da Faculdade de Direito e das Ciências Econômicas de Paris,

[646] LOBO, Jorge Joaquim. ***Da Recuperação da Empresa no Direito Comparado***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

feita à Inspeção Geral das Finanças e adicionadas ao relatório final elaborado por uma comissão de juristas franceses para aquele órgão, onde estabelecia os principais aspectos a serem observados por uma legislação concursal. Entre esses aspectos, destacava-se a separação entre empresa e empresário, a aplicação do instituto da falência aos não-empresários e a diminuição da intervenção dos credores no processo de reorganização.

Esses aspectos resultaram observados com o advento da Lei nº 67.563/67 e da Ordenação nº 67.820/67, que modificaram substancialmente as bases da legislação falimentar francesa. Segundo a exposição de motivos das respectivas leis, a Ordenação nº 67.820, de 23.09.1967, teve como principal objetivo "a distinção do homem e a empresa, assegurando todas as possibilidades razoáveis de sobrevivência das empresas competitivas, vítimas de uma falha acidental por culpa de seus dirigentes ou por circunstâncias excepcionais". A Lei nº 67.563, de 13.07.1967, teve como foco "eliminar as empresas economicamente condenadas, sem, no entanto, ferir com a infâmia os dirigentes que não a merecem" e "assegurar a sobrevivência de empresas que podem ser financeiramente recuperadas, afastando se necessário os dirigentes cuja gestão é criticável".

Posteriormente, segundo o autor[647], as Leis nºs 84.148, de 01.03.1984 e 8.598, de 25.01.1985, "impuseram que os administradores declarassem o mais cedo possível o problema de crise econômico-financeira das empresas, como forma de prevenir o agravamento através de medidas apropriadas". As mudanças provocadas por esses institutos versaram basicamente sobre três aspectos, a saber: prevenção das dificuldades da empresa, instituição de procedimentos de caráter extrajudicial, instituição de procedimentos judiciais para recuperação e liquidação das empresas.

No entanto, em 26 de julho de 2005, foi publicada a Lei nº 845/2005, que instituiu o novo sistema de insolvência francês, que entrou em vigor em primeiro de janeiro de 2006, sendo posteriormente alterada pela Lei nº 100/2013. As reformas introduzidas pela Lei nº 845/2005 estavam em discussão desde 1998, a cargo do Ministro da Justiça, que publicou uma orientação sugerindo alterações no Direito Concursal, que foi posteriormente analisada por Juízes e empresários, a fim de sugerir emendas. O núcleo da nova legislação é viabilizar mecanismos preventivos, que objetivam impedir que a empresa entre em processo de insolvência. A nova legislação

[647] Idem.

atribui aos credores um papel mais ativo e protege melhor determinadas classes, propiciando, ainda, agilidade ao processo.

A nova legislação institui um procedimento de conciliação, objetivando permitir ao devedor, juntamente com seus principais credores, a busca de uma solução mutuamente aceitável, de forma a solucionar as dificuldades financeiras do devedor. Sob a supervisão do Presidente do Tribunal Comercial, há a possibilidade de se efetivar em propostas tendentes a manter o empreendimento do devedor e a recuperação de sua situação deficitária.

A Lei nº 845/2005 também inova ao criar um instrumento de proteção ao devedor que, apesar de ainda não ter cessado seus pagamentos, está em meio a uma crise que poderá acarretar a suspensão dos pagamentos. Inspirado no Direito Concursal norte-americano, é concedida a empresa em crise a opção de se reorganizar, sob a supervisão de um administrador judicial designado pelo Tribunal, com vistas a manter suas atividades e o emprego de seus funcionários. Esse procedimento de proteção deve ser solicitado pelo devedor, sendo-lhe atribuído o caráter de "favor legal". A nova lei mantém o procedimento de reorganização empresarial, que será requerido pelo devedor em até 45 dias da suspensão dos pagamentos. O pedido de reorganização também pode ser requerido tanto pelos credores quanto pelo Ministério Público, caso o devedor não o faça espontaneamente.

No que tange à resolução de conflitos tributários, a legislação francesa tem como característica marcante a adoção da jurisdição administrativa, que contempla com exclusividade o contencioso administrativo. Em primeira instância, verifica-se a existência do *Contentieux Administratifs,* cuja decisão enseja recurso aos Tribunais Administrativos de apelação e, por fim, ao Conselho de Estado.

Em estudo específico sobre o tema, Moraes Godoy[648] afirma que "o chamado contencioso administrativo fiscal, e todo seu peso psicológico, que transcende a suas marcas materiais, sugere abordagem racional do universo administrativo" desenvolvendo-se em três núcleos operacionais. O primeiro núcleo, conhecido como fase de liquidação do tributo, cuida da fixação da matéria imponível e da determinação do montante devido. O segundo núcleo é a fase fiscalizatória propriamente dita. Já o terceiro núcleo contempla a fase de cobrança, a própria

[648] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

execução fiscal, acompanhada de medidas assecuratórias de penhora e de constrição.

O sistema Francês possibilita a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a transação tributária, consoante se observa do artigo 247 do *Livre des Procedures Fiscales*[649], o qual autoriza a Administração a reduzir as sanções fiscais dos impostos em razão da ausência de capacidade contributiva, e possui a transação em caráter definitivo, sem possibilidade de impugnação.

5.7.3 Espanha

O Direito Concursal espanhol era regido por cinco diplomas normativos diferentes, a saber: O Código de Comércio de 1829, o Código de Comércio de 1885, o Código Civil de 1889, a *Ley de Suspensión de Pagos* de 1922 e a *Ley de Enjuiciamiento* Civil de 1881. Conforme ensinamento de Javier Valle[650]:

> tamaña dispersión normativa y temporal acarreaba, por supuesto, una completa falta de armonía legislativa y una más que notable irregularidad técnica, además de un alejamiento alarmante respecto de la realidad social en que la norma era aplicada.

Foi, então, promulgada, em 10 de julho de 2003, a Lei nº 22/2003, que passou a viger a partir de setembro de 2004, tendo sofrido alterações pontuais nos últimos anos, a exemplo das alterações promovidas pela lei nº 40/2015, lei nº 14/2013 e lei nº

---

649 Article L247 : L'administration peut accorder sur la demande du contribuable ; 1° Des remises totales ou partielles d'impôts directs régulièrement établis lorsque le contribuable est dans l'impossibilité de payer par suite de gêne ou d'indigence ; 2° Des remises totales ou partielles d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent sont définitives ; 2° bis Des remises totales ou partielles des frais de poursuites mentionnés à l'article 1912 du code général des impôts et des intérêts moratoires prévus à l'article L. 209 du présent livre ; 3° Par voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives. Les dispositions des 2° et 3° sont le cas échéant applicables s'agissant des sommes dues au titre de l'intérêt de retard visé à l'article 1727 du code général des impôts. L'administration peut également décharger de leur responsabilité les personnes tenues au paiement d'impositions dues par un tiers. Aucune autorité publique ne peut accorder de remise totale ou partielle de droits d'enregistrement, d'impôt sur la fortune immobilière, de taxe de publicité foncière, de droits de timbre, de taxes sur le chiffre d'affaires, de contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits, taxes et contributions. Par dérogation, l'administration fiscale peut accorder une remise totale ou partielle des rappels de taxe sur la valeur ajoutée résultant de la caractérisation d'un établissement stable en France d'une entreprise étrangère, sous réserve que le montant de la taxe sur la valeur ajoutée rappelé ait été acquitté au titre des mêmes opérations par le preneur des biens et services fournis et n'ait pas été contesté par celui-ci dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux. L'administration ne peut transiger lorsque le contribuable met en œuvre des manœuvres dilatoires visant à nuire au bon déroulement du contrôle.

650 VALLE, Javier. Una experiencia comparada reciente: la Ley concursal española. ***Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro***. RDM. v.134. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 96.

38/2011. O período de *vacatio legis* justificou-se pela profundidade da reforma implementada pela nova legislação. Segundo o autor,[651] a Lei Concursal espanhola pretende pôr fim a todos os problemas e ineficiências do antigo sistema. Apesar da ausência de normas programáticas e princípios, afirma o autor que a norma tem grandes perspectivas de ser eficaz. Assim, a Lei espanhola nº 22/2003 representa a sistematização do Direito Concursal Espanhol em um único diploma normativo, contendo normas materiais e processuais.

De acordo com a norma em comento, considera-se em estado de insolvência o devedor que não pode cumprir regularmente suas obrigações exigíveis. Percebe-se, pois, que não basta a simples impontualidade de algumas obrigações para que seja declarada a abertura do concurso de credores, necessitando que o devedor esteja impossibilitado de cumprir regularmente suas obrigações. Como um dos seus principais objetivos é a antecipação da instauração do concurso de credores enquanto seja possível a recuperação da empresa, a legislação enfatiza a possibilidade de se requerer a instauração do concurso de credores antes mesmo do devedor se encontrar em situação de insolvência regular. Esse procedimento é denominado de *concurso voluntario.* Nessa espécie, o devedor conserva as faculdades de administrar e dispor de seus bens, ficando sujeito, entretanto, a intervenção do administrador concursal.

De modo a acompanhar as modernas tendências do Direito Concursal, a legislação dá preferência à solução negocial da situação de crise (*convenio*) à liquidação da empresa (*liquidación).* Assim, tanto no *concurso voluntário* como no *concurso necessário,* é facultada ao devedor a apresentação de uma proposta de resolução da crise (*propuesta de convenio*) que deverá contar com a adesão dos credores ordinários e privilegiados, cujos créditos superem a quinta parte do passivo do devedor, conforme dispõe o artigo 113 da Lei nº 22/2003. Entre os princípios norteadores da reforma, percebe-se também uma tendência em se preservar o patrimônio do devedor, evitando depreciações que poderão agravar a crise. Nesse sentido, o artigo 100 do referido diploma legal permite que a *propuesta de convenio* contemple a venda dos ativos, sempre que estes formarem uma unidade empresarial e o adquirente continuar sua exploração.

---

[651] Idem.

Declarado o concurso de credores, caso ocorra o *concurso necessário*, o devedor perde a faculdade de administrar seus bens para os administradores judiciais. A declaração de insolvência impõe ao devedor uma série de deveres de caráter pessoal, dispostos no artigo 42 da Lei nº 22/2003. Entre eles, destaca-se o dever de comparecer pessoalmente às audiências e o de colaborar, prestando informações que lhe sejam solicitadas. Impossibilitada de recuperar-se, a empresa passa para a fase falencial, denominada *liquidación*. Essa tem o objetivo de promover a dissolução da sociedade devedora, e ficam os seus gestores privados das faculdades administrativas. Pela nova lei, os créditos são classificados em privilegiados, ordinários e subordinados. Os créditos privilegiados dividem-se em créditos com privilégio especial, que afetam parcela determinada do patrimônio do devedor, e créditos com privilégio geral, que afetam a totalidade do patrimônio do devedor. Os créditos ordinários são definidos por exclusão, ao afirmarem a legislação que pertencem a esta categoria aqueles que não estão classificados como privilegiados ou subordinados. Os créditos tributários são tidos como de privilégio geral.

A seção III da Lei espanhola nº 22/2003 trata da classificação dos créditos, que, segundo seu artigo 91, item 2, classifica os créditos decorrentes de retenções tributárias e da Seguridade Social oriundos do cumprimento de uma obrigação legal como de privilégio geral. Já as multas tributárias e sanções pecuniárias recebem tratamento idêntico à legislação brasileira, e são classificadas como crédito subordinado, conforme preceitua o artigo 92, item 4, da legislação espanhola. No âmbito da recuperação de empresas, denominada pela legislação espanhola de *convenio*, os créditos privilegiados, a exemplo dos créditos tributários, não figuram no processo de recuperação de forma obrigatória. É facultado a esses credores, entretanto, vincularem-se ao processo de recuperação, desde que haja votado a favor da proposta (plano de recuperação) e requeiram sua adesão a ela. Esse procedimento é denominado pela legislação espanhola de extensão subjetiva.[652]

No que tange à resolução de conflitos tributários, a legislação espanhola vale-se da *Ley General Tributária*, Lei nº 58/2003, que inicia a execução fiscal com uma fase de cobrança voluntária seguida pela cobrança executiva em caso de inadimplemento. A Lei Tributária Geral é o eixo central do sistema tributário, onde seus princípios essenciais são coletados e as relações entre a Administração Tributária e

[652] Ley 22/2003. Fonte: Ministerio de la Presidencia – Boletim Oficial del Estado. Disponível em <http://www.boe.es. Acesso em 05.06.2007.

os contribuintes são reguladas. O anteprojeto preparado foi estudado por um grupo de especialistas em direito financeiro e tributário criado pela Resolução do Secretário de Estado do Tesouro de 1º de outubro de 2002. O trabalho do grupo de especialistas foi concluído em janeiro de 2003 com a elaboração de um relatório onde o texto foi analisado e comentado, enquanto foram formuladas propostas e sugestões relacionadas ao objeto do estudo.

Os principais objetivos que a Lei Tributária Geral visa alcançar são: reforçar as garantias dos contribuintes e a segurança jurídica, promover a unificação de critérios nas ações administrativas, possibilitar o uso de novas tecnologias e modernizar procedimentos tributários, estabelecer mecanismos que reforcem a luta contra a fraude, o controle tributário e a cobrança de dívidas tributárias e reduzam os níveis atuais de litígios tributários.

O sistema espanhol optou por não judicializar o processo de cobrança, e cabe a própria Administração, no exercício de suas prerrogativas, a execução de seus atos, nos termos do artigo 163[653] da *Ley General Tributária*, Lei nº 58/2003. Assim, o procedimento de execução é exclusivamente administrativo. A competência para entendê-lo e resolver todos os seus incidentes corresponde exclusivamente à Administração Tributária. O procedimento administrativo de execução não será cumulativo aos procedimentos judiciais ou outros procedimentos de execução. O procedimento de execução será iniciado e promovido oficiosamente em todos os seus procedimentos e, uma vez iniciado, somente será suspenso nos casos e da maneira prevista na regulamentação tributária.

Conforme disposto no artigo 164, da *Ley General Tributária*, Lei nº 58/2003, sem prejuízo do respeito da ordem de prioridade que, para a cobrança de créditos, é estabelecida por lei de acordo com sua natureza, em caso de concordância do procedimento de execução da cobrança de tributos com outros procedimentos de execução, sejam eles Singular ou universal, judicial ou não judicial, a preferência pela

---

[653] *Artículo 163. Carácter del procedimiento de apremio.1. El procedimiento de apremio es exclusivamente administrativo. La competencia para entender del mismo y resolver todas sus incidencias corresponde únicamente a la Administración tributaria.2. El procedimiento administrativo de apremio no será acumulable a los judiciales ni a otros procedimientos de ejecución. Su iniciación o tramitación no se suspenderá por la iniciación de aquéllos, salvo cuando proceda de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, o con las normas del artículo siguiente. La Administración tributaria velará por el ámbito de potestades que en esta materia le atribuye la Ley de conformidad con lo previsto en la legislación de conflictos jurisdiccionales.3. El procedimiento de apremio se iniciará e impulsará de oficio en todos sus trámites y, una vez iniciado, sólo se suspenderá en los casos y en la forma prevista en la normativa tributaria.*

execução dos bens bloqueados no procedimento será determinada de acordo com as seguintes regras: a) ao concordar com outros processos ou procedimentos singulares de execução, o procedimento de execução será preferido se o embargo realizado no decurso do processo de execução for o mais antigo; b) quando concordar com outros processos de falência, ou processos, ou procedimentos universais, o procedimento de execução será preferido para a execução dos bens ou direitos a eles associados, desde que o embargo acordado tenha sido feito antes da data da declaração do concurso.

No caso de falência, aplicar-se-á o disposto na Lei nº 22/2003, de forma que a ordem de execução correspondente seja emitida e as sobretaxas do período executivo sejam acumuladas se as condições para isso ocorrerem antes da data da declaração da proposta ou no caso de créditos contra a massa falida. Os juízes e tribunais colaborarão com a Administração Tributária, ao fornecer aos órgãos de coleta dados relacionados aos processos de falência ou execução universal necessários para o exercício de suas funções.

5.7.4 Argentina

O Direito Concursal argentino era regulado pela Lei nº 24.522, de 20 de julho de 1995, que esteve vigente durante toda a década de noventa. No entanto, com a crise econômica e social que o país enfrentou no ano de 2001, o Governo argentino foi impulsionado a adotar medidas com o objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico da nação. Entre elas, houve mudanças relacionadas com a falência e recuperação de empresas, visto que o sistema concursal instituído pela Lei nº 24.522/95 não proporcionava uma efetiva recuperação da empresa.

Diante daquela situação, a legislação concursal argentina foi alterada pela Lei nº 25.563, de 30 de janeiro de 2002, onde foi declarada, em seu artigo 1º, situação de emergência que se estendeu até 10 de dezembro de 2003, em virtude dos descompassos econômicos e sociais que atingiram aquela nação. Trata-se de uma situação extraordinária, na qual foram adotadas medidas específicas durante o período de vigência do estado de emergência. As alterações introduzidas pela Lei nº 25.563/02 tinham o propósito de proteger o devedor, evitando sua falência. Percebe-se um nítido caráter intervencionista do Estado, que tenta, por meio da legislação concursal, evitar uma crise sistêmica. Essa intervenção é excepcionalmente admitida,

dado o caráter de ordem pública que envolve a questão. Como bem assevera Nicolas Di Lella[654]:

> Todo régimen de quiebras, gobernando el nacimiento, desarrollo, transformación y muerte de patrimonios y economías que juegan un papel descollante en la actividad comercial y social, está adherido al concepto de orden público entendido como aquella parte del orden juridico que assegura los fines essenciales de la colectividad.

No entanto, com a exacerbada proteção ao devedor, o crédito desaparece na economia argentina, visto que os agentes econômicos se sentem desprotegidos contra a inadimplência. Passado o período de emergência, a legislação perdurou até o ano de 2006, quando foi novamente modificada.

A Lei nº 26.086, de 11 de abril de 2006, veio a reformular o Direito Concursal Argentino, ao introduzir importantes modificações no âmbito do reconhecimento dos créditos trabalhistas, além de tentar restabelecer as relações de confiança dos agentes econômicos na legislação concursal, o que fomenta a concessão do crédito. Como principal inovação, esse novo modelo efetua o pronto pagamento dos créditos trabalhistas com privilégio geral ou especial, caso haja fundos disponíveis para tanto. Em caso de inexistência de fundos líquidos disponíveis, deverá ser realizado um plano de recuperação que contemple o pagamento dos créditos trabalhistas, que serão habilitados no Juízo concursal após a obtenção de uma sentença líquida na Justiça Especializada do Trabalho.

No tocante à ordem de classificação dos créditos, a Lei nº 24.522/95, alterada pelos diplomas legislativos supramencionados, preceitua em seu artigo 239 que, havendo concurso, somente os créditos enumerados no título IV, capítulo I, da referida lei terão privilégios. Entre eles, o artigo 241, item 3, preceitua que gozarão de privilégio especial os créditos de impostos e taxas que se vinculam a determinado bem, no que se refere ao produto obtido com a sua alienação. Já os créditos oriundos de impostos e taxas devidas ao fisco nacional, provincial ou municipal gozarão de privilégio geral, segundo preceitua o artigo 246, item 4, da lei argentina.[655]

---

[654] DI LELLA, Nicolas. ***Liquidacion sin quiebra – la liquidacion judicial en el derecho argentino y comparado***. Buenos Aires: De Palma, 1948, p. 13. “Todo regime de falência, que rege o nascimento, desenvolvimento, transformação e morte de riqueza e economias que jogam um papel de destaque na atividade comercial e social, está ligado ao conceito de ordem pública entendida como aquela parte do ordenamento jurídico que asseguras os fins essenciais da coletividade.” (Tradução livre).

[655] Ley nº 24.522/95. Fonte: Honorable Camara de Diputados de la Nación. Disponível em http://www.diputados.gov.ar. Acesso em 05.06.2007.

O sistema argentino de resolução de conflitos tributários admite a submissão das questões ao *Tribunal Fiscal de la Nacion*, órgão de estrutura administrativa vinculado ao Poder Executivo detentor de jurisdição administrativa, criado pela Lei nº 15.265 de 1959. A decisão do Tribunal Fiscal tem caráter terminativo, o que encerra o litígio nas vias administrativas, abrindo-se a possibilidade, após esta fase, de se discutir a questão perante o Poder Judiciário. Em 2017, a Lei nº 27.430 realizou uma importante reforma na legislação tributária argentina o que leva a numerosas mudanças no regime processual tributário, e estabelece um novo instituto processual, ao atualizar e unificar a jurisprudência discordante sobre a jurisdição do Tribunal Fiscal da Nação.[656]

A doutrina tece críticas ao sistema administrativo argentino[657], visto que o Tribunal Fiscal da Nação não tem competência para analisar a constitucionalidade das leis, fato que acarreta a restrição da análise ao âmbito da juridicidade, e esvazia a seara administrativa. Paralelamente, o artigo 82 da *Ley de Procedimiento Tributário*[658] admite que o contribuinte se sujeite diretamente ao Poder Judiciário, e submete sua demanda aos órgãos de primeira instância.

O artigo 82, da *Ley de Procedimiento Tributário*[659] traz a previsão de um modelo de execução fiscal administrativa que se iniciava com a apresentação de documentos tributários, por um oficial de tributos, ao Poder Judiciário, onde há a possibilidade de se instituir a penhora de bens e a indisponibilidade de ativos do contribuinte pela Administração Pública. Não obstante, a constrição de bens do contribuinte pela Administração Pública foi levada a apreciação da Corte Suprema, a qual declarou sua

---

656 BARBATO, Daniel. **Consideraciones relativas a la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación a la luz de la reforma de la ley 27.430**. El Derecho. Universidad Catolica Argentina. Buenos Aires. Ed. 278, Ano LVI, 2018.

657 SPISSO, Rodolfo. El control judicial de constitucionalidade em el processo tributário. ALTAMIRANO, Alejandro C. (coord). **El procedimento tributário**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

658 ARTICULO 82 - Podrá interponerse demanda contra el Fisco Nacional, ante el Juez Nacional respectivo, siempre que se cuestione una suma mayor de DOSCIENTOS PESOS ($ 200): a) Contra las resoluciones dictadas en los recursos de reconsideración en materia de multas. b) Contra las resoluciones dictadas en materia de repetición de tributos y sus reconsideraciones. c) En el supuesto de no dictarse resolución administrativa, dentro de los plazos señalados en los artículos 80 y 81 en caso de sumarios instruidos o reclamaciones por repetición de tributos. En los supuestos de los incisos a) y b) la demanda deberá presentarse en el perentorio término de QUINCE (15) días a contar de la notificación de la resolución administrativa.

659 ARTICULO 92. El cobro judicial de los tributos, pagos a cuenta, anticipos, accesorios, actualizaciones, multas ejecutoriadas, intereses u otras cargas cuya aplicación, fiscalización o percepción esté a cargo de la ADMINISTRACION FEdeRAL de INGRESOS PUBLICOS, se hará por la vía de la ejecución fiscal establecida en la presente ley, sirviendo de suficiente título a tal efecto la boleta de deuda expedida por la ADMINISTRACION FEdeRAL de INGRESOS PUBLICOS.

inconstitucionalidade, de forma que, atualmente, “a execução fiscal argentina passou de um modelo híbrido com predominância da seara administrativa, que era a decisão do legislador, para um modelo híbrido onde predomina a instância judicial (decisão do Estado-Juiz)”.[660] No tocante à utilização de sistemas alternativos de resolução de conflitos, a legislação argentina admite a utilização da arbitragem em situações específicas, dentre elas na hipótese de aplicação de tratados internacionais que regulem matéria relacionada a prelos de transferência.[661]

5.7.5 Estados Unidos da América

O sistema norte-americano considera a noção fundamental de busca de ganhos de capital para qualificar a empresa e distingui-la de outras entidades jurídicas. O sistema apoia-se basicamente na existência de quatro tipos de empresa: a empresa individual, a empresa em nome coletivo (*Partnership*), a empresa comanditária simples (*Limited Partnership*) e a sociedade anônima (*Corporations*). Esta última se destaca pela complexidade e elevada soma das quantias por ela negociada.

Conforme ensina Roland Séroussi,[662] “bastante distanciada do modelo francês de empresa de capitais, a *corporation* norte-americana vigente na maior parte dos Estados repousa no *Model Business Corporation Act* (MBCA)”. O autor aponta, ainda, a existência de duas subdivisões destas sociedades anônimas. A primeira possui uma estrutura fechada (*closely held corporations*) e reservada a um pequeno número de acionistas (*stockholders*), em geral, inferior a cinquenta; e a segunda, denominada de *non public corporations*, possui títulos emitidos que não são propostos ao público.

Nos Estados Unidos da América, a competência para legislar sobre falências é Federal, tendo como decorrência deste fato a submissão dos processos às Varas Federais. Isso decorre do Capítulo 11 do *US Code*, que foi alvo de uma reforma, em 1978, denominada *Bankruptcy Reform Act*, que atribuiu competência aos Juízos Federais especializados para tomar conhecimento dos litígios relacionados a falência. Até 1938, o sistema americano previa em sua legislação tão somente a falência, tendo

---

[660] MELO FILHO, João Aurino de. **Racionalidade Legislativa do Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 414.
[661] Ibidem, p. 415
[662] SÉROUSSI, Roland. ***Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano***. Tradução de Renata Maria Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001, p. 131.

a recuperação de empresas ingressado no ordenamento jurídico norte-americano, nesta mesma data, em função do *Chandler Act Amendments*, ao inserir capítulos na legislação referente à recuperação de empresas (*Corporate Reorganizations*) e à concordata (*Arrangements*).[663]

No processo de falência existe a figura de um administrador judicial: o *trustee*. É de sua responsabilidade velar pela conservação dos ativos da empresa e proteger os interesses dos credores menos favorecidos. Tem liberdade para invalidar negócios jurídicos visando a redução do ativo do falido após a decretação da falência, por meio de uma cláusula denominada *strong arm.* Pode, ainda, determinar a continuação da vigência dos contratos em curso no intuito de obter ativos para a massa falida.

A ordem de classificação dos créditos é estabelecida segundo a seguinte prioridade:[664] pagamentos que permitem preservar o ativo, entre os quais os honorários do *trustee*; salários cujo montante for de até dois mil dólares, referente ao período de 90 dias antes da decretação da falência; as cotizações patronais; as reivindicações dos agricultores e pescadores acerca de estocagem de colheitas; os créditos quirografários, por ordem de inscrição.

No sistema norte-americano, o processo de reorganização de empresas tem o objetivo de "salvaguardar a empresa, operando na companhia que a explora a reorganização econômica e administrativa necessária ao superamento da crise".[665]

Ao dissertar sobre a elaboração do plano de recuperação, Steve Nickles[666] leciona que:

> *Developing a plan of reorganization requires the debtor to evaluate its current financial situation and resources, determine the changes and resources necessary to conduct future operations on a profit-makin basis, and reconcile these items with creditor demands. Reorganization is a process of negotiation, accommodation and compromise, carried on the most part outside the courtroom.*

---

663 SÉROUSSI, Roland. ***Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano***. Tradução de Renata Maria Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001, p. 131.
664 Ibidem, p. 146.
665 COMPARARATO, Fábio Konder. apud GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. ***Recuperação Judicial de Empresas – Direito Concursal Contemporâneo***. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
666 NICKLES, H. Steve; EPSTEIN, David G.; WHITE, James J..***BANKRUPTCY***. West Publishing Co., ST. Paul, MINN, 1993, p. 756. "O desenvolvimento de um plano de recuperação requer do devedor uma avaliação de sua situação financeira atual, determinando as mudanças e recursos necessários a implementação de futuras operações lucrativas, e a conciliação de seus interesses com a demanda dos credores. A reorganização é um processo de negociação e compromisso, realizado, na maioria das vezes, extrajudicialmente." (tradução livre)

Note-se que o instituto da reorganização de empresas aplica-se tão somente à sociedade anônima (*corporate*). O instituto da reorganização de empresa (*Corporate Reorganizations*) não substitui a concordata (*Arrangements)*, que se aplica apenas aos credores quirografários do devedor, enquanto a reorganização é extensiva a todos os demais credores. Nickles[667] aponta para os requisitos mínimos exigidos no plano de recuperação, afirmando que

> *In general, a plan must: designate classes of claims and interests, specify wich classes of claims and interests remain unimpaired, and explain the proposed treatment of any class of impaired claims. The code requires that all claims or interests within a particular class receive equal treatment unless an individual claimholder agrees to accept less.*

O Governo Federal americano exerce grande influência política no setor empresarial, tendo atribuído à SEC (*Securities and Exchange Commission*) legitimidade ativa para requerer a reorganização da empresa quando estiverem em jogo interesses políticos, econômicos e financeiros.

Segundo Montoro Mendes,[668] a maioria das empresas podem beneficiar-se do instituto da reorganização, à exceção de seguradoras, bancos, cooperativas e associações de crédito. As empresas legitimadas a ajuizar o pedido de reorganização "poderão ter contra si requeridas tal pedido", através do instituto do *Involuntary Relief*, quando os credores "tiverem receio de eminente degradação da situação econômico-financeira do devedor".

O ajuizamento da reorganização de empresas implica na suspensão das ações contra o devedor, caracterizando o que a doutrina denomina de *stay period*. Nesse período, as ações contra a empresa ficarão sobrestadas, aguardando a solução do processo de reorganização. Essa disposição abrange tanto a reorganização judicial quanto a extrajudicial. O credor que alegar prejuízo com a aplicação do *stay period* poderá requerer a sua não-submissão ao referido preceito, caso demonstre a

---

667 Ibidem, p. 759. "Em geral, um plano de reorganização deve conter: a designação de classes de credores e seus respectivos direitos, a explicitação de quais classes de credores permanecerão imunes ao plano com a devida justificação. A legislação norte americana exige que os credores que não detenham interesses privilegiados recebam tratamento igualitário." (tradução livre)

668 MENDES, Luis Cláudio Montoro. ***Recuperação de Empresas no Sistema Legal Norte-Americano***. Disponível em <http://arquivos.ibmec.br/hotsite/lawnews/edicao01/set09.asp>. Acesso em 05.03.2007.

probabilidade de haver depreciação de bens de sua propriedade e estes não sejam essenciais para a resolução do processo. [669]

O plano de reorganização, apresentado em até 120 dias após o ajuizamento da ação, deverá ser homologado pelo Juízo, caso tenha a concordância dos credores, que poderão se manifestar em até 60 dias após a apresentação do plano. Expirado o prazo de apresentação do plano pelo devedor, qualquer interessado poderá apresentar um plano de reorganização, que independe de aprovação do devedor. Para a aprovação do plano de reorganização, há a necessidade de sua aprovação por dois terços do total dos credores, desde que exista um quorum mínimo de cinquenta por cento de aprovação em cada classe de credores. Esse plano também será submetido à apreciação do Juízo. Há, ainda, previsão legal acerca a utilização do método *cram down*, ocasião em que o plano será aprovado mesmo com a dissidência de alguns credores ou com a não-concordância de todas as classes. Caso não seja homologado o plano do devedor, a reorganização convola-se em falência. [670]

Importante ressaltar as recentes alterações efetuadas na legislação norte-americana com a entrada em vigor do *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, que representa a maior revisão da legislação desde 1978. O objetivo da reforma é melhorar a legislação concursal, atribuindo uma carga maior de responsabilidade pessoal aos envolvidos no processo falimentar. A alteração traz impactos no tratamento do crédito tributário, em especial no procedimento denominado *discharg*e, que, a partir de agora, poderá ser utilizado no âmbito da *straight bankruptcy (chapter 7)*. A *straight bankruptcy* é um processo de insolvência "completo", onde a pessoa jurídica deixa de existir após o encerramento do processo. A *discharge* é um procedimento que permite ao devedor ficar livre dos créditos de sua responsabilidade pessoal. Não se aplica a todo tributo.

---

669 No direito brasileiro, segundo Enunciado n. 43 da I Jornada de Direito Comercial realizada pelo Conselho da Justiça Federal (2013) "a suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor".

670 No direito brasileiro, o Enunciado n. 77 da II Jornada de Direito Comercial realizada pelo Conselho da Justiça Federal (2015) afirma que "as alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, e a aprovação obedecerá ao quórum previsto no art. 45 da Lei n. 11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença'. Complementando o entendimento do tema, o Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Comercial realizada pelo Conselho da Justiça Federal (2013) afirma que "não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores".

O referido benefício libera o devedor da responsabilidade pessoal em alguns tipos específicos de dívidas, não estando mais legalmente obrigado a pagar por estes débitos. Trata-se de um comando que busca proibir os credores do devedor de tomar qualquer tipo de ação objetivando a cobrança das dívidas apuradas, incluindo eventuais medidas legais e extrajudiciais que objetivariam a cobrança do crédito.

Em geral, têm prioridade os créditos cuja habilitação no processo de falência possuem mais de três anos. A lei inova ao proteger os créditos tributários, ampliando o prazo para a sua habilitação, ao evitar que haja habilitação tardia. Com a nova legislação, a preferência do crédito tributário foi alterada, no intuito de dar maior dignidade aos contribuintes e, simultaneamente, maior garantia à autoridade fazendária.[671]

No que concerne à resolução de conflitos tributários, instituiu-se um sistema de cobrança executiva judicial que se desenvolve na seara federal em três jurisdições distintas: a) *Tax Court*, onde o crédito tributário pode ser discutido sem a necessidade de prévio pagamento do tributo. Desta instância, pode-se recorrer para a *Court of Apeals* em seu domicílio tributário; b) District Court, onde há a exigibilidade de prévio pagamento do tributo para a sua discussão, onde haverá o ajuizamento de ação judicial contra o governo federal, também cabendo recurso de apelação para a *Court of Apeals; c) Court of Claims, onde também deve realizar o pagamento prévio para discussão do débito tributário,* cabendo recurso de apelação para a *Court of Apeals.*[672]

Caso o contribuinte não queira de imediato judicializar a questão, poderá discutir o crédito tributário junto a Administração Tributária Federal no âmbito da *Internal Revenue Service* (IRS), da qual caberá recurso para o *Office of Apeals*, órgão pertencente a Administração Tributária que goza de autonomia e independência, havendo a possibilidade de celebração de acordo com o contribuinte para a resolução do litígio. A execução fiscal é regulada por dois modelos, um administrativo (*administrative collection procedure*) e outro judicial (*foreclosure action*), sendo a execução fiscal administrativa o modelo usual com procedimento caracterizado pela

---

[671] CCH Tax Briefing: ***Bankruptcy Reform Act – Tax Provisions***. Especial Report. Chicago, 2005. Disponível em www.cch.com/bankruptcy/Bankruptcy_04-21.pdf .

[672] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Cortes Tributárias e execução fiscal nos Estados Unidos. **Revista das Procuradorias da Fazenda Nacional**, n.5, Brasília: Consulex, 2003. P. 146-167

discricionariedade dos Procuradores da *Collection Division* e o modelo judicial excepcional, subsidiária, proposta pelo Procurador-Geral na *District Court*. [673]

O modelo norte-americano admite a transação tributária, instituto denominado de *settlement of tax dispute*, ao lado do instituto da arbitragem, denominado de *alternative dispute resolution*, com previsão no *Internal Revenue Code* (IRC). Identifica-se dois tipos de transação tributária, o *closing agréments*, previsto no §7.121 do IRC e o *offers in compromisse*, previsto no §7.122 do IRC. No primeiro modelo, a autoridade fiscal possui competência para celebrar acordo escrito com o contribuinte sobre tributo federal. O segundo modelo, que exige maior formalidade, pode dispensar o pagamento do tributo com reflexo na seara penal. Destaca-se o instituto da *qualified offer*, previsto no § 7.430 do IRC, pelo no qual a Administração Tributária não poderá recusar a proposta de transação quando o contribuinte preencher determinados requisitos. A realização de transação tributária no direito norte-americano é fato corriqueiro, visto que oitenta por cento dos litígios são solucionados administrativamente, sem a intervenção do Poder Judiciário.[674]

[673] MELO FILHO, João Aurino de. **Racionalidade Legislativa do Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 351.
[674] FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. ***Transação Tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação de crédito público à luz do modelo norte-americano***. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 62.

CAPÍTULO 6 - CONCLUSÃO

Na sociedade contemporânea, o Estado exerce relevante importância no âmbito social, econômico e jurídico, tendo como uma de suas principais tarefas a coordenação desses fenômenos, de forma a permitir o correto funcionamento dos mercados, livres de falhas, ao proporcionar segurança jurídica aos investidores, bem como o desenvolvimento econômico e social da nação. Presencia-se uma ampliação da gama de atividades basilares do Estado, que passa a exercer uma função reguladora dos mercados. O Estado tem como missão a garantia da livre iniciativa e da livre concorrência, ao traçar diretrizes políticas que objetivam a concretização dos princípios constitucionais. Coordena e tutela as atividades exercidas pelos agentes econômicos, ao preocupar-se com os problemas enfrentados pelas empresas sediadas em seu território, em busca de soluções eficientes para o saneamento das crises empresariais, de forma a propiciar, no maior grau possível, a estabilidade do mercado.

Verifica-se que o Direito Concursal é uma das áreas do Direito que mais se destaca no âmbito internacional, objetivando propiciar um tratamento jurídico adequado às empresas em situação de crise econômica, financeira e patrimonial. Essa assertiva é confirmada pelas recentes alterações na legislação alienígena e nacional, todas com o objetivo da preservação da empresa e da instituição de mecanismos mais céleres e eficientes para a resolução das crises empresariais. Constata-se que as diretrizes traçadas pelo Banco Mundial, por meio do documento denominado *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems,* contém estudos realizados por diversos países, sobre as melhores práticas e ações a serem adotadas em processos de insolvência coletiva, ao contribuir, de forma ímpar, para a orientação do legislador e do operador do Direito.

Aspecto abordado no presente trabalho que se torna merecedor de destaque é a relação entre a ciência econômica e a ciência jurídica, onde se foi demonstrada a relevância do estudo interdisciplinar destas áreas do saber para se alcançar melhores resultados no âmbito da aplicação e da elaboração das normas de Direito Concursal. Sendo notório que o modo de produção condiciona as relações de produção afeta a ordem jurídica, e essa deve se ajustar aos valores sociais, em meio a um planejamento econômico estratégico que favoreça a relação entre a ciência

econômica e a ordem jurídica. A eficiência de um sistema concursal tem íntima relação com os objetivos econômicos a serem alcançados pela norma jurídica, devendo a lei que tutela a falência e recuperação de empresas, considerar os fatores institucionais, econômicos e legais que influenciam a sua aplicação. Nesse cenário, ao interpretar as normas jurídicas, é primordial que o operador do Direito verifique o atual estágio de avanço da sociedade e dos mercados, o que possibilita uma interpretação mais eficiente das normas, a fim de se alcançar a maximização dos resultados nos processos de insolvência coletiva. Essa é a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, como pudemos demonstrar no decorrer deste trabalho.

A Lei nº 11.101/2005 contém normas que objetivam a proteção dos credores e propiciam a recuperação da empresa economicamente viável, ao estabelecer um diálogo entre fatores jurídicos e econômicos que influenciam o desenvolvimento dos processos de falência e recuperação de empresas. Os credores tiveram sua participação ampliada, o que possibilita que eles determinem os rumos que o processo de falência ou recuperação de empresas deverá tomar. A otimização dos resultados no curso do processo de falência e recuperação de empresas deve ser compartilhada por todos os interessados, sendo que a melhor decisão para a coletividade necessitará da cooperação de todos os envolvidos no processo, em especial do Estado. A dissidência de um poderá acarretar uma perda de eficiência no processo de resolução de crise, que acabará sendo suportada por todos. Deve-se evitar que os interesses pessoais de uma minoria se sobreponham aos interesses coletivos, ou que o interesse público secundário se sobreponha ao interesse público primário.

A interpretação da legislação falimentar e de recuperação de empresas deve pautar-se pelo aumento da eficiência econômica, sempre levando em consideração a função social que a empresa exerce no núcleo da sociedade na qual está inserida e os reflexos de sua existência no cenário internacional. A legislação falimentar e de recuperação de empresas sujeita-se ao binômio eficiência econômica e função social, no objetivo de superar as conjunturas adversas à continuidade do exercício da atividade empresarial e permitir o saneamento das empresas economicamente viáveis, que exercem um papel relevante no meio socioeconômico.

Passados mais de 14 anos da vigência da Lei nº 11.101/2005, restou notório no decorrer deste trabalho que a legislação necessita de aprimoramento para atingir a plenitude de seus propósitos, na forma como inicialmente imaginada. Um dos principais óbices ao efetivo e pleno alcance de seus objetivos pode ser atribuído a

equivocada opção legislativa de classificação de créditos no âmbito da recuperação judicial de empresas, com a exclusão de uma gama de obrigações (créditos) dos efeitos da recuperação judicial. Dentre as referidas obrigações excluídas ao âmbito da recuperação judicial de empresas foram citados o crédito tributário, as obrigações decorrentes de propriedade fiduciária e de arrendamento mercantil, dentre outras. Esta injustificada exclusão acaba por gerar um indesejável estímulo à deterioração de negócios viáveis e uma corrida dos credores em busca da redução de uma eventual posição de risco (*asset grabbing*), tão logo a atividade empresária apresente os sintomas iniciais de insolvência.

Questão das mais importantes a ser solucionada, em face da sua relevância no saneamento da situação de crise econômica, financeira e patrimonial do devedor é o parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial de empresas. *A priori*, parece que o legislador quis impedir a concessão da recuperação judicial ao empresário ou sociedade empresária que esteja em dívida com a Fazenda Pública, de forma a resguardar os interesses da Administração Tributária. No entanto, como visto no decorrer deste trabalho, sob uma perspectiva econômica, verifica-se que se realmente foi essa a intenção do legislador, a regra poderá repercutir negativamente aos interesses da Fazenda Pública. Levando em consideração os objetivos macroeconômicos da legislação falimentar e de recuperação de empresas, a inviabilização da concessão da recuperação judicial, em face da existência de dívidas tributárias impedirá o soerguimento da empresa no mercado, o que acarreta a própria impossibilidade de se efetivar o pagamento do crédito tributário. Essa não pode ser a intenção do legislador, pois o Estado, além de credor, é o maior responsável pela recuperação da empresa, tendo o dever de agir em prol de seu restabelecimento, diante do interesse público que cerca o assunto.

A inserção no ordenamento jurídico pátrio de norma que condiciona o processamento da recuperação judicial de empresas à prova de quitação de tributos, feita com a obtenção da certidão negativa de débitos, ou positiva com efeito de negativa, é medida desprovida de racionalidade, tendente a produzir efeitos contrários aos objetivos do microssistema de recuperação de empresas. Dessa forma, os operadores do Direito deverão interpretar racionalmente a norma do artigo 191-A do Código Tributário Nacional e 57 da Lei nº 11.101/2005, interpretando-a de maneira a não constituir um obstáculo ao exercício da recuperação judicial de empresas. O referido preceito normativo, em nosso entendimento, caracteriza uma verdadeira

sanção política, um meio coercitivo indireto de cobrança dos créditos tributários, o que caracteriza uma limitação administrativa ao exercício da atividade empresarial, já há muito tempo repudiada pela doutrina e jurisprudência pátria.

Se por um lado a Lei nº 13.043/2014 avançou ao introduzir no ordenamento jurídico o instituto do parcelamento administrativo especial para as sociedades em recuperação judicial, sob o ponto de vista doutrinário, adotado como referencial teórico na presente tese, a questão de fundo não foi resolvida, pois, pautada em alegação genérica e ultrapassada, com viés de um modelo de estado subjetivista de proteção ao crédito tributário, instituiu-se um mecanismo que cria um sistema administrativo paralelo de cobrança do crédito tributário, nos termos do artigo 68 da Lei nº 11.101/2005, o que caracteriza uma verdadeira sanção política tributária. A proibição da utilização dessas sanções políticas configura uma limitação ao poder de tributar, que, apesar de não se encontrar expressa no texto da Constituição da República de 1988, nem derivar diretamente do princípio da legalidade tributária, fundamenta-se em princípios mais amplos como o princípio do *substantive due process of law,* pautado pelos postulados da proporcionalidade e proibição de excesso.

O instituto da transação tributária no âmbito da recuperação de empresas revela uma aproximação com a visão do Direito Tributário que propõe a inserção de outros saberes, como a sociologia jurídica, a filosofia do direito e a história do direito no campo de análise do Direito Tributário. Sob essa perspectiva, o projeto de lei contém ideias que objetivam superar o estudo meramente dogmático do Direito Tributário, atentando para questões científicas mais complexas em busca de uma função tributária, o que inverte a perspectiva simplista sustentada por parte da doutrina tributária, possibilitando a superação do dogmatismo sintático-semântico em direção à consideração dos efeitos concretos do e no direito tributário, em verdadeira virada pragmática. Não obstante, a esses avanços, também foram registradas críticas ao fato do instituto da transação no âmbito da recuperação judicial de empresas, previsto no Projeto de Lei 5.082/2009, aplicar-se tão somente ao crédito tributário da União, deixando de lado os créditos decorrentes de tributos Estaduais e Municipais.

Defende-se a aplicação do conceito de processo fiscal equitativo, que vem se desenvolvendo nos últimos tempos a partir de necessidades econômicas e sociais criadas pela globalização e pela emergência da sociedade do diálogo, fundada na visão pragmática e procedimental do Direito. Trata-se de um mecanismo que viabiliza o diálogo entre a fazenda pública e o contribuinte, em busca de uma justa solução do

caso concreto, afirmando-se no seio de uma ampla processualidade fiscal, afastada dos pressupostos autoritários já não mais admitidos no âmbito da Administração Pública pós-moderna.

O afastamento do crédito tributário do plano de recuperação judicial de empresas encontra justificativa, equivocada, na dogmática jurídico-administrativa prevalente no meio acadêmico brasileiro, que reconhece a supremacia do interesse público sobre o privado como um verdadeiro axioma do direito público, encontrando-se o poder público em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. A praticabilidade a ser exercida no âmbito da tributação impõe um dever ao legislador na busca de caminhos de maior eficiência econômica e celeridade processual para viabilizar o recebimento do crédito tributário no âmbito da recuperação judicial de empresas. Essas qualidades poderão ser alcançadas com a intensificação da participação dos administrados no plano de recuperação judicial, possibilitando a solução consensual de conflitos. Torna-se prioritária a revisão da legislação que trata da recuperação do crédito tributário no âmbito do processo de recuperação judicial de empresas, em busca de soluções negociadas, onde a consensualidade maximize os benefícios e minimize as inconveniências para todas as partes.

Impõe-se superar a visão de que o Direito do Estado só pode ser compreendido como uma oposição às práticas do Direito Privado, aceitando-se a nova realidade no direito positivo, onde se verifica a coexistência de regimes múltiplos, construídos democraticamente pelo legislador, de forma a se encontrar a solução para a problemática que se coloca neste trabalho, qual seja, a de possibilitar que o crédito tributário sujeite-se ao plano de recuperação judicial de empresas, na busca por uma efetiva "*par conditio creditorum*" no processo de recuperação judicial, ao fomentar uma mais ampla participação do Estado (Poder Executivo) na resolução de crises empresariais.

Diante do caráter consensual da recuperação judicial de empresas, cujo instrumento de deliberação e concessão recíproca dá ensejo ao plano de recuperação, à luz da transição do Estado moderno para o Estado pós-moderno, com uma Administração Pública pautada no consenso e na racionalidade em busca do primado da negociação, de forma a estabelecer um direito fluido, de abordagem transdisciplinar, deve-se admitir que se impõe, urgentemente, promover uma

alteração legislativa no âmbito do Direito Concursal, a fim de permitir a submissão do crédito tributário ao plano de recuperação de empresas, possibilitando-se a transação entre o devedor insolvente em recuperação judicial e o Poder Público, com a finalidade de superar a situação de crise empresarial, ao permitir maiores ganhos a todos os *players* envolvidos.

É essencial priorizar, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, a liberdade de negociação do indivíduo (contribuinte) com o Estado, a fim de corrigir os efeitos negativos das externalidades provocadas pela não sujeição do Estado ao plano de recuperação judicial de empresas, pois o desenvolvimento das instituições públicas na democracia é pré-condição para o aperfeiçoamento do sistema tributário. De acordo com a Análise Econômica do Direito, o plano de recuperação judicial deve ser um meio para articular a negociação entre partes com interesses em conflito, ao considerar-se a racionalidade dos participantes, a redução dos custos de transação e a diminuição das assimetrias informacionais[675]. A legislação deve garantir, por meio de soluções consensuais, que os credores se vejam em melhor posição que aquela oferecida por soluções não consensuais. É necessário formular um conceito de eficiência na recuperação do crédito tributário mais abrangente e condizente com a realidade social, jurídica e econômica, amparado por critérios econômicos em que o ganho social recompensaria eventual diminuição das garantias do crédito tributário, de forma a proporcionar condições para o desenvolvimento da atividade empresarial em uma economia capitalista.

Por fim, conclui-se que existe um dever constitucional do Estado de atingir resultados que concorram efetivamente para a consecução dos altos objetivos nacionais constitucionalmente relacionados, tornando-se igualmente certo, com vistas à efetiva satisfação desse dever no quadro do neoconstitucionalismo, que aos governos não é dado, se omitirem, nem tergiversarem, nem falharem no desempenho de seus cometimentos. Deve-se substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade, ao assegurar o máximo de eficiência de sua governança pública, a qual se sujeita a uma doutrina de resultado, que vem a se

---

[675] No que tange à redução dessas assimetrias de informação, La Porta ressalta a importância do fortalecimento dos direitos dos credores para o aumento do oferecimento de crédito no mercado e a importância da adaptação do sistema jurídico à necessidade econômica. A valorização dos credores e a maximização das eficiências econômicas do ativo da empresa falida tem sido uma tendência mundial. LA PORTA, Rafael. ***The quality of government***. Journal of Law, Economic and Organizations. v. 15, 2001, pp. 222-279.

consolidar sob a nova concepção de relações devidas entre os cidadãos e o Estado, uma vez que se encontra especificamente voltada à afirmação do indisponível dever funcional estatal de propiciar uma boa administração. A legalidade deve ser reapreciada, de modo a representar não mais apenas uma simples submissão à exclusiva vontade do legislador, mas como a qualidade do resultado da aplicação da lei, devidamente complementada pela alocação de valores e racionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nélson. ***O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

ALMEIDA, Amador Paes. ***Curso de falência e concordata***. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997

AMARAL, Francisco. ***Direito Civil. Introdução***. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ANDERSON, Perry. ***El Estado Absolutista***. Traducción de Santos Juliá.Siglo XXI Editores de España S.A. Madrid. 10ª ed. 2007

_____. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1999

ANDRADE, Ronaldo Alves de. ***Comentários aos artigos 35 a 46 da Lei 11.101/2005***. In: de LUCCA, Newton. SIMÃO FILHO, Adalberto. (coord). ***Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. ***Considerações sobre as relações do Estado no direito e na economia***. Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 49, janeiro/março de 2017

ARAÚJO, Edmir Netto de. ***O Direito Administrativo e sua história***. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v. *95*, 2000

ARAÚJO. Thiago Cardoso. ***Análise econômica do direito no Brasil. Uma leitura à luz da teoria dos sistemas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017

ASQUINI, Alberto. ***Perfis da Empresa***. Tradução de Fábio Konder Comparato. Publicado na Revista de Direito Mercantil, vol. 104, out/dez de 1996

ATALIBA, Geraldo. ***Sistema Constitucional Tributário***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968

AVELÃS NUNES, Antônio José. ***Do Capitalismo e do socialismo***. 2ª ed. Revista e ampliada. Livraria do Advogado. São Paulo: 2018

ÁVILA. Humberto. ***Teoria dos Princípios***. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. ***Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos***. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARR, Nicholas. ***The relevance of efficiency to different theories of society. Economics of the Welfare State***.5th ed. [S.l.]: Oxford University Press, 2012

BALEEIRO, Aliomar. ***Direito Tributário Brasileiro***. 11ª ed., revista e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/96 por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2004

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. ***O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço***. São Paulo: Almedina, 2015

_____. ***Transações administrativo-tributárias no Brasil***. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte: RPGMBH, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 159-180, jul./dez. 2010.

_____. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. ***Uma Introdução à Ciência das Finanças***. 17ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2010

BARBATO, Daniel. **Consideraciones relativas a la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación a la luz de la reforma de la ley 27.430**. El Derecho. Universidad Catolica Argentina. Buenos Aires. Ed. 278, Ano LVI, 2018.

BARZEL, Yoram. ***A theory of the state. Economica Rights, Legal rights and the scope of the state***. Cambridge: Cambridge University Press, 2002

BAUMAN, Zygmunt. ***Capitalismo Parasitário e outros temas contemporâneos***. Tradução Eliana Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010

BECK, Ulrich. ***La sicieté du risque: sur la voie d'une autre modernité***: Paris: Aubier, 1986

BECKER, Alfredo Augusto. ***Teoria Geral do Direito Tributário***. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972

BECKER, Gary S. ***Teoria econômica***. México: Fondo de Cultura Econômica, 1977

BERCOVICI, Gilberto. ***Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988***. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. Colóquio de Direito Constitucional em Comemoração aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988. ***Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes***. Biblioteca digital da USP. Acesso em 05/02/2019.

BESSONE, Darcy. ***Instituições de Direito Falimentar***. São Paulo: Saraiva, 1995

BEZERRA FILHO, Manoel Justino**. Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

BINENBOJM, Gustavo. ***Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo***. In: SARMENTO, Daniel (organizador). Interesse Público versus Interesse Privado:

Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

BONAVIDES, Paulo. ***Do estado liberal ao estado social***. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996

BORGES, José Souto Maior. ***Um ensaio interdisciplinar em Direito Tributário: Superação da Dogmática***. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, dialética, n.211, p.121, abril de 2013

_____. ***A reforma do sistema tributário nacional: emenda constitucional n. 18***. Recife: CRAM; Imprensa Universitária, 1967

_____. ***Ciência Feliz***. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007

_____. ***Lançamento tributário***. Rio de Janeiro: Forense, 1981

_____. ***Obrigação Tributária. Uma introdução metodológica***. São Paulo: Saraiva, 1984

_____. ***O contraditório no processo judicial***. São Paulo: Malheiros, 1996

_____. **Sobre o todo e suas partes no sistema tributário nacional**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 218, Nov/2013

_____. ***Um ensaio interdisciplinar em direito tributário. Superação da dogmática***. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 211, p.109, abril de 2013

BORGES. Paulo Fernando Souto Maior. ***Sobre o princípio democrático na fundamentação da atividade tributária. Uma proposta Hermenêutica de Utilização de seus desdobramentos no âmbito do direito tributário***. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Dissertação de mestrado. São Paulo. 2008

BOTELHO. Bernard Gama. James Buchanan. In: ***Leituras clássicas de Direito Tributário***. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018

BOYD, James White. ***Estabilishing relations beetwenn law and others forms of thought***. University of Michigan Law School. Public Law and Theory research papper series. 2008

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. ***Desenvolvimento econômico e o empresário***. Revista de Administração de Empresas I EAESP I FGV, São Paulo, Brasil. Texto publicado na RAE, 2 (4): 79-91, mai/ago. 1962

BUCHANAN, James. ***The Demand and Supply of Public Goods***. Disponível em <http://www.econlib.org/library/buchanan/buchCv5Contents.html). Acesso em 03.08.2009

BUCHANAN, James. ***The power to tax:analytical foundations of a fiscal constitucion***. In: the collected works of James Buchanan. V.07. Indianápolis: Liberty Fund:2000.

_____. ***The limits of liberty:between anarchy and the Leviathan***. In: The colected works of James Buchanan. V.07. Indianápolis: Liberty Fund:2000

BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. ***The calculus of consent – logical foundations of constitucional democracy***. Ann Harbor (Michigan): 1965

BULGARELLI, Waldírio. ***Direito Empresarial Moderno***. Rio de Janeiro: Forense, 1992

CAENEGEM.R.C.Van. ***Uma introdução histórica ao direito privado***. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado: Revisão Eduardo Brandão. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999

CÂMERA, Mirian Costa. In: ALVARES, Manoel; Vladimir Passos de Freitas (coord). ***Execução Fiscal: doutrina e jurisprudência***. São Paulo: Saraiva, 1998

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). ***Leituras clássicas de Direito Tributário***. Salvador: JusPodivm, 2018

CAMPILONGO, Celso Fernandes. ***Política, sistema jurídico e decisão judicial***. São Paulo: Max Limonad, 2002

_____. ***O direito na sociedade complexa***. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. ***Direito e diferenciação social***. São Paulo: SARAIVA, 2008

CARDOSO, Alenilton da Silva. ***A função social do tributo na perspectiva da solidariedade***. Revista de Direito Mackenzie. Vol.05, n.02,

CARDOSO, Fernando Henrique. ***Xadrez Internacional e Social-democracia***. São Paulo: Paz e Terra, 2010

CARVALHO, Aurora Tomazini de. ***Teoria Geral do Direito***. O construtivismo lógico-semântico. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009

CARVALHO, Cristiano. ***Teoria do sistema jurídico – direito, economia, tributação***. São Paulo: Quartier Latin, 2005

CARVALHO de MENDONÇA, J.X. ***Tratado de direito comercial brasileiro***. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2002

CARVALHO, Paulo de Barros. ***Curso de Direito Tributário***. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. ***Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência***. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2013.

CASTELLS, Manuel. ***The rise of network society***. Oxford: Blackwell, 1996 (ed. bras. A sociedade em rede. São Paulo:Paz e Terra, 2009).

CASTRO, Viveiros de. ***Tratado de sciencia da administração e direito administrativo***. 3ª ed. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1914

CHAMON JUNIOR. Lúcio Antônio. ***Filosofia do direito na alta modernidade. Incursões teóricas em Kelsen, Lhumann e Habermas***. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005

CHANG, Há Joo. ***23 coisas que não nos disseram sobre o capitalismo***. Tradução de Cláudia Duarte. São Paulo: Curitiba, 2013

_____."***Breaking the Mould – An Institutionalist Political Economy Alternative to the Neo-Liberal Theory of the Market and the State, Social Policy and Development Programme***", Paper 6. New York: United Nations, Research Institute for Social Development. 2001

CHESNAIS, François. ***Um novo contexto mundial***. Disponível em : <http://scribd.com/doc/143469570/12-F-Chesnais-um-novo-contexto-mundial>. Acesso em 15/01/2019

CHEVALLIER, Jacques. ***O Estado Pós-Moderno***. Trad. Marçal Justein Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009

CHRISPIM. Anna Carla Duarte. ***Transação Tributária no Paradigma do Estado Democrático de Direito Socioeconômico e Cultural:*** o tênue limite entre a afronta ao dever fundamental de pagar tributos e a mutação da legalidade estrita rumo a juridicidade consensual dialógica. Belo Horizonte, 2009. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

CLAESSENS,Stijn. ***Corporate Restructuring: International Best Practices. Policy Approaches to Corporate Restructuring Around the World: What Worked, What Failed?*** Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTAFRSUMAFTPS/Resources/Policy_Approach_to_Corporate_Restrustrin_World_background.pdf > Acesso em 20/01/19

COASE, Ronald. ***The nature of the firm***. Econômica, 4, nº 3: 386-405, 1937

COELHO, Fábio Ulhoa. ***Curso de Direito Comercial****.* v. 3, São Paulo. Saraiva: 2005

_____. COELHO, Fábio Ulhoa. ***Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas***. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

COLLADO, Pedro Escribano. ***La propriedad privada urbana: encuadramento y régimen***. Madrid: Montecorvo, 1979

COMPARATO, Fábio Konder. ***Aspectos jurídicos da macro-empresa***. São Paulo: RT, 1970

COOTER, Robert. ***Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and a review of the major books***. 29 ECLA L. Rev. 1

COSTA, Ana Carla Abrão. ***Sistemas legais de insolvência, incentivos e mercado de crédito: uma abordagem institucional***. Departamento de Pesquisa do Banco Central do Brasil, 2004

COSTA, Regina Helena. ***Praticabilidade e justiça tributária: exequibilidade da lei tributária e direitos do contribuinte***. São Paulo: Malheiros, 2007

COUTO E SILVA, Almiro. ***Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas***. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997

CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. ***A Transação no Direito Tributário***. Belo Horizonte, 2004. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

CUNHA. Alexandre dos Santos (coord.). ***Custo unitário de execução fiscal na Justiça Federal***. Brasília: IPEA; CNJ, 2011

DAKOLIAS, Maria. ***O setor judiciário na América Latina e Caribe: elementos para a reforma*** (documento técnico nº 319). Tradução de Sandro Eduardo Sarda. Washington: Banco Mundial, 1996

DALAQUA, Gustavo Hesmann. ***Democracia representativa, conflito e justiça em J.S. Mill***. Revista do Departamento de Filosofia da Universidade do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos. Curitiba: vol.13. nº 02. 2016

DE LUCCA, Newton. SIMÃO FILHO, Adalberto. (coord). ***Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Quartier Latin, 2005

DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes: Estado Federal e Tributação – Das origens à crise atual. Vol I, Ed. Arraes. 2015

DERZI, Misabel Abreu Machado. M***odificações da jurisprudência no direito tributário***. São Paulo: Noeses, 2009

DICKEN, Peter. ***Mudança global – mapeando as novas fronteiras da economia mundial***. Porto Alegre: Bookman, 2010

_____. Global Shift. 17ª ed. ***Mapping the changing contours of the world economy***. Guilford Publications. 2015

DINIZ, Eli. ***Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945***. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978

DINIZ, Maria Helena. ***Dicionário Jurídico***. São Paulo: Saraiva, 1998

DIRECTOR. Aaron. ***Defense, controls and inflation: a conference sponsored by the University of Chicago Law School***. Chicago: University of Chicago Press, 1852

DRAIBE, Sônia. ***Rumos e metamorfoses: um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil 1930-1946***. São Paulo: Paz e Terra, 2004

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. Aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy Editora, 2003

DUPAS,Gilberto. ***Economia global e exclusão social - pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo***. São Paulo: Paz e Terra, 2001

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. ***As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?*** Tradução de Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010

ESPING-ANdeRSEN, Gosta. ***The three worlds of welfare capitalism***. Princeton. Princeton University Press, 1990

EVANS, P. ***Embedded Autonomy: States and Industrial Transformation***. Princeton: Princeton University Press, 1995

FARIA, Bento de. ***Direito Comercial: falência e concordata***. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947

FARINA. Elizabeth Maria Querido. ***Competitividade: mercado, Estado e organizações***. São Paulo: Singular, 1997

FERRARO, Carolina Cantarelle. JORGE, Alexandre Teixeira. ACHILLE DONATTO GIANNINI. In: ***Leituras clássicas de Direito Tributário***. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. ***Introdução ao estudo do direito***. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003

FERNANDES, Jean Carlos. ***Direito Empresarial Aplicado***. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. ***Transação Tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação de crédito público à luz do modelo norte-americano***. Curitiba: Editora Juruá, 2014

FERREIRA. Marta Lucia Azevedo. ***O Papel do Estado na Economia e no Desenvolvimento: América Latina, Brasil e o Novo-Desenvolvimentismo***. XXXVI encontro da ANPAD. Rio de Janeiro, Setembro de 2012

FERRI, Giuseppe. ***Manuale di diritto Commerciale***, Torino, Ed. UTET, 1984

FIGUEIREDO, Paulo Henrique. ***A transação tributária.*** Recife: Bagaço: Instituto do Ministério Público do Estado de Pernanbuco, 2004

FISHER, Timothy C.G; MARTEL, Jocelyn. ***The Irrelevance of Direct Bankruptcy Costs to the Firm's Financial Reorganization Decision***. Journal of Empirical Legal Studies Volume 2, Issue 1, 151–169, March 2005

FOLADOR, Rafael; MENEGAT, Bruno. ***Da cobrança de créditos fiscais de empresas em recuperação judicial: custos, experiências internacionais e análise crítica da jurisprudência brasileira***. Revista da PGFN. Ano VII, nº 10, 2017

FRANÇA, Erasmo Valladão. Comentários ao artigo 35 da Lei 11.101/2005. In: PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

FREIRE, Emília Caetano. ***A Eficiência da Legislação de Falências em Portugal: um estudo comparado*** (dissertação de mestrado), Universidade do Porto, Porto, 2013

FREIRE, Paula Vaz. ***O comportamento econômico e o imperialismo da economia***. In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, v. 43, n. 1

FREITAS, Augusto Teixeira de. ***Esboço do código civil***. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983

FRIEDMAN, Milton. ***Capitalism and Freedom***. The University of Chivago Press. Chicago and London. 40ª anniversary edition. 2002

FOLLONI. André. ***Clareiras e caminhos do direito tributário: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges***. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011

FOLLONI, André; DIB, Natália Brasil. ***Função promocional do direito e as novas exigências da pesquisa científica em direito tributário***. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3ad9b2048e580655>. Acesso em 04/06/2019

FURTADO, Celso. ***O capitalismo global***. São Paulo: Paz e Terra, 1998

GALLO, Franco. ***Las Razones Del fisco. Ética y justicia em los tributos***. Traducción de José A. Rozas. Madrid: Marcial Pons, 2011

_____.. ***La Discrezionalità nel Diritto Tributário***. Revista de Direito Tributário. n.74, p.10. s/d

GALVÃO,Cláudia Andreoli; PEREIRA,Violeta de Faria. ***Empresas transnacionais (ETNs) e os países pobres: reflexões sobre a governança global***. Geosul, Florianópolis, v. 32, n. 63, p 7-48, jan./abr. 2017.

GIANNINI, Achile Donato. ***Diritto finanziario e scienza dele finanze***. Rivista Italiana di diritto finanziario, 1939

_____. ***Instituciones de Derecho Tributário***. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1957

GIOVANNI LO CASCIO. ***Il Concordato Preventivo***. 2ª ed., nº1, Milão, Giuffré, 1979

GODOI, Marciano seabra de. ***Os clássicos das finanças públicas e do direito financeiro e seu paulatino abandono pela ciência do direito tributário.*** In: Leituras clássicas de Direito Tributário. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo (coord). Salvador, Ed. JusPodivm, 2018

_____. ***Justiça, Igualdade e Direito Tributário***. São Paulo: Dialética, 1999

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. ***Direito Tributário nos Estados Unidos***. São Paulo: Lex, 2004

_____. Cortes Tributárias e execução fiscal nos Estados Unidos. **Revista das Procuradorias da Fazenda Nacional**, n.5, Brasília: Consulex, 2003

_____, **A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009

GONÇALVES, Leonardo Franke. ***Quanto Custam as Dificuldades Financeiras no Brasil?*** Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015

GRAU, Eros Roberto. ***O Direito Posto e o Direito Pressuposto***. São Paulo: Malheiros Editores, 2008
GRAU, Eros Roberto. ***Elementos de direito econômico***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981

_____. ***A ordem econômica na constituição de 1988. Interpretação e crítica***. 12ª ed. Editora Malheiros. São Paulo:2007

GRATZER, Karl; STIEFEL, Dieter. ***History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective***. Södertörns högskola. 2008

GRIZIOTTI, B. ***Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario***. Milano, 1956

GROSSI, Paolo. ***Primeira Lição de Direito***. Trad. de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006

GUTJAHR, Valéria. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães, LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. São Paulo: MP Editora, 2005

HANNAH, Arendt. ***O que é política?*** Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998

HABERMAS, Jurgen. ***Direito e democracia: entre faticidade e validade***. vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003
HART, Oliver**.** ***Different Approaches to Bankruptcy*****.** NBER Working Paper No. 7921. 2000

HEREMANS, Dirk; BOSQUET, Katrien. ***The future of law and finance after the financial crisis: new perspectives on regulation and corporate governance for banks***. University of Illinois law review. 2011

HESPANHA. Antônio Manuel. ***Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio***. Coimbra: Almedina, 2012

HESTCR, O., TOBIN, J., ed. ***Financial markets and economic activity***. New Yorlc John Willey & Sons. 1967

HICKS, John Richard. The theory of wages, Macmillan Co., New York, 1934. Trad. italiana La teoria dei salari, Torino, Utet, 1936

HOBBES, Thomas. ***Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil***. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983

HUNT, E.K. ***História do pensamento Econômico***. Trad. de José Ricardo Brandão Azevedo. 7ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo:Saraiva, 1998

JESSUA, Claude. ***Capitalismo***. Trad. William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011

JUDT, Tony. ***Um tratado sobre os nossos atuais descontentamentos***. Lisboa: Edições 70, 2012

JÚNIOR, Humberto Theodoro. ***Curso de Direito Processual Civil****.* 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000

JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento. ***Custos de falência na legislação falimentar brasileira***. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2014

JUSTEN FILHO. Marçal. ***Sistema Constitucional Tributário. Uma aproximação ideológica. Revista da Faculdade de Direito da UFPR***. Nº 30. Curitiba:1988

KALDOR,Nicholas. ***Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility***. Economic Journal The Economic Journal, Vol. 49, No. 195.1939

KELSEN, Hans. ***Teoria pura do direito***. São Paulo: Martins Fontes, 1994

KEYNES, J. M. **A tract on monetary reform. London**: Macmillan, 1971. (The Collected Writings of John Maynard Keynes, v. IV)

KERSTENETZKY, C. (abril, 2011). ***Democracia e Welfare***. Texto para Discussão nº 37. Centro de Estudos sobre desigualdade e desenvolvimento. Disponível em <http://www.proac.uff.br/cede/sites/default/files/TD37_2.pdf.< Acesso em 05/06/2019

KHAN, Mushtaq H.; STEPHANIE Blankenburg. ***The Political Economy of Industrial Policy in Asia and Latin America***. in Giovanni Dosi and Mario Cimoli, eds. Industrial Policy and Development. Oxford: Oxford University Press 2009

KIRSCHBAUM, Déborah. ***A recuperação judicial no Brasil. Governança, financiamento extraconcursal e votação no plano***. Tese de Doutorado. Universidade Federal de São Paulo, 2009

KHUN, Thomaz. ***A Estrutura das Revoluções Científicas***.São Paulo, Perspectiva, 1996.

KNIGHT, F. Risk, ***Uncertainty, and Profit***. Boston: Houghton Mifflin, 1921

KRUGMAN, Paul. ***A crise de 2008 e a economia de depressão***. Rio de Janeiro: Campus. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rep/v30n1/v30n1a12.pdf>. Acesso em 05/07/2019

LA PORTA, Rafael. ***The quality of government***. Journal of Law, Economic and Organizations. v. 15, 2001

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002

LAZEAR, Edward P. ***Economic Imperialism***. The Quarterly Journal of Economics, v. 115, .1, Feb. 2000

LUHMANN. N. ***Introdução à Teoria dos Sistemas***. Petrópolis: Vozes, 2009

_____. ***La ciencia de la sociedad***. Trad. Silvia Pappe; Luis Felipe Segura. Mexico: Universidad Iberoamericana. 1996

_____***.Sociologia do Direito I****.* Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983

_____. ***Confianza****.* México: Universidad Iberoamericana, 1996

LOBO, Jorge. ***Direito Concursal***. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998

_____. ***Da Recuperação de Empresa no Direito Comparado***. Lumen Juris, 1993

LOBO, Ricardo Torres. ***Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008

LOPES, Bráulio Lisboa; MOREIRA, Amanda Teixeira Fábio. ***O IVA como mecanismo de dissolução da guerra fiscal e densificação dos direitos fundamentais***. In: Congresso do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC MINAS. ***Anais do***

Congresso de 20 anos do PPGD. POLI, Leonardo Macedo et al. (Org.). Editora RTM, 2019

LOPES, Bráulio Lisboa. ***Falência e Recuperação de Empresas: análise econômica e tributária***. Belo Horizonte: D'plácido, 2016

_____. ***Aspectos Tributários da Falência e Recuperação de Empresas***. São Paulo: Quartier Latin, 2008

_____. **A preservação da empresa e sua função social – aspectos econômicos**. Revista MPMG Jurídico. Vol. 09. Belo Horizonte, 2007

LORENZETTI, Ricardo Luis. ***Fundamentos do Direito Privado***. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. Revista dos Tribunais, 1998

MACHADO, Celso Cordeiro. ***Tratado de Direito Tributário Brasileiro. Garantias, Preferências e Privilégios do Crédito Tributário***. v. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1984

MACHADO, Elizabeth Guimarães***. Análise dos objetivos da atividade empresarial e a prática da responsabilidade social corporativa***. Dissertação de Mestrado. Universidade de Itaúna, 2007

MACHADO, Hugo de Brito. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. vol. III. São Paulo: Atlas, 2005

_____. ***Curso de Direito Tributário***. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

_____. ***Transação e arbitragem no âmbito tributário***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008

_____. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa. ***Revista Dialética de Direito Tributário***. Nº 120. Set/2005

MADDISON, Angus. ***Phases of capitalist development***. Oxford and New York: Oxford University Press, 1982

MARCHESELLI, Alberto. ***Lê Procês Fiscal equitable em Italie. Actualité et Perspectives***. Revue Française de Finances Publiques. 2003

MARINS, Vinicius. ***Desconfiança sistêmica e praticidade no Direito Tributário Brasileiro***. Libertas - Revista de Ciências Sociais Aplicadas , v. 2, p. 61-76, 2011

MARTINO, Paolo Di. ***The Historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up to 1939: Determinants of Institutional Change and Structural Differences***. In GRATZER, Karl; STIEFEL, Dieter. ***History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective***. Södertörns högskola. 2008

MEDAUAR, Odete. ***O direito administrativo em evolução***. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo:RT, 2003

_____. ***Direito Administrativo Moderno***. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MELO FILHO, João Aurino de. **Racionalidade Legislativa do Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2018

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo.*** 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. ***Curso de Direito Administrativo.*** São Paulo: Malheiros, 2014

MELLO. Marcelo Pereira de. ***A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Lhumann e Teubner***. Tempo soc. São Paulo, v.18.n.1, junho de 2006

MERCURO, N. MEdeMA, S.G. ***Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond***. 2nd. Ed. Princeton: Princeton University Press, 2006

MESURINI, Mauricio da Costa. ***O Estado interventor no Brasil e seus reflexos no direito público (1930-1964)***. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. 2016

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***O direito administrativo no século XXI***. Belo Horizonte: Fórum, 2018

_____. ***Quatro Paradigmas do Direito administrativo Pós-Moderno:legitimidade, finalidade, eficiência, resultados***. Belo Horizonte: Fórum, 2008

MOREIRA, Vital. ***A ordem jurídica do capitalismo***. Centelha, Coimbra, 1973

MUELLER, Dennis C. ***The Virginia School and Public Choice***. Virginia Political Economy Lecture Series. Fairfax: George Mason University, 1984

MUNHOZ, Eduardo Secchi. In SOUZA JUNIOR, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MUSGRAVE, Richard. ***The Theory of public finance***. New York: McGraw-Hill Book Company, 1959

NABAIS, José Casalta. ***O dever fundamental de pagar tributos***. Ed. Almedina, 2009

NAGEL, Thomas; MURPHY, Liam. ***O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça***. São Paulo: Martins Fontes, 2005

NEVES. Rômulo Figueira. ***Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Lhumann***. Dissertação. Sociologia. USP. 2005

NEUMARK, Fritz. ***Princípios de la Imposición***. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974

NORTH, D. ***Institutions, Institutional Change and Economic Performance***, Cambridge: Cambridge University Press. 1990

O'HARE, John; BROWNE, Kevin. ***Civil Litigation***. 14.ed. London: Thomson Reuters, 2009

OKUN, A. ***Monetary policy, debt management, and interest rates: a quantítative appraisal***. In: HESTCR, O., TOBIN, J., ed. ***Financial markets and economic activity***. New Yorlc John Willey & Sons. 1967

OLIVEIRA, Júlio M. de; PEREIRA, André Luiz dos Santos. ***Do Federalismo Dualista ao Federalismo de Cooperação – A Evolução dos Modelos de Estado e a Repartição do Poder de Tributar***". In: deRZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes: Estado Federal e Tributação – Das origens à crise atual. Vol I, Ed. Arraes. 2015

OLIVEIRA, Rayneider Brunelli Fernandes. ***A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA A SERVIÇO DA CONSENSUALIDAde E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: aspectos polêmicos sobre a viabilidade da transação tributária em face dos princípios constitucionais do Direito Administrativo***. REVISTA DA FACULDAde de DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

OLSON, Mancur. ***A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais***. São Paulo: Edsup, 1999

PARETO, Wilfredo. ***Manual de Economia Política***. Trad. de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural,1984

PEIXOTO, Daniel. ***Competência administrativa na aplicação do direito tributário***. São Paulo: Quartier Latin, 2006

PEIXOTO, Marcelo Magalhães, LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. ***Comentários ao Código Tributário Nacional***. São Paulo: MP Editora, 2005

PEREIRA, Caio Mário da Silva. ***Instituições de direito civil***. Vol. 03. 11ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2003

PERIN JUNIOR, Ecio. ***Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresa***. 3ª ed., São Paulo: Método, 2006

PERLINGEIRO, Gabriel. ***As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a administração pública***. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017

PIKETTY, Thomas. ***A economia da desigualdade***. Tradução André Telles. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015

_____. ***Brasil não cresce se não reduzir sua desigualdade***, diz Thomas Piketty**.** São Paulo: Folha de São Paulo Digital, 28 set. 2017. Entrevista concedida à Ricardo Balthazar. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1922435-brasil-nao-cresce-se-nao-reduzir-sua-desigualdade-diz-thomas-piketty.shtml>. Acesso em 28 ago. 2018

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. ***Direito, Economia e Mercados***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

PONTES de MIRANDA. ***Tratado de Direito Privado***. Parte Especial. Tomo XXVII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Bookseller, 2003

PONTES, Oswando Othon de et al. (coord). ***Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso***. Belo Horizonte: Fórum, 2008

POPPER, Karl R. ***A lógica da pesquisa científica***. São Paulo: Cultrix, 1972

POSNER, Richard. ***Economic Analysis of law***. Austin: Wolters Kluwer Law & business, 2007

_____. ***The Problems of Jurisprudence****.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1990

_____. ***Problemas de filosofia do direito***. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____. ***Economia da Justiça***. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRATES, Lincoln. ***Manual de direito comercial***. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1954

PROENÇA, José Marcelo Martins. In SOUZA JUNIOR, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes(coord). ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

QUESNAY, François. ***Quadro Econômico dos fisiocratas***. Trad. de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1988

QUINTANA, V. Linares. ***Tratado de Interpretación Constitucional***. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998

RATHENAU, Walther. ***Do sistema acionário – uma análise legal***. In: LAUTENSCHLEGER JR, Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra:"A teoria da empresa em si". Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. N.128. Outubro/Dezembro de 2002

REALE, Miguel. ***Cinco temas de culturalismo***. São Paulo: Saraiva, 2000

REIS, José. Estado e mercado: ***Uma perspectiva institucionalista e relacional***. Revista Crítica de Ciências Sociais n. 95. 2011

REQUIÃO, Rubens. Conferência proferida pelo autor no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, em 08.03.1974. Publicado na ***Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*** nº 14, de 1974

RICARDO, David. ***Princípios de Economia Política e Tributação***. Trad. de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural, 1982

ROCHA, Eduardo Morais de. ***A praticidade como sinônimo de desconfiança e as margens de lucro fixas nos preços de transferência.*** Rev. SJRJ. Rio de Janeiro, v.19, n.33, p. 68-87. Abril de 2012

RODRIGUES, Frederico Viana. ***Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro***. In: ***Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro***. Ano XLIV, nº 138, abril-junho de 2005

RODRIGUES de CASTRO, Eduardo Moreira Lima. ***Tributação e Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumento de justiça fiscal.*** Curitiba: Juruá, 2016

RODRIGUES, Silvio. ***Direito civil***. Vol. 03. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

ROMANELLI-GIMALDI. ***Metodologia del derecho financeiro***. In: Revista de derecho financeiro y Hacienda Pública. Madrid, 1961

ROMANO, Santi. ***Frammenti di um dizionario giuridico***, ***verbeti Organi***. Editore:Giuffrè, 1983

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. ***Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário***. 17ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ROSANVALLON, Pierre. ***La crise de lEtat-providence***. Paris: Editions du Seuil, 1981

SAINZ de BUJANDA, Fernando. ***La enseñanza del derecho tributario a universitarios, a funcionarios y a contribuyentes***. Madrid: Asociación Española de Derecho Financiero, 1965

SALOMÃO FILHO, Calixto. ***Recuperação de empresas e interesse social***; in: SOUZA JUNIOR, Francisco;PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. ***Comentários à lei de recuperação de empresas e falência***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. ***Fundamentos de derecho administrativo***. Madrid: Centro de Estúdios Ramón Areces, 1991

SANTOS, Paulo Penalva. ***Aspectos relevantes da nova lei de falências e de recuperação de empresas***. Revista Jurídica. Curitiba: Fonte do direito, n. 353, março 2007

SARMENTO, Daniel (organizador). Interesse Público versus Interesse Privado: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

SCHUMPETER, Josef. Alois. ***Teoria do desenvolvimento econômico***. Tradução de Maria Silvia Possas. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997

_____. ***Capitalisme, socialisme et démocratie***. Paris: Payot. 1951

SCHWANCA, Cristiane. **Administração Pública Consensual*: A transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos***. Dissertação de mestrado. Faculdades Integradas do Brasil. Curitiba, 2009

SEN, Amartya. ***Desenvolvimento como liberdade***. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010

SILVA, De Plácido e. ***Vocabulário Jurídico***. 17ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 16ª ed., Malheiros, 1999

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. ***Direito Tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

SKEEL JUNIOR, David A. ***Debt´s Dominion. A history of bankruptcy law in America***. New Jersey: Princeton University Press, 2001

SKOUSEN, Mark. ***The big three in economics: Adam Smith, Karl Marx and Jhon Maynard Keynes***. New York: M.E. Sharpe, 2007

SMITH, Adam. ***An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations***. (1776). Hertfordshire:Wordsworth, 20

_____. SMITH, ADAM. ***Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações***. 1776

SOUZA, Rubens Gomes de. ***Ideias Gerais para uma concepção unitária e orgânica do processo fiscal***. Revista de Direito Administrativo, n.34. p.37.1953

SPISSO, Rodolfo R. El control judicial de constitucionalidade em el processo tributário. ALTAMIRANO, Alejandro C. (coord). **El procedimento tributário**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

STIGLER, G. J. ***Law or economics?*** Journal of law and economics. Chicago, v.35. n.2. 1992

STIGLITZ, Joseph E. ***The Multinational Corporation***. In: Making globalization work. 2006

STELZER, Joana. GONÇALVES, Everton das Neves. ***O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito***. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics. Association (ALACde) Annual Papers. University of California, Berkeley. 2007

STONE, Mark R. ***Corporate Sector Restructuring. The role of government in times of a crisis***. International Monetary fund. 2002

SUNDFELD, Carlos Ari. ***Fundamentos de Direito Público***. 4º ed. 7º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006

_____. ***Direito Administrativo para céticos***. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

SZTAJN, Rachel. ***Teoria Jurídica da Empresa. Atividade empresária e mercados***. São Paulo: Atlas, 2004

TAVARES, André Ramos. ***Paradigmas do Judicialismo Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 2012

TEODOROVICZ, Jéferson. ***História disciplinar do Direito Tributário Brasileiro***. São Paulo: Quartier Latin, 2017

TEUBNER, Gunther. ***O direito como sistema autopoiético***. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993

_____. ***How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law***. Law & Society Review. V.23, n.5, 1989

_____. ***The king´s many bodies: the self-deconstruction of law´s hierarchy***. Law & Society Review, v.31, n.4, 1997

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. ***Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva***. São Paulo:Malheiros, 2002

TORRES, Heleno Taveira. ***Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários***. In: SARAIVA FILHO, Oswando Othon de Pontes et al. (coord). ***Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso***. Belo Horizonte: Fórum, 2008

TURRONE, Constantino Bresciani. ***Introduzione allá Política Econômica***. Torino: Giulio Einaudi, 1942

VALVERde, Trajano de Miranda. ***Comentários à Lei de Falências***. v. I, 3ª ed., São Paulo: Forense, 1962

VARNEROT, Valérie. ***Entre essentialisme et existentialisme de la théorie dês sources:lês sources non formelles du droit fiscal.*** In: L'Impot. Archives de Philosophie du droit. Tome 46. Paris: Dalloz. 2002

VELOSO, Igor Vallinote. ***Estado, Empresariado e Política Industrial: O caso das políticas Industriais brasileiras no período 2004-2014***. Revista Multiface. Belo Horizonte. Vol. 06, nº 01. 2018

VENY, Ludo et al. ***Mediation in Belgian Administrative Practice, with Special Focus on Municipal Administrative Sanctions and Urban Planning***. *Mednarodna revija za javno upravo [International Public Administration Review]*, Ljubljana, v. XII, n. 2−3, p. 166, February 9, 2015

VILANOVA, Lourival. ***As estruturas lógicas do direito positivo***. 3ª ed. Ed. Noeses, 2005

WAGNER, Adolph. "***Speech on the Social Question***" (abridged), in Donald O. Wagner, ed. *Social Reformers. Adam Smith to John Dewey.* New York: Macmillan. 1939

WEBER, Max. ***Economía Y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva***. Trad. José Medina Echavarriá et al. México: Fondo de Cultura Económica. 1964

WESTBROOK, Jay Lawrence. ***The control of wealth in bankruptcy***. In Law and Economics Working Paper. N. 23. The University of Texas School of Law, mar. 2004

WICKSELL. Knut. ***A new principle of just taxation***. 1896. Traduzido por MUSGRAVE, Richard et PEACOCK, A.T. 1958

WILLIAMSON, Oliver. E. ***The New Institucional Economics. Taking Stock, Looking Ahead***. Journal of Economic Literature, v. XXXVIII, 2000

ZILVETI, Fernando Aurélio. Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva. São Paulo: Quartier Latin, 2004

ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. ***Direito e Economia. Análise Econômica do Direito e das organizações***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005