

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

MARA DENISE POFFO WILHELM

**O PEDIDO DE FALÊNCIA PELO FISCO E O CONFLITO COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

BRASÍLIA

2022

MARA DENISE POFFO WILHELM

**O PEDIDO DE FALÊNCIA PELO FISCO E O CONFLITO COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Projeto de Qualificação de Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Celso de Barros Correia Neto e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2022

MARA DENISE POFFO WILHELM

**O PEDIDO DE FALÊNCIA PELO FISCO E O CONFLITO COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Projeto de Qualificação de Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Celso de Barros Correia Neto e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

12/12/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Celso de Barros Correia Neto

Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof^a. Dr^a. Cristiane Coelho Galvão

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Membro Interno

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira

Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA

Membro Externo

Dedico à minha família sempre presente e torcendo pelas minhas conquistas,
especialmente ao meu esposo, sócio, amigo e parceiro de jornada, Alcides,
pelo incentivo, conselhos e apoio incondicional.

Às minhas filhas Júlia e Luiza, razões da minha vida, amor sem fim, minha luta
diária é por vocês e para vocês, por isso, desculpem minhas ausências.

A meus pais, José e Lurdes, minha base e meu amor eterno.

Agradecer sempre, irradiar amor e sabedoria, transformar o mundo!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, pela graça da vida recebida de DEUS, e sua benção diária para superar os desafios.

Ao Professor Doutor Celso de Barros Correia Neto, que me acolheu como orientanda, e muito contribuiu através de seus conselhos para o avanço das pesquisas, podendo afirmar que é um grande profissional e referenciado a ser seguido e admirado.

Aos Professores Doutores Cristiane Coelho Galvão e Francisco Cardozo Oliveira, que gentilmente aceitaram meu convite para membros da banca avaliadora, cujas contribuições foram essenciais para a melhoria do referido estudo.

Ao IDP, pela seriedade e eficiência na condução e formatação do curso, pela escolha de seu corpo docente de altíssimo nível, razão pela qual tem o reconhecimento da sua excelência na área do Direito Constitucional.

Aos Professores do Mestrado, por toda a dedicação, paciência, troca de experiências e conhecimentos transmitidos, com a certeza de que a missão foi cumprida.

À Secretaria do Mestrado, que sempre esteve disponível para atender nossas solicitações e resolver nossos problemas.

E, por fim, às amizades realizadas durante o curso, limitadas a contatos e salas virtuais, e por isso não pudemos compartilhar longas conversas e confraternizações, mas ficou a parceria e o desejo de conhecer pessoalmente um a um, afinal, desfrutamos de grandes debates e muito aprendizado nesse período.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira
de pensar, não seremos capazes de resolver
os problemas causados pela forma como nos
acostumamos a ver o mundo”

(Albert Einstein)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo identificar se o pedido de falência realizado pelo Fisco para as empresas em recuperação judicial apresenta conflito com os direitos fundamentais, eis que este, na qualidade de Estado, tem deveres para a garantia da ordem econômica e para prover o desenvolvimento social, o que está ligado intrinsecamente com a proteção e a preservação das empresas e a sua função social. Quando uma empresa está em comprovada crise econômico-financeira, dispõe do instituto da recuperação judicial para buscar socorro judicial junto aos seus credores para uma negociação coletiva de seu passivo. A alteração introduzida pela Lei n.º 14.112/2020 reafirmou a necessidade da apresentação das certidões negativas de débitos para a concessão da recuperação judicial, pois o Estado viabilizou a possibilidade para o parcelamento especial dos débitos federais por meio da transação tributária. A legislação mencionada regulamentou que é facultado ao Fisco, na hipótese de descumprimento do respectivo parcelamento, requerer a falência do devedor em recuperação inadimplente. A partir deste marco legal, passa-se a questionar a atuação do Fisco para esclarecer o tratamento dado pelas dívidas tributárias neste processo e as respectivas exigências para a obtenção das certidões negativas, dentre elas a adesão à transação tributária. Em que pese haver benefícios para as empresas que aderirem, como descontos de multas e juros e um elastecimento do prazo de pagamento para algumas modalidades de tributos, e a possibilidade de utilizar prejuízos acumulados, pondera-se as consequências das adesões, bem como os respectivos efeitos legais no caso de descumprimento, tanto para o fisco como para a recuperanda. A metodologia aplicada à pesquisa é dedutiva, com análise da doutrina sobre a Lei n.º 11.101/2005, e os princípios e preceitos constitucionais, dos quais se constatou que houve transgressão ao princípio da proporcionalidade, da isonomia e da preservação da empresa. Nesse contexto, identificou-se que a possibilidade de requerer a falência pelo Fisco preenche os requisitos de sanção política, vedado pelo ordenamento jurídico, eis que tem o objetivo de coagir o contribuinte para o pagamento dos tributos, equiparando de forma indiscriminatória o devedor em recuperação judicial com o devedor contumaz, sendo que este, pelas consequências danosas de sua atuação é que deveria ser extirpado do mercado, mas não a empresa que busca a ajuda judicial e tenta recuperar-se por meio do processo recuperacional. As consequências econômicas da referida legislação e os seus efeitos foram mensurados, afinal o Estado edita normas tributárias e muitas delas podem influenciar diretamente no problema do endividamento tributário das empresas, razão pela qual o Estado tem o dever de dar condições para esse soerguimento, em proteção aos princípios fundamentais.

Palavras chave: Recuperação Judicial; Inadimplência Fiscal; Pedido de Falência, Sanções Políticas, Princípios Fundamentais.

ABSTRACT

The present study aims to identify whether the bankruptcy application made by the tax authorities for companies in judicial recovery conflicts with fundamental rights, and this, as State, has duties to guarantee the economic order and to provide social development, which is intrinsically linked to the protection and preservation of companies and their social function. When a company is in proven economic and financial crisis, it has the institute of judicial recovery to seek legal aid from its creditors for a collective bargaining of its liabilities. The amendment introduced by Law No. 14.112/2020 reaffirmed the need to present negative certificates of debts for the granting of judicial recovery, because the State enabled the possibility for the special installment of federal debts through the tax transaction. The legislation mentioned regulated that it is permitted to the tax authorities, in the event of non-compliance with the respective installment, to apply for bankruptcy of the debtor in default recovery. From this legal framework, it begins to question the performance of the tax authorities to clarify the treatment given by the tax debts in this process and the respective requirements for obtaining negative certificates, including the adhering to the tax transaction. Despite the fact that there are benefits for the companies that adhere, such as discounts of fines and interest and a spread of the payment period for some types of taxes, and the possibility of using accumulated losses, the consequences of the seizures, as well as the respective legal effects in the event of non-compliance, both for the tax authorities and for the recovering, are considered. The methodology applied to the research is deductive, with analysis of the doctrine on Law No. 11,101/2005, and the constitutional principles and precepts, which found that there was transgression to the principle of proportionality, isonomy and preservation of the company. In this context, it was identified that the possibility of filing for bankruptcy by the tax authorities meets the requirements of political sanction, sealed by the legal system, that is the objective of coercing the taxpayer for the payment of taxes, indiscriminately equating the debtor in judicial recovery with the defaulter debtor, and this, by the consequences harmful of its performance is that it should be excised from the market, but not the company that seeks legal help and tries to recover through the recovery process. The economic consequences of this legislation and its effects were measured, after all the State publishes tax rules and many of them can directly influence the problem of corporate tax indebtedness, which is why the State has a duty to give conditions for this upheavement, in protection of fundamental principles.

Keywords: Judicial Recovery; Tax Default; Bankruptcy Filing; Political Sanctions; Fundamental principles.

LISTA DE IMAGENS

Figura 1 - Curva de Laffer	34
Figura 2 - Taxa de Recuperação de Ativos.....	43
Figura 3 - Variáveis e Coeficientes Gerais do Modelo	99

LISTA DE SIGLAS

ABJ	-	Associação Brasileira de Jurimetria
AED	-	Análise Econômica do Direito
CADE		Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CARF	-	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CC	-	Código Civil
CND	-	Certidão Negativa de Débitos
CPC/15	-	Código de Processo Civil
CPF	-	Cadastro de Pessoas Físicas
CTN	-	Código Tributário Nacional
Dje	-	Diário de Justiça Eletrônico
ETCO	-	Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial
LF	-	Lei de Falências
LREF	-	Lei de Recuperação de Empresas e Falências
MP	-	Medida Provisória
OCDE	-	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PGFN	-	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PIB	-	Produto Interno Bruto
REFIS	-	Programa de Recuperação Fiscal
REsp	-	Recurso Especial
SAF	-	Sociedade Anônima de Futebol
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
STF	-	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O ESTADO E O DEVER CONSTITUCIONAL DE GARANTIR A ORDEM ECONÔMICA E DE PROVER O DESENVOLVIMENTO SOCIAL	15
1.1 O TRABALHO COMO DIGNIDADE HUMANA.....	16
1.2 A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA E O DESENVOLVIMENTO DO AMBIENTE NEGOCIAL.....	18
1.3 A PROTEÇÃO E A PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS	24
1.3.1 Os Tributos e a sua Correlação com a Preservação das Empresas.....	27
1.4 A FUNÇÃO DOS TRIBUTOS, DO ESTADO E DOS CONTRIBUINTE	30
2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – MEDIDA DE PROTEÇÃO À EMPRESAS EM COMPROVADA CRISE FINANCEIRA	38
2.1 A NORMA RECUPERACIONAL – OS OBJETIVOS E A QUEM SE DESTINA	39
2.1.1 Algumas atividades que pleitearam o Reconhecimento da Equiparação da Atividade Empresarial.....	43
2.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O DIREITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	46
2.3 A COMPOSIÇÃO DAS DÍVIDAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	48
2.4 OS EFEITOS E AS CONSEQUÊNCIAS DAS DÍVIDAS NÃO SUJEITAS AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	51
2.5 A EXIGÊNCIA DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS	53
3 A LEI Nº 14.112/2020 E A MUDANÇA NO TRATAMENTO DAS DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS	58
3.1 OS TRIBUTOS E O SEU TRATAMENTO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	58
3.2 A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA	61
3.3 PONTOS CONTROVERTIDOS DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA.....	66
3.4 A FALÊNCIA REQUERIDA PELO FISCO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	71
4 A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO PEDIDO DE FALÊNCIA PELO FISCO DAS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL	76
4.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SUA IMPORTÂNCIA	77
4.2 PROPORCIONALIDADE, ISONOMIA E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA .	79
4.2.1 A Recuperação Judicial e os Impactos do Pedido de Falência.....	85
4.3 AS SANÇÕES POLÍTICAS E O DEVEDOR CONTUMAZ	87
4.3.1 O Devedor Contumaz e as suas Principais Características.....	90
4.4 ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA DO PEDIDO DE FALÊNCIA PELO FISCO.....	95
5 CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

Por muitos anos o Brasil teve um sistema recuperacional e falimentar que não supria os anseios das empresas, principalmente sob a vigência do Decreto-Lei nº. 7.661/1945, o qual vigorou por aproximadamente 60 anos.

A renovação deste instituto ocorreu a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005 e, apesar de apresentar um ordenamento rígido, em especial no tocante às questões processuais, inovou ao permitir que o devedor e os credores possam pactuar, negociar e reestruturar para que seja possível a recuperação da empresa em dificuldade financeira. As questões são expostas por via do plano de recuperação judicial e discutidas, alteradas e aprovadas na assembleia geral de credores.

Essa legislação recuperacional foi uma resposta do Estado aos empresários em crise econômico-financeira, de modo que estes pudessem ter uma oportunidade de salvar seus negócios, desde que preenchessem requisitos quanto ao tipo societário da empresa, sobre tempo de exercício da atividade empresarial, estivessem em plena atividade empresarial, visando preservar os empregos e salvaguardar os interesses dos credores.

O Estado tem um papel fundamental no desenvolvimento nacional mediante a instituição de boas políticas públicas, zelar pela ordem econômica e propiciar às empresas que possam instalar-se e desenvolver-se por serem fontes essenciais na geração de empregos e de renda.

A compreensão das obrigações e dos deveres constitucionais do Estado, a pontuar pela instituição de carga tributária justa e adequada, também é uma das formas para propiciar que as empresas desenvolvam-se, e possam dar a contrapartida, ou seja, recolher os tributos aos cofres públicos para estes poderem cumprir com as suas obrigações.

Percebe-se que para a harmonia dessa relação (Estado e empresas), a palavra equilíbrio é primordial para que o ambiente negocial seja próspero; quanto mais forte a economia e as empresas, mais tributos são gerados e arrecadados e, em contrapartida, mais recursos o Estado possuirá para administrar as obras públicas, o funcionalismo, a manutenção das escolas, a gestão do sistema de saúde, a segurança e assim sucessivamente.

Em que pese a Lei nº 11.101/2005 viger há mais de quinze anos, enfrenta desafios, principalmente pelos inúmeros interesses das mais diversas atividades

empresariais, credores e de operações que são envolvidas, algumas com alto grau de complexidade e risco.

Em virtude do exposto, foram necessários ajustes para sanar eventuais obscuridades ou ilegalidades, seja por meio de emendas legislativas ou pelo crivo do Judiciário por meio de decisões.

Um dos temas polêmicos dessas alterações foi introduzido pela Lei nº14.112/2020, e relaciona-se com as dívidas tributárias, além de reforçar a obrigatoriedade da sua regularização, o que sujeita o inadimplente em recuperação judicial a ser decretada a sua falência a pedido do fisco.

Os tributos, desde a edição originária da norma recuperacional, independente da esfera federal, estadual ou municipal, jamais foram sujeitos ao processo recuperacional, tampouco foram objeto de negociação junto ao fisco, exceto pela tímida disposição legal da obrigatoriedade de ofertar tratamento diferenciado para as empresas nessa situação.

O tratamento diferenciado relativo aos tributos previsto pela normal recuperacional não é uma simples benesse do Estado, mas uma obrigação, pois está em consonância com os preceitos constitucionais para o desenvolvimento de um ambiente negocial, a superação das crises, quer sejam estas de âmbito nacional ou internacional, bem como proteger as empresas ao dar-lhes um tratamento isonômico.

Os parcelamentos instituídos em diversos momentos históricos ao longo dos tempos, a salientar pelos conhecidos refinanciamentos de dívidas – Refis, beneficiaram indistintamente todas as empresas, mediante generosos prazos e descontos, independente das empresas que se declaravam em situação especial ou que requeriam a proteção pelo processo de recuperação judicial.

Apesar de não haver a contrapartida do Estado no quesito de regularização das dívidas tributárias para as empresas em recuperação judicial, sempre houve obrigação expressa para a homologação do plano de recuperação judicial, a apresentação das certidões negativas.

A exigência das certidões negativas por conta da falta da implementação de parcelamentos adequados fora suprimida pelo Judiciário para a homologação do plano, porém, a iniciar-se a implementação de parcelamentos a partir da Lei nº 13.988/2020 e posteriores alterações, introduziu-se a transação tributária, um novo entendimento que passou a prevalecer no Judiciário, de que agora devem ser apresentadas as certidões negativas. Importa destacar se a transação tributária

abrange apenas débitos tributários federais, e que para a ampla regularidade fiscal seriam necessários parcelamentos especiais em todos os Estados-membros brasileiros, e também nos mais de 5.000 municípios, fato este que se desconhece existir.

O novo dispositivo legal introduzido pela Lei nº 14.112/2020, por meio do qual o fisco poderá requerer a falência de empresas em recuperação judicial e inadimplentes com os seus parcelamentos fiscais, reacendeu-se o debate dos efeitos legais desse dispositivo.

A inconstitucionalidade da Lei nº 14.112/2020 é um dos temas a averiguar nesta pesquisa. O Estado, diante de seus deveres de proteção à empresa em declarada situação especial, teria o condão de cercear a continuidade de suas atividades?

O Estado impõe regras rígidas no parcelamento em vigor, sob o nome de transação tributária, as quais as empresas não tem o condão de questionar. Devem aderir e confessar os seus débitos, independente de constituídos ou não, e sujeitar-se aos seus efeitos, apenar de não haver nenhuma avaliação técnica de que é factível de ser cumprido, eficaz e suficiente para auxiliar as empresas em crise. Indaga-se se o Estado, neste contexto, estaria cumprindo os seus deveres constitucionais junto a essas empresas, com tratamento diferenciado e especial, propiciando oportunidade de regularização ou estaria por meio de coação com risco de pedir falência, de exigir o recolhimento de seus tributos

A presente pesquisa é averiguar se a Lei nº 11.101/2005, Art. 73, Inciso V, nesse dispositivo é constitucional, e conseqüentemente se o Estado pode requerer a falência de empresas inadimplentes fiscais, e que estão em recuperação judicial, tem legitimidade ou fere direitos constitucionais. Ressalta-se que estas empresas buscaram o tratamento diferenciado, previsto constitucional e infraconstitucionalmente (recuperacional). A atual legislação atribui tratamento legal mais oneroso às empresas em recuperação judicial do que o tratamento concedido a outras empresas que não buscaram a proteção, apesar de inadimplentes fiscais, mas não se sujeitam à falência motivada pelo Fisco.

A metodologia adotada neste estudo é dedutiva, mediante análise bibliográfica e documental, a partir da verificação da legislação vigente, mediante a apreciação de obras de doutrinadores sobre temas relacionados, artigos, notícias, jurisprudência,

súmulas e leis, entre outros, que contribuam para identificar se há inconstitucionalidade sobre o tema apresentado.

1 O ESTADO E O DEVER CONSTITUCIONAL DE GARANTIR A ORDEM ECONÔMICA E DE PROVER O DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Este capítulo contextualiza alguns princípios constitucionais que, no decorrer do estudo sobre a possível inconstitucionalidade do pedido de falência pelo Fisco para as empresas em recuperação judicial, serão confrontados com os objetivos da norma.

Ressalta-se a amplitude e a abrangência dos direitos fundamentais para que a vida em sociedade seja próspera e digna a todos, em que se inclui o direito das empresas e dos cidadãos.

Ao mencionar a vida em sociedade, destaca-se que não são somente direitos, há obrigações a serem cumpridas tanto pelo Estado quanto pelos cidadãos e empresas, em que o papel de cada agente é fundamental para a prosperidade de todos.

Os direitos fundamentais são uma conquista da humanidade. Não basta existir a sua previsão apenas no papel, eles devem ser efetivados no cotidiano dos cidadãos e melhorados.

O direito ao trabalho como dignidade humana é um exemplo de direitos fundamentais. Garantir a livre iniciativa e a liberdade para o trabalho, além de prerrogativas, geram expectativas para melhorar as condições de vida dos trabalhadores e de seus familiares, não apenas como subsistência, mas também para proporcionar o seu crescimento e bem estar.

Aas empresas têm um papel relevante no desenvolvimento da economia de um país, pois são geradoras de emprego, de riquezas e de tributos. Para se desenvolverem necessitam que haja um ambiente negocial favorável, segurança jurídica e normas que regulamentem essas relações, as quais podem ser ilustradas pela proteção contra abusos por poder econômico, medidas de incentivo ao produto nacionalizado e uma tributação justa.

As empresas têm prerrogativas para serem preservadas e protegidas em consonância aos princípios constitucionais, pois dentre as suas diversas funções anteriormente mencionadas está a função de recolher tributos aos cofres públicos, dos quais o Estado beneficia-se, pois por meio da sua arrecadação gerencia a sua distribuição e pode realizar as suas funções. Portanto, decorre de seu interesse fomentar as atividades econômicas e por consequência aumentar a arrecadação para a melhoria de suas funções.

Tece-se no presente capítulo uma correlação entre os direitos fundamentais e a essencialidade das empresas na sociedade, bem como o papel que o Estado deve desempenhar na sua proteção. Uma das medidas mencionadas é o instituto recuperacional, que visa dar tratamento diferenciado à empresa que está em crise, permitindo a sua recuperação.

1.1 O TRABALHO COMO DIGNIDADE HUMANA

A Constituição da República Federativa do Brasil atentou-se em assegurar o trabalho (art. 5º, XIII), a sua liberdade e valorização (Art. 170) para que seja garantida uma vida digna das pessoas e de suas famílias.

O pleno exercício do direito ao trabalho é uma das formas de conferir o direito da dignidade da pessoa humana e é transformador para o meio em que vive, segundo extrai-se do pensamento de Eros R. Grau¹, ao referir-se ao tratamento dado da Constituição de 1988² (Art. 1º), e pela estabilização e desenvolvimento da ordem econômica. Deve-se assegurar a todos, a existência digna e valorizar o trabalho humano, que é fundamental para esse objetivo.

Os preceitos constitucionais elegeram como direito fundamental os valores sociais do trabalho e a sua livre iniciativa, assim como a liberdade para o trabalho (Art. 5, Inciso XIII)³. A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, o que assegura o direito de busca ao pleno emprego (Art. 170, Inciso VIII)⁴.

¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 192/193.

² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2022).

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. (BRASIL, 1988).

⁴ “Art. 170º: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII - busca do pleno emprego”. (BRASIL, 1988).

Na contemporaneidade, o desafio é a promoção do trabalho que atenda às expectativas mínimas para que o trabalhador possa desenvolver-se e evoluir, não apenas lhe fornecendo as condições mínimas de subsistência, mas a busca da dignidade humana e a sua valorização profissional e pessoal.

O trabalho, sob o enfoque econômico, pressupõe a existência de empregadores, que investem os seus recursos na constituição de empresas e utilizam a mão de obra além dos equipamentos e insumos. Quanto mais fortalecidas forem as empresas, maiores as expectativas de gerar e proporcionar condições favoráveis e dignas de trabalho.

É imprescindível que se editem normas legais balizadoras e estruturais para que os negócios e as empresas possam existir e desenvolver-se, bem como que se propicie o desenvolvimento da ordem econômica. É dever do Estado fomentar e dar segurança jurídica, mediante respeito às liberdades e princípios norteadores.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵, tanto a livre iniciativa como a valorização do trabalho humano são fundamentos. A livre iniciativa conjuga ausência de impedimentos e expansão da liberdade. O Autor esclarece também que “não há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes”.

Nessa senda, o trabalho também abrange a iniciativa de empreender, produzir, inventar, gerar de alguma forma riqueza para si fruto de sua criação; afinal, em uma sociedade capitalista moderna, no pensamento de Eros Grau⁶, peculiariza-se na medida em que o trabalho recebe proteção não apenas filantrópica, mas também politicamente racional, pois titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, e o capitalismo moderno pretende uma composição entre ambos.

Aliado à prerrogativa de que o trabalho digno colabora com a busca incessante pela dignidade humana, o papel do Estado é propiciar um ambiente comercial para que aumente a geração de emprego e de trabalho, buscando dar as condições para que as empresas cresçam e multipliquem as ofertas para os cidadãos.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. **O Estado de São Paulo** (4 de junho de 1989).

⁶ GRAU. 2017. *Ibid.*, p. 194

1.2 A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA E O DESENVOLVIMENTO DO AMBIENTE NEGOCIAL

A constitucionalização da ordem econômica surgiu no Brasil a partir da Constituição de 1934, numa tentativa de organizar a desordem gerada pelo Liberalismo, o que impôs condicionamentos à atividade econômica, dos quais derivam os direitos econômicos.

A Constituição de 1988 trouxe novas disposições, pois as normas das Constituições anteriores sobre a ordem econômica eram mais intervencionistas e visavam a atender aos interesses do Estado.

Virgílio Afonso da Silva⁷ esclarece sobre as normas do Título, Inciso VII, Constituição de 1988:

Muitas atividades econômicas e serviços públicos eram exercidas e prestado em monopólio estatal, como aquelas relacionadas à pesquisa e à lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos. [...] Outras atividades, como a navegação de cabotagem, eram privativas das embarcações brasileiras. Além disso, empresas brasileiras recebiam tratamento diferenciado, especialmente as de pequeno porte.

A partir da evolução social e dos mercados surgiram pressões internacionais, principalmente na década de 1990, por meio de uma onda mundial em favor da maior liberdade econômica, mediante privatizações e a abertura dos mercados. Embora tenha sido relevante para o desenvolvimento nacional, muitas empresas brasileiras sucumbiram naquele período por não estarem preparadas para enfrentar a globalização, que ocorreu de forma abrupta, patrocinada pelo Governo, sem proteção às empresas nacionais.

A partir da Constituição de 1988, a garantia da ordem econômica foi disciplinada pelo Art. 170, que se baseou na valorização do trabalho humano, no respeito à dignidade e no exercício da justiça social.

Silva⁸ posiciona-se de forma crítica sobre a atuação do Estado ante o texto constitucional:

[...] não é nada menos do que uma tentativa de por ordem na vida econômica social, arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade

⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. Edusp – Editora Universidade de São Paulo. 2021, p. 222.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros. São Paulo. 2017, p. 800.

econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica.

Discorrer sobre a evolução da ordem econômica do Brasil implica em retroagir a aspectos históricos, no avanço nas práticas comerciais, introduzidas pela *Lex mercatoria*, no início da década de 60, motivada pelo fim da Segunda Guerra Mundial e pela necessidade de expansão dos negócios internacionais, das novas tecnologias. A expressão *Lex mercatoria* configura um conjunto de usos ou costumes decorrentes de práticas comerciais, cujas regras e condutas são seguidas como força de lei, sem que esta exista formalmente. Fernando José Breda Pessoa esclarece sobre a evolução da *Lex mercatoria*⁹:

Em um primeiro momento de sua evolução doutrinária, a *Lex mercatoria* consistia no reconhecimento e identificação de que certas práticas e hábitos dentro de um determinado meio profissional no comércio internacional, e que eram quase por si só reguladores de toda uma atividade em nível mundial. Essa unificação dos parâmetros mercantis internacionais, que começou como o clássico exemplo da London Corn Trade Association, em 1886, expandiu-se aos demais contratos que integram o comércio internacional.

A contextualização histórica sobre o comportamento e a evolução dos negócios faz compreender que apesar de existir o dever do Estado em zelar pela ordem econômica, não tem ele o condão de interferir drasticamente nas relações negociais entre as partes, na liberdade de contratar. O Estado deve agir apenas em torno dos princípios basilares para viabilizar um ambiente de negócios que espelhe os objetivos delineados na Constituição.

A evolução das relações comerciais, inclusa as internacionais, foram construídas ao longo dos anos, amparada pelas regras e condutas comerciais vigentes, muitas convertidas em normas que se encontram registradas no Direito Comercial e no Direito Civil brasileiro.

⁹ PESSÔA, Fernando José Breda. **A Consolidação da Lex Mercatoria como forma de harmonização do Direito Privado.** Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/49815234/a_consolidacaoda_lexmercatoria_como_forma_de_harmonizacao_do_direito_privado.pdf?1477253232=&response-content-disposition=inline%3B+filename=A_consolidacaoda_lexmercatoria_como_form.pdf&Expires=1625612891&Signature=cewmyHs-vBm~s7vV7piWp9IHZJejVGyE2md-U9Y4rajS2xhgKTH6No6OE0G3~MLmZwqfm6jM2ELCh8b4yB-IgPqvrJwRD-bOLCULa0LmS7w7CJcgPLdC-TvKsWI5Kb~kW9ywxV5VT~wEcdGW2DNwOxXaLCvJPJMB1rJUK~QxsVAh9GM9aMDi8VjzCV8z9HNtagvo4Fm5nrYmpGWEd21KfRTU-Lbgl9Mr44A6d3UKNQFsjh6r5jo10~NIOh8H6k~akuzxCmp96fZwv5pLT2I5Ufdckt4URrNS8zA7UPt~XgL76tHVAYlDpFjGGhzgyfGwVX58TRU8sDzLf-Y4Tn50g__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 6 jul. 2021.

A globalização torna o mundo dos negócios muito dinâmico, e o fortalecimento das regras do País, ambiente com segurança jurídica, é primordial para manter o controle da ordem econômica.

Menciona-se grupos ou empresas multinacionais pela relevância de atuação e abrangência geográfica, também denominadas transnacionais, em face do poder econômico que adquiriram ou controlam, e pressionam os Estados pela busca de novos benefícios, incentivos fiscais. Quando entendem não haver mais o que usufruir de um Estado ou país, migram facilmente as suas estruturas para outros lugares que lhe ofereça mais vantagens, sem importar-se com as questões econômicas que podem gerar para aqueles Estados ou países com a sua saída ou encerramento das atividades.

Ademais, reconhece-se que a entrada de empresas transnacionais é salutar para os Estados e também a garantia constitucional da livre iniciativa ou da concorrência, pois nem toda empresa multinacional ou transnacional traz problemas; elas trazem o desenvolvimento, o progresso, a inovação e geram muitos empregos.

Deve-se atentar às eventuais pressões ou imposições desses grupos econômicos que buscam ganhar vantagem nos negócios, sob a ameaça de transferir atividades para outros locais ou Estados, o que gera um problema social agudo no meio econômico em que estão inseridas. Se o Estado cede a pressões, beneficiando-as em detrimento de outras concorrentes, inclusive com as concorrentes de menor porte, pode causar o encerramento das atividades destas.

Daniel Sarmiento¹⁰ elucida sobre a necessidade de o Estado promover adaptações em seus ordenamentos jurídicos para regular e proteger a atividade econômica:

Num cenário de globalização, os **Estados nacionais são muitas vezes forçados a adaptar seu ordenamento às imposições da lex mercatória, sob pena de serem abandonados pelas empresas e investidores**, em prejuízo da sua economia e mercado de trabalho. Ocorre que a lex mercatória se orienta pela busca da eficiência econômica, mas muitas vezes entra em choque com outras demandas sociais democraticamente articuladas no âmbito dos Estados. Porém, a convergência entre **a lex mercatória e as expectativas e imposições internacionais, como o FMI, o Banco Mundial e a OMC, acaba restringindo de forma significativa o leque de opções dos Estados na regulação da atividade econômica, o que atinge sobretudo os países periféricos e subdesenvolvidos, limitando, na prática, a sua soberania.** (grifos nossos)

¹⁰ Sarmiento, Daniel. **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Disponível em: https://idp.instructure.com/courses/1788/files/2396770?module_item_id=47965. Acesso em: 6 jul. 2021.

O El País, fruto da pesquisa jornalística, cita um exemplo¹¹:

Hoje, a concentração de poder é especialmente clara no setor tecnológico. As cinco grandes – Apple, Google, Microsoft, Facebook e Amazon – são as mais valiosas da Bolsa. Sua capitalização oscila entre os 500 bilhões de dólares (1,6 trilhão de reais) do Facebook e os 850 bilhões de dólares (2,7 trilhões) da Apple. Com esse critério – um tanto volátil, mas indicador do potencial de uma empresa –, **se a Apple fosse um país, teria um tamanho similar ao da economia turca, holandesa ou suíça.** O Vale do Silício, além disso, tem uma presença considerável nos novos negócios: **o Google abocanha 88% da fatia de mercado de publicidade on-line. O Facebook (incluindo Instagram, Messenger e WhatsApp) controla mais de 70% das redes sociais em celulares. A Amazon tem 70% da fatia de mercado dos livros eletrônicos e, nos Estados Unidos, absorve 50% do dinheiro gasto em comércio eletrônico.** (grifos nossos)

As atividades econômicas estão em constante mutação, os modelos de negócios transformam-se rapidamente. As indústrias tradicionais, que empregavam em três turnos centenas de funcionários, maquinários, estrutura, depósitos, visíveis aos olhos humanos, migraram para as terceirizações. O mundo tornou-se acessível para a realização de negócios; houve um crescimento exponencial de negócios virtuais, os quais são parte desses novos modelos; seus funcionários estão alocados por diversas regiões do mundo, servidores de armazenagem de dados em Estados e locais desconhecidos e as estruturas físicas diminuiram.

O mundo dos negócios empresariais, que tanto fomentou o mercantilismo no passado, transforma-se rapidamente pelos novos modelos de negócios e por transnacionais que dominam o setor de comunicações e de tecnologia, introduzindo novos conceitos e formas de avanços nas economias.

Algumas atividades industriais apresentam uma concentração alta de riqueza e importância nos contextos nacional e internacional, como as petrolíferas, a mineração, o extrativismo animal e vegetal e a produção de alimentos dentre outras, e que pela natureza de sua atividade dependem do local onde estão sediadas para explorarem os seus negócios, e portanto, é-lhes inviável a tentativa de migrar as suas atividades para outro Estado.

O Estado deve constantemente observar e adequar a sua legislação e ações para evitar que a ordem econômica seja aviltada por grupos empresariais que detenham monopólios ou dominem a informação. O poder de persuasão ou de

¹¹ GALINDO, Cristina. Quando as Empresas são Mais Poderosas que os Países. (2017). **El País**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html. Acesso em: 6 jul. 2021.

pressão dos grandes grupos por quebra de barreiras e concessões nos Estados em que operam também se fortalece, de maneira que com frequência o Estado torna-se refém de grupos de empresariais grandes, razão pela qual a sua atitude é sempre proativa para evitar esses ultrajes.

A proteção da ordem econômica nesse contexto deve encontrar meios, inovar para manter a sua soberania. Não se trata de cercear a economia ou querer impor barreiras, mas estabelecer regras que possam atuar no livre comércio sem causar danos à sociedade.

Como exemplos desses cuidados com a proteção da ordem econômica cita-se as normatizações para a proteção das empresas nacionais contra abusos por poder econômico, da concorrência desleal, e medidas como o incentivo ao produto nacionalizado, equalizados por uma tributação justa, a fim de propiciar o ambiente negocial saudável. Estas seriam formas de fortalecer os negócios do país.

Grau¹² corrobora sobre a importância do desenvolvimento ao aduzir que este ocorria por meio do surgimento de fenômenos qualitativos novos, referindo-se à inovação, à adoção de novas fontes de matéria-prima, tecnologia e novas formas de administrar a produção. O Autor segue seu pensamento no tocante ao processo de desenvolvimento:

O processo de desenvolvimento – vimos já – **implica mobilidade e mudança social; realiza-se em saltos de uma estrutura social para outra.** Implicando dinâmica mobilidade social, inerente a ideia de desenvolvimento a de mudança; no caso, **não apenas mudança econômica, mas, amplamente, sobretudo mudança social.** Assim, a noção de desenvolvimento envolve a necessária visualização de um devir a projetar, no futuro, determinados valores. (grifos nossos)

Retoma-se neste caso à importância dos preceitos constitucionais a serem respeitados, a salientar o texto previsto no Art. 3º, Inciso I¹³, que trata da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, concomitante com o seu Inciso II, que é garantir o desenvolvimento social, sendo função do Estado dar condições para que ocorra um ambiente favorável aos desenvolvimentos humano e empresarial, de forma a colaborar com o crescimento das relações e do País.

¹² GRAU, 2017. *Ibid.*, p. 211.

¹³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional”. (BRASIL, 1988).

O desafio é sopesar os interesses públicos em atendimento às obrigações constitucionais do Estado com os interesses privados, de forma que exista um equilíbrio entre estes, tendo como objetivo comum o desenvolvimento do País.

No contexto entre equilíbrio e liberdades entre a indústria e o comércio e a livre concorrência, Grau¹⁴ explicou que a liberdade de comércio e de indústria pauta-se na faculdade de construir e explorar uma atividade econômica, não se sujeitando a restrições do Estado, exceto se em virtude da lei (liberdade pública). A liberdade de concorrência é a faculdade de conquistar a clientela desde que não ocorra pela concorrência desleal (liberdade privada), cujas práticas seriam proibidas, e pela neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, desde que em igualdade de condições dos concorrentes.

O Estado pode interferir na livre iniciativa privada mediante a regulação de mercados por via da instituição de normativos que visem a dar equilíbrio, fiscalização, incentivo, mas não se vislumbra a hipótese de cercear individualmente o direito de exercício de atividade e de trabalho, lícitos obviamente, em detrimento de outros em iguais condições, sob pena de ferir preceitos constitucionais os quais têm o dever de proteger e fomentar.

A tributação justa e as políticas adequadas às empresas de menor porte, empresas sediadas no Brasil, podem ser o diferencial para mantê-las em funcionamento ante grandes grupos multinacionais e a sua força concorrencial.

Um exemplo adicional é a renovação da legislação para empresas em dificuldade, pois nos anos recessivos que o País enfrentou, muitas empresas não resistiram e sucumbiram na vigência do antigo diploma legal previsto no Decreto-Lei nº 7.661/1945, que tratava da concordata, estava ultrapassado e não cumpria o objetivo de socorrer empresas nessa situação.

O novo instituto recuperacional introduzido pela Lei nº 11.101/2005 é um exemplo positivo de iniciativa estatal para implementar formas de auxiliar empresas em comprovada crise econômico-financeira, buscar a superação, evitar o fechamento de inúmeras empresas e a salvaguarda de empregos e de direitos de credores.

O texto constitucional é a fonte para o início da proteção destinada às empresas. Trata-se verdadeiramente de um princípio, cuja observância é um meio para alcançar-se os demais objetivos de ordem individual e coletiva almejados pela

¹⁴ GRAU. 2017. *Ibid.*, p. 199/200.

sociedade brasileira, tais como o pleno emprego, a saúde, a educação, o lazer, a distribuição de riquezas e a livre iniciativa, entre outros.

Outro diploma legal que também traz inúmeras situações protetivas é o Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o qual incorporou todo o Direito de Empresa que anteriormente estava regulamentado no Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de julho de 1850, bem como as inúmeras leis esparsas do ordenamento jurídico.

Assim como o Código Comercial era do século XIX, a lei destinada às empresas em crise era de meados do século XX. O Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, foi substituído 60 anos após pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, conhecida como a Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF), modernizadora do instituto. Pelo longo tempo transcorrido após a promulgação dos diplomas legais que antecederam os atuais, é possível imaginar como aquelas leis estavam obsoletas, mesmo considerando-se as modificações que foram realizadas até a entrada em vigor das novas leis.

1.3 A PROTEÇÃO E A PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS

As empresas, como propulsoras da economia, geradoras de riquezas, fomentadoras de empregos, têm papel de destaque na sociedade. Quanto mais se desenvolvem, mais efeitos positivos trazem para o meio em que estão inseridas, inclusive para o Estado, que recebe esta participação por meio dos tributos que são gerados.

Essa relevância foi contemplada nos preceitos constitucionais, que se identificam no Art. 170¹⁵, *caput*, (Incisos I a IX) e seguintes, principalmente ao referir à ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, cujos princípios a serem respeitados, relacionam-se ao respeito, à propriedade privada e à sua função social, à livre concorrência, ao pleno emprego e ao tratamento diferenciado à empresa pequena e de médio porte nacional.

O desenvolvimento de um país é medido por diversos fatores, desde os atrelados à esfera social, como a erradicação da pobreza, a educação dentre outros,

¹⁵ “Art. 170: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. (BRASIL, 1988).

como também ao campo econômico, vinculados à geração e à distribuição das riquezas. Reforça-se a importância das empresas para auxiliar nesses objetivos. Extrai-se do pensamento de Alcides Wilhelm¹⁶:

[...] é possível concluir que um sistema econômico sem empresas, dada a sua relevância no contexto econômico e social, é inimaginável. **São elas, em regra, que determinam o quão forte pode ser a economia de um Estado. Quanto mais desenvolvidas forem as empresas, mais desenvolvido será o Estado, com geração de riqueza e bem-estar social, beneficiando-se o Estado deste círculo virtuoso para realizar seus objetivos.** (grifos nossos)

Não se olvida que no Brasil adotou-se o sistema capitalista, em que se assenta no Liberalismo econômico; utiliza-se a propriedade e os bens de consumo mediante emprego de mão de obra, através da livre concorrência, da melhor oferta de preços, com o intuito de auferir lucros.

É dever do Estado garantir a estabilidade do regime econômico adotado de forma equilibrada, para que não concentre nas mãos de poucos o domínio econômico de determinado setor ou produto, bem como garanta o princípio da livre iniciativa a novos negócios e concorrentes; afinal, a oportunidade deve ser estendida a todos. Ao mencionar-se novos negócios, cita-se o preceito constitucional a ser respeitado, do favorecimento e da proteção à pequena empresa e negócio.

Grau¹⁷ explica sobre o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, que é um dos princípios denominados da ordem econômica, e que apresenta um caráter constitucional transformador, adotado pela Constituição. Portanto, a sua reivindicação por empresas de pequeno porte é fundamental para a realização de políticas públicas.

O tratamento diferenciado que o Estado tem na incumbência de prestar, cuja responsabilidade deve ser dividida entre os três poderes da Federação, ou seja, é competência promover a ordem social respeitando a sua área de atuação pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ao tratar da importância da preservação da empresa, Wilhelm¹⁸ alega que no ordenamento jurídico pátrio é uma célula de importância para o funcionamento da sociedade e na busca do alcance dos princípios fundamentais em especial:

¹⁶ WILHELM, Alcides. **A Efetividade da Recuperação Judicial e a Preservação da Empresa**. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 37.

¹⁷ GRAU, 2017, *Ibid.*, p. 251.

¹⁸ WILHELM, 2020, *Ibid.*, p. 39.

(i) a dignidade da pessoa humana; (ii) os valores sociais do trabalho e da vida humana; (iii) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (iv) a garantia do desenvolvimento nacional; (v) a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (arts. 1º e 3º da CF/88); (iv) a busca do pleno emprego; e (vii) o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (art. 170 da Constituição de 1988).

O Autor finaliza ao esclarecer que é impossível imaginar que uma estrutura social, organizada e desenvolvida não tenha uma empresa como instrumento de desenvolvimento e pacificação social, e conclui: “Sua existência é tão importante quanto a do próprio Estado, considerando que um não existiria sem o outro, e com isso, sua preservação é de fundamental importância.

As condições para o fomento e o desenvolvimento da ordem econômica, dos negócios e do amparo às empresas ocorre por meio da edição de leis que regulem as relações comerciais, atualmente disciplinadas nos Direitos Civil e Comercial e outras adjacentes que tratam de forma específica de algum assunto relacionado.

O dever da Administração Pública para manter a ordem econômica parte de uma legislação que propicie a segurança jurídica, garanta direitos, dentre eles o direito à propriedade privada, ao livre comércio, agindo em defesa do consumidor e do meio ambiente, criando mecanismos para coibir práticas desleais no comércio, com dispositivos legais de forte repressão e autuação quando identificadas tais práticas, mantendo a soberania nacional.

Outro fator a ser destacado que é prejudicial à preservação das empresas é a concorrência desleal utilizada com o abuso de poder, ambas reprimidas pelo Direito brasileiro, cujos efeitos pode-se compreender pelo ensinamento de Simone Souza¹⁹:

[...] nota-se que **a infração contra a Ordem Econômica abrange um universo muito maior, uma vez que são milhares e milhares de interesses que podem ser envolvidos**, desse modo, a concorrência ilícita ameaça toda a estrutura da economia de mercado, sendo extremamente ampla, constituindo, assim, o plano macrojurídico. **As lesões produzidas pela concorrência desleal não alcançam outros interesses imediatos, a não ser do próprio empresário vitimado pela prática irregular, além de não comprometer as estruturas da livre concorrência com interesse difuso**, configurando, assim, o plano microjurídico. **Desta forma a concorrência desleal envolve precipuamente demandante e demandado, enquanto a infração da Ordem Econômica com sua amplitude tem maior para toda a economia (sic) (grifos nossos).**

¹⁹ SOUZA, Simone Letícia Severo. Das Práticas Concorrenciais Ilícitas: as Diferenças entre a Concorrência Desleal e Infração à Ordem Econômica. **Revista de Direito Brasileiro**. São Paulo/SP, maio/ago. 2016, p. 222. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2947/2734>. Acesso em: 2 jul. 2021.

A ação tradicional da concorrência, como ensina Isabel Vaz²⁰, desenvolve-se por um número expressivo de competidores, que atuam no mercado livremente por um mesmo produto, de forma que a oferta e a procura provenham de compradores ou vendedores em igualdade de condições, agindo de modo permanente e/ou duradouro no preço de bens e serviços. A Autora explica também que não é um fim em si, mas um meio de propiciar uma economia mais eficiente.

Atualmente, a proteção institucional da concorrência é regulamentada pela Lei nº 12.529/2011, que estruturou o sistema da defesa da concorrência e visa à repressão às infrações contra a ordem econômica, na qual instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por via dos ditames da liberdade da iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico (Art. 1º), visa a proteger as empresas e também os titulares de seus direitos contra esses abusos.

Portanto, é dever do Estado, por intermédio de seus agentes, extirpar do mercado ou punir via normas sancionatórias e penais os que agem de forma contrária aos preceitos da livre concorrência, o que afeta os interesses do mercado, em prejuízo às empresas ou mesmo aos consumidores em geral, para que se restabeleça o equilíbrio entre as relações.

1.3.1 Os Tributos e a sua Correlação com a Preservação das Empresas

A tributação para as pessoas jurídicas ou físicas é um fator que auxilia o desenvolvimento. Ao longo dos tempos, sempre se criticou no Brasil a carga tributária alta, a complexidade para a compreensão e a aplicação das normas vigentes, a burocracia intensa a título de obrigações acessórias, as quais são imputadas às empresas para declararem os tributos e o seu recolhimento.

No ano de 2021, a carga tributária, conforme divulgado pelo Tesouro Nacional Transparente²¹, foi de 33,90% do PIB, representado pelo governo geral (central,

²⁰ VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 27.

²¹ TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. **Carga Tributária do Governo Geral 2021**. (2022). Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/carga-tributaria-do-governo-geral/2021/114> . Acesso em: 23 jul. 2022.

estados e municípios), o que significou um aumento de 2,14 pontos em relação a 2020.

Para o acompanhamento da evolução e dos índices históricos da carga tributária, extrai-se da pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Economia (IBRE)²², em 2019, o percentual de 32,52% do PIB e, em 2020, o percentual de 31,64%, conforme abaixo:

A Receita Federal divulgou que **a carga tributária bruta atingiu 32,52% do PIB no ano de 2019**, uma pequena queda de 0,05 p.p. do PIB em relação ao ano anterior. A STN também passou a divulgar a estimativa da carga tributária que possui diferenças mínimas em relação às informações da RFB, mas que é divulgada de forma mais tempestiva. Segundo a STN, **a carga tributária bruta para o ano de 2020 foi de 31,64% do PIB**, configurando, portanto, o segundo ano seguido de redução. (grifos nossos)

A Constituição, em seu Art. 150, Inciso IV, prevê a existência de limites do poder de tributar, de forma que o tributo não seja utilizado com o efeito de confisco, cujo objetivo, segundo Carrazza²³, seria por meio do princípio da não-confiscatoriedade, que a conduta do legislador seja marcada pelo equilíbrio, pela moderação e pela medida na quantificação dos tributos para objetivar um Direito Tributário justo.

O confisco, nesses casos, poderia ser exemplificado na situação em que o tributo fosse tão gravoso ou oneroso que inviabilizasse a exploração da atividade econômica, a ponto de desestimular os contribuintes de produzirem por não suportarem o peso dos tributos.

Neste contexto, a Constituição (Art. 145, Inciso III, § 1º) determina, na instituição dos impostos, que seja graduada conforme a capacidade econômica do contribuinte e em respeito aos direitos individuais, à lei, patrimônio e às atividades econômicas do contribuinte. Destaca-se novamente a importância dos tributos para as empresas, no sentido de capacidade de pagar, e também para o Estado, pela importância dos impostos na efetiva entrega de suas obrigações perante a sociedade.

Sobre o tema, a tributação e a sua correlação com a preservação das empresas no campo tributário, destaca-se a relevância do princípio da isonomia (Art. 150, Inciso

²² OBSERVATÓRIO DE POLÍTICA FISCAL. Instituto Brasileiro de Economia 1990 – 2020. **FGB – IBRE**. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/carga-tributaria-no-brasil-1990-2020>. Acesso em: 23 jul. 2022.

²³ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 110.

II): dar tratamento desigual a contribuintes que se encontrem em situação equivalente é uma forma de atender à necessidade de muitas empresas para que possam manter-se em atividade e desenvolver-se.

Critica-se neste contexto, em atenção à proteção da empresa nacional e da produção interna, a criação de benefícios tributários a produtos importados, que foram introduzidos no ordenamento jurídico por meio da Resolução nº 13, de 25 de abril de 2012, que estabelece alíquotas diferenciadas de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Comunicação (ICMS), dando tratamento tributário mais vantajoso ao produto importado.

A forma como esse benefício ao produto importado ocorre fora esclarecida por Wilhelm²⁴, nos seguintes termos:

A Resolução nº 13, em síntese, **proporcionou a aplicação de uma alíquota de 4% nas operações interestaduais para bens ou mercadorias importadas do exterior**, ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, que resultem de mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40%; ou seja, **os bens ou mercadorias nacionais possuem alíquotas, em regra, de 7% a 12% sobre operações interestaduais, prejudicando dessa forma a economia nacional e a preservação das empresas.** (grifos nossos)

Apesar de chancelado pelo Judiciário que a instituição de benefícios fiscais não fere direitos constitucionais, esse assunto ainda é polêmico, pois ao invés de gerar benefícios para a indústria nacional, estes foram transferidos para o produto importado; portanto, em confronto com a norma constitucional, o que fere diretamente o dever de preservar e proteger as empresas nacionais.

Pelas assertivas relacionadas nesse subitem, constata-se que as políticas tributárias, bem como a carga tributária podem ter correlação direta com o agravamento da crise econômico-financeira para algumas empresas.

²⁴ WILHELM, 2020, *Ibid.*, p. 56.

1.4 A FUNÇÃO DOS TRIBUTOS, DO ESTADO E DOS CONTRIBUINTE

Para que o Estado desempenhe as suas funções e obrigações previstas constitucionalmente, de forma principal as elencadas nos direitos fundamentais previstos no Art. 5º, da Constituição, fá-lo por intermédio da aquisição de receitas públicas, dentre estas englobam-se as oriundas da arrecadação dos impostos e dos tributos, cuja doutrina chamou de Estado Fiscal.

Celso de Barros Correia Neto²⁵ esclarece que o princípio do Estado Fiscal foi incorporado à ordem constitucional, em que o Estado é financiado por via do sistema tributário, consistindo como a principal fonte de receita do Estado (fiscal) os tributos em especial os não vinculados, e as demais fontes de receitas públicas, como as multas e os preços públicos em menor proporção.

Dessa forma, e dentre os princípios constitucionais, o Estado encarrega-se de instituir os impostos, realizar a sua gestão e a sua distribuição. Inclui-se na gestão, as prerrogativas legais de cobrança dos contribuintes.

Da prerrogativa do Estado de instituir impostos surgem inúmeros desdobramentos, que abarcam desde a licitude da cobrança, os aspectos sociais, os impactos e principalmente as questões relacionadas à justiça daquela cobrança, sob os mais variados aspectos.

Na concepção de Murphy e Nagel²⁶, a justiça na tributação estaria correlacionada com a proporção de benefícios que seriam recebidos pelo governo; porém, os Autores criticam a dificuldade de conceituar quais os tipos de benefícios ou ônus, bem como se estaria relacionada ao bem-estar, cuja comparação seria entre a diferença de bem-estar proporcionado pelo governo, com a possibilidade do bem-estar sem a existência de um governo.

Para o critério comparativo dos benefícios sem a existência de um governo, retroagir-se-ia uma época sem organização, ausência de leis, obviamente que não existiriam serviços como segurança pública, escolas, saúde, dentre outros, em suma, conforme extrai-se do pensamento de Murphy e Nagel²⁷: “*O mundo sem governo é o*

²⁵ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2016, p. 86.

²⁶ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021, p. 22/23.

²⁷ *Idem.*, p. 22/23.

estado da natureza de Hobbes, que ele apropriadamente definiu como uma guerra de todos contra todos”.

Percebe-se neste contexto a importância da organização da sociedade e da existência do Estado, que conceitualmente no pensamento de Locke, extraído das citações de Kristsch²⁸, o Estado existe por meio de um contrato, por meio do qual constitui-se uma comunidade política, cuja meta é atender os objetivos dos indivíduos. Neste caso, como cada indivíduo é contratante dessa comunidade, abre-se mão de dois direitos: “1) do poder de fazer o que julgar conveniente para sua preservação, dentro dos limites da lei de natureza; 2) do poder de fazer o que julgar bom para si e para terceiros (§§128-130).”

No modelo de Estado traçado na Constituição de 1988 houve a construção de um Estado Democrático de Direito, com reconhecimento e garantias de direitos fundamentais; compete-lhe executar tais funções, e dentre as suas atribuições há a questão da tributação que provoca os mais desafiadores debates em prol de um sistema isonômico e justo para as pessoas e os contribuintes; sopesa-se temas que permeiam o quanto se arrecada, a quem se destina, quem paga e o quanto paga.

Gilmar Mendes²⁹ conclui sobre o tema do Estado Democrático de Direito, que “passa por custos e estratégias que vão além da declaração de direitos. Não há Estado Social sem que haja Estado fiscal, como são duas faces da mesma moeda”.

Dentre as discussões, menciona-se as questões relativas à justiça social. Murphy e Nagel³⁰ entendem que a política tributária deve tratar as desigualdades de riqueza, renda disponível, consumo e capacidade de obter renda como meta para evitar as causas arbitrárias que poderiam influenciar as ações públicas do governo.

A amplitude dos impostos, ao considerar uma economia capitalista, gera impactos através da sua arrecadação, e configura de um lado a transferência de riqueza do particular para o Estado e, conseqüentemente, constitui o direito de exigir destes, possibilitando que o Estado também cumpra as suas obrigações pelo que recebeu dos contribuintes.

²⁸ KRITSCH, Raquel. Liberdade, propriedade, Estado e governo: elementos da teoria política de John Locke no Segundo Tratado sobre o Governo. **Revista Espaço Acadêmico** n. 115 – dez. 2010, p. 82. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11871/6375>. Acesso em: 5 maio 2022.

²⁹ CORREIRA NETO, 2016, p. 85. Extrai a citação que ele fez de MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1491.

³⁰ MURPHY; NAGEL, 2021, *Ibid.*, p. 77

Questiona-se com frequência se o valor arrecadado suplanta os benefícios que são estendidos à sua população, pois nem sempre quem mais paga é o que usufrui mais benefícios. Murphy e Nagel³¹ avaliam o critério de justiça:

A justiça, em sua acepção tradicional, é concebida especificamente como um critério para que se avaliem as diferenças no tratamento tributário de pessoas diferentes: o princípio de que as pessoas que se encontram na mesma situação devem arcar com o mesmo ônus, e que as pessoas em situações diferentes devem arcar com ônus diferentes.

Desse raciocínio deriva o princípio da capacidade contributiva e, por essa razão, as leis que instituem esses impostos devem atentar-se que são criados *in abstracto*, com caráter pessoal e observando a capacidade econômica dos contribuintes. Destaca-se a competência objetiva, porque não se refere às condições econômicas reais de cada contribuinte, mas às suas manifestações objetivas de riqueza e, concomitantemente, a competência subjetiva, deve-se atentar às desigualdades das diferentes categorias de contribuintes, tratadas em seu bojo com elementos suficientes para, no momento da aplicação, que essas especificidades sejam levadas em conta.³²

Empresas, assim como pessoas físicas, num mesmo contexto podem ter necessidade diferentes ou produzir resultados diversos. A título de exemplo, equiparase uma empresa multinacional ou de grande porte, certamente geram mais recursos financeiros e impactos nos negócios, e sua arrecadação tributária é superior, se comparar com uma empresa média ou de pequeno porte.

Se uma empresa arrecada menos tributos proporcionalmente ao seu faturamento, por consequência pode estar ligado à deficiência de recursos humanos ou financeiros e, em contrapartida, necessitam de mais apoio do Estado para sobreviver e crescer.

Nesta linha de pensamento, torna-se imprescindível questionar se em face da carga tributária das empresas há justiça na tributação, na hipótese em que estas pagariam os seus tributos na medida que receberiam benefícios do governo, correlacionando com atual carga tributária incidente para esses setores.

Há de mencionar-se na complexidade do sistema tributário pátrio, em face da lei de incentivos fiscais, há regiões ou produtos com exoneração de tributos, isenções,

³¹ MURPHY; NAGEL, 2021, *Ibid.*, p. 16/17.

³² CARRAZA, 2011, *Ibid.*, p. 99/102.

benefícios fiscais, dentre outros, que podem influenciar significativamente a carga tributária de uma empresa ou segmento, o que prejudica setores da mesma área, a depender de fatores como a localização, a origem do produto, se nacional ou importado, dentre outros.

Apesar do tema sobre a legalidade dos benefícios fiscais e as atuais políticas de incentivos diferentes em cada um dos Estados-membros da Federação ter sido chancelado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na prática, prejudica a indústria nacional tanto em especial pela baixa tributação do produto importado, podendo mencionar que foi desenvolvida uma espécie de concorrência desleal com o produto nacional.

Afinal, o que seria uma carga tributária adequada? Uma das teorias que buscou conceituar um sistema tributário ótimo, foi desenvolvida por Lima e Rezende³³, ao referirem-se sobre os estudos de Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*, adiante colacionado:

[...] definiu quatro princípios básicos para orientar um sistema tributário ótimo:

- Capacidade contributiva – os indivíduos deveriam contribuir para a receita do estado de acordo com a sua capacidade de pagamento;
- Objetividade – o tributo e a forma de pagamento devem estar claros e evidentes para o contribuinte;
- Simplicidade – a arrecadação do tributo deve ser feita de maneira que facilite a vida do contribuinte; e
- Otimização – a arrecadação do tributo deve implicar o menor custo possível para o contribuinte.

Os Autores defendem que o sistema tributário que contemplasse o primeiro e o último tópico estariam mais próximos do conceito de um bom sistema. O desafio dos Estados é encontrar os melhores critérios de acordo com cada Estado ou economia para a implementação de tributação que alcance os melhores objetivos, de acordo com as suas particularidades.

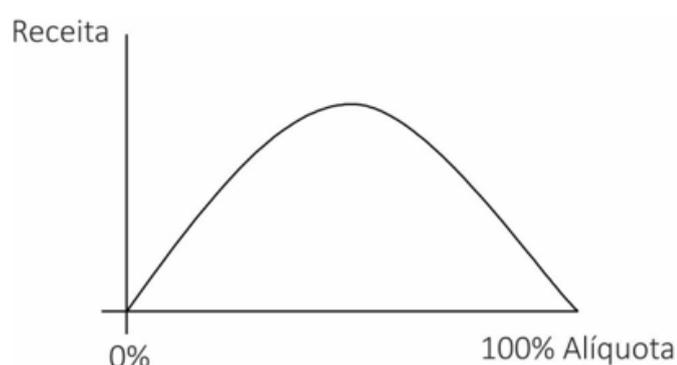
Quando o Estado impõe regras muito rígidas ou eleva a carga tributária de forma demasiada, ocorre o efeito inverso, ou seja, ao invés de aumentar a

³³ LIMA, Emanuel Marcos; REZENDE, Amaury José. Um estudo sobre a evolução da carga tributária no Brasil: uma análise a partir da Curva de Laffer. *Interações*. Campo Grande, MS, v. 20, n. 1, p. 239-255, jan./mar. 2019, p. 246. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/inter/a/ttZkLzk7qdnmxZjQL7Yq8Qp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 maio 2022.

arrecadação devido ao aumento e à agressividade das alíquotas, ele causa queda na arrecadação, pois estimula a informalidade e a sonegação.

Essa teoria sobre os efeitos do aumento das alíquotas na arrecadação foi devidamente ilustrada pelo gráfico conhecido internacionalmente como a Curva de Laffer, segundo extrai-se de Lima e Rezende³⁴:

em 1974, o economista Arthur Laffer desenvolveu um gráfico para mostrar como os níveis das alíquotas afetam a receita tributária. Segundo o economista, as alíquotas dos EUA eram tão elevadas que, se houvesse uma redução, poder-se-ia obter um aumento na arrecadação”.



Fonte: Lafer (1979).

Figura 1 - Curva de Laffer³⁵

Por conta desses estudos e ao seguir o que Lima e Rezende³⁶ discorreram em sua obra:

Laffer (1979) aponta como justificativa central para explicar a ocorrência de tal fenômeno o fato de que **uma carga tributária, quando muito elevada, estimula a evasão fiscal (sonegação de impostos) e fomenta as atividades informais e ilegais**. Isso gera, por sua vez, desestímulos sobre os negócios em geral da economia formal, diminuindo assim a base de incidência da tributação. (grifos nossos)

Laffer trouxe reflexões em âmbito mundial sobre o seu trabalho, o que permitiu a compreensão de que há um limite para os contribuintes suportarem a carga tributária. Quando o seu peso nas atividades está em percentual muito elevado, não corresponde em aumento de arrecadação, há efeito inverso, com diminuição, quer

³⁴ LIMA; RESENDE, 2019, *Ibid.*, p. 246.

³⁵

³⁶ LIMA; RESENDE, 2019, *Ibid.*, p. 246.

seja pela quebra das empresas ou outras medidas como a sonegação ou a prática informal de economia.

A Constituição brasileira atentou-se à questão arrecadatória; impôs limites à carga fiscal e baseou-se nos princípios da proporcionalidade, da proibição do confisco, da capacidade contributiva e da legalidade, dentre outros, como se verifica no Art. 150 do referido *mandamus*.

A questão e o debate sobre o tributo, a salientar sobre a aplicação da carga fiscal sobre o seu aumento ou redução, foi devidamente aventada por Correia Neto³⁷, aos discorrer: “O poder de tributar chega ao extremo de compreender o poder de destruir? Pode o tributo aniquilar a propriedade ou atividade sobre a qual incide?”.

O debate sobre a influência do poder da tributação sobre a interferência nas atividades dos contribuintes não é assunto novo no ordenamento jurídico, a exemplo do julgado ocorrido em 1951, pelo RE 18.831/SP, de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, relatado na obra de Correia Neto³⁸, sobre a taxa incidente de licença para o uso das cabines de banho de Santos, cujo Tribunal entendeu que não se tratava de um imposto proibitivo, dado que o aumento, apesar de significativo, não chegava a ponto de aniquilar a atividade, o que foi julgado a favor do Fisco.

Ainda sobre o tema, também extraído dos estudos de Correia Neto³⁹, o julgamento sobre os efeitos nocivos da tributação em relação à atividade privada extrai-se do voto do Ministro Celso de Mello, na ADI nº 4661-MD/DF:

É por isso que não constitui demasia reiterar a advertência de que **a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte**, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos (ou ilícitudes) cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelas instâncias governamentais.(grifos nossos)

Não há um consenso do que seria um patamar aceitável para a carga tributária, pois sob a expectativa do Governo, sempre há necessidade de aumentar-se a arrecadação para suprir os gastos públicos; de outro lado, os contribuintes reclamam da carga tributária alta, razão pela qual o termo para esta celeuma é equilíbrio.

³⁷ CORREIA NETO, 2016, *Ibid.*, p. 119.

³⁸ *Idem.*, p. 120/121.

³⁹ *Idem.*, p. 122.

Correia Neto⁴⁰, esclarece sobre a tributação da atividade econômica e seus resultados:

O tributo é ferramenta de arrecadação e, na medida do possível, não deve interferir na capacidade produtiva e no equilíbrio concorrencial. Nisso, entretanto, não se esgota o instrumento tributário. Ao incidir sobre a atividade econômica, a tributação pode gerar – e de fato gera – resultados que vão além da obtenção de receitas públicas. Em especial, pode interferir na alocação de recursos econômicos e influir nos comportamentos compreendidos no sistema fiscal, entre outras consequências possíveis.

A ideia do Estado fiscal, que historicamente, segundo Fuck⁴¹, surgiu na primeira vez em 1885, na doutrina alemã e austríaca de Lorenz von Stein, cujos estudos apontaram que o Estado era financiado prioritariamente por meio de impostos.

A partir da doutrina de Fuck⁴², extrai-se o conceito de Estado fiscal:

O conceito de Estado fiscal como aquele que tem os impostos como a principal fonte de financiamento. Trata-se, portanto, de espécie de organização do Estado, classificada de acordo com a principal fonte de recursos arrecadados pelo ente público para a realização de suas funções.

Na existência do Estado fiscal⁴³, admite-se que o Estado intervenha na econômica e atribua um papel relevante para a atividade econômica. Esse papel é subsidiário, regulamentar e complementar, pois cabe à iniciativa privada o pleno desenvolvimento da atividade econômica e a sua função de gerar riquezas. O Estado participaria por meio dos tributos incidentes sobre os resultados obtidos pelos particulares.

Ao considerar que compete ao Estado social promover o desenvolvimento social, fomentar o ambiente negocial, fá-lo por intermédio do recolhimento dos tributos instituídos; é fato que tem legitimidade para exigir a exação, mas até que ponto o Estado poderia interferir na atividade empresarial privada, de forma individualizada, caso o contribuinte não cumpra com as obrigações fiscais estabelecidas?

A contrapartida das empresas para o Estado é o recolhimento do tributo. Há outros fatores igualmente relevantes para a sociedade, como garantir que a população tenha renda, por meio da manutenção e da geração de empregos diretos e indiretos,

⁴⁰ *Idem.*, p. 92.

⁴¹ FUCK, Luciano Felício. **O Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva Brasil, 2017, p. 94.

⁴² *Idem.*, p. 97.

⁴³ *Idem.*, p. 98.

o abastecimento da economia por meio dos produtos e a relevância econômica do negócio na região em que está estabelecida a empresa.

Como contrapartida do Estado diante do livre exercício das atividades econômicas, além de ser um agente normativo e regulador, deve propiciar condições físicas, ligadas à infraestrutura, como por exemplo logísticas, energia e telecomunicações, dentre outras, cumprindo o ciclo conceitual do Estado fiscal, oriundo da importância do recebimento dos tributos para o exercício de suas funções estatais.

Nos breves apontamentos das obrigações do Estado, quando este não exerce com eficiência a sua função estatal, geram impactos de forma direta na atividade empresarial, principalmente no custo das empresas, aumentando-os para que possam suprir essas necessidades e manter os negócios em funcionamento.

A ineficiência estatal não reflete a redução dos tributos como forma compensatória à população e às empresas, e a consequência é o aumento de custos para as empresas e para a população em geral, mediante a diminuição de seus ganhos.

Muitas empresas, principalmente quando agravadas por crises nacionais ou internacionais, incluso a possibilidade originada por uma inação ou ação estatal inadequada, passam a ter dificuldades e muitas tornam-se inadimplentes com os seus tributos na tentativa de manterem vivos os seus negócios, pelo alto valor que representam em seus fluxos de caixa, bem como pela não-contrapartida suficiente do Estado correlacionada ao montante arrecadado a título de tributos.

Sobre o poder do Estado em instituir e cobrar tributos, não há dúvidas no ordenamento jurídico de sua prerrogativa. Diante das demais obrigações e dos direitos fundamentais dos contribuintes, quais os limites são atribuídos para o Estado exercer os seus direitos creditórios, a sua proporção, dentre eles pedir a falência do inadimplente que está em recuperação judicial?

O Estado diante de suas obrigações constitucionais ante a proteção e a preservação das empresas, deve ter como premissa agir de forma proativa e contributiva para ajudar as empresas a superarem a crise e propiciar a continuidade de suas atividades.

2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – MEDIDA DE PROTEÇÃO À EMPRESAS EM COMPROVADA CRISE FINANCEIRA

A recuperação judicial pode ser enumerada como exemplo de ação estatal introduzida no ordenamento jurídico. É uma lei em consonância com os princípios constitucionais de proteção às empresas, de preservação, que visa a garantir a estabilidade da ordem econômica.

O instituto da recuperação judicial oportuniza às empresas que se encontram em comprovada crise econômico-financeira, e que preencherem os requisitos legais, reestruturarem-se por meio de acordo com os credores, exercido soberanamente pela aprovação do plano de recuperação judicial em assembleia geral de credores.

Para uma melhor compreensão da extensão dos efeitos de um processo de recuperação judicial, faz-se necessário entender os seus objetivos, requisitos e a quem se destina esse processo, dentre eles a obrigatoriedade de as empresas que pleitearem o processamento da recuperação judicial estarem em funcionamento regular, dada a importância das empresas para o desenvolvimento de um país, a geração de riquezas e de trabalho. Dessa forma, pretende-se preservar o direito de seus credores pela continuidade da atividade produtiva.

Ao considerar a amplitude do exercício de atividades econômicas e a imprecisão do texto da lei ao definir os beneficiários desse processo, tornou-se necessário detalhar as celetas e os respectivos conceitos de atividades comerciais, inclusive equiparadas para definir a quem poderá ser atribuído o socorro judicial.

Superados esses conceitos e entendidos os beneficiários da lei de recuperação judicial, já adentrando em questões processuais porém estratégicas, é necessário compreender a composição das dívidas que se sujeitam e as que não se sujeitam, para identificar quem serão os credores responsáveis para deliberarem sobre o plano de recuperação judicial, votarem na assembleia de credores, e conseqüentemente, decidir o futuro da empresa recuperanda.

Finalizando sobre a composição das dívidas neste processo recuperacional, esclarece os efeitos das não sujeitas, considerando o fato destes não terem o poder de voto para deliberar na assembleia de credores sobre a forma de pagamento aos credores, não havendo participação ativa na decisão sobre os rumos da empresa, mas se sujeitando aos efeitos, como por exemplo, na hipótese de decretação de falência.

Apresenta-se a atual posição dos créditos tributários no processo recuperacional, cuja conclusão é não ter a possibilidade de sujeitarem-se ao mesmo, e igualmente não terem o poder de voto para deliberar na assembleia de credores sobre a forma de pagamento aos credores, não havendo participação ativa na decisão sobre os rumos da empresa.

Ainda assim, a atual norma recuperacional determina que as empresas para serem beneficiárias da decisão de processamento da recuperação judicial devem apresentar as suas certidões negativas de débitos ou positivas com o efeito de negativo, obrigando-as a aderir aos parcelamentos atualmente existentes, sendo estes benéficos ou não, independente da capacidade financeira de honrar conforme os termos dispostos.

A regularidade fiscal é obrigação dos contribuintes, mas os efeitos danosos direcionados às empresas que se encontram em situação de tratamento diferenciado, requerendo o socorro judicial por meio da recuperação judicial, se comparado às demais empresas que não se declararam nessa condição, mas igualmente inadimplentes, precisa ser averiguado, se estes ferem os preceitos constitucionais que o próprio Estado deveria salvaguardar, afinal, a falência põe fim a atividade produtiva, empregos e torna incerta a possibilidade de recebimento dos credores.

2.1 A NORMA RECUPERACIONAL – OS OBJETIVOS E A QUEM SE DESTINA

A recuperação judicial foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 11.101/2005 e alterações posteriores, em substituição ao instituto da concordata, cuja regulamentação estava prevista no Decreto-Lei nº 7.661/1945, trazendo inovações e maior liberdade para efetuar as negociações.

De forma expressa na Lei nº 11.101/2005, em seu Art. 47⁴⁴, esclareceu-se que o objetivo da recuperação judicial é permitir a superação do devedor em crise econômico-financeira para manter a fonte produtora, os empregos e os interesses dos

⁴⁴Art. 47. 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”. (BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

credores, preservar a empresa e estimular a ordem econômica, portanto, intimamente ligado aos preceitos constitucionais elencados no capítulo anterior.

As três premissas básicas do referido artigo, no entendimento de Bezerra Filho⁴⁵, são requisitos para definir os critérios da empresa em crise financeira, que com a possibilidade de superação possa requerer um processo de recuperação judicial, a destacar: a) a manutenção da fonte produtora; b) o emprego dos trabalhadores; e c) os interesses dos credores.

A preservação de uma empresa em dificuldade econômico-financeira atende ao anseio constitucional de proteger as empresas, desde que tenham capacidade para gerar renda, manter a sua atividade produtiva e a sua função social, e manter o emprego dos trabalhadores. Somente assim, ela terá condições de reestruturar-se para honrar o seu passivo com seus credores.

Bezerra Filho esclarece sobre a importância dos objetivos para a concessão de uma recuperação judicial⁴⁶:

A recuperação judicial destina-se a empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo seu incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social. (grifos nossos)

Identifica-se que o objetivo é dar uma oportunidade para as empresas que se declaram e provam que estão em dificuldade econômico-financeira recuperarem-se, por intermédio deste processo, os requisitos obrigatórios para seu processamento devem estar presentes, dos quais, sempre pela preservação da atividade produtora e dos empregos.

Surgem as premissas de quais seriam as empresas contempladas pela benesse da Lei nº 11.101/2005 para requerer a recuperação judicial, e estas foram

⁴⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação Judicial e Falências**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 209.

⁴⁶ *Idem.*, p. 136-137.

nominadas no Art. 1º, da citada lei⁴⁷. As empresas ou atividades excluídas estão elencadas no Art. 2º deste diploma legal⁴⁸.

O Art. 966 do Código Civil de 2002 conceitua o termo empresário: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”.

O conceito legal naquela época foi objeto de críticas por ter sido muito superficial e não ter contemplado outras formas de organização da produção ou modalidades de exercício da atividade, e posteriormente novas formas societárias surgiram, o que gera a necessidade de ampliar-se este entendimento.

Comparato em 1996 alertava sobre a imprecisão do conceito de empresa. Pela transcrição de Sacramone⁴⁹, em que ele entende que a empresa poderia ser decomposta em quatro perfis, todos baseados na legislação brasileira. Num primeiro *perfil subjetivo*, a empresa poderia ser caracterizada como empresário (Art. 1º, da Lei nº 8.934/1994).

O *perfil objetivo* é caracterizada como estabelecimento (Art. 716 do Código de Processo Civil). No *perfil corporativo* seria uma organização constituída ou instituição (Art. 116, Parágrafo Único da Lei nº 6.404/1976). E, por último, no *perfil funcional*, conceitua a empresa da forma tradicional, como a que tem atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. (Art. 2º da Lei nº 6.404/1976).

Conceitualmente, extrai-se da doutrina de Scalzilli, Spinelli e Tellechea⁵⁰ as definições de empresário e empresa isoladamente, *in verbis*:

[...] tecnicamente, “empresa” significa a **atividade (econômica e organizada, exercida profissionalmente para a produção ou circulação de bens ou de serviços)**, enquanto que “empresário” é **quem exerce a atividade empresária** (seja um empresário individual, seja uma sociedade empresária ou uma empresa individual de responsabilidade limitada), por meio do “estabelecimento” (entendido

⁴⁷ “Art. 1º: Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. (BRASIL, 2005).

⁴⁸ “Art. 2º: Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.” (BRASIL, 2005).

⁴⁹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências**, 2. ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2021, p. 60.

⁵⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018., p. 129.

como complexo de bens organizados para o exercício da empresa por empresário individual ou por sociedade empresária. (grifos nossos)

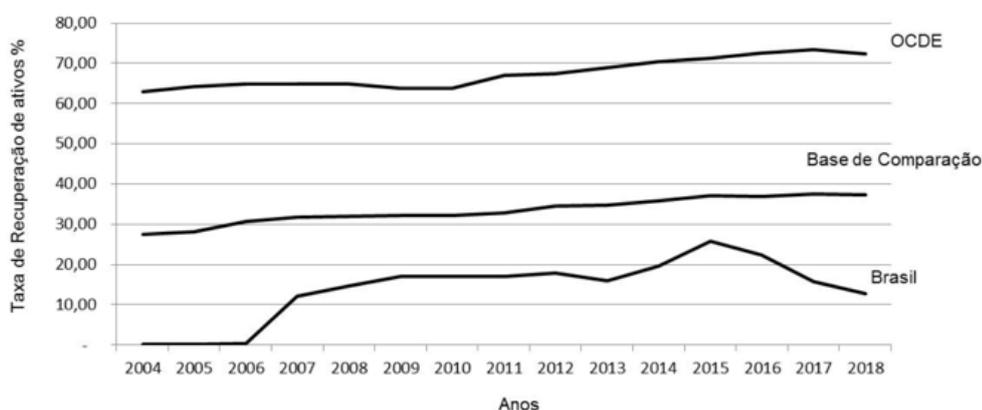
Dessa complexidade da amplitude dos conceitos de atividade empresarial e empresa, partindo-se do que dispôs a Lei nº 11.101/2005 e do Código Civil, Art. 966, propiciaram várias demandas no Judiciário, visando ao reconhecimento de diversas atividades não mencionadas na respectiva lei, mas que pleiteavam a equiparação do exercício da atividade empresarial com o objetivo de requerer a recuperação judicial,

Embasa-se na comprovação de que também exerciam atividades empresariais e, estando em crise econômico-financeira, além dos demais requisitos legais, necessitavam deste processo para que pudessem tentar o soerguimento e a superação da crise.

As recuperações judicial e extrajudicial, desde que ingressaram no ordenamento jurídico propiciaram diversas recuperações no País. O seu instituto está em evolução, mediante a instalação de varas especializadas, treinamento para profissionais, dentre eles os administradores judiciais e os demais operadores do Direito. Há muitas publicações sobre temas desta matéria.

De ordem prática, pode-se extrair da doutrina Carvalho⁵¹ a pesquisa obtida dos dados do Banco Mundial, do Relatório *Doing Business*, em 2018, na qual se pode observar que antes de 2005 (vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945), que pelas estatísticas apresentadas havia um baixíssimo índice de recuperação de ativos antes de 2005.

⁵¹ CARVALHO, Eduardo Coube de. A ineficiência do atual processo de recuperação judicial de empresas no Brasil. **Jota**. (2019). Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ineficiencia-do-atual-processo-de-recuperacao-judicial-de-empresas-no-brasil-21012019>. Acesso em: 15 maio 2022.



Fonte: Elaboração do autor com dados do Banco Mundial – Relatório Doing Business

Figura 2 - Taxa de Recuperação de Ativos⁵²

A partir do ano de 2005, edição do novo instituto, verifica-se um início tímido. Houve resultados para a recuperação de ativos próximos aos 18% nesses últimos anos, com o seu ápice no ano de 2015.

Obviamente que ao comparar com os demais Estados da OCDE, há muito a evoluir. A partir dessas estatísticas e de seus comparativos, avalia-se e estuda-se os entraves do instituto recuperacional brasileiro na busca de soluções que visem a aumentar e melhorar o processo e, por consequência, as estatísticas voltadas à recuperação dos ativos e da efetiva recuperação das empresas.

2.1.1 Algumas atividades que pleitearam o Reconhecimento da Equiparação da Atividade Empresarial.

Algumas atividades adiante listadas não foram objeto exposto na Lei nº 11.101/2005, em seu Art. 1º, que disciplina a recuperação judicial, nem tampouco expressamente vedadas no Art. 2º desta norma, constituindo uma verdadeira celeuma entre os doutrinadores e os demais operadores do Direito sobre a legitimidade ou não para requerer a recuperação judicial.

Nesta senda, algumas atividades empresariais que não foram mensuradas nas excludentes, mas que continuam particularidades sobre a sua atividade, propiciaram várias demandas no Judiciário para o reconhecimento deste direito.

⁵² CARVALHO, 2019, *Ibid.*

Uma das mais emblemáticas disputas judiciais foi a discussão sobre o produtor rural, atividade exercida com frequência vinculada ao CPF do produtor, exercida pela pessoa física, mas que impunha, pelo vulto da operação, todos os requisitos conceituais de atividade empresarial, e foi protagonizada pelo produtor rural Pupin⁵³ e demais empresas do seu grupo.

A batalha para o reconhecimento dessa atividade, mesmo exercida pela pessoa física, mas equiparada a atividade empresarial como sujeita a recuperação judicial perdurou por quase quatro anos no Judiciário, finalizando em 2019, com o reconhecimento pelo STJ, por meio do Recurso Especial 1.800.032-MT⁵⁴, de que havia regularidade na atividade antes de registro na Junta Comercial.

Posteriormente, com a alteração pela Lei nº 14.112/2020, houve o reconhecimento desta atividade em seu Art. 48, §§ 2º e 3º, pondo fim a celeuma da legitimidade do produtor rural, mas com limitação aos créditos que seriam sujeitos ao processo e exigências a provar ou cumprir.

As associações e fundações sem fins lucrativos são outra polêmica, cuja atividade e importância econômica ou social na comunidade tornam-se muito próximas ao conceito de atividade empresarial, cuja maior diferença é não haver permissão legal de distribuir lucros aos associados ou fundadores, diversamente do que ocorre em uma sociedade empresária.

Caio Mário da Silva Pereira⁵⁵ esclarece que pode haver dois tipos de associações:

(i) aquelas que realizam negócios e atuam em mercado visando seu alargamento patrimonial, gerando superavit financeiro a ser integralmente revertido à própria entidade, sem distribuição de lucros aos associados, e (ii) aquelas que visam fornecer vantagens aos seus associados, sem caráter pecuniário (como uma associação de moradores de um bairro ou associação de pais e alunos de um colégio). **O primeiro tipo de associação poderá, em determinadas circunstâncias, exercer atividade empresarial.** (grifos nossos)

Ao longo da vigência da Lei nº 11.101/2005, há inúmeros exemplos de associações ou fundações que obtiveram na Justiça o direito de requerer a

⁵³ Processo nº 3067-12.2015.811.0051. Autores José e Vera Pupin, trâmite na 1ª Vara Cível de Campo Verde.

⁵⁴ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça (4ª. Turma), Recurso Especial Cível n. 1.800.032-MT. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1832496&num_registro=201900504985&data=20200210&formato=PDF . Acesso em: 12 maio 2022.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições. In Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 140-141.

recuperação judicial, como outros que o pleito está *sub judice*, o que causa incerteza e risco de quebra para esse segmento de relevância na economia.

No caso do Grupo Educação Metodista (RS) do ano de 2021, entre as fases de processamento da recuperação judicial e posteriormente a extinção via recursal (TJRS), prevaleceu o voto do ministro Luís Felipe Salomão⁵⁶ para restabelecer os efeitos da recuperação judicial no STJ, que assim discorreu sobre o tema:

Em diversas circunstâncias, **as associações civis sem fins lucrativos acabam se estruturando como verdadeiras empresas, do ponto de vista econômico**. Apesar de não distribuírem o lucro entre os sócios, exercem atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços – grifos da autora.

Os clubes de futebol foram objeto de uma situação análoga, pois a maior parte é constituída por associações sem fins lucrativos. Por motivo da proporção de suas atividades, algumas relacionadas à comercialização de produtos, marcas, patrocínios, tornam-nos verdadeiras sociedades empresárias.

Em que pese o mesmo embate sobre a legalidade e a configuração de sua atividade empresária, alguns clubes de futebol tiveram seus pedidos de recuperação judicial reconhecidos e outros não. Para garantir o pleito, vários clubes migraram as suas estruturas societárias para a Sociedade Anônima de Futebol (SAF), findando qualquer dúvida sobre o exercício de sua atividade econômica, e garantindo dessa forma o direito de requerer recuperação judicial e ter sua solicitação reconhecida e processada.

Em todos os exemplos citados de atividades empresárias que não foram contempladas expressamente na Lei com o direito de requerer a recuperação judicial, o ponto comum para que o pleito fosse atendido fora a equiparação pelo fato de possuir elementos de empresa.

Esse reconhecimento corrobora para a premissa de que a recuperação judicial visa a salvaguardar os interesses das empresas e das demais que exercem atividades empresariais, equiparam-se a empresas e estão em crise econômico-financeira. O reconhecimento está em consonância com os preceitos constitucionais de preservar as empresas e as suas atividades e fomentar o desenvolvimento do País.

⁵⁶ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma restabelece liminar para que associações civis prossigam na recuperação judicial (2022). **Portal do STJ**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaldp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25032022-Quarta-Turma-restabelece-liminar-para-que-associacoes-civis-prossigam-na-recuperacao-judicial.aspx>. Acesso em: 13 maio 2022.

2.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O DIREITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Uma empresa para iniciar as suas atividades necessita de aportes financeiros ou da disponibilização de bens de seus sócios, ou seja, estes transferem a propriedade dos bens ou recursos que estão na sua pessoa física para a constituição de uma pessoa jurídica. Surge a formação do capital social de uma empresa, que é o conjunto de bens necessários para o funcionamento do negócio, e que passa a pertencer a essa entidade, gerando novos direitos e obrigações. O conceito de estabelecimento comercial está disposto no Art. 1.142, do Código Civil⁵⁷.

Segundo Coelho⁵⁸, “conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”.

A empresa, pela sua representatividade e importância na sociedade, como a geração de empregos, a riqueza e os tributos, fomentadora do desenvolvimento social, tem um papel de destaque quando se trata do dever constitucional do Estado de prover a ordem econômica e de proteção às empresas.

O empresário, na qualidade de fomentador da empresa, expõe ao risco o seu patrimônio, tanto o pessoal pelo risco da solidariedade em determinadas dívidas, quanto o que investiu na sociedade. Após integrado o seu patrimônio no capital social, passa a deter meros direitos sobre as respectivas cotas, não mais diretamente a esses bens e, portanto, deve-se respeitar a posição de comando contratual que fora determinada no contrato (social) firmado para essa gestão.

Sobre o tema, Comparato⁵⁹ assim esclareceu:

Enquanto a unidade de produção não constitui uma empresa – isto é, a organização de capital, trabalho e tecnologia – os instrumentos de produção se entrelaçam quase que fisicamente com a atividade produtiva do proprietário. Mas **a partir do momento que a empresa é criada com a organização do trabalho alheio, já não há confundir o direito absoluto sobre o capital com o poder de organização e comando das forças produtivas. A constituição de empresas sob a forma de pessoas jurídicas, aliás, separada**

⁵⁷ “Art. 1.142: Considera-se estabelecimento todo completo de bens organizados, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.” (BRASIL, 2002.)

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. Revista dos Tribunais. 14. ed. São Paulo, 2021, p. 33.

⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 63, jul-set. 1986, p. 74.

nitidamente o acervo empresarial do patrimônio individual dos sócios. Estes, de proprietários passam a posição jurídica de participantes dos resultados de uma exploração patrimonial autônoma”. (grifos nossos)

Surge o conceito de bens de capital, que são os bens utilizados para produzir outros bens, os chamados de consumo, por meio do concurso de mão de obra, o que traz o tema da função social da propriedade.

A garantia pela propriedade de bens tem escopo constitucional no Art. 5º, Inciso XXII e no Art. 170, Inciso II. Na percepção de Grau⁶⁰, não é apenas um instituto, mas um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens.

A questão que se torna relevante para esse estudo refere-se aos bens destinados ao processo produtivo, que estão correlacionados ao conflito entre a propriedade e o trabalho, no binômio propriedade-empresa. Grau⁶¹ assim esclarece sobre a função social da propriedade:

o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – **o dever de exercê-lo em benefício de outrem** e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. (grifos nossos)

Compreende-se que os bens postos ao funcionamento de uma empresa, além da garantia constitucional da propriedade, em sentido estrito, têm uma amplitude pela função social e relevância que desempenham na sociedade, a função social da empresa.

Extrai-se dos ensinamentos doutrinários de Coelho⁶², ao tratar de função social da empresa e de seus deveres consequentes, a serem atingidos conforme o disposto no objeto social, definido pelo empresário, em que assim explanou:

Cumpra sua **função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou país, adota práticas empresárias sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito do direito dos consumidores.** Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência as leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo a sua função social; isto é, os bens de produção reunidos

⁶⁰ GRAU, 2017, *Ibid.*, p. 234.

⁶¹ GRAU, 2017, *Ibid.*, p. 243.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal. (grifos nossos)

Entrelaça-se um conjunto de direitos constitucionais oriundos da função social da propriedade e da função social da empresa, os quais estão ligados intimamente à ordem econômica a ser protegida e fomentada pelo Estado.

No dever de proteger as empresas, em especial as que se encontram em dificuldade financeira, não importando a razão, quer seja por fatores internos ou externos, há a recuperação judicial, como um mecanismo importante para salvaguardar e proteger os interesses dos credores, trabalhadores e também da empresa.

Ademais, na Lei de Recuperação Judicial, alinhada com os princípios da função social, dispôs-se que para ser beneficiária do instituto a empresa tem de estar cumprindo o seu papel social, de manter a atividade e os empregos, de ser potencialmente capaz de gerar renda para quitar os seus credores.

A Lei nº 11.101/2005, em seu Art. 47, dispôs sobre os seus objetivos em total consonância com os princípios constitucionais gerais da atividade econômica insculpidos no Art. 170, da Constituição, ao atentar-se em preservar a empresa, a sua função social e estimular a atividade econômica.

2.3 A COMPOSIÇÃO DAS DÍVIDAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei nº 11.101/2005 determina em seu Art. 49⁶³, que todos os créditos existentes na data do pedido, mesmo que não vencidos, sujeitam-se aos efeitos da recuperação judicial.

Na hipótese de dívidas ilíquidas oriundas de sentenças condenatórias, aquelas também serão abrangidas, pois se levará em conta a data do pedido da recuperação judicial e a origem dos créditos, mesmo que a efetiva apuração ou condenação ocorra em data posterior, como acontece comumente com as ações trabalhistas, as quais seguem o seu trâmite nas respectivas varas e somente após apurado o *quantum* devido requerem a habilitação junto ao processo recuperacional.

⁶³ “Artigo 49º: Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. (BRASIL, 2005).

A questão da composição das dívidas inicia-se com os créditos que posteriormente são excetuados pelos incisos do mesmo Art. 49 da Lei, os quais se pode ilustrar que estão correlacionados às naturezas de seus contratos firmados, visando a manter as garantias e as condições previstas originalmente.

Um dos exemplos sobre o tema são as exceções previstas no Art. 49, § 3º, que tratam dos credores titulares de direitos fiduciários, quer seja de bens móveis ou imóveis, do arrendador mercantil, dos contratos que contenham cláusulas de irrevogabilidade ou irretratabilidade e reserva de domínio. Estes contratos não se sujeitam aos efeitos, mas visam à viabilidade da reestruturação. Se comprovado que esses bens são essenciais ao funcionamento da empresa, será vedada a retirada dos bens do estabelecimento do devedor durante o prazo do *stay period*, (Lei nº 11.101/2005, Art. 6º, Inciso III, § 4º).

Sobre a questão da essencialidade, em que pese prever-se originalmente uma suspensão de 180 dias, é comum, dependendo do andamento processual, que ocorra a prorrogação por igual período do *stay period*, razão pela qual os credores titulares desse direito ficam impedidos de exercer os seus direitos de expropriação por um lapso de tempo maior do que o originalmente previsto.

No caso em estudo, a essencialidade dos bens tem uma íntima ligação com a função social da empresa, pois são os denominados bens de produção. Pela premissa da proteção da atividade e da continuidade da empresa, há um zelo para evitar a expropriação dos bens necessários à atividade da empresa, o que atende um objetivo maior: a recuperação da empresa e a manutenção da sua atividade produtiva.

No caso dos credores fiduciários, em razão da natureza deste contrato, quer pela cessão ou pela alienação, o devedor transmite ao credor a propriedade do bem, sob condição resolúvel, ou seja, quitada a dívida pelo devedor, a propriedade do bem deverá retornar ao devedor. Para iniciar o procedimento da retomada do bem no caso de inadimplência, os credores fiduciários devem proceder a consolidação da propriedade, porém, também se sujeitarão aos efeitos do *stay period*.

Uma situação diferente ocorre com os contratos ofertados por garantia real, penhor, hipoteca, cujas dívidas sujeitam-se à recuperação judicial, mantendo-se todas as garantias vinculadas a esses contratos, entretanto haverá a discussão sobre a proposta de pagamento exposta no plano de recuperação judicial.

Desde o início da vigência da Lei de Recuperação Judicial, a qual se sujeitam ao processo os créditos oriundos da garantia real e excetua os contratos na

modalidade de alienações ou cessões fiduciárias, ocorreu uma migração intensa pelas instituições financeiras na modalidade de fornecer o crédito, sendo preferida atualmente a contratação apenas para as modalidades fiduciárias, cujo efeito prático, além de maior garantia de recebimento do crédito, é não se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial.

Muito se debateu sobre a respectiva migração das modalidades de contratação do crédito, pois não configura nenhuma ilegalidade; afinal, quem é o detentor do dinheiro ou do capital, determina as condições para que o empréstimo seja realizado, o que proporcionou um verdadeiro esvaziamento dos créditos bancários na recuperação judicial, sendo estes credores muito relevantes no processo e na composição das dívidas, tornando inócuo para muitas empresas o processo, dadas essas condições.

A questão em de debate não é alterar a natureza dos contratos pactuados ou prejudicar o credor de boa-fé nas operações financeiras, mas de igual forma que aos credores de garantias reais, que se sujeitam ao processo, seria a previsão de uma classe exclusiva para essa categoria de contratos fiduciários, sem qualquer perda de direitos sobre as garantias envolvidas, mas que trouxesse a esses credores a necessidade de participar do processo de recuperação judicial, de realizar uma negociação com o devedor, com o objetivo de também salvaguardar a empresa e a sua importância social.

De igual forma, quando se trata da composição das dívidas sujeitas a um processo de recuperação judicial, quem deliberará sobre o destino da empresa, na assembleia de credores, são as classes compostas no Art. 41, da Lei nº 11.101/2005, subdivididos em: a) Classe I: titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; b) Classe II: titulares de créditos com garantia real; c) Classe III: titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e d) Classe IV: titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Os credores habilitados a votar para deliberar sobre o plano de recuperação judicial darão o destino de forma indireta também para as dívidas que não se sujeitam ao processo, eis que, caso não seja aprovada a proposta de pagamento apresentada, salvo algumas exceções legais, a empresa terá a sua falência decretada e, portanto, os efeitos dessa decisão serão para todos os credores.

A votação do plano de recuperação é um momento muito relevante para o futuro de uma empresa em recuperação judicial. Não compete ao magistrado nem ao administrador judicial expor um juízo de valor sobre a proposta ou a viabilidade econômico-financeira apresentada pela recuperanda, mas exercer o controle de legalidade e coibir fraudes e abusos de direito. A decisão final compete apenas a uma parte dos credores, os intitulados como sujeitos do processo, que se encarregarão, através da votação do plano, da decisão dos rumos da empresa e da forma de pagamento de todas as dívidas da mesma.

Os efeitos da aprovação do plano de recuperação judicial estão previstos no Art. 59 da Lei nº 11.101/2005, e dispõe que ocorrerá a novação quando o plano de recuperação do devedor for aprovado, abrangendo todos os créditos sujeitos. As novas regras obrigam tanto o devedor quanto os credores: a nova composição da dívida, os novos valores e os prazos.

O Art. 59 da Lei nº 11.101/2005 dispõe que ocorrerá a novação quando o plano de recuperação do devedor for aprovado, abrangendo todos os créditos sujeitos. As novas regras obrigam tanto o devedor quanto os credores: a nova composição da dívida, os novos valores e os prazos.

2.4 OS EFEITOS E AS CONSEQUÊNCIAS DAS DÍVIDAS NÃO SUJEITAS AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei nº 14.112/2020 alterou o Art. 51⁶⁴, Inciso II, item III, da Lei nº 11.101/2005, ao determinar que a recuperanda deve informar na relação de credores apresentada junto com a petição inicial todas as dívidas da empresa, separando-as como sujeitas e não sujeitas ao processo.

Nesse contexto, passou-se a ter uma visão panorâmica do endividamento total da empresa em recuperação. Quando o plano de recuperação judicial for apresentado, adicionalmente à proposta de pagamento aos credores sujeitos, também deverá contemplar como serão pagos os credores não sujeitos, sendo que a

⁶⁴ “Art. 51, II, “III”: “a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos;” (BRASIL, 2005).

forma não é vinculativa a estes, mas apenas para os credores sujeitos que terão a proposta especificada no plano.

No tratamento dado aos credores excetuados ao processo de recuperação judicial, os seus contratos permanecem nos moldes originalmente contratados, ou seja, com exceção do período legal do *stay period* (180 dias), ficam suspensos os seus processos executivos, o que obriga a recuperanda a honrar ou repactuar a sua dívida para não se sujeitar às penalidades do descumprimento contratual.

Algumas dívidas têm particularidades apesar de não se sujeitarem ao processo de recuperação judicial, dentre elas as que envolvem bens considerados essenciais para a atividade da empresa e à preservação de suas atividades. Muitos juízes não têm autorizado a expropriação ou a postergam para evitar que a satisfação de apenas um credor comprometa todo o projeto de reestruturação da devedora.

As práticas de conciliação e mediação também foram introduzidas em razão da alteração da Lei nº 14.112/2020, as quais tem tomado maior espaço para as tratativas com as partes, principalmente para as composições de pagamentos que não se sujeitam ao processo recuperacional, numa tentativa de encontrar uma forma menos onerosa e benéfica para as partes simultaneamente.

Sacramone⁶⁵ trata das decisões judiciais que impedem a constrição de bens essenciais. Esse impedimento não pode ser eterno, e essas medidas devem ficar obstadas apenas pelo período de suspensão (180 dias, prorrogáveis por mais 180 dias). Na hipótese de terem ocorrido antes da decisão do processamento, também devem ser canceladas e o bem retornar à posse da recuperanda.

O credor não sujeito à recuperação judicial permanece aparentemente em posição privilegiada se comparado aos demais credores sujeitos, pois assim que passar o prazo do *stay period*, que geralmente ocorre com a aprovação do plano de recuperação judicial, poderá buscar a satisfação com medidas executivas e expropriatórias do seu crédito.

Como o credor não sujeito à recuperação judicial não participa das fases e do projeto de reestruturação apresentado pela recuperanda, fica à mercê da decisão dos credores sujeitos e votantes do plano de recuperação, os quais poderão, por exemplo, votar contrário aos interesses da manutenção das atividades da recuperanda, de forma a decretar a sua falência.

⁶⁵ SACRAMONE, 2021, *Ibid.*, p. 95.

Nesse caso, todos os credores sujeitar-se-ão ao processo falimentar, independente da origem do seu crédito e da natureza.

A questão que justifica o parágrafo anterior, do porquê o credor fica em posição privilegiada aparente: se ele tivesse uma participação ativa no projeto e na votação, talvez seu voto seria diferente, no caso do exemplo apontado, poderia ajudar a recuperanda a manter a atividade, aumentando as suas chances do efetivo recebimento do seu crédito, assim como dos demais credores.

Igualmente ocorre com as dívidas tributárias, estas não se sujeitam ao processo de recuperação judicial, o Fisco não tem poder de voto no plano de recuperação, ficando excetuadas desse processo, a exemplo de outras modalidades de créditos.

No caso das dívidas tributárias, estas também não se sujeitam ao *stay period*, ressalvado apenas que para qualquer procedimento expropriatório poderá ser submetido ao juízo da recuperação judicial, para avaliar se o bem expropriado é ou não essencial à atividade da recuperanda, promovendo a substituição do respectivo bem para outro sem essa característica, com menos onerosidade, a fim de não comprometer a continuidade das atividades, afinal, um dos objetivos precípuos da lei recuperacional é proteger e manter a atividade produtiva.

Ainda no tocante às dívidas tributárias, se aprovado o plano de recuperação, não haverá diretamente nenhum efeito para estes créditos, pois não há novação nem tampouco qualquer proposta de pagamento pelo plano, exceto para o deferimento da recuperação judicial, que a recuperanda será demandada a apresentar todas as certidões negativas de débitos, ou positivas com efeitos de negativa, tal como previsto no Art. 57, da LREF, e Art. 191-A, do CTN.

2.5 A EXIGÊNCIA DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

Desde a primeira edição da Lei nº 11.101/2005 havia a exigência da apresentação das certidões negativas de débitos, juntamente com o termo da assembleia aprovando o plano, para que fosse concedida a recuperação judicial, mas essa exigência não era cumprida pelos juízes responsáveis pela condução desses processos.

Muitos juízes, com base nas decisões das cortes superiores, Superior Tribunal de Justiça, dispensavam a respectiva certidão por entender que essa exigência comprometeria o soerguimento da empresa, por estar na fase inicial de sua recuperação e por não ter um plano benéfico de parcelamento.

O acórdão proferido no REsp 1.864.625, julgado em 26 de março de 2020, pelo STJ⁶⁶, esclareceu o posicionamento naquela época sobre a respectiva exigência da certidão negativa de débitos, em que se extrai do voto da Ministra Nancy Andrighi:

23. Demais disso, exigir a apresentação de certidões negativas de débitos tributários como requisito imprescindível para a concessão da recuperação judicial pode, em última instância, inviabilizar a própria existência desse instituto, de modo que tal regra não se encontra apta a justificar a restrição por ela imposta.

[...]

24. Com efeito, esta Corte, por ocasião da apreciação do já citado REsp 1.187.404/MT (Dje 21/08/2013), reconheceu, de modo expresso, que **“a interpretação literal do artigo 57 da LRF e do artigo 191-A do CTN inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto”**. (grifos nossos)

Uma das justificativas para a dispensa das certidões negativas dava-se pelo fato das autoridades fiscais, tanto das esferas federais, estaduais e municipais, não terem implementado leis que concedessem parcelamentos e opções de pagamento em condições plausíveis e diferenciadas para que as recuperandas pudessem honrar os seus débitos fiscais.

A falta de interesse do Estado em proporcionar parcelamentos que atendessem às necessidades das empresas em estado de vulnerabilidade, como as que se declaram em crise econômico-financeira, como no passado editavam os famosos programas de refinanciamento fiscal – Refis, em que concediam indistintamente as empresas do País, 15, 20 ou mais anos para quitarem as suas dívidas com descontos expressivos, não se repetia para as que se encontravam em recuperação judicial.

Traz-se como prova do disposto no parágrafo anterior que a maior parte dos parcelamentos federais ficavam em 60 até 84 vezes, sem grandes descontos aos devedores e, portanto, impraticáveis para as empresas em recuperação judicial, ou quando o instituíam, havia um prazo muito limitado para adesão.

⁶⁶ BRASIL. STJ. REsp 1.864.625-SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 23/06/2020.

Em um caso veiculado no portal jurídico do Jota⁶⁷, em decisão inédita o Juiz Marcelo Sacramone, na recuperação judicial da Blue Bird Participações S/A, concedeu à empresa o direito de escolher o melhor parcelamento dentre os que já haviam sido editados pela União, independente da data do encerramento do prazo de adesão, para que pudesse recolher os seus tributos.

A justificativa do Juiz para essa decisão, baseada na reportagem do Jota, é que um Refis com prazo de 84 meses “não é condizente ao tratamento exigido pelos empresários em recuperação judicial”, comparando ainda que a MP 766 do novo Refis concedeu uma série de benefícios, dentre eles o parcelamento em 240 vezes, com descontos de 90% em multa e juros para o pagamento à vista.

De acordo com os estudos realizados pela Associação Brasileira de Jurimetria⁶⁸, no Observatório da Insolvência do ano de 2021, constatou-se que 37,6% das empresas em recuperação judicial para a classe quirografária necessitavam do prazo entre 10 e 15 anos para pagar as suas dívidas junto aos credores, sendo que 42,3% necessitavam de deságios entre 40% a 60% e 28,3% de deságios entre 60% a 80%.

E ainda, 15,1% das empresas necessitavam mais de 15 anos para pagar as suas dívidas em iguais condições de deságio, sendo que uma pequena parcela de 4,4%, necessitava de mais de 80% de deságio.

As empresas que forneceram os seus dados para o relatório acima mencionado tiveram os seus planos de recuperação aprovados, mas não fizeram menção ao tratamento que fora dado ao Fisco, ou seja, a sociedade civil mobilizou-se tendo perdas em função dos deságios para proteger e manter em funcionamento a empresa em recuperação judicial.

A partir da alteração introduzida pela Lei nº 14.112/2020, por meio da alteração do Art. 73⁶⁹, Inciso V, da Lei nº 11.101/2005, reforçou a necessidade da apresentação das certidões negativas fiscais, e ainda, incluiu a possibilidade do fisco pedir a falência

⁶⁷ PIMENTA, Guilherme; DANTAS, Iuri. Justiça permite que recuperanda escolha como pagar refis. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/justica-permite-que-recuperando-escolha-como-pagar-refis-11052017>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁶⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **Observatório da Insolvência**. Processos de Recuperação Judicial em São Paulo (2022). Disponível em: https://abjur.github.io/obsFase2/relatorio/obs_recuperacoes_abj.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁶⁹ “Art. 73: O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: V - por descumprimento dos parcelamentos referidos no art. 68 desta Lei ou da transação prevista no art. 10-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;”. (BRASIL, 2005).

para as empresas em recuperação e inadimplentes fiscais pelos parcelamentos concedidos.

A Lei nº 14.112/2020 também alterou a Lei nº 10.522/2002, que passou a prever algumas hipóteses de parcelamentos, denominados transação tributária, os quais serão tratados em tópico específico, porém, permanecem as mesmas características dos demais parcelamentos, ou seja, a submissão total às regras postas pelo Fisco, sem qualquer análise prévia da sua viabilidade.

O agravante dessa adesão à transação tributária é que se houver descumprimento dos pagamentos, a recuperanda ficará sujeita ao pedido de falência pelo Fisco, independentemente de os demais requisitos do plano de recuperação estarem cumpridos fielmente, como o pagamento dos credores sujeitos.

A partir da vigência do novo diploma legal referido anteriormente, o Judiciário mudou o seu entendimento sobre o risco de a recuperanda não conseguir concomitantemente ao pagamento dos credores, honrar as dívidas fiscais, e passou a exigir as respectivas certidões negativas de débitos, ou positiva com efeitos de negativa. Na impossibilidade destas, a apresentação do pedido de transação tributária pelas empresas para comprovar que ingressaram com o pedido de renegociação em alguma das modalidades de parcelamento disponíveis para poder conceder a recuperação judicial.

O questionamento não é sobre o fato de que as empresas necessitam prover a sua regularidade fiscal, mas sobre a forma e as condições que lhes são impostas para atender a essas exigências, pois na adesão a regras fixas, com o intuito exclusivo de arrecadar tributos devidos pela devedora, não se avalia se as condições deste parcelamento são condizentes com a capacidade financeira da empresa apresentado pelo plano de recuperação, o prazo de pagamento suficiente em relação ao que propôs para os demais credores sujeitos.

Com base no exposto, em um novo parcelamento federal, sob as insígnias de que é destinado para as empresas em recuperação judicial, fora alterado o posicionamento do Judiciário, passando a validar a necessidade das empresas em dificuldade financeira estarem regulares fiscalmente, mas tampouco considerou que o mesmo dispositivo legal deveria abranger todas as esferas, inclui-se então, a municipal e estadual.

Nesse caso, todos os estados e municípios brasileiros também deveriam proporcionar um tratamento fiscal adequado às empresas em recuperação judicial, o

que não se tem conhecimento de que o fizeram, razão pela qual se agrava novamente a situação da empresa em recuperação judicial.

O Judiciário, ao alterar o seu posicionamento, também não pontuou se haviam estudos técnicos que apontassem os reflexos desse novo parcelamento ou mesmo se ele era eficaz para as empresas em crise financeira, pois apesar de prever descontos, estes variam muito conforme a natureza da dívida e a situação financeira, sendo que os prazos são fixados entre 60 a 120 parcelas.

Novamente, denota-se que o Fisco direciona para os seus interesses próprios em desconsideração aos princípios fundamentais a que devia estar vinculado, uma vez que representa o Estado. A proteção à atividade empresarial e ao fomento da economia permanece em segundo plano, pois a prioridade é a satisfação do crédito fiscal, em detrimento da coletividade representada por todos os credores.

A exigência das certidões negativas e/ou positivas de débitos, em conjunto com a necessidade do devedor para aderir à transação tributária são meios utilizados pelo Fisco para legitimar e pressionar sob a ameaça de pedir a falência do devedor, caso em algum momento este descumpra o respectivo parcelamento.

O *modus operandi* do Fisco, de coagir o devedor ao recolhimento do tributo mediante ameaça gravosa deve ser sopesado se está ferindo direitos constitucionais do contribuinte, e assim sendo, essa prática deverá ser vedada pelo Judiciário.

3 A LEI Nº 14.112/2020 E A MUDANÇA NO TRATAMENTO DAS DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS

A alteração legislativa introduzida pela Lei nº 14.112/2020 trouxe mudanças significativas no tratamento do crédito tributário nos processos de recuperação judicial.

Verifica-se que muitas das alterações na legislação em comento além de propiciar possibilidades de parcelamento tributários a devedores fiscais, com perfis e modalidades diferentes, têm o foco de aumentar a cobrança e diminuir a inadimplência.

A proposta de flexibilizar aos contribuintes inadimplentes o pagamento por meio de um parcelamento específico para regularização de débitos é uma iniciativa condizente com o papel do Estado de fomentar as atividades e também receber os tributos que lhe são devidos.

Alguns aspectos dessa adesão tributária serão questionados pela forma como se exige que o contribuinte faça a adesão, em desrespeito aos princípios constitucionais, bem como deixando novamente o Fisco em posição muito favorável na hipótese de rescisão ao comparar com os riscos e penalidades que o contribuinte assumirá.

Dentre esses riscos, há a possibilidade de não concessão por dois anos de um novo parcelamento fiscal. Para as empresas em recuperação judicial o Fisco pode requerer a falência pelo inadimplemento fiscal.

A falência encerra o ciclo de uma empresa. Para algumas delas é a consequência da impossibilidade de seguir com as suas atividades ante a total insolvência; para outras, como as que estão em recuperação judicial e em processo de reestruturação, pode ser uma injustiça, pois foram suprimidos os seus direitos constitucionais de proteção à empresa solvente, de oportunizar-lhe a recuperação por meio deste processo.

3.1 OS TRIBUTOS E O SEU TRATAMENTO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Os créditos tributários seguem o rito previsto na Lei nº 6.830/1980, e tem natureza executiva. No tocante às empresas em recuperação judicial, os respectivos

créditos tributários não se sujeitam ao respectivo processo, nem tampouco são alvos de negociação junto ao plano de recuperação com os demais credores. Os processos executivos não se suspendem durante o *stay period*, como mencionado na alteração introduzida a partir da vigência da Lei nº 14.112/2020, em seu Art. 6º, §7º-B:

§ 7º-B. O disposto nos **incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais**, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para **determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial**, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código. – grifos da autora.

A partir deste dispositivo legal, no *stay period* o juízo universal da recuperação judicial tem a atribuição de não permitir que a constrição recaia sobre os bens essenciais, a fim de que não prejudique as atividades da recuperanda, mas não pode impedi-la de satisfazer o seu crédito, devendo intermediar outro meio ou solução menos gravosa para a recuperanda.

O que esse dispositivo legal não esclarece, é a hipótese de quando não há outros bens não essenciais disponíveis. Indaga-se se neste contexto poderiam ser constritos os essenciais.

Há todavia os valores em espécie bloqueados nas contas correntes, os quais geram controvérsias jurisprudenciais ante o conceito de essencialidade, pois as empresas em recuperação muitas vezes ficam à mercê dos bloqueios e a incerteza sobre a decisão que autoriza ou não o desbloqueio, reconhecendo a essencialidade.

Demonstra-se que o Fisco, além de não se sujeitar a nenhuma condição imposta pela recuperação judicial, a salientar, por negociação de prazos de pagamento, carências ou descontos nas dívidas, ele permanece com todos os direitos executivos intactos, previstos na Lei nº 6.830/1980, Lei de Execução Fiscal.

A premissa de que não pode haver qualquer sujeição do Fisco em conceder concessão direcionada a interesse privado respeita o disposto no Art. 172⁷⁰, do Código Tributário Nacional que, de acordo com Coelho⁷¹, é oriundo do princípio da

⁷⁰ “Art. 172: A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: I - à situação econômica do sujeito passivo;” (BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.)

⁷¹ COELHO, 2012, *Ibid.*, p. 237.

indisponibilidade do interesse público, pois na lei tributária não há permissibilidade de negociação do crédito fiscal, devendo ocorrer apenas por lei qualquer remissão do crédito tributário.

Há de pontuar-se também que a inadimplência ou a irregularidade tributária não pode ser *ad eternum* pela recuperanda, ou mesmo que a continuidade das suas atividades e o direcionamento do pagamento de todos os credores ocorram à expensa de tributos não recolhidos que aumentam esse passivo tributário. Representaria essa hipótese o fomento da concorrência desleal, totalmente desconexa com os princípios basilares de livre concorrência.

O questionamento decorre da forma como é imposto para a recuperanda que proceda a regularidade fiscal, num momento em que esta autodeclara-se em dificuldade financeira e busca o socorro por meio do instituto da recuperação judicial, objetivando a preservação da empresa e das suas atividades.

Não é factível que para o soerguimento de um negócio não exista a união das forças, tanto a iniciativa privada (credores de todas as classes), como do Fisco (todos os entes federados abrangidos), em conjunto com a recuperanda, com intuito de preservar a atividade empresarial e a geração de renda, para que seja garantido o recebimento de seus créditos, mesmo que reduzidos, mas em igualdade com a maioria dos seus credores.

Na ânsia de pressionar a cobrança fiscal com a apresentação das certidões negativas e a consequente adesão a parcelamentos, deixou-se uma omissão no andamento processual da recuperação judicial, afinal, pela literalidade da respectiva lei, a hipótese de não apresentação das respectivas CND pela recuperanda não teria previsão legal para ser declarada a sua falência.

No ponto de vista de Coelho⁷², a falta das certidões fiscais pelo credor ficaria a meio caminho de um extremo a outro, entre a falência ou o indeferimento. Para o Autor, a falência não teria previsão legal e o caso do indeferimento seria inócuo, pois nada impediria a recuperanda, no dia seguinte, de ingressar com um novo pedido, e por consequência um novo prazo de *stay period*, abrangendo uma quantidade maior de credores.

Instaurada a celeuma, é fato que há direitos tanto do Fisco como da recuperanda a serem preservados, pois de um lado não há intenção de validar o não

⁷² COELHO, 2012, *Ibid.*, p. 239.

recolhimento de tributos para as empresas que estão em recuperação judicial, nem tampouco, que a recuperanda por medidas extremas seja impedida de continuar com as suas atividades em prol de apenas um crédito, que é o fiscal.

A retórica quando ocorre essa dissonância entre conflitos com o Fisco e contribuintes, segundo Daniel Neto e Ribeiro⁷³, justifica-se pelo princípio da supremacia do interesse público, ao explicar que este princípio é absoluto e declara a inafastável e a indisponibilidade do crédito tributário, visando a justificar uma situação de autoridade e comando do Poder Público em relação aos particulares.

Os Autores⁷⁴ explicam adicionalmente que em prol do bem-comum e da manutenção de uma ordem social e estável, essa supremacia precisou ser flexibilizada, pois encontrou óbice no desenvolvimento de direitos fundamentais, pois visam a proteger minorias contra as escolhas das majorias em prol de um bem-comum, cujo objetivo é garantir um conjunto básico de direitos e liberdades comuns a todos.

Caminha-se na evolução com o Estado Democrático de Direito, em que há o abandono das instituições autoritárias e a supremacia do interesse público migra desse seu caráter absoluto, mantendo a sua aceitabilidade em consideração e ponderação de diversos interesses e direitos envolvidos.

No caso das empresas em recuperação judicial, em que pese o instituto ser pautado na negociação coletiva entre os seus credores, a posição do Fisco não assumiu esse papel, pois a única possibilidade atribuída ao devedor foi a de aderir ao parcelamento denominado transação tributária, independentemente se o mesmo conseguirá ou não cumprir nos termos propostos pelo Fisco.

3.2 A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA

Para empresas que estão em recuperação judicial ou pediram a homologação da recuperação extrajudicial, para cumprimento do requisito da apresentação das certidões negativas de débitos, a transação tributária teve um papel importante, pois

⁷³ DANIEL NETO, Carlos Augusto; RIBEIRO, Diego Diniz. **Inovações na Cobrança do Crédito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 168.

⁷⁴ *Idem.*, p. 170/171/172.

viabilizou condições mais favoráveis e facilitadas para que muitas empresas pudessem regularizar seus débitos tributários.

Como se demonstrará no decorrer desta seção, é também por intermédio do descumprimento pelo devedor dos termos pactuados pela adesão da transação tributária, no caso de empresas em recuperação, que configurará o requisito para que o fisco possa pedir a falência das mesmas.

A transação tributária foi instituída por meio da Medida Provisória nº 899/2019, denominada como “MP do Contribuinte legal”, e posteriormente convertida pela Lei nº 13.988/2020.

As razões que justificaram a edição da Medida Provisória da transação tributária, com o escopo de arrecadação, foi reduzir o estoque dos créditos da União classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação. Segundo Guedes e Mendonça⁷⁵ sobre essa modalidade:

Objetiva-se, com a proposição, atacar o gargalo do processo contencioso tributário, cujo estoque, apenas no Conselho de Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), totaliza mais de R\$ 600 bilhões de reais, distribuídos em cerca de 120 mil processos.

A proposta de acordo com Guedes e Mendonça⁷⁶ adotou o modelo de transação, por meio do qual o credor e o devedor, mediante concessões mútuas, podem socorrer-se deste instituto que antes não havia regulamentação, para obter uma solução adequada para o litígio tributário, reconhecendo que em cenário de crise fiscal, com redução de custos e tratamento adequado a contribuintes que não têm capacidade de pagamento, pode ser dada uma solução ou resolução ao conflito tributário.

Esta iniciativa do Estado, de certa forma reconhece que o atual modelo jurisdicional tributário está à beira de um colapso e ineficiente. Daniel Neto e Ribeiro⁷⁷ entende que:

[...] resta claro que o velho mecanismo de satisfação do crédito tributário, retratado pelo ajuizamento de execuções fiscais para fins de constrição patrimonial do devedor e pagamento forçado do crédito executado, não tem se mostrado efetivo, o que leva os

⁷⁵ GUEDES, Paulo Roberto Nunes; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. EMI nº 00268/2019 ME AGU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-899-19.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ DANIEL NETO; RIBEIRO, 2019, p.178.

entes Públicos a desenvolverem outras técnicas para realização dos seus interesses. (grifos nossos)

Os Autores⁷⁸ esclarecem o seu posicionamento com base em dados estatísticos:

No quadro geral das execuções, o maior problema é a fiscal. [...] Os processos de execução fiscal, representam, aproximadamente, 38% do total de casos pendentes e 75% das execuções pendentes no Poder Judiciário. **Os processos dessa classe apresentam alta taxa de congestionamento, 91%, ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2016, apenas 9 foram baixados.** Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia de 73% para 65% em 2016 (redução de 8 pontos percentuais). **A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (95%), e a menor, na Justiça Eleitoral (83%).** Observa-se, na figura 91, que todos os Tribunais Regionais Federais apresentaram taxa de congestionamento superior a 90%. (grifos nossos)

A transação tributária aproxima-se de uma versão mais democrática do Estado de Direito, abandonando o autoritarismo em favor de modelos mais abertos, visando à primazia dos direitos fundamentais, equalizando com a primazia do interesse público. Na visão de Hendrick Pinheiro da Silva⁷⁹:

A diferença entre o “interesse público” de bases autoritárias para um “interesse público” democrático é o seu conteúdo, e conclui que essa noção sofreu fortes inflexões do constitucionalismo, **que a conduziram para um modelo democrático de composição de equalização de interesses conflitantes que, ao mesmo tempo, não perde a premência das finalidades da sociedade como um todo, construindo a sua configuração contemporânea a partir da ponderação dos interesses existentes – “trata-se da utilização de instrumentos de consenso para a definição do próprio conteúdo do interesse público”.** Grifos da autora.

O modelo adotado para a transação tributária, segundo Avelino e Peixoto⁸⁰, procura atuar de maneira colaborativa:

o intuito da transação é a facilitação do diálogo e aproximação entre fisco e contribuinte, para que estas partes, de maneira colaborativa,

⁷⁸ GUEDES; MENDONÇA, 2022, *Ibid.*, p.177.

⁷⁹ SILVA, Hendrick Pinheiro da. Transação Tributária como Ferramenta de Política Fiscal: planejamento e controle. 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002879364>. Acesso em: 1 dez. 2022.

⁸⁰ AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi de Medeiros Peixoto. **Transação Tributária.** Novo paradigma da autocomposição a partir da Lei n.º 13.988/2020. (2022). Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p61.pdf. Acesso em: 10 out.2022.

cheguem a um consenso visando sempre, ao final, o cumprimento de obrigações tributárias.

No entendimento dos Autores⁸¹, a modalidade introduzida pela Lei nº 13.988/2020 não pode ser comparada com o parcelamento, eis que esta ocorre na suspensão da exigibilidade do crédito tributário (Art. 151) e a transação causa a extinção do crédito (Art. 156), ambos do CTN. Avelino e Peixoto aduzem:

Por outro lado, **a transação tributária, em face de seu caráter negocial, permite melhor análise e adequação à situação específica de cada contribuinte.** Favorece a isonomia material e abre espaço para que o próprio contribuinte busque o fisco com o escopo de solucionar de maneira autocompositiva a sua situação. (grifos nossos)

Importa ponderar que tanto o parcelamento como a transação somente terão os seus efeitos exauridos pelo pagamento integral do débito pactuado.

A transação objeto deste estudo, prevista na Lei nº 13.988/2020 e alterações posteriores, compreenderá os pontos que envolvem os créditos tributários das empresas em recuperação judicial, os quais foram classificados na mesma categoria dos créditos irrecuperáveis ou de difícil recuperação, e aqueles devidos por empresas em processo de recuperação judicial, liquidação judicial, liquidação extrajudicial ou falência, (Art. 1º, § 5º).

Nos termos da Lei nº 13.988/2020⁸², a transação pode ocorrer por três modalidades de adesão, as quais estão previstas no Art. 2º, e que resumidamente são pela proposta individual ou adesão dos débitos em dívida ativa da União e das fundações públicas, de competência da Procuradora-Geral da União, incluso em administrativo judicial, ou por adesão nos demais casos de contencioso judicial, e por final a adesão ao contencioso tributário de pequeno valor.

De forma objetiva, uma empresa em recuperação judicial que teve o seu plano de recuperação aprovado, será intimada a apresentar as certidões negativas de débitos para obter a concessão da recuperação judicial.

⁸¹ AVELINO; PEIXOTO, 2022, *Ibid.*, p. 63.

⁸² “Art. 2º: Para fins desta Lei, são modalidades de transação as realizadas: I – proposta individual ou por adesão, nos débitos inscritos em dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, na cobrança de créditos que seja da competência da Procuradoria-Geral da União, ou em contencioso administrativo fiscal; II – por adesão, nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário; e, III – por adesão, no contencioso tributário de pequeno valor.” (BRASIL, 2020).

Desta forma, em se tratando de tributos federais, a empresa deverá obrigatoriamente quitar os seus débitos ou necessitará aderir a alguma das modalidades de transação prevista na respectiva norma, caso queira obter as suas certidões negativas e, portanto, a transação não se torna algo facultativo a ela, espontâneo ou um objeto de negociação entre as partes, e sim, impositiva.

Há de constatar-se ainda a transação para ser deferida ou aprovada; é condicionada a compromissos pelo devedor, tais como os previstos no Art. 3º, da Lei nº 13.988/2020, abaixo transcritos:

Art. 3º

[...]

I - não utilizar a transação de forma abusiva, com a finalidade de limitar, de falsear ou de prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência ou a livre iniciativa econômica;

II - não utilizar pessoa natural ou jurídica interposta para ocultar ou dissimular a origem ou a destinação de bens, de direitos e de valores, os seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários de seus atos, em prejuízo da Fazenda Pública federal;

III - não alienar nem onerar bens ou direitos sem a devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigido em lei;

IV - desistir das impugnações ou dos recursos administrativos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem as referidas impugnações ou recursos; e

V - renunciar a quaisquer alegações de direito, atuais ou futuras, sobre as quais se fundem ações judiciais, inclusive as coletivas, ou recursos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação, por meio de requerimento de extinção do respectivo processo com resolução de mérito, nos termos da alínea c do inciso III do caput do art. 487 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (grifos nossos)

Essas imposições ao devedor em recuperação judicial, num momento crucial de sobrevivência de sua empresa, fazem com que a transação seja extremamente arriscada, afinal, se não aderir ficará à mercê dos credores ou da decisão de improcedência do processo, sendo que alguns juízes, de forma inovadora decretar a falência mesmo sem base legal.

A transação tributária, para algumas empresas em recuperação judicial, pode virar um pesadelo, pois a regularização tributária é condicionada à avaliação de requisitos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e, portanto, sujeita à subjetividade do avaliador, razão pela qual não há certeza das condições e dos descontos que serão deferidos.

Para atingir o patamar máximo de descontos que é de 70% do crédito tributário, deverão ser analisados pela PGFN sete parâmetros, de forma isolada ou cumulativa, elencados didaticamente por Oliveira⁸³, abaixo nominados:

Para fins de mensuração do percentual de redução, deverão ser observados, isolada ou cumulativamente, sete parâmetros: **(1º) o tempo em cobrança; (2º) a suficiência e liquidez das garantias associadas aos débitos inscritos; (3º) a existência de parcelamentos ativos; (4º) a perspectiva de êxito das estratégias administrativas e judiciais de cobrança; (5º) o custo da cobrança judicial; o histórico de parcelamentos dos débitos inscritos; (6º) o tempo de suspensão de exigibilidade por decisão judicial e (7º) a situação econômica e a capacidade de pagamento do contribuinte em recuperação judicial.** (grifos nossos)

Uma leitura rápida dos requisitos acima, as empresas em recuperação judicial raramente terão um histórico desejável, nos critérios elencados pela PGFN para a obtenção dos descontos máximos previstos na lei e necessários à sua manutenção das atividades. Menciona-se ainda, que apesar de ser possível um escalonamento nos valores das primeiras parcelas, não é permitido ultrapassar o prazo de 60 meses e 120 meses para a quitação total do tributo transacionado, e a subdivisão das diversas modalidades de parcelamento na transação, classificados por tipo de dívida, podem fazer com que a soma da parcela mensal a ser paga pelo devedor seja extremamente alta para a sua realidade.

Para muitas empresas em recuperação judicial, realizar a adesão à transação logo no início de seu processo de recuperação demonstra ser uma única alternativa imposta para cumprir o requisito da sua concessão, mas deixa incerto os resultados da efetiva possibilidade de quitação e continuidade da empresa ante os diversos riscos que assume com essa adesão, caso não consiga cumprir os parcelamentos.

3.3 PONTOS CONTROVERTIDOS DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA

⁸³ OLIVEIRA, Gilmar Geraldo Gonçalves. Lei 13.988/2020: **A Transação como Forma de Extinção do Crédito Tributário.** (2022), p. 102. Disponível em: https://repositorio.fumec.br/bitstream/handle/123456789/943/Gilmar_Geraldo_mes_dir_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 out.2022.

A transação tributária, quando realizada de forma planejada pela empresa devedora, pode trazer inúmeros benefícios em prol da regularização de sua inadimplência.

Em situação inversa, sem qualquer planejamento ou forçadamente, a adesão inconsequente à transação tributária sem a verificação do fluxo de caixa para averiguar se as parcelas mensais são possíveis de serem honradas podem trazer consequências muito gravosas para as empresas, principalmente as que estão em recuperação judicial, pela hipótese do pedido de falência na atual legislação.

Para as empresas que aderirão há diversos requisitos que o devedor tributário deve cumprir para ter a concessão da transação, submetendo-se a algumas exigências, as quais estão elencadas na Lei nº 13.988/2020, mais especificamente no seu Art. 3º.

Em algumas dessas exigências não há controvérsia a ser apontada, pois apenas regulamentam que o instituto da transação não deve ser utilizado de forma abusiva ou com a intenção de prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa econômica; ou seja, em consonância com os princípios constitucionais a serem protegidos. Um dos pontos polêmicos está relacionado com a confissão irrevogável e irretroatável de todos os créditos abrangidos pela transação na Lei nº 13.988/2020, Art. 3º § 1º.

A confissão, conforme previsto no Art. 389, do CPC/2015, que a parte admite a verdade dos fatos, mas não abrange consequências interpretativas da lei. Neste contexto, Grillo⁸⁴ assim se expressa:

A confissão caracteriza-se como meio de prova, ao lado de outras provas consagradas pelo Direito, uma declaração de ciência da parte em relação à verdade de um determinado fato, não influenciando na constituição do respectivo crédito tributário.

O entendimento do STJ também é nesse sentido, e expressou-o por meio do julgamento do Tema Repetitivo 375:

A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o

⁸⁴ GRILLO, Fabio Artigas. **Tributação e Justiça Tributária**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012, p. 235. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28525/R%20-%20T%20-%20FABIO%20ARTIGAS%20GRILLO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 out. 2022.

escopo de obter parcelamento de débitos tributários. No entanto, como na situação presente, a matéria de fato constante na confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato.

Com base neste entendimento, a confissão pauta-se apenas pela matéria fática, mas erros de fato podem ser afastados pelo Judiciário e revisados pela Administração Pública; portanto, a confissão não tem efeitos absolutos, como exemplo, não tem o condão de reativar um débito prescrito.

No julgamento do Resp nº 927097/RS⁸⁵, o excerto adiante extraído do acórdão proferido pelo Ministro Teori Zavascki. Eis o seu entendimento sobre os efeitos da confissão de dívida:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II E AO ART. 458, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CONFISSÃO DE DÍVIDA. REVISÃO JUDICIAL. LIMITES. VIOLAÇÃO AO ART. 267, VI, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não viola os artigos 535 e 458, II do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. 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.

3. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Todavia, no que se refere à matéria de fato, a confissão do contribuinte somente pode ser invalidada quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico.

4. Não viola o art. 267, VI, do CPC o acórdão que extingue o processo com julgamento do mérito, pela improcedência do pedido.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (grifos nossos)

Os entendimentos do STJ relativos à confissão tributária são consoantes aos princípios de constitucionalidade e da legalidade tributária, visto que o contribuinte não pode ser prejudicado nem ceifado de seus direitos, principalmente no tocante a temas de inconstitucionalidade ou presença de nulidades absolutas.

Segue ainda com as exigências da transação, previstas no Art. 3º, Inciso IV, da Lei nº. 13.988/2020, na qual a empresa aderente deverá “desistir das impugnações ou dos recursos administrativos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação e renunciar a quaisquer alegações de direito”. Em suma, a renúncia ao

⁸⁵ BRASIL. STJ. REsp 927097/ RS, Relator Ministro Teori Zavascki, 1ª. Turma. Data da publicação 31/05/2007.

direito implica a extinção do processo mediante resolução de mérito, nos termos de Art. 487, Inciso III, alínea “c” do CPC/2015.

Sobre os efeitos da renúncia, Theodoro Júnior⁸⁶ explica:

Ao contrário do que se passa com a desistência da ação, a renúncia ao direito subjetivo material pode ser manifestada pelo autor até mesmo em grau de recurso, desde que ainda não esteja encerrado o processo por meio de coisa julgada. Aqui não há revogação pela parte da eficácia de uma composição da lide operada em juízo, mas sim o autodespojamento voluntário de direito subjetivo disponível da parte, o que é viável em qualquer época, com ou sem processo. Mas, **essa renúncia, que vai além da simples extinção do processo, importará sempre solução de mérito, de sorte que sua homologação, em qualquer instância, fará coisa julgada material, para todos os efeitos.** (grifos nossos)

Para ser mais explícito sobre as exigências a serem assumidas pelo devedor para obter os benefícios da transação, a Lei nº 13.988/2020⁸⁷, em seu Art. 3º, Inciso V, preconiza que não poderá questionar nenhum ato, mesmo futuro ou fruto de ações coletivas sobre o âmbito da respectiva matéria objeto da transação, numa explícita afronta a direitos constitucionais do contribuinte, dentre eles o da ampla defesa e da acessibilidade ao Judiciário.

Essa questão deve ser confrontada com o direito do Estado em relação à transação tributária, em total desproporcionalidade, pois na hipótese de o contribuinte não conseguir honrar a integralidade do parcelamento, ele estará sujeito às penas previstas pelo descumprimento, que é a exclusão.

A exclusão implica, conforme a Lei nº 13.988/2020⁸⁸, Art. 4º § 3º, o afastamento de todos os benefícios concedidos, a retomada das cobranças “integrais” das dívidas com a dedução dos valores pagos, lembrando que as confissões foram irrevogáveis e irretroatáveis, em suma, o Fisco readquire integralmente os seus direitos.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. Rio de Janeiro Forense, 2012, p. 323.

⁸⁷ “Art. 3º A proposta de transação deverá expor os meios para a extinção dos créditos nela contemplados e estará condicionada, no mínimo, à assunção pelo devedor dos compromissos de: [...] V - renunciar a quaisquer alegações de direito, atuais ou futuras, sobre as quais se fundem ações judiciais, inclusive as coletivas, ou recursos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação, por meio de requerimento de extinção do respectivo processo com resolução de mérito, nos termos da alínea c do inciso III do caput do art. 487 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).” (BRASIL, 2020)

⁸⁸ “Art. 4º Implica a rescisão da transação:[...] § 3º - A rescisão da transação implicará o afastamento dos benefícios concedidos e a cobrança integral das dívidas, deduzidos os valores já pagos, sem prejuízo de outras consequências previstas no edital.” (BRASIL, 2020)

O mesmo diploma legal não restabelece na mesma proporção os direitos dos contribuintes excluídos, dentre eles a retomada da discussão judicial dos créditos que foram pactuados, pois conforme exposto, para a adesão tais créditos foram objeto dos institutos da confissão e da renúncia, e seus efeitos legais nefastos para as empresas que estão em processo de restabelecimento e reestruturação, como as que estão em recuperação judicial.

Segundo Oliveira⁸⁹, numa tentativa de equilibrar a relação entre o Fisco e o contribuinte, no caso de rescisão da transação, como forma de crítica ao atual ordenamento, assim expôs:

Ora, **havendo a rescisão da transação, da mesma forma que o fisco terá os valores do crédito recuperados, deverá ser restabelecido o direito à jurisdição do contribuinte.** A renúncia deve ser tratada como condição ao aperfeiçoamento da transação, produzindo efeitos enquanto ela estiver vigente. Uma vez cumprido o acordo, com base na renúncia, não poderá o contribuinte rediscutir a dívida. (grifos nossos)

De outro lado, numa visão do Fisco, este tem intenção de aplicar regras rígidas com o intuito de evitar um trabalho desnecessário de sua estrutura administrativa com a avaliação dos pedidos, reuniões, despachos, recursos, na tentativa de garantir que o devedor não descumpra o referido parcelamento, afinal, tais descontos concedidos na dívida seriam pela diminuição da litigiosidade dos processos executivos.

Além do exposto, convém lembrar que as consequências da rescisão da transação, além do restabelecimento da dívida na proporção total para o contribuinte que está em recuperação judicial, ficará sujeito ao pedido de falência pelo Fisco ante o descumprimento, demonstrando que há uma afronta aos princípios da igualdade e da razoabilidade.

O dever do Estado de proteger a atividade empresarial, fomentar o desenvolvimento, fica em segundo plano quando se trata de recuperar o crédito, neste caso fora classificado por ele como de difícil recuperação os que são oriundos de empresas em recuperação judicial.

⁸⁹ OLIVEIRA, 2022, *Ibid.*, p. 114.

3.4 A FALÊNCIA REQUERIDA PELO FISCO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Conceitualmente, a falência, na perspectiva de Tellechea, Scalzilli e Spinelli⁹⁰, é conhecida como “quebra ou bancarrota”, e trata-se de um regime jurídico liquidatório em que se busca por meio da liquidação do patrimônio do devedor insolvente o pagamento de seus credores.

O instituto da falência principalmente durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945 havia um rito processual elastecido; era muito comum os seus trâmites perdurarem por anos ou décadas, de maneira que o empresário falido ficasse vinculado sem poder retomar nenhuma nova atividade de administração ou novamente empreender em novo negócio.

Além disso, convém lembrar que as origens pejorativas e temidas da falência já se faziam presentes desde a Lei das XII Tábuas, de 451 a. C, e o nº 9 da Tábua Terceira estabelecia:

Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro além do Tibre. (Bezerra Filho⁹¹)

A mudança significativa ocorreu em 326 a. C, com a famosa *Lex Poetelia Papira*, em que evoluiu a execução sobre a pessoa do devedor, passando para o seu patrimônio, e “proibindo expressamente a morte ou a venda para escravização, estabelecendo que a garantia do credor é o patrimônio do devedor”. (Bezerra Filho⁹²).

Portanto, desde os primórdios as obrigações assumidas tinham um cunho pessoal, e o devedor falido respondia com o seu próprio corpo e não com o patrimônio, em épocas que a pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado. Algumas penalidades impostas ao devedor inadimplente variavam desde o esartejamento, penas corporais incluída a pena de morte, em outras, era de praxe vender o indivíduo como escravo. Não havia a presença do Estado. (Mendonça⁹³)

O breve esorço histórico dá a conotação do impacto que uma falência tinha sobre o devedor, do sofrimento carnal passar para o patrimônio pessoal, a

⁹⁰ SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA; 2018, *Ibid.*, p. 211.

⁹¹ BEZERRA FILHO, 2013, *Ibid.*, p. 61.

⁹² *Idem.*, p. 62.

⁹³ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. I. Atual. Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2002, p 37.

humilhação, os impactos que vão de efeitos psicológicos, sociais e financeiros, e esse estigma ainda não foi superado pela sociedade.

Dentre os impactos psicológicos, como define o estudo de Cardoso⁹⁴, a experiência traumática de uma falência pode ocasionar no empresário dois efeitos: o emocional e o motivacional. O efeito emocional relaciona-se às emoções negativas como a dor, o remorso, a vergonha, a humilhação, a raiva, a culpa, o medo. Esse insucesso relaciona-se com a perda de algo ou alguém importante, e que sugere o luto, o qual pode desencadear sintomas comportamentais, experimentais e/ou fisiológico. Em alguns estudos, esse luto era acompanhado por ansiedade, ataques de pânico, fobias, raivas, exaustão, hipertensão arterial, insônias e perda de peso. O efeito motivacional é que o fracasso possa motivar a superação.

Cardoso⁹⁵ esclarece que a falência gera efeitos sociais na vida do empresário, devido ao impacto nas relações pessoais e profissionais. Estudos apontam o colapso de casamentos e de relacionamentos próximos após a insolvência. E ainda o estigma da desvalorização da pessoa, que leva a discriminação negativa em relação a oportunidades de empregos e o acesso a recursos futuros.

E, por fim, o último efeito, segundo Cardoso⁹⁶, é o financeiro, visto que há uma perda ou redução de rendimento pessoal, bem como o aumento de seus custos financeiros, cujas dívidas pessoais podem levar muitos anos para serem liquidadas.

Para alguns empresários, a conjugação desses fatores causa efeitos nefastos em suas vidas, pois além de perderem o patrimônio que investiram para iniciar os seus negócios, o patrimônio pessoal também é comprometido, pois no atual ordenamento jurídico algumas obrigações, dentre elas as tributárias, trabalhistas, ambientais e consumeristas são direcionadas para os administradores e, portanto, estes assumem um passivo com seus bens particulares, muitas vezes até impagável.

Os impactos vão além do patrimônio. Em casos mais extremos, alguns optam por “pagar” com a própria vida, e o suicídio tem sido noticiado em diversos casos⁹⁷,

⁹⁴ CARDOSO, Mariana Beatriz Galeano Lima. **Causas da Insolvência das Pequenas e Médias Empresas**: a Percepção dos Empresários dos Concelhos de Castelo Branco e da Covilhã. Covilhã, (2018), p. 6. Disponível em: https://ubibliorum.ubi.pt/bitstream/10400.6/10125/1/6288_13341.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Idem.*, p. 5.

⁹⁷ BRASIL URGENTE. Empresário que matou toda a família em Porto Alegre teria dívida milionária **Band**. Disponível em: <https://www.band.uol.com.br/noticias/brasil-urgente/ultimas/empresario-que-matou-toda-familia-teria-divida-milionaria-16508505>. Acesso em: 16 out. 2022. GITZ, Sade.

como a opção encontrada pelo empresário que não conseguiu suportar a perda do seu negócio, o que é lamentável.

A falência, segundo Sacramone⁹⁸, “era tradicionalmente vista como um modo de se excluir, do mercado, as atividades empresariais inviáveis, de modo a se proteger o crédito”, e segue ainda que pelo atual ordenamento jurídico da Lei nº 11.101/2005, que passou a ser concebida também como um modo mais eficiente de preservar a função social da empresa, mas sob o comando de outro empresário, que no caso é o arrematante dos bens na liquidação forçada.

Para empresas que estão em dificuldade financeira e que buscaram o instituto recuperacional como alternativa para superar a crise, podem ter a sua falência decretada durante o processo pela ocorrência das hipóteses previstas no Art. 73, da Lei nº 11.101/2005.

Dentre os motivos elencados no referido diploma legal, estão classificadas as decisões proferidas pela assembleia de credores, relacionadas a não aprovação do plano de recuperação, o descumprimento dos termos do referido plano, o esvaziamento patrimonial, e a recente inclusão por meio do Inciso V, que é o “descumprimento de parcelamentos referidos no artigo 68 desta lei ou da transação prevista no artigo 10-C da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002”.

O referido parcelamento previsto no inciso em comento é denominado como transação tributária, exigido para que a recuperanda obtivesse as certidões negativas de débito para a concessão da recuperação judicial.

A recuperanda, nesse contexto, permanece com as suas alternativas reduzidas e, portanto, obrigada a aderir ao parcelamento, mesmo que as condições financeiras não o suportem, ficando à mercê de eventos futuros positivos que coadunem com a possibilidade de quitar os credores conforme o plano de recuperação aprovado, como manter a regularidade dos parcelamentos aderidos.

O Fisco fica numa situação extremamente vantajosa em relação à recuperanda e também aos demais credores envolvidos no processo, pois enquanto receber o seu

Empresário falido se suicida na frente do governador de Sergipe e de ministro. **Infomoney**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/empresario-falido-se-suicida-na-frente-do-governador-de-sergipe-e-de-ministro/> Acesso em: 16 out.2022. BBC News Brasil. **Empresário inglês falido mata mulher e filha a marteladas e se enforca**. (2010). Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/09/100902_florista_mortes_rp. Acesso em: 16 out.2022. G1. **Dono de empresa que demitiu 223 funcionários é encontrado morto**. (2016). Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2016/06/dono-de-empresa-que-demitiu-223-funcionarios-e-encontrado-morto.html>. Acesso em: 16 out.2022.

⁹⁸ SACRAMONE, 2021, *Ibid.*, p. 401.

crédito, diminuirá o estoque alto de passivos tributários incobráveis, e se o devedor parar de pagar, tem a faculdade de pedir a falência, pois ele será um dos prioritários para o recebimento do crédito, e terá a faculdade de prosseguir as execuções fiscais contra o sócio administrador da empresa falida ou inadimplente.

Uma falência, nessas condições, além de encerrar com a atividade produtiva, tem como consequência a diminuição do valor do patrimônio da empresa, pois em prol da agilidade são permitidos leilões pelo valor possível, não existindo mais a figura do preço vil, o que implica, diretamente a diminuição dos valores pela arrecadação dos ativos, e por consequência, reduz a possibilidade de pagamento de todos os credores, ficando apenas os que gozam de privilégios, como os créditos trabalhistas (até 150 salários mínimos), a garantia real (até o limite do valor da garantia) e o Fisco.

O fisco, se mantidas as atuais regras de adesão aos parcelamentos fiscais impostas às empresas em recuperação judicial, e com faculdade de pedir a sua falência pelo não cumprimento dos parcelamentos, também corre o risco de não receber o montante do seu crédito, afinal, com as desvalorizações da arrecadação nos leilões, pelo total convertido em espécie, deduzidas as despesas da massa, ocorrerá a partilha entre os credores.

O poder de decisão atribuído ao Fisco por meio desta norma, pois diante da inadimplência fiscal de uma empresa ele pode decidir pelo pedido de falência ou não, e a vagueza torna arbitrária a sua posição, cabendo a decisão pela discricionariedade de um servidor público, visto que a um devedor poderia ser pedida a falência, já a outro não.

Esse dispositivo necessita de validação constitucional, pois empresas que requerem a recuperação judicial devem gozar de tratamento diferenciado para prosseguir com as suas atividades, mas têm uma sanção mais gravosa do que as demais empresas inadimplentes fiscais que não pediram a recuperação judicial, que no caso é o risco da falência.

Nesse caso, a desigualdade de tratamento do Fisco para as empresas inadimplentes fiscais que estão em recuperação judicial confronta com o objetivo da norma recuperacional previsto na Lei nº 11.101/2005⁹⁹, no Art. 68, que prevê o

⁹⁹ “Art. 68º: 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 estabelecido na Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”. (BRASIL. 2005)

parcelamento específico para essas empresas, no sentido de ser benéfico e não o oposto, agravando a sua condição se comparado as que não estão em recuperação judicial e, portanto, não seria possível a falência.

Independente da fase de um processo de recuperação judicial, os créditos tributários integrantes das execuções fiscais permanecem ao dispor do Fisco, com todas as premissas legais para a satisfação do crédito previstas na Lei de Execução Fiscal nº 6.830/1980, podendo redirecionar a cobrança para os seus sócios.

A forma como foi estruturado o processo de recuperação judicial, no sentido de sua composição e sujeição das dívidas a estes, torna muito controversa a atual posição do Fisco em poder interferir no andamento desse processo, requerendo a falência por inadimplência fiscal, sem qualquer participação dos demais credores sujeitos ao processo, independentemente de a empresa em recuperação estar regular ou não com o cumprimento do plano.

Questiona-se a ocorrência de excesso de poderes do Fisco, afinal, com a permissibilidade de requerer a falência, ele cessa a atividade produtiva, cessa com os empregos e põe em dúvida a possibilidade dos demais credores receberem os seus créditos.

Afinal, num processo de falência, as prioridades de recebimento não estarão previstas no plano de recuperação judicial, e sim decorrem da ordem legal dessa lei, em que as dívidas tributárias, com exceção das dívidas trabalhistas (limitado o valor até cento e cinquenta salários mínimos) e das garantias reais (limitado o valor da garantia), torna-se preferencial para o recebimento em detrimento de todos os demais.

A falência promovida pelo Fisco deve ser avaliada pelo princípio da proporcionalidade ou configura-se uma sanção política, como forma de pressionar o devedor para o pagamento de sua dívida sob a ameaça do encerramento da atividade produtiva, atingindo diretamente o direito da empresa a ser preservada e das premissas que a levaram a buscar o socorro judicial.

4 A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO PEDIDO DE FALÊNCIA PELO FISCO DAS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Este último tópico avaliará se os princípios constitucionais relativos à legislação que permite o fisco pedir a falência de devedores tributários inadimplentes foram respeitados e se são condizentes com os direitos fundamentais a que se deve guarda e proteção.

Cotejar os ensejos da LREF para a preservação das atividades das empresas em dificuldade financeira, consoante aos interesses fiscais, é o desafio deste tópico. Não se nega a importância do recolhimento dos tributos para o Estado Fiscal, mas por outro, o fomento à atividade social, promover a livre iniciativa, também é dever do Estado, afinal, as empresas não geram apenas impostos, mas irradiam inúmeros reflexos sociais e financeiros na sociedade em que estão inseridas.

Obviamente que o Estado tem o direito e o dever de buscar através dos meios legais a satisfação do seu crédito fiscal, mas quais os seus limites para essa sua atuação visando à cobrança, dentre eles, a utilização do instituto falimentar para pressionar o recolhimento dos tributos?

O dispositivo legal que permite a falência de devedores fiscais deve ser sopesado consoante o princípio da proporcionalidade; ou seja, se essa ação do Estado é proporcional à necessidade dessa medida ou o Estado está agindo com excessos de poderes, que nesse caso, uma vez identificados devem ser corrigidos e expurgados pelo Judiciário.

O Estado brasileiro sempre foi considerado muito criativo para a prática de meios utilizados para a cobrança fiscal. Muitos meios utilizados foram vedados pela Justiça pela configuração de sanções políticas, e tudo leva a crer que pressionar uma empresa em recuperação judicial a aderir a parcelamento tributário, sob pena do descumprimento deste ser-lhe decretada a falência é mais uma das suas engenhosas artimanhas do fisco.

Não basta publicar uma norma e colocá-la em vigência no ordenamento jurídico sem avaliar os seus reflexos e impactos na sociedade e na economia, aliás, isso é uma tarefa tanto do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, razão pela qual o questionamento faz-se necessário para encontrar uma melhor solução, visando ao equilíbrio das relações.

4.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SUA IMPORTÂNCIA

Para identificar possíveis inconstitucionalidade de leis, é imprescindível que sejam apontados, dentre os diversos requisitos, se respeitaram os princípios constitucionais que as norteiam e se estão intrinsecamente ligados com princípio da proteção e da confiança e boa-fé.

Nesse contexto, ensinam Derzi e Lobato¹⁰⁰ sobre o que é digno de proteção em termos de conteúdo, a salientar: a) a continuidade da ordem jurídica, que está ligado à inviolabilidade do ordenamento legal, confiabilidade, previsibilidade, diagnóstico precoce e segurança de orientação; b) a proteção à continuidade do ponto de vista material, ligado ao direito da propriedade; c) a fidelidade ao sistema e à Justiça, que está ligado também com o princípio da proteção e da segurança, para atingir o efeito garantidor da igualdade; e d) a proteção da disposição concreta ou do investimento, relacionado também com a confiança e a segurança jurídica, e quando se trata de investimentos, para um sentido amplo, abrange a liberdade de poder tomar decisões, autodeterminar-se, dar forma ao futuro com base nas leis, normas administrativas e decisões judiciais estáveis.

A Constituição disciplina no Título I os princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil e todos os poderes que dela emanam. Segundo Silva¹⁰¹, os “princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”.

A importância dos princípios constitucionais tem correlação direta com o valor dos critérios que devem ser adotados para a formação das leis, singelamente expressado por Domenico Farias¹⁰²: “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas”.

Corroborar a importância dos princípios, extraído da citação do livro de Bonavides¹⁰³, intitulado *A Constituição Aberta*:

¹⁰⁰ DERZI, Misabel de Abreu Machado e LOBATO, Valter de Souza. Os Caminhos abertos pelo Ministro Gilmar Mendes. In: **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**. São Paulo. Almedina Brasil, 2021, p. 47/48.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros, 2017, p. 94.

¹⁰² FARIAS, Domenico. **Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali**. Milão, 1981, p. 163.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. Malheiros. São Paulo, 2012, p. 302.

Os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais. Mas essa importância decorre em grande parte de um máximo poder de legitimação, que lhes é inerente. (grifos nossos)

Inquestionável por consequência, que os preceitos e os princípios constitucionais dotados do princípio da supremacia, significando que as demais leis e normas inferiores tenham de estar conformadas com estes princípios, sob pena de serem inconstitucionais. Explica José Afonso da Silva¹⁰⁴ que dois aspectos são observados nesse controle, quanto ao critério formal e quanto ao material, que neste caso é o que identifica em face do conteúdo desta lei estar em desacordo com os preceitos e os princípios da Constituição.

Sobre a fundamentação material da constitucionalidade de uma lei, Bonavides ensina¹⁰⁵:

As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estatalidade jurídica e o princípio do Estado social. (grifos nossos)

Não se olvida que a referida Lei nº 14.112/2020, no Art. 73, Inciso V, que alterou a Lei nº 11.101/2005, Art. 73, Inciso V, foi submetida ao controle da legalidade, dentre eles o Legislativo, o seu quórum de aprovação respeitou os preceitos, sancionada pelo Executivo, e o seu prazo para vigência também fora respeitado.

A análise da inconstitucionalidade da respectiva lei passará pelo crivo das normativas da Constituição, a salientar pelo cotejamento dos Arts. 1º ao 5º, que tratam dos direitos que devem ser preservados no tocante ao valor do trabalho e a sua liberdade, a garantia pelo Estado do desenvolvimento social, a proteção da propriedade e a sua função social, a ampla defesa e a acessibilidade ao Judiciário, dentre outros.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. Malheiros. São Paulo, 2017, p. 49.

¹⁰⁵ BONAVIDES, 2012, *Ibid.*, p. 436.

Esses princípios e garantias fundamentais expressam o dever do Estado ante os seus cidadãos, incluso as pessoas jurídicas que são responsáveis por fomentar a economia por meio de suas atividades industriais e comerciais, empregos, riquezas, tributos.

Por ser um tema intimamente ligado a questões tributárias e os direitos-garantias fundamentais dos contribuintes, é necessário citar os ensinamentos de Gilmar Mendes¹⁰⁶:

Os direitos e garantias constitucionais relativos à tributação cuidam exatamente de introduzir um núcleo essencial e incoercível de liberdades individuais a preservar em face da organização burocrática. [...] **“as garantias do contribuinte são consideradas cláusulas pétreas**, conforme entendimento inaugurado pelo STF da ADI 939 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 18/02/1994)” (grifos nossos)

O exame apurado da inconstitucionalidade do dispositivo legal que prevê o pedido de falência há de ser sopesado ante aos princípios constitucionais e as obrigações do Estado, sem esquecer que os contribuintes também têm deveres a cumprir.

Ademais, como mencionado no tópico anterior, o pedido de falência pelo Fisco certamente encerrará a continuidade das atividades da empresa devedora, mas não há certeza da efetividade pelo recebimento dos tributos, que obviamente é o foco desta medida.

Nesta senda, além da incerteza do recebimento do crédito, também não foram mensurados os impactos que a retirada da operação das empresas (falência) terá na comunidade, região ou estado, bem como os efeitos diretos e indiretos, considerando funcionários, fornecedores e clientes.

Depreende-se a necessidade de aprofundar o estudo desse dispositivo legal da Lei nº 11.101/2005, Art. 73, Inciso V, sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade da referida norma, além da isonomia.

4.2 PROPORCIONALIDADE, ISONOMIA E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A contextualização da proporcionalidade fez-se necessária para melhor compreensão de sua abrangência e eficácia no presente estudo; ademais, ela poderá

¹⁰⁶ ALVES, Marcos Joaquim Gonçalves; VIANA, Alan Flores. Os Caminhos abertos pelo Ministro Gilmar Mendes. In: **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**. São Paulo. Almedina Brasil, 2021, p. 507.

afetar de sobremaneira a visão e os efeitos da norma em análise, que permite ao Fisco pedir a falência de empresas devedoras de tributos em recuperação judicial.

Inicialmente há divergência entre os autores sobre a natureza jurídica da proporcionalidade, sobre ser ou não um princípio, visto não constar expressamente no ordenamento jurídico pátrio.

Chaib, entende que é princípio constitucional, mesmo que não tenha sido formulado como norma jurídica global, mas ele decorre do espírito que atrai toda a sua extensão e profundidade do Art. 5º, § 2º, da Constituição, relacionados a direitos e garantias originadas do Estado de Direito e dos princípios que fazem invioláveis a Constituição.¹⁰⁷

No entender de Alexy¹⁰⁸, sobre a definição de princípio, este consiste na avaliação de três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, as quais darão a ideia de otimização quanto às possibilidades jurídicas existentes.

Para o Autor, a “o primeiro subprincípio, o da adequação, exclui a adoção de meios que impeçam a realização de pelo menos um princípio, sem promoverem qualquer outro princípio ou fim”. O subprincípio da necessidade versa sobre a adoção de um meio apto ou adequado, que seja menos nocivo ou que cause uma interferência menos intensa. E, por fim, o último subprincípio que é a proporcionalidade em sentido estrito, que estaria intimamente ligado à lei do sopesamento, que dispõe resumidamente que quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá de ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção baseia-se.

Enquanto a discussão sobre a natureza jurídica estende-se, porém necessária para a compreensão de seus efeitos na avaliação da inconstitucionalidade do pedido de falência pelo Fisco, Ávila¹⁰⁹ explica sobre a proporcionalidade, que não é necessariamente um princípio, mas um método de aplicação de normas, e como se expressa, um postulado de aplicativos normativos. Para ele, as normas de primeiro

¹⁰⁷ CHAIB, Liana. **O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo**. São Paulo: LTr, 2008, p.66.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Traduzido por Paulo Pereira Gouveia. **O Direito**. a. 146, IV, p. 819 – 825, 2014. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/direito/O%20Direito%20\(2014\)%20IV%20TEXTO.PDF#page=9](https://www.cidp.pt/revistas/direito/O%20Direito%20(2014)%20IV%20TEXTO.PDF#page=9). Acesso em: 29 out. 2022.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios**. 9. ed. São Paulo. Malheiros, 2009, p. 507; 121/122.

grau funcionariam como normas-objetos da aplicação, enquanto as normas de segundo grau seriam as normas-métodos de aplicação.

Como postulados normativos, Ávila¹¹⁰ assim os conceitua:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. [...] Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas.

Importa considerar nesse estudo a avaliação da proporcionalidade, a razoabilidade, a proibição de excesso e a concordância prática. Ávila¹¹¹ explica que a proporcionalidade é um exame de causalidade entre meio e fim, enquanto a razoabilidade seria um exame de subsunção entre o meio e a normalidade. A concordância prática está relacionada com o dever do intérprete de buscar a máxima eficácia de valores ou princípios que colidem entre si no caso concreto, e a proibição de excesso exige que o Poder Público não edite medidas que restrinjam excessivamente um direito fundamental ao ponto de aniquilá-lo não garantindo um mínimo de eficiência.

Nessa breve conceituação sobre a proporcionalidade, visa-se a compreender que será necessário o exame de adequação e de exigibilidade da norma, para compreender se a Lei nº 11.101/2005, Art. 73, Inciso V, que permite o pedido de falência pelo Fisco, respeita os requisitos postos sobre a sua aplicabilidade sem ferir direitos.

O exame de adequação consiste na capacidade de atingir o objetivo, analisando se a finalidade buscada por aquela medida empregada está ou não apta a alcançar o objetivo perseguido e o exame de exigibilidade; avalia se há inexistência de outro meio, mais eficaz e menos danoso, ou seja, se há outra alternativa para que o direito restringido seja da menor forma possível o direito postergado.¹¹²

No contexto da norma que permite o pedido de falência pelo Fisco, para empresas em recuperação judicial e que descumprirem os parcelamentos ou

¹¹⁰ ÁVILA, 2009, *Ibid.*, p. 122.

¹¹¹ ÁVILA, 2009, *Ibid.*, p. 162.

¹¹² SILVA, Fernando Carlos Oliveira. **O Postulado da Proporcionalidade na Teoria Normativa de Humberto Ávila.** (2009), p. 166. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/37617>. Acesso em: 17 set. 2022.

estiverem inadimplentes com tributos, deve ser avaliado sob a ótica da proporcionalidade.

Ademais, qual o objetivo perseguido com a norma: eliminar as empresas do mercado com a decretação da falência ou cobrar tributos que estão em atraso?

Existe outra forma menos onerosa para que os tributos sejam cobrados dos devedores, sem a falência?

E ainda, na hipótese da falência decretada, a cobrança dos tributos pelo Fisco será efetiva ou incerta?

Para o avanço das possíveis respostas dos questionamentos, principalmente se tratando de fechamento de estabelecimento por falência ou outro motivo, é necessário relembrar o caso emblemático do julgamento do RE 550.769¹¹³, em que houve a interdição de um estabelecimento pelo descumprimento da norma legal que previa a regularidade fiscal, e enquadrado como devedor contumaz. Foi demonstrado pelo respectivo julgamento a preocupação sobre a inobservância do princípio da proporcionalidade, assim destacado pelo Ministro Celso de Mello, abaixo transcrito de se voto:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do ‘*substantive due process of law*’ – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘*substantive due process of law*’ (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (RTJ 176/578-580, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno) (grifos nossos)

¹¹³ BRASIL. STF. RE 550.769, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. DJe 22/05/2013.

Numa correlação entre o princípio da proporcionalidade, a sanção tributária e a interdição de estabelecimento, Helenilson Cunha Pontes¹¹⁴ assim esclareceu:

O princípio da proporcionalidade, em seu aspecto necessidade, torna inconstitucional também grande parte das sanções indiretas ou políticas impostas pelo Estado sobre os sujeitos passivos que se encontrem em estado de impontualidade com os seus deveres tributários. Com efeito, se com a imposição de sanções menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas como a negativa de fornecimento de certidões negativas de débito, ou inscrição em cadastro de devedores, o que resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão da impossibilidade de registrar atos societários nos órgãos do Registro Nacional do Comércio até a proibição de participar de concorrências públicas.

[...]

Exemplo de sanção tributária claramente desproporcional em sentido estrito é a interdição de estabelecimento comercial ou industrial motivada pela impontualidade do sujeito passivo tributário relativamente ao cumprimento de seus deveres tributários. Embora contumaz devedor tributário, um sujeito passivo jamais pode ver aniquilado completamente o seu direito à livre iniciativa em razão do descumprimento do dever de recolher os tributos por ele devidos aos cofres públicos. O Estado deve responder à impontualidade do sujeito passivo com o lançamento e a execução céleres dos tributos que entende devidos, jamais com o fechamento da unidade econômica. (grifos nossos)

Além da proporcionalidade, a questão da interferência do Fisco em poder pedir a falência das empresas em recuperação judicial por inadimplência fiscal, fere diversos princípios constitucionais, dos quais dentre eles, o que o Estado tem o dever de fomentar a economia, respeitar o livre exercício da atividade econômica e o dever preservar as empresas.

O fomento à atividade empresarial está intimamente ligado ao preceito constitucional elencado no Art. 170¹¹⁵, *caput*, (Incisos I a IX), fundado no respeito ao livre exercício da atividade econômica e outros preceitos pela proteção à livre iniciativa, à garantia e à valorização do trabalho, respeito à propriedade privada e à sua função social.

¹¹⁴ PONTES, Helenilson Cunha. O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário. **Revista Dialética**, n. 2.3, 2000. p. 141/143.

¹¹⁵ Art. 170: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. (BRASIL, 1988).

É imprescindível mencionar o desrespeito ao princípio da isonomia, pois o dispositivo legal da Lei nº 11.101/2005, Art. 73, Inciso V, trata os devedores tributários de forma desigual, qual seja, os que buscaram o amparo judicial para salvaguardar as suas empresas da crise econômica, através de uma recuperação judicial, estão em situação desvantajosa em relação aos devedores tributários que não ingressaram com a recuperação judicial, incluso aqui, os devedores contumazes que também não tem previsão de falência na lei.

Implica esse dispositivo que uma empresa pode ser altamente devedora fiscal, em cifras muito superiores as de uma empresa que está em recuperação judicial, mas o Fisco penalizará apenas a que está em recuperação judicial? Não representa que este dispositivo legal está invertido? A empresa em recuperação judicial que deveria ter maior proteção legal tem penalidade maior do que outras que não está sob a égide deste processo?

Sobre este princípio extrai-se de Mendes¹¹⁶ a interpretação:

O princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário (Gleichbehandlungsgebot), quanto como proibição de tratamento discriminatório (Ungleichbehandlungsverbot). A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a chamada "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" (ywillkürlicher Begünstigungsausschluss).

Tem-se uma "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" **se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.** (grifos nossos)

Não restam dúvidas que o Fisco está oferecendo tratamento desigual aos devedores tributários; para que os estão em recuperação judicial há prejuízo flagrante forçando-os à adesão ao parcelamento sob a ameaça de pedir falência, enquanto para os outros não há o mesmo tratamento, nem aos devedores contumazes que são extremamente prejudiciais à sociedade, há tamanha penalidade.

Os apontamentos da afronta aos princípios constitucionais tornaram-se evidenciados, resta que seja restabelecida a ordem, mediante o expurgo do referido diploma legal do ordenamento jurídico.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.** Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, n. 8, 2004, p. 131-142.

4.2.1 A Recuperação Judicial e os Impactos do Pedido de Falência

A Lei nº 11.101/2005 é um bom exemplo do exercício dos deveres constitucionais do Estado em prol das empresas em dificuldade financeira, e do salvamento dos negócios por meio da recuperação judicial ou extrajudicial, em proteção à atividade econômica, aos empregos e à garantia de direitos dos credores.

Flagra-se uma contradição entre o dever do Estado em proteger as empresas e dar-lhes condições diferenciadas para superar o momento de crise, e de outro lado, concomitantemente, se estiverem inadimplentes fiscais, tentar impedir a continuidade das atividades por meio do pedido de falência, cujo maior intuito é tão somente prover a arrecadação do tributo, seja a que custo for.

Como ficam então, os direitos dos demais credores, sócios e dos funcionários que ativamente estão trabalhando e gerando efeitos e impactos na economia?

A falência, como já exposto anteriormente, sempre foi tratada como um pesadelo para os sócios, e não é infundada essa ameaça pelos impactos que causam nas suas vidas, além dos psicológicos, sociais e financeiros, a ameaça de que se não pagarem os seus tributos terão a falência decretada, aumenta a pressão para aderir a transação, e em contrapartida aumenta o risco de não haver caixa para honrar o Fisco e os demais fornecedores ao tempo exigido pelo Fisco, sujeitando da mesma forma a uma insolvência por excesso de obrigações financeiras ao mesmo tempo. Essa pressão ao empresário configura uma sanção política, como se verá mais adiante.

A empresa, quando decretada a sua falência, cessa imediatamente as suas atividades, em raras exceções que há permissão de continuidade, deixando todos os seus empregados abruptamente sem qualquer recebimento de salários ou verbas rescisórias, iniciando a jornada longa e futura para o recebimento de seus haveres trabalhista, sendo a maioria das vezes valores muito inferiores ao que teriam efetivamente direito, ficando muito difícil a sua situação financeira até a recolocação no mercado.

Além disso, cessa toda a cadeia da economia direta e indireta que uma empresa movimenta, relacionada a transporte, fornecedores, prestadores de serviços, dentre outros impactos na sociedade, ao comércio local, aumento de inadimplência.

Quanto aos fornecedores e credores da massa falida, denominados quirografários, que são quase a maioria, em face da classificação da ordem de

preferência do pagamentos de uma falência, a qual, conforme previsto na Lei nº 11.101/2005, em seu Art. 83, a prioridade é dos trabalhadores com créditos até 150 salários mínimos, após os créditos gravados com garantia real até o limite do valor gravado, créditos tributários exceto os extraconcursais e as multas tributárias e ao final da fila os credores quirografários.

A referida lei, com a inovação introduzida pela Lei nº 14.112/2020, em que alterou a Lei nº 11.101/2005, o Art. 2, Inciso III, “e” e “f” disposto que o administrador judicial tem o prazo de 40 dias para proceder à arrecadação dos bens e fazer o respectivo auto de arrecadação, bem como determina por meio do Art. 142, Inciso IV, e no prazo de 180 dias após a expedição deste auto de arrecadação, que os bens devem ser leiloados.

Em leilões judiciais, o primeiro lance é ofertado com 100% do valor de mercado; não havendo interessados, o segundo lance será de 50%. Com o referido dispositivo que determina que a venda ocorra no prazo exíguo citado, não é mais considerado preço vil se leiloado a qualquer valor.

Em julgamento recente, o TJ/SP¹¹⁷ homologou o leilão de bens de uma massa falida com 10% do valor de avaliação, sem considera-lo preço vil, justificando que o dispositivo do Código Civil, Art. 891¹¹⁸, *caput*, não se aplica nos casos de arrematação de bens de falência, com base na determinação da urgência em proceder-se o arremate.

Retoma-se o quão nefasto é um processo de falência para as partes (empresa e credores), e diante de decisões como a anteriormente referenciada, torna-se óbvio que os credores de modo geral não terão valores a receber, incluso aqui o Fisco, que é o terceiro na ordem de preferência.

Ao saber da possibilidade remota para receber o crédito, o que justificaria o Fisco em uma empresa que está em recuperação judicial, que se declarou em

¹¹⁷ BRASIL. TJSP. Agravo Instrumento no. 2134903-69.2022.8.26.0000. Relator José Benedito Franco de Godoi, São Paulo, 20/10/2022. Inteiro Teor: “FALÊNCIA Realização do ativo Arrematação do imóvel da falida por preço equivalente a 10% do valor da avaliação Possibilidade Exaurimento das tentativas de alienação por preços mais próximos ao da avaliação em duas praças Alienação frustrada Impossibilidade de reabertura do certame Conceito de preço vil que não se aplica ao processo falimentar atual Decisão que deve ser reformada visando a proteção do direito do arrematante e a celeridade na realização do ativo Inteligência do art. 142, § 2º-A, inciso V e § 3º, incisos, da Lei 11.101/05 Aprovação da arrematação que deve seguir o critério da estrita legalidade Exegese do art. 142, §3º-B, inciso III da Lei 11.101/05 - Recurso provido”.

¹¹⁸ “Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil. Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.” (BRASIL, 2002).

dificuldade e busca o socorro da lei, senão a coação para receber o seu crédito por meio dos parcelamentos, configurando plenamente a sanção política, (vide infra) e o desrespeito aos princípios constitucionais, tanto da proporcionalidade, como do dever de fomentar a atividade empresarial e de proteger as empresas.

O dispositivo em comento sobre o pedido de falência pelo Fisco fere os preceitos constitucionais constantes no Art. 5º¹¹⁹, Inciso XXII e XXIII, no que tange ao direito à propriedade e do direito do proprietário de exercer a função social desta, pois na medida que lhe é interrompido o exercício das atividades sociais de uma empresa, há o afastamento do poder de decisão dos sócios, ficando a encargo do Judiciário a condução do encerramento e da liquidação dos ativos desta.

Com isso, os sócios “perdem” os seus direitos sobre a propriedade e o direito de exercer a atividade social da empresa, ficando à mercê de ver seus bens serem liquidados, a qualquer preço, para liquidar o passivo. Ademais, seguem respondendo com os seus bens pessoais nas dívidas que são solidários, como as de cunho trabalhista, tributário, as que houve oferta de garantias pessoais, dentre outras.

Certamente, ao cotejar o exame de adequação e de exigibilidade, como exposto na doutrina anteriormente, sobre o pedido de falência pelo Fisco, relativo à proporcionalidade e às suas consequências, é possível identificar que fere direitos constitucionais, podendo ser denominada com uma lei restritiva de direitos fundamentais e com excessos pelo Estado, o que deve ser coibido.

4.3 AS SANÇÕES POLÍTICAS E O DEVEDOR CONTUMAZ

Ao avançar na discussão sobre a constitucionalidade, em que se pontua a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, aponta-se como um dos principais objetivos do Fisco pedir a falência pelo descumprimento do parcelamento; é a efetividade da cobrança destes créditos e a forma desses atos na presença de coação para realizar essa cobrança.

¹¹⁹ “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos 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;” (BRASIL, 1988).

Para compreensão, extrai-se o conceito de sanções políticas no entendimento de Caliendo¹²⁰: “as medidas punitivas (sancionatórias) que tenham por objetivo coagir ao pagamento de tributos (arrecadar) pela limitação dos direitos dos contribuintes”.

Explica-se também, no tocante às sanções políticas, que estas decorrem de uma sanção devido a um comportamento desviante, como o deixar de recolher tributos, e tem objetivo de forçar o contribuinte ao pagamento destes, muitas vezes com restrição de seus direitos.

Algumas sanções limitam os direitos fundamentais dos contribuintes como medidas que atingem o direito do estabelecimento de contratar, empreender, exercer profissão ou ofício, atuar por meio da empresa, enfim, medidas que ofendam o seu direito de propriedade. São consideradas medidas abusivas e limitadoras de direitos quando a conduta for desproporcional, não razoável ou necessária, sendo ilegítima para proceder essa cobrança.¹²¹

Complementa Franco Júnior¹²² sobre as sanções políticas tributárias, que são medidas restritivas de direitos fundamentais impostas ao Estado do Contribuinte como forma de compeli-lo ao pagamento do tributo de forma indireta, abstendo-se dos meios legais de cobrança do crédito tributário através de meios desproporcionais.

O Autor¹²³, com base na doutrina de Norberto Bobbio, apontou que para identificar a existência de uma sanção jurídica é necessária a presença de três elementos: i) a possibilidade de previsão de sua incidência diante do desrespeito de uma determinada norma jurídica primária, como consequência indesejável da violação de seu comando impositivo; ii) a estipulação de medida ou intensidade desta consequência; e iii) a definição da competência para a sua aplicação imparcial e execução.

Algumas das sanções políticas vedadas pelo ordenamento jurídico são a apreensão de mercadorias (Súmula 323 STF), de documentos e de veículos, perdimento de mercadoria (exceto quando ingressar no País de forma ilegal através de contrabando ou descaminho), cassação ou suspensão de regime especial de tributação, a interdição de estabelecimento (Súmula 70 do STF), impedimento de

¹²⁰ CALIENDO, Paulo. Sanções Políticas no Direito Tributário: conteúdo e vedação. In: MANEIRA, Eduardo; TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Tributário e a Constituição: Homenagem ao Prof. Sacha Calmon Navarro Coêlho**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 675-702.

¹²¹ *Idem*.

¹²² FRANCO JUNIOR, Nilson José. **Sanções Políticas em Matéria Tributária**. Curitiba. Editora CRV, 2017, p. 51.

¹²³ *Idem.*, p. 25.

emissão de nota fiscal ou a condicionar a garantia real ou fidejussória, fiança por parte do contribuinte (RE 565.048/RS), proibição do contribuinte de adquirir ou despachar mercadorias nas alfândegas e exercer atividades profissionais (Súmula 547), dentre outras.

Há algumas medidas sancionatórias, mas não foram consideradas como ilegais, como por exemplo, a aplicação de multas pecuniárias (de mora, isolada, de ofício, agravada e qualificada), a apreensão de mercadorias para a comprovação da titularidade (quando desacompanhadas de documento fiscal), a penhora de faturamento, o protesto de certidão de dívida ativa, a cassação ou a suspensão do regime especial de tributação e, mais recentemente, a prisão do administrador por não recolhimento de tributos.

Um caso que continua como objeto de discussão pela doutrina ocorreu no ano de 2007, quando em decisão proferida pelo STF, no RE 550.769¹²⁴, este autorizou a cassação do registro especial para a fabricação de cigarros e, por conta disso, houve a interrupção das atividades de uma indústria tabagista, pelo fato de não ocorrer o recolhimento de tributos federais.

Ponderou-se no julgamento a possível inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.593/1977, Art. 2º, Inciso II, sob a assertiva do mesmo configurar uma sanção política, tendo prevalecido que a constitucionalidade ou não dependeriam de um contexto específico em cada caso concreto, sendo que neste julgado entendeu-se o enquadramento da empresa como devedora contumaz, identificadas fraudes na sua atuação no mercado, e que diante do montante da dívida esta não teria capacidade financeira de honrar, nem tampouco os seus sócios dispunham na pessoa física de recursos suficientes para esse fim.

A emenda do respectivo julgado pelo STF, RE 550.769¹²⁵, foi assim publicada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTOS. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2º, II.

1. Recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2º, II).

¹²⁴ BRASIL. STF. RE 550.769, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. DJe 22/05/2013

¹²⁵ Idem.

2. Alegada contrariedade à proibição de sanções políticas em matéria tributária, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita. Violação do art. 170 da Constituição, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributária. **Contudo, para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial.**

4. Circunstâncias que não foram demonstradas no caso em exame.

5. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento. (grifos nossos)

Um aspecto relevante no respectivo julgado é a questão do devedor contumaz, cuja definição será tratada no subitem a seguir, mas que sabidamente é um contribuinte que de forma reiterada, fraudulenta, deixa de recolher os seus tributos, com a intenção de fazê-lo e pelo uso de artimanhas, mas não há uma definição expressa em nenhuma norma legal.

4.3.1 O Devedor Contumaz e as suas Principais Características

A diferenciação de um devedor inadimplente e em dificuldade financeira, como as empresas em recuperação judicial de um devedor contumaz, faz-se necessário para a compreensão da abrangência da norma em que do Fisco pode requerer a falência.

Em um arrazoado técnico realizado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE)¹²⁶, assim definiu a postura e o *modus operandi* de um devedor contumaz:

O devedor contumaz, portanto, é aquele cuja atuação extrapola os limites da inadimplência, fazendo do ato de burla das obrigações

¹²⁶ AJUFE - ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. Arrazoado Técnico. Devedor Contumaz: apontamentos acerca do Projeto de Lei nº 1.646/2019. Brasília, 2019. Disponível em: http://ajufe.org.br/images/pdf/AJUFE_ARRAZOADO_TECNICO_DEVEDOR_CONTUMAZ.pdf. Acesso em: 29 out. 2022.

tributárias circunstância primordial do próprio empreendimento. Em outras palavras, **ele faz do não pagamento de impostos o seu próprio negócio, o seu diferencial competitivo ou principal estratégia de atuação no mercado.** Trata-se, assim, de um inadimplemento deliberado, propositadamente intentado e, dessa forma, impossível de ser visualizado senão sob a ótica da ilicitude. [...] **Sua atuação envolve, assim, práticas predatórias no mercado,** situando-os no âmbito de uma concorrência desleal na medida em que não recolhem os impostos que seus demais concorrentes recolhem. E o fazem aproveitando-se do fato de que, de maneira diversa à sonegação, que constitui crime, o fato de dever tributos não envolve qualquer tipificação nesse sentido. O que repercute, inevitavelmente, na convicção pela prevalência da impunidade e, assim, de que o risco dessa conduta compensa. (grifos nossos)

Corroborando a definição e a atuação no mercado, a ETCO¹²⁷, que se dedica ao estudo das boas práticas e da ética concorrencial, explica:

Eles agem assim: **montam empresas, geralmente em nome de “laranjas”, vendem seus produtos por preços impraticáveis para quem recolhe os impostos corretamente, declaram essa movimentação ao Fisco, mas simplesmente não pagam os tributos.** Enquanto os processos de cobrança percorrem todas as esferas administrativas e judiciais, os verdadeiros donos vão desviando os lucros para outros negócios de maneira difícil de rastrear.

Quando a empresa é condenada em última instância pela Justiça, não há patrimônio para liquidar a dívida. Os donos abandonam aquele negócio e montam outro para fazer tudo novamente, em nome de novos “laranjas”. Nesse movimento contínuo, destroem os competidores honestos, afastam investimentos de empresas idôneas e ficam com o dinheiro dos impostos de que o Estado depende para cumprir o seu papel em áreas como saúde, assistência social, educação e segurança pública. (grifos nossos)

Pode-se concluir que a atuação do devedor contumaz é totalmente premeditada, artilosa e muitas vezes em nome de terceiros (laranjas). Utilizam-se do valor dos tributos para obter vantagem no preço final de seus produtos que são impraticáveis pelos seus concorrentes, e com isso desestabilizam o mercado que atuam, prejudicando as demais empresas do segmento que agem honestamente e recolhem seus tributos.

Os responsáveis pelas empresas devedoras contumazes, por saberem que a sua empresa ante o elevado número de dívidas que passam a acumular ao longo dos

¹²⁷ ETCO – INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL. Projeto contra o devedor contumaz avança no Senado. **Revista ETCO**. n. 27, a. 2021. Disponível em: <https://www.etco.org.br/publicacoes/revista-etco/projeto-contra-o-devedor-contumaz-avanca-no-senado/>. Acesso em: 29 out. 2022.

anos, tem duração limitada, jamais deixam qualquer patrimônio em nome da pessoa jurídica ou se o tem, é ínfimo perto do montante das dívidas. Possuem uma característica comum, que é desviar os recursos para terceiros, outros países ou negócios, de forma a dificultar o rastreamento tanto por parte do Fisco como dos demais credores, e quando se torna inviável continuar no respectivo negócio, possuem outro estruturado, em nome de outros laranjas, para continuar com a fraude.

Utilizam-se da morosidade do Judiciário e do Fisco para atuar por muitos anos, contribuindo com a forma de atuação e os principais segmentos em que atua o devedor contumaz. Frias¹²⁸ esclarece:

Quando o aparato estatal se aproxima da cobrança, monta outra empresa em nome de um laranja e começa tudo novamente. Existem devedores contumazes em diversos tipos de negócio, mas eles são mais comuns em segmentos de altíssima demanda, elevada carga tributária e baixa margem de lucro, como nos setores de combustíveis, bebidas, cigarros e medicamentos. Com demanda alta, é fácil vender grandes volumes rapidamente – e lucrar depressa. Quanto maior a carga tributária, mais vantagem ele tem em não pagar o imposto. E se a margem do segmento é baixa, os concorrentes honestos não têm espaço para reduzir seus preços e acabam sendo expulsos do mercado (ETCO, 2021) (grifos nossos)

Atualmente, há projetos de lei em andamento como o PLS 284/2017 e o PL 1646/2019, que estão pendentes de apreciação na respectiva casa legislativa e que tentam coibir ou mesmo adotar medidas para combater esse tipo de prática que leva à concorrência desleal.

A tarefa é árdua, pois a atuação dos devedores contumazes é silenciosa por muitos anos, e o que pode ser um dos mais visíveis indícios dessa atuação é a falta de recolhimento dos tributos, mas que atualmente a legislação para coibir e prevenir esse tipo de atuação é escassa, ficando o Estado impossibilitado de agir sem ferir, por falta de legitimidade.

Ademais, não é razoável confundir o devedor contumaz com a empresa que se encontra em dificuldade financeira. Esta pode dever tributos que estão em atraso ocasionados pela crise, pelo momento financeiro, mas a sua atuação não se

¹²⁸ FRIAS, Achilles Linhares de Campos. O Problema do Devedor Contumaz: Identificação e Política Pública para Combater. Brasília, a. 2021, p. 14. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30898/Disserta%3%a7%3%a3o%20-%20Achilles%20Linhares%20de%20Campos%20Frias_030821.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 29 out. 2022.

assemelha a do devedor contumaz, pois aquela procurará meios, alternativas para superar a crise, dentre elas, a recuperação judicial.

O risco ao avaliar a inconstitucionalidade de uma lei que tem por objetivo impedir a atividade comercial por falta de recolhimento de tributos, assim como ocorreu no Decreto-lei nº 1.593/1977, Art. 2º, Inciso II e na atual Lei nº 11.101/2005, Art. 73, Inciso V, equiparando o devedor em crise financeira (recuperação judicial) com o devedor contumaz, legitima a entender que o Fisco está adotando meios para cobrança denominados de sanção política tributária, vedada pelo ordenamento jurídico.

E essa também foi uma preocupação do Ministro Gilmar Mendes¹²⁹, no julgamento do RE 550.769. Para o ministro, não há como presumir ou enquadrar simplesmente uma empresa como devedora contumaz, e não reconhecer a inconstitucionalidade da norma que configura uma sanção política, contrariando o atual ordenamento jurídico, assim se expressou sobre os riscos de abrir um gravíssimo precedente:

Não ignoro, decerto, as peculiaridades fáticas do caso em exame, que, ao que tudo indica, **envolve contumaz sonegadora**. Aliás, foram esses, ao menos em parte, os motivos que justificaram o indeferimento da medida cautelar requerida na Ação Cautelar 1.657.

Não posso, entretanto, negar a gravidade do precedente que se está a abrir. Aquilo que nos debruçamos, neste julgamento, não é apenas uma situação fática peculiar de uma grande devedora da Fazenda Nacional. É, sobretudo, a constitucionalidade da previsão do art. 2º, II do Decreto-lei 1.593/1977, que, em suma, permite impedir o exercício da atividade econômica em questão, em face do mero inadimplemento de qualquer tributo federal.
(grifos nossos)

A atitude do fisco, no caso das empresas em recuperação judicial, conota um agravante, visto que não se está tratando de um devedor contumaz, e sim de uma empresa que se declara, prova que está em dificuldade financeira, e busca a proteção de sua atividade e empregos por meio da recuperação judicial, devidamente formalizada na Lei nº 11.101/2005.

Esta lei propicia um tratamento diferenciado a empresas em crise, que estão em atividade, visando ao soerguimento e à manutenção dos empregos, em sintonia com os princípios constitucionais para garantir a ordem econômica, proteger o

¹²⁹ BRASIL. STF. RE 550.769, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Inteiro Teor do Acórdão. DJe 22/05/2013. p. 56

trabalho, preservar as empresas ante a sua importância na sociedade e, por isso, não é razoável, nem constitucional, o Fisco visar a atacar um problema histórico que são os bilhões de créditos tributários incobráveis e milhares de processos judicializados, impor neste momento de proteção legal pela recuperação judicial condições tão gravosas para recolher rapidamente e em tão curto espaço de tempo os seus tributos mediante a ameaça iminente da falência.

Tal *modus operandi* do Fisco para as empresas em recuperação judicial, configura a utilização de meios coercitivos, conhecidos como sanções tributárias para pressionar o recolhimento do tributo, sob a constante ameaça da falência e do perdimento do negócio, o que se entende é totalmente vedado pelo ordenamento jurídico.

Em relação ao devedor contumaz, que intencionalmente e criminosamente objetiva fraudar o fisco, eliminar a concorrência e promover o enriquecimento pessoal sem lastro, sendo nocivo a sociedade, não há uma legislação eficiente e efetiva para expurgar do mercado tais empresas.

Ademais, os atuais projetos de lei em trâmite também apresentam falhas na quantificação e qualificação de um devedor contumaz, como exemplo, o PL 1.646/2019¹³⁰, que no Art. 2º, § 1º, considera a inadimplência substancial a existência reiterada de débitos, de valor igual ou superior a R\$15 milhões em situação irregular por período igual ou superior a um ano.

Desse dispositivo, reitere-se ainda passível de alteração, pois está em trâmite, não pondera o porte da empresa para comparativamente eleger a cifra de R\$ 15 milhões é suficiente para enquadrá-la como devedor contumaz. No caso de uma microempresa ou empresa de pequeno porte, que fatura até R\$ 4,8 milhões por ano, esse valor equivaleria a três faturamentos anuais, mas em termos de tributos, poderia ser exemplificativamente mais de dez anos de trabalho no mercado.

Na mesma cifra do dispositivo, leva-se em conta uma empresa multinacional, que fatura bilhões ou milhões por ano; essa cifra de R\$ 15 milhões poderia ser

¹³⁰ BRASIL. Projeto de Lei 1.646/2019. Art. 2º: Os órgãos da administração tributária da União poderão instaurar procedimento administrativo para caracterização e aplicação de restrições administrativas ao devedor contumaz, quando houver: [...] § 1º Para fins do procedimento de que trata o caput, considera-se inadimplência substancial e reiterada de tributos a existência de débitos, em nome do devedor ou das pessoas físicas ou jurídicas a ele relacionadas, inscritos ou não em dívida ativa da União, de valor igualou superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), em situação irregular por período igualou superior a um ano.

representada por impostos de um ou dois meses, e pelo conceito acima, poderia ser enquadrada como devedora contumaz em um curto espaço de tempo.

Sem contar o prazo de um ano para a inadimplência, certamente para empresas em crise financeira, e em projeto de reestruturação de suas dívidas, em recuperação judicial ou não, um ano de atraso de tributos, certamente é insuficiente para um projeto amplo de reestruturação, sendo um prazo muito exíguo, mas não significa necessariamente que essa empresa seja uma devedora contumaz, mas sim apenas uma devedora.

Ademais, sendo apenas devedora, ela pode de forma consciente estar em mora, e ciente dos encargos representados por multas e juros e das consequências dos executivos fiscais, afinal, eles constam em lei e está é conhecida por todos.

Enfim, os apontamentos servem de alerta para a necessidade de uma legislação mais eficiente e urgente para a neutralização dos efeitos nocivos dos devedores contumazes, evitando mais injustiças no mercado e práticas de concorrência desleal.

4.4 ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA DO PEDIDO DE FALÊNCIA PELO FISCO

Paralelamente as questões levantadas sobre a inconstitucionalidade do pedido de falência pelo fisco para empresas inadimplentes fiscais e em recuperação judicial, previsto na Lei nº 11.101/2005, artigo 73, V, em verificação ao desrespeito aos princípios constitucionais, é necessário abordar os impactos que tal legislação implicará na sociedade, e seus respectivos efeitos econômicos.

Uma lei ao ingressar no ambiente legal produz efeitos, jurídicos e econômicos, e o objeto de estudo da análise econômica do direito, compreende os impactos da vigência da respectiva norma, a qual, na visão do direito nos traz uma perspectiva para regulamentar o comportamento humano, e sob a ótica da economia, estuda as consequências dessas decisões e como este comportamento impactará diante da referida norma, indicando qual seria a melhor a ser adotada.

Sobre essa tênue relação entre o Direito e Economia, nos explica Gico Júnior¹³¹:

O Direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. – grifos da autora.

Em outras palavras para expressar as possíveis consequências sobre o pedido de falência, cita-se a necessidade de realizar-se uma análise econômica referente ao efeitos dessa lei, que segundo Ribeiro¹³², abordará “os problemas relativos à eficiência do Direito, os custos dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências das intervenções jurídicas”

Outro fator que influência o crescimento da economia são as instituições (políticas, econômicas ou jurídicas), essenciais na sociedade, e estas orientam os indivíduos para um comportamento economicamente desejável. O que prega efetivamente essa teoria é que se um país tem instituições eficientes, ele deve alcançar um crescimento econômico mais facilmente do que os países com instituições ineficientes.¹³³

De certa forma, segundo os Autores, as instituições definem as regras do jogo, reduzem as incertezas, esclarecem o que é considerado uma infração ou não, bem como a punição em caso de descumprimento destas regras. Com isso, os indivíduos têm a clareza para tomar as suas decisões, sabendo efetivamente dos impactos destas, sejam econômicos ou não.

Além da questão da inconstitucionalidade ou não da possibilidade do Fisco pedir a falência das empresas devedoras fiscais, e em recuperação judicial, através de norma que entrou em vigência no ordenamento jurídico nos primórdios do ano de 2021, os efeitos dessa lei precisam ser avaliados sob a perspectiva econômica.

¹³¹ GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **EALR**, v.I, n. 1, p 7-32, jan-jun, 2010, p. 8.

¹³² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 67/68

¹³³ PORTO, Antônio Maristrello e GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. Editora Atlas, 2020, p. 29/30

O estudo dos impactos das falências nas sociedades as quais estão inseridas bem como os números estatísticos são muito precários, e em um dos poucos textos identificados na literatura, em estudo feito pelo historiador Luciano Adílio Alves¹³⁴, relatou o drama que uma falência causou a uma sociedade numa cidade no interior de Santa Catarina, Xaxim, como abaixo se extrai de seu relato:

No final dos anos 1990 uma grave crise financeira da SAIC se tornou pública. A empresa pediu concordata, recorreu a empréstimos bancários e chegou a ser vendida para o grupo argentino Macri. Nos anos 2000 a crise se acentuou, **sendo que os maiores impactos foram sentidos em Xaxim, onde a subsidiária Chapecó Alimentos chegou a paralisar atividades por vários meses. Esses impactos perduraram por diversos anos. A lista de efeitos negativos incluiu o desemprego, a queda de arrecadação tributária, a inadimplência no comércio local, entre outros.** Resumindo, foi um cenário análogo (guardadas as devidas proporções, obviamente) ao que ocorreu em Blumenau quando da falência da empresa têxtil Sulfabril, em 1999, e ao caso da metalmecânica Busscar, de Joinville, que faliu em 2012.

[...]

Por isso, concluímos **que o maior impacto da crise em Xaxim foi humano, já que a derrocada da Chapecó Alimentos causou desemprego, desespero, pobreza, interrompeu sonhos e transformou a vida de milhares de xaxinenses.** (grifos nossos)

Despertou-se a necessidade de identificar quais as causas que levam uma empresa a contrair inúmeras dívidas a ponto de ficar inadimplente e buscar a recuperação judicial ou mesmo desencadear um processo de falência; afinal, nesse sentido as regras institucionais postas para um devedor, relativo à falência, ainda é de total abominação e a tentativa desenfreada de conseguir salvar o negócio.

Esse compilado iniciou-se com o entendimento de Matias¹³⁵, que a decretação pode ser motivada pela necessidade de selecionar aquelas que não tenham capacidade de atuar eficientemente na economia, em analogia a Charles Darwin, que denominou uma seleção natural no mundo dos negócios.¹³⁶

¹³⁴ ALVES, Luciano Adílio. **Ascensão e Queda de uma Gigante.** A crise da Chapecó Alimentos e os Impactos Socioeconômicos no Município de Xaxim (1995-2015). Chapecó, 2021, p. 118 e 121. Disponível em: <https://rd.uffs.edu.br/bitstream/prefix/4179/1/ALVES.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2022.

¹³⁵ MATIAS, A.B. **O instituto jurídico da concordata no Brasil como instrumento de recuperação econômica e financeira das empresas.** Tese de doutorado em Administração. São Paulo: FEA-USP, 1992, p. 87. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos72007/316.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹³⁶ MARIO, Poueri do Carmo; CARVALHO, Luiz Nelson Guedes de. **O Fenômeno da Falência numa Abordagem de Análise de Causas.** Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos72007/316.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2022.

Os Autores seguem, esclarecendo que a falência, como um processo jurídico, de seleção, visa à alocação dos recursos econômicos, também utilizado como fim pedagógico, mas que o principal intuito foi o de punir o devedor que não cumpriu as suas obrigações, cabendo ao juiz decidir pela decretação da falência, o qual se baseia, segundo os Autores, “na impontualidade no pagamento de obrigação líquida e certa”, normalmente pelo não pagamento de títulos ou duplicatas. Essa era a regra posta nas instituições jurídicas para os fins de decretação da falência, ou seja eram as regras do jogo, mas sequer cogitava-se nesses requisitos os tributos.¹³⁷

O estudo avançou sobre dados das efetivas causas que levam as empresas à falência, dentre elas constatou-se que a má-gestão é um fator importante, denominado como *fator interno* e, portanto, controlável por esta. Mas que também há *fatores externos*, os quais não há controle por parte da empresa.

Utilizando-se os estudos de Altman, 1983; LIU e WILSON, 2000, os pesquisadores¹³⁸ identificaram dentre fatores externos as causas macroeconômicas, vinculadas à taxa dos números de falências pesquisados, como sendo: juros, crédito, inflação, crescimento econômico, abertura de novas empresas, política fiscal e carga tributária e por fim câmbio.

O artigo citado de Mario e Carvalho¹³⁹ elencou uma tabela apontando as hipóteses de relacionamento entre as variáveis macroeconômicas e a taxa de falência, e que por este quadro é possível identificar o destaque para a variável TRIBUTOS, que assumiu o 2º lugar em grau de importância comparada às variáveis inflação e novas empresas, como abaixo demonstrado:

¹³⁷ MARIO; CARVALHO, 2022. *Ibid.*

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ *Idem.*

	Variável	Coefficiente (C)	Std. Error	t-Statistic	p-value
NOVAS EMPRESAS	DNOVAS1(-38)	0.352720	0.205062	1.720070	0.0898
CARGA TRIBUTÁRIA	PDL01	0.026653	0.006996	3.810066	0.0003
TAXA DE JUROS	PDL02	0.018220	0.004384	4.155461	0.0001
TAXA DE INFLAÇÃO	PDL03	0.188662	0.053047	3.556532	0.0007
PIB	PDL04	-0.081304	0.019628	-4.142349	0.0001
	MA(2)	-0.304940	0.048854	-6.241925	0.0000
	MA(4)	-0.455366	0.103984	-4.379196	0.0000
	MA(7)	-0.636651	0.117065	-5.438458	0.0000
	MA(9)	0.314458	0.104605	3.006135	0.0037
	MA(11)	-0.245450	0.121694	-2.016938	0.0475
	MA(18)	0.332277	0.084519	3.931369	0.0002

Fonte: Dados da pesquisa, 2005

Figura 3 - Variáveis e Coeficientes Gerais do Modelo¹⁴⁰

Ao partir dessa informação de que os tributos são um fator de relevância para a causa das falências, há certamente um ponto interessante e de questionamento, pois quem institui as políticas fiscais e determina a carga tributária são o Estado, ou seja, este também tem o seu papel influenciador no problema do endividamento das empresas, e a forma que encontrou de resolver, ao invés de melhorar e diminuir a carga tributária, é requerer a falência. Certamente, há um contrassenso nessa atual política intervencionista na ordem econômica pelo Estado.

Sob a ótica da ordem econômica, extrai-se do pensamento de Simm e Gonçalves¹⁴¹:

A tributação é um modo de intervenção econômica, indireta do Estado no domínio econômico. De acordo com Érico Hack (2014, p.234), os tributos, além de cumprirem a finalidade fiscal de arrecadar recursos aos cofres públicos, também podem apresentar uma finalidade extrafiscal, medida que induzem o comportamento dos agentes econômicos para a promoção da livre iniciativa.

O Estado nos últimos anos construiu diversos mecanismos fiscais que podem afetar não apenas a livre concorrência, mas agravar a carga tributária para um setor ou outro, de uma região a outra, dentre eles foi a validação de incentivos fiscais, como exemplo o caso relatado por Simm e Gonçalves¹⁴², dos benefícios fiscais concedidos às empresas de refrigerantes que se instalam na Zona Franca de Manaus, constituída

¹⁴⁰ MARIO; CARVALHO, 2022. *Ibid.*

¹⁴¹ SIMM, Camila Beatriz; GONÇALVES. Oksandro Osdival. Reflexões Acerca da Substituição Tributária Progressiva do ICMS e o Princípio da Livre Concorrência a partir da Análise Econômica do Direito. (2018) p. 45. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/3061/73313>. Acesso em: 2 nov. 2022.

¹⁴² *Idem.*, p. 48.

para o desenvolvimento na região amazônica e que gerou distorções graves neste mercado, pois as grandes indústrias tem capacidade financeira de instalar-se lá, enquanto que as fabricantes regionais não conseguem usufruir desse benefício, causando uma concorrência desleal atípica, com o apoio do Poder Público.

Outro exemplo de interferência é a conhecida “Guerra dos Portos”, que esclarece Gonçalves¹⁴³, que se constitui de incentivos fiscais no âmbito do ICMS, concedidos para empresas instalarem-se em alguns Estados em troca de ocorrer o desembaraço aduaneiro de produtos importados em seus portos. Explica-se ainda, que a forma mais comum é reduzir a alíquota interestadual do ICMS sobre aquele bem importado quando for vendido para outro Estado de 12% a 5% e ao mesmo tempo concede um crédito presumido de 12%. Conclui-se que a guerra dos portos tributa mais pesadamente o produto nacional que o importado, promovendo uma industrialização no país.

O Senado Federal, ao tentar amenizar editou a Resolução nº 13/2002, que determinou que alíquota do ICMS nessas operações envolvendo importados será de 4%. Sobre esse tema, esclarece Wilhelm¹⁴⁴ que ainda assim prejudica sobremaneira a economia nacional, porque esse percentual quando aplicado na formação do preço de venda, influência diversos outros tributos incidentes sobre a venda, elevando as diferenças no preço final muito além da diferença nominal de 4%, para os 7% e 12%. Explica, ainda, que grande parte dos bens beneficiados por essa resolução são de origem chinesa, onde os custos de produção são muito inferiores aos custos brasileiros e há fortes indícios de *dumping* social.

Esses exemplos servem para ilustrar que as ações e as leis do Estado causam efeitos econômicos na sociedade, como se preza estudar a AED. Punir empresas devedoras fiscais, as quais o Estado pode ter a sua parcela de contribuição com o endividamento fiscal, com a coação de requerer falência, precisam ser refletidos quais

¹⁴³ GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. **Incentivos Fiscais: Uma Perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56245668/39.Incentivos_fiscais_uma_perspectiva_da_analise_economica_do_direito_B1-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667414638&Signature=YIIRZ6bhjIA70IZsQuLabz~m-Z3S98yqPU6cCwpeLCxleEg6~yDL3n71RE5iguxLm5-FhHSpvvg6n2jlr92oAj7UTpWSXxFt7B32EDJIZ9M~90~lsvrQTSGU~lnbGEVx0q~4N3floArGF1rALcmygaWxNf~HJjrR3~4Eg0Pu-uXL0H-nwldxVgzai6Rv5LNNOBpT-5Trz2l-a0-NmTY58CoTer0006b1FDqEH2JjLH~TZJiTPIZcDTqPsupVAh8wX7bAuGFNW3ijjUOS8icHfhv1hjudfim79TXdv4yqg7FwiW57fCrh9~VD-s-SfCyNpXWBxtD41Lv4H2A2JWHtPA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 2 nov. 2022.

¹⁴⁴ WILHELM, 2020, *Ibid.*, p. 56

e quantos serão os impactos sociais e econômicos, afinal, pode ocorrer um volume tão grande de falências, reflexos para outras empresas até então sadias, impactos locais, e portanto, prescinde de um sério e aprofundado estudo econômico desta norma, pois há todos indícios de ser coativa e sancionatória, de fins meramente arrecadatários, sem atentar-se para as consequências econômicas e sociais.

Ademais, para impedir a atividade com a falência, primeiramente se deveria identificar o perfil da empresa em dificuldade financeira, diferenciando-a de uma devedora contumaz ou uma inviável financeiramente, que trilha normalmente esse caminho do fim.

Como anteriormente exposto, a devedora contumaz deve ser expurgada do mercado, pelo enorme prejuízo que traz à sociedade, o desequilíbrio entre seus concorrentes que recolhem os tributos, e isso, obviamente depende de uma ação mais efetiva do Estado, inicialmente por uma legislação com as regras legais postas e identificáveis desta prática e, por fim, mediante ações investigativas que visem a detectar e coibir a prática em um tempo mais razoável, evitando o desgaste do mercado pela ação criminosa destes que agem de má-fé.

A empresa inviável economicamente, falida, precisa ter um tratamento adequado para que os seus bens retornem rapidamente ao mercado, para mãos de novos investidores que possam utilizar-se do parque industrial e também reempregar a mão da obra na cidade, para dar novas oportunidades à economia local e voltar a gerar riquezas, com isso, foram benéficas as novas disposições introduzidas pela Lei nº 14.112/2020, no tocante à celeridade do processo falimentar e por delimitar o prazo de reabilitação do falido (*fresh start*).

A empresa em recuperação judicial não pode receber do Fisco o mesmo tratamento dado a uma empresa inviável economicamente ou mesma equipará-la a uma devedora contumaz, pois a LRFE em consonância com os princípios constitucionais preconiza pelo Art. 47 a preservação da empresa, para tanto é obrigatório estar em atividades, manter empregos, preservar interesses dos credores.

Destaca-se ainda que para a sua concessão, deverá ser feita a constatação prévia (Art. 51-A¹⁴⁵, § 5º), que além de atestar o preenchimento dos requisitos legais,

¹⁴⁵ “Artigo 51-A, § 5º: A constatação prévia consistirá, objetivamente, na verificação das reais condições de funcionamento da empresa e da regularidade documental, vedado o indeferimento do processamento da recuperação judicial baseado na análise de viabilidade econômica do devedor.” (BRASIL, 2005)

a regularidade documental, também deverá investigar se há indícios de fraude que a impeça de ser beneficiária da recuperação judicial; portanto, há princípios da boa-fé que serão investigados.

O Estado também precisa cumprir o seu papel constitucional, dar oportunidade às empresas para o seu soerguimento, permitir que através do trabalho estas possam pagar os seus credores, evitando medidas de coação para tais pagamentos como a decretação da falência, deixando esse instituto para as demais que se enquadrem no conceito de insolventes e irrecuperáveis, ou as que prejudicam o mercado e a sociedade, como os devedores contumazes.

5 CONCLUSÃO

É desafiadora a construção de uma sociedade justa, que permita aos seus cidadãos o crescimento, o desenvolvimento e as perspectivas de um futuro melhor.

Uma das formas mais importantes de transformação ocorre por meio do trabalho, que propicia a dignidade, a renda e não apenas a subsistência, mas permite alcançar e construir sonhos.

A geração do trabalho pode ocorrer de formas diversas, pois é livre a sua iniciativa. O destaque deste estudo é o trabalho que advém das empresas, pela geração dos empregos, da iniciativa de empreender, do aporte de capital para transformar meros insumos em bens de consumo, duráveis, dentre tantos outros.

Para que as empresas gerem empregos e renda, elas devem prover um ambiente negocial favorável e estável para desenvolverem-se, razão pela qual o Estado exerce um papel fundamental em propiciar a garantia da ordem econômica, zelar pelas relações, regulamentações e assegurar que as regras de mercado sejam cumpridas.

Certamente que sopesar tantos interesses distintos públicos e privados não é tarefa fácil para o Estado, razão pela qual sempre que houver desequilíbrio entre essas relações, cabe a este intervir mediante a regulação do mercado, visando a restabelecer e equilibrar, o que o faz por intermédio de leis, dentre elas a instituição de tributação adequada, dosada pela capacidade contributiva e demais princípios tributários.

Uma das formas de ação do Estado, agindo proativamente e de acordo com os princípios fundamentais para salvaguardar as empresas em crise, foi a construção do instituto recuperacional, por meio da edição da Lei nº 11.101/2005, permitindo que as empresas em crise pudessem obter socorro judicial para a renegociação de suas dívidas junto a seus credores. Este é um bom exemplo de atuação estatal em respeito constitucional à propriedade privada, aos empregos, à empresa e à sua função social.

Em vigência por pouco mais de 15 anos, a recuperação judicial passou por diversos desafios, alguns já superados, como atividades empresariais que não são especificamente claras pela norma, mas que se socorreram do Judiciário para o reconhecimento do seu direito, com base na equiparação do exercício da atividade empresarial, como o produtor rural, as associações e as fundações sem fins lucrativos, dentre elas os clubes de futebol.

Recentemente, fora atribuído para um desafio para o processo de recuperação judicial, relacionado a atuação do Fisco, em relação a tributos inadimplidos, com a reafirmação de que é necessário para homologação do processo de recuperação judicial, a apresentação das certidões negativas de débitos. Para tanto, ofertam ao contribuinte devedor, realizar a adesão a transação tributária para sua regularização.

A assiduidade e o recolhimento dos tributos não se olvida que é uma obrigação do contribuinte, bem como um direito do Estado e um dever deste de promover os meios legítimos para realizar a respectiva cobrança desses débitos.

O questionamento advém não de exigir que se faça a regularização tributária, mas dos efeitos que podem causar para uma empresa em recuperação judicial, que segundo a Lei nº 14.112.2020, que alterou a Lei nº 11.101/2005, no Art. 73, Inciso V, permitirá ao Fisco pedir a decretação da falência para quem descumprir o respectivo parcelamento transacionado.

A Lei e o dispositivo em comento passam a ser objeto de questionamentos sobre a sua eventual inconstitucionalidade por ferir direitos fundamentais do contribuinte, em desrespeito à preservação da empresa, à sua função social, ao direito à propriedade, o que contraria os deveres constitucionais que o Estado deveria proteger.

O presente trabalho buscou demonstrar que os direitos e as garantias constitucionais são cláusulas pétreas e, portanto, as leis editadas devem ser sopesadas sob o manto dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia para a sua legitimação.

Por este estudo, demonstrou-se que ao pedir a falência de uma empresa em recuperação judicial, o Fisco tem a intenção clara de efetuar a cobrança dos débitos inadimplidos e paralelamente reduzir os processos em trâmite do contribuinte, pois com a adesão aos termos propostos na transação tributária, o contribuinte tem de confessar os seus débitos, bem como desistir de toda e qualquer demanda judicial ou administrativa que o questione, ferindo também o Direito Constitucional da ampla defesa e do acesso ao Judiciário.

Apontou-se que a medida de ameaçar com a falência não atende ao critério da proporcionalidade e da razoabilidade, pois a falência nos moldes atuais determina a ordem de credores que receberá primeiramente o crédito, estando o Fisco na terceira posição, e a forma como podem ser leiloados os bens que compõem o ativo da

empresa falida com deságios elevados, tornando-se, portanto, incerto o recebimento de valores a título de tributos pelo Fisco, assim como grande parte dos demais credores.

Ademais, pela avaliação da proporcionalidade questiona se há outra maneira de atingir o objetivo de forma menos onerosa. A resposta é indubitavelmente positiva. Pode não ser fácil, mas a eliminação de empresas geradoras de empregos e de fomento, apesar de endividadas, não é a melhor resposta, ainda mais com o aparato executivo previsto na Lei nº 6.830/1980, que dispõe de penhora de faturamento, de bens, de recebíveis, protesto, extensão de efeitos ao administrador e outras possibilidades legais.

Outra questão ponderada relaciona-se aos reflexos que o fechamento de diversas empresas inadimplentes pode ocasionar no mercado; afinal, os seus efeitos atingirão os funcionários, com diminuição de renda, dificuldade e demora para o recebimento de seus créditos; igualmente os fornecedores, que além de perder o cliente, a maioria das vezes são classificados como quirografários; são ínfimas as possibilidades de recebimento de qualquer crédito, dada a ordem classificatória e a diminuição sensível do valor arrecadado pela venda dos bens arrecadados.

Destaca-se o princípio da isonomia na avaliação da constitucionalidade do pedido de falência pelo Fisco, pois se é facultado ao Estado requerer a falência de inadimplentes fiscais apenas das empresas que estão em recuperação judicial, há contrassenso com os demais devedores que não pediram a recuperação judicial. Questiona-se, neste caso, onde está o tratamento igualitário.

A afronta torna-se mais expressiva ao destacar-se que o objetivo da Lei nº 11.101/2005, em seu Art. 47, é viabilizar a superação da crise econômico-financeira, manter a fonte produtora, os empregos e garantir o interesse dos credores, tudo em consonância com o dever constitucional de preservar a empresa, a sua função social e estimular a atividade econômica; portanto, o Fisco, no papel de Estado, cerceia o direito de superação da crise mediante o pedido de falência por seus débitos tributários, sem existir qualquer correlação com as demais partes do processo, como, por exemplo, se a empresa cumpre com as suas obrigações assumidas no plano de recuperação, se quitando e está em regularidade com os demais credores, se está soerguendo-se.

O princípio da isonomia foi ignorado neste caso, pois o tratamento e o amparo constitucional de preservar e proteger a empresa em situação hipossuficiência, como

a que está em recuperação judicial, foi posta em risco com a ameaça da falência. A empresa que devia ser protegida é a que está sob ataque. A empresa que não ingressou com o pedido de falência não tem qualquer previsão legal de receber a mesma penalidade, que é o pedido de falência. Certamente, representa uma inversão de valores pelo Fisco e que não poderá ser chancelada pelo Judiciário.

O posicionamento do Fisco em realizar a cobrança do débito tributário, de forma punitiva e mediante a coação para as empresas em recuperação judicial, também fora sopesado nesse estudo, mediante a apresentação e o estudo dos conceitos que envolvem a sanção política.

Constatou-se que a forma como age o Fisco visa unicamente a obrigar a empresa ao recolhimento do tributo, cujos meios são desproporcionais, eivados de coação e de sanção demasiadamente onerosa, novamente em contrassenso com o dever de proteção à empresa e ao fomento.

As sanções políticas foram vedadas no ordenamento jurídico pátrio. O Estado brasileiro é muito criativo para inovar em diversas modalidades, podendo o pedido de falência ser considerado mais uma delas. O STF julgou um dos poucos casos em que se reconheceu a legitimidade do fechamento do estabelecimento por meio da cassação das licenças, (RE 550.769), ao constatar que havia práticas de mercado realizadas pelos administradores condizentes com a de devedor contumaz.

A hipótese do devedor contumaz que legitimou a cassação das licenças daquela empresa, teve como base as características criminosas de sua atuação, dentre as mais comuns a que age mediante práticas predatórias no mercado, burla obrigações tributárias, não faz o pagamento dos impostos com o objetivo de tornar-se competitivo, agindo para eliminar os concorrentes pela variação do preço impossíveis de serem praticados por empresas com regularidade fiscal.

A característica marcante nos devedores contumazes é a atitude do dolo na condução e na ocultação de suas obrigações fiscais, muitas vezes eles montam empresas em nome de terceiros (laranjas), ocultam e desviam bens, e quando ficam impedidas de perpetuar a atividade naquele local e CNPJ, abandonam a empresa, encerrando ilegalmente as suas atividades e deixando um número expressivo de funcionários, credores e dívidas tributárias sem perspectiva de qualquer pagamento.

Essa prática criminosa de concorrência desleal é algo que deve de fato ser expurgado pelo Judiciário e pelo Estado, pois prejudica o mercado e as demais empresas atingidas por esses atos ilícitos.

Uma situação diferente ocorre com as empresas em recuperação judicial. Em que pese poderem estar inadimplentes com o Fisco e os credores, há o *animus* de recuperar-se, de buscar ajuda, de renegociar as suas dívidas, e fá-lo de forma exposta junto ao mercado, busca o processo de recuperação judicial e declara-se nessa condição de socorro judicial para restabelecer as suas finanças e soerguer-se.

O tratamento que o Fisco está pretendendo para empresas em recuperação judicial, tirando-as do mercado com a falência, além de ser desproporcional é inconstitucional e fere os direitos os quais o Estado deveria ser o guardião.

Espera-se que seja o ponto de partida para rever a respectiva lei, a conscientização deste problema por meio dos pontos elencados por esta dissertação, pela afronta aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- AJUFE - ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. Arrazoado Técnico. Devedor Contumaz: apontamentos acerca do Projeto de Lei nº 1.646/2019. Brasília, 2019. Disponível em: http://ajufe.org.br/images/pdf/AJUFE_ARRAZOADO_TECNICO_DEVEDOR_CONTU_MAZ.pdf. Acesso em: 29 out. 2022.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Traduzido por Paulo Pereira Gouveia. **O Direito**. a. 146, IV, p. 819 – 825, 2014. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/direito/O%20Direito%20\(2014\)%20IV%20TEXT0.PDF#page=9](https://www.cidp.pt/revistas/direito/O%20Direito%20(2014)%20IV%20TEXT0.PDF#page=9). Acesso em: 29 out. 2022.
- ALVES, Luciano Adílio. **Ascensão e Queda de uma Gigante**. A crise da Chapecó Alimentos e os Impactos Socioeconômicos no Município de Xaxim (1995-2015). Chapecó, 2021. Disponível em: <https://rd.uffs.edu.br/bitstream/prefix/4179/1/ALVES.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2022.
- ALVES, Marcos Joaquim Gonçalves; VIANA, Alan Flores. Os Caminhos abertos pelo Ministro Gilmar Mendes. In: **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**. São Paulo. Almedina Brasil, 2021.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **Observatório da Insolvência**. Processos de Recuperação Judicial em São Paulo (2022). Disponível em: https://abjur.github.io/obsFase2/relatorio/obs_recuperacoes_abj.pdf. Acesso em: 24 jul. 2022.
- AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi de Medeiros Peixoto. **Transação Tributária**. Novo paradigma da autocomposição a partir da Lei n ° 13.988/2020. (2022). Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p61.pdf. Acesso em: 10 out.2022.
- ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios**. 9. ed. São Paulo. Malheiros, 2009.
- BBC News Brasil. **Empresário inglês falido mata mulher e filha a marteladas e se enforca**. (2010). Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/09/100902_florista_mortes_rp. Acesso em: 16 out.2022.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação Judicial e Falências**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. Malheiros. São Paulo, 2012.
- BRASIL. STF. RE 550.769, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Inteiro Teor do Acórdão. DJe 22/05/2013.

BRASIL URGENTE. Empresário que matou toda a família em Porto Alegre teria dívida milionária **Band**. Disponível em: <https://www.band.uol.com.br/noticias/brasil-urgente/ultimas/empresario-que-matou-toda-familia-teria-divida-milionaria-16508505>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.)

BRASIL. STF. RE 550.769, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. DJe 22/05/2013

BRASIL. STJ. REsp 1.864.625-SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 23/06/2020.

BRASIL. STJ. REsp 927097/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, 1ª. Turma. Data da publicação 31/05/2007. BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça (4ª. Turma), Recurso Especial Cível n. 1.800.032-MT. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s equencial=1832496&num_registro=201900504985&data=20200210&formato=PDF. Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma restabelece liminar para que associações civis prossigam na recuperação judicial (2022). **Portal do STJ**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25032022-Quarta-Turma-restabelece-liminar-para-que-associacoes-civis-prossigam-na-recuperacao-judicial.aspx>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. TJSP. Agravo Instrumento no. 2134903-69.2022.8.26.0000. Relator José Benedito Franco de Godoi, São Paulo, 20/10/2022.

CALIENDO, Paulo. Sanções Políticas no Direito Tributário: conteúdo e vedação. In: MANEIRA, Eduardo; TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Tributário e a Constituição: Homenagem ao Prof. Sacha Calmon Navarro Coêlho**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 675-702

CARDOSO, Mariana Beatriz Galeano Lima. **Causas da Insolvência das Pequenas e Médias Empresas: a Percepção dos Empresários dos Concelhos de Castelo Branco e da Covilhã**. Covilhã, (2018). Disponível em:

https://ubibliorum.ubi.pt/bitstream/10400.6/10125/1/6288_13341.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CARVALHO, Eduardo Coube de. A ineficiência do atual processo de recuperação judicial de empresas no Brasil. **Jota**. (2019). Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ineficiencia-do-atual-processo-de-recuperacao-judicial-de-empresas-no-brasil-21012019>. Acesso em: 15 maio 2022.

CHAIB, Liana. **O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo**. São Paulo: LTr, 2008,

COELHO, Fábio Ulhoa. **Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. Revista dos Tribunais. 14. ed. São Paulo, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 63, jul-set. 1986.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2016.

CORREIA NETO, 2016. Extrai a citação que ele fez de MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1491.

DANIEL NETO, Carlos Augusto; RIBEIRO, Diego Diniz. **Inovações na Cobrança do Crédito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DERZI, Misabel de Abreu Machado e LOBATO, Valter de Souza. Os Caminhos abertos pelo Ministro Gilmar Mendes. In: **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**. São Paulo. Almedina Brasil, 2021.

ETCO – INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL. Projeto contra o devedor contumaz avança no Senado. **Revista ETCO**. n. 27, a. 2021. Disponível em: <https://www.etc.org.br/publicacoes/revista-etc/projeto-contr-o-devedor-contumaz-avanca-no-senado/>. Acesso em: 29 out. 2022.

FARIAS, Domenico. **Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali**. Milão, 1981.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. **O Estado de São Paulo** (4 de junho de 1989).

FRANCO JUNIOR, Nilson José. **Sanções Políticas em Matéria Tributária**. Curitiba. Editora CRV, 2017.

FRIAS, Achilles Linhares de Campos. **O Problema do Devedor Contumaz: Identificação e Política Pública para Combater**. Brasília, a. 2021. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30898/Disserta%20Achilles%20Linhares%20de%20Campos%20Frias_030821.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 29 out. 2022.

FUCK, Luciano Felício. **O Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva Brasil, 2017.

G1. **Dono de empresa que demitiu 223 funcionários é encontrado morto**. (2016). Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2016/06/dono-de-empresa-que-demitiu-223-funcionarios-e-encontrado-morto.html>. Acesso em: 16 out.2022.

GALINDO, Cristina. Quando as Empresas são Mais Poderosas que os Países. (2017). **EI País**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html. Acesso em: 6 jul. 2021.

GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **EALR**, v.I, n. 1, p. 7-32, jan.-jun. 2010.

GITZ, Sade. Empresário falido se suicida na frente do governador de Sergipe e de ministro. **Infomoney**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/empresario-falido-se-suicida-na-frente-do-governador-de-sergipe-e-de-ministro/> Acesso em: 16 out.2022.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. **Incentivos Fiscais: Uma Perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56245668/39.Incentivos_fiscais_uma_perspectiva_da_analise_economica_do_direito_B1-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667414638&Signature=YIIRZ6bhjIA70lZsQuLabz~m-Z3S98yqPU6cCwpeLCxleEg6~yDL3n71RE5iguxLm5-FhHSPvvg6n2jlr92oAj7UTpWSXxFt7B32EDJIZ9M~90~lsvrQTSGU~lnbGEVx0q~4N3floArGF1rALcmygaWxNf~HJjrR3~4Eg0Pu-uXL0H-nwldxVgzai6Rv5LNNOBpT-5Trz2l-a0-NmTY58CoTer0006b1FdqEH2JjLH~TZJiTPIZcDTqPsupVAh8wX7bAuGFNW3ijjUOS8icHfhv1hjudfim79TXdv4yqg7FwlW57fCrh9~VD-s-SfCyNpXWBxtD41Lv4H2A2JWHtPA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 2 nov. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

GRILLO, Fabio Artigas. **Tributação e Justiça Tributária**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28525/R%20-%20T%20>

%20FABIO%20ARTIGAS%20GRILLO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 out.2022.

GUEDES, Paulo Roberto Nunes; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. EMI nº 00268/2019 ME **AGU**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-899-19.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

KRITSCH, Raquel. Liberdade, propriedade, Estado e governo: elementos da teoria política de John Locke no Segundo Tratado sobre o Governo. **Revista Espaço Acadêmico** n. 115 – dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11871/6375>. Acesso em: 5 maio 2022.

LIMA, Emanuel Marcos; REZENDE, Amaury José. Um estudo sobre a evolução da carga tributária no Brasil: uma análise a partir da Curva de Laffer. **Interações**. Campo Grande, MS, v. 20, n. 1, p. 239-255, jan./mar. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/inter/a/ttZkLzk7qdnmxZjQL7Yq8Qp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 maio 2022.

MARIO, Poueri do Carmo; CARVALHO, Luiz Nelson Guedes de. **O Fenômeno da Falência numa Abordagem de Análise de Causas**. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos72007/316.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2022.

MATIAS, A.B. **O instituto jurídico da concordata no Brasil como instrumento de recuperação econômica e financeira das empresas**. Tese de doutorado em Administração. São Paulo: FEA-USP, 1992, p. 87. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos72007/316.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, n. 8, 2004, p. 131-142.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. I. Atual. Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2002.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021.

OBSERVATÓRIO DE POLÍTICA FISCAL. Instituto Brasileiro de Economia 1990 – 2020. **FGB – IBRE**. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/carga-tributaria-no-brasil-1990-2020>. Acesso em: 23 jul. 2022.

OLIVEIRA, Gilmar Geraldo Gonçalves. Lei 13.988/2020: **A Transação como Forma de Extinção do Crédito Tributário**. (2022). Disponível em: https://repositorio.fumec.br/bitstream/handle/123456789/943/Gilmar_Geraldo_mes_d ir_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 out.2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições. In Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

PESSÔA, Fernando José Breda. **A Consolidação da Lex Mercatoria como forma de harmonização do Direito Privado.** Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/49815234/a_consolidacaoda_lexmercatoria_como_forma_de_hermonizacao_do_direito_privado.pdf?1477253232=&response-content-disposition=inline%3B+filename=A_consolidacaoda_lexmercatoria_como_form.pdf&Expires=1625612891&Signature=cewmyHs-vBm~s7vV7piWp9IHZJejVGyE2md-U9Y4rajS2xhgKTH6No6OE0G3-~MLmZwqfm6jM2ELCh8b4yB-IgPqvrJwRD-bOLCULa0LmS7w7CJcgPLdC-TvKsWI5Kb~kW9ywxV5VT~wEcdGW2DNwOxXaLCvJPJMB1rJUK~QxsVAh9GM9aMDi8VjzCV8z9HNtagvo4Fm5nrYmpGWEd21KfRTU-Lbgl9Mr44A6d3UKNQFsjh6r5jo10~NIOh8H6k~akuzxCmp96fZww5pLT2I5Ufdckt4URrNS8zA7UPt~XgL76tHVAyIDpFjGGhzgyfGwVX58TRU8sDzLf-Y4Tn50g__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 6 jul. 2021.

PIMENTA, Guilherme; DANTAS, Iuri. Justiça permite que recuperanda escolha como pagar refis. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/justica-permite-que-recuperando-escolha-como-pagar-refis-11052017>. Acesso em: 24 jul. 2022.

PONTES, Helenilson Cunha. O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário. **Revista Dialética**, n. 2.3, 2000.

PORTO, Antônio Maristrello e GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. Editora Atlas, 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências**, 2. ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2021.

SARMENTO, Daniel. **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Disponível em: https://idp.instructure.com/courses/1788/files/2396770?module_item_id=47965. Acesso em: 6 jul. 2021.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018a.

SILVA, Fernando Carlos Oliveira. **O Postulado da Proporcionalidade na Teoria Normativa de Humberto Ávila**. (2009), p 166. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/37617>. Acesso em: 17 set. 2022.

SILVA, Hendrick Pinheiro da. **Transação Tributária como Ferramenta de Política Fiscal: planejamento e controle**. 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São

Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002879364>. Acesso em: 1 dez. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. Malheiros. São Paulo, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros. São Paulo. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. Edusp – Editora Universidade de São Paulo, 2021.

SIMM, Camila Beatriz; GONÇALVES. Oksandro Osdival. Reflexões Acerca da Substituição Tributária Progressiva do ICMS e o Princípio da Livre Concorrência a partir da Análise Econômica do Direito. (2018). Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/3061/73313>. Acesso em: 2 nov. 2022.

SOUZA, Simone Letícia Severo. Das Práticas Concorrenciais Ilícitas: as Diferenças entre a Concorrência Desleal e Infração à Ordem Econômica. **Revista de Direito Brasileiro**. São Paulo/SP, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2947/2734>. Acesso em: 2 jul. 2021.

TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. **Carga Tributária do Governo Geral 2021**. (2022). Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/carga-tributaria-do-governo-geral/2021/114>. Acesso em: 23 jul. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. Rio de Janeiro Forense, 2012.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WILHELM, Alcides. **A Efetividade da Recuperação Judicial e a Preservação da Empresa**. Curitiba: Instituto Memória, 2020.