

INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de abarcar a complexidade de aplicação da Análise Econômica do Direito (AED), objetiva-se delinear alguns traços que relacionem esta Escola com o Direito Tributário, de modo a fornecer uma conjuntura mais coesa com a realidade socioeconômica. Parte-se do pressuposto metodológico de que os meandros Econômico e Tributário possuem coerência intersistemática, na medida em que a tributação deve ser considerada como um fenômeno que envolve, simultaneamente, a Política, a Economia e o Direito.

O empresariado moderno enfrenta inúmeros obstáculos criados pela burocracia estatal, na medida em que, para se manter firme - ou pelo menos sobreviver - no sistema de mercado, competitivo e excludente por natureza, onde só existe lugar para os vencedores. Neste diapasão, são comuns os empréstimos bancários para o suportar os exíguos prazos de recolhimentos de diversos tributos, gerir os custos normais de uma empresa em plena atividade de forma eficiente, tudo para enfrentar a concorrência, muitas vezes, moldada em desconformidade com as leis.

A estrutura exigida das empresas se pauta por um profundo conhecimento dos clientes, fornecedores, análise de circunstâncias sociais, políticas, econômicas que influenciam diretamente os negócios, a planificação das operações para o gerenciamento de contingências administrativas, a necessidade de uma assessoria contábil, jurídica, técnica constante e atuante.

Uma das maiores preocupações da sociedade são as determinações governamentais, que insistem em fortalecer os órgãos de arrecadação tributária, mesmo à margem da constitucionalidade e legalidade, mediante a edição de um aparato legislativo paralelo, que, embora seja infralegal, na prática suplantam até mesmo a letra constitucional.

1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO

A escola da Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como Escola de Chicago, procura implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de paradigmas jurídicos, com a meta de aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações econômicas, sociais e jurídicas. Busca-se aplicar as ferramentas da Ciência Econômica, principalmente da Microeconomia, ao Direito.

Os seus principais pontos são condensados na rejeição da posição que analisa o Direito apartado das realidades sociais e econômicas, estimulando a utilização das idéias e métodos de outras disciplinas no estudo conjunto, enaltecendo a interdisciplinariedade.

Embora no século XVIII Adam Smith já discutisse o efeito econômico da legislação mercantilista, foi apenas no século passado que se aplicou a economia para analisar atividades não diretamente relacionadas ao mercado. Ronald Coase (1988), principalmente com o artigo publicado em 1961 intitulado “*The Problem of Social Cost*”, Richard Posner (1998) e Guido Calabresi (1961) são os principais nomes da Análise Econômica do Direito.

Posner (1998, p.26) observa que as origens da AED estão ligadas ao *Common Law*, cuja prevalência é pelo direito jurisprudencial, ou seja, baseado em precedentes judiciais, sendo apontado por ele como o campo por excelência da maximização da riqueza de uma sociedade. Em sua atuação como juiz do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito revelou que, ao julgar um caso, utilizava como parâmetro não os precedentes, mas a sensatez da repercussão de suas decisões. Com essa postura, a AED critica o Direito posto e o interpreta aos moldes do método pautado pela eficiência econômica¹. Nesse sentido:

O *Law and Economics* procura demonstrar como o Direito pode ser mais eficiente na sua regulação social e econômica. Para tanto, estabelece um ferramental conceitual, baseado no individualismo metodológico e o no utilitarismo, que impõe o estudo da própria política econômica mais do que das normas jurídicas que a veiculam. (AGUILLAR, 2006, p.38).

O foco da AED é unir a Economia ao Direito para estudar as regras legais e instituições, usando o pressuposto de comportamento racional por parte dos indivíduos como principal instrumento de raciocínio: “empresas e mercados são instituições ou institutos que estão na fronteira entre o direito e a economia.” (SZTAJN, 2004, p.27).

De forma sintética, pode-se apresentar os seguintes postulados da Análise Econômica do Direito (CALIENDO, 2009, p.15): o individualismo metodológico, que implica serem os fenômenos coletivos explicados como resultantes de decisões individuais; a escolha racional, de modo a ditá-las como racionalmente dirigidas à

¹ Cf. KATZ, Avery. **Foundations of the Economic Approach to Law**. New York: Foundation Press, 1998. POLINSKY, A. Mitchell. **Introducción al Análisis Económica del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1985.

maximização dos interesses individuais; as preferências estáveis e o equilíbrio nas relações entre a Política, o Direito e a Economia.

A postulados econômicos acabaram por seduzir o Direito pelo caráter empírico e forte matematização, o que a tornou a Economia uma ciência no mais puro sentido da palavra, tendo em vista que é capaz de prever, com razoável grau de precisão, o comportamento futuro desse mesmo objeto. Cristiano Carvalho acrescenta que:

Enquanto a teoria jurídica tradicional preocupa-se principalmente com definições e conceitos de institutos jurídicos, a Análise Econômica do Direito aplica as ferramentas microeconômicas para construir modelos, que possam prever comportamentos regulados pelas leis. E, não obstante esse caráter analítico e preditivo próprio de uma autêntica Ciência, a Análise Econômica ainda é capaz de sugerir mudanças ou alternativas jurídicas mais capazes de alcançar os objetivos pretendidos pelo legislador. (CARVALHO, 2008, *on line*).

Para isso, usa-se a Análise Econômica do Direito para prever os efeitos das leis, além de dedicar-se a explicar seu desenvolvimento em termos de eficiência econômica, por meios dos conceitos de otimização de Vilfredo Pareto ou Kaldor-Hicks como critérios de eficiência (FORGIONI, 2005). Por este, uma mudança em que alguns indivíduos sejam prejudicados é possível, desde que aqueles que melhorem de posição ganham mais do que perdem aqueles que pioram de situação. Por aquele, uma sociedade não se encontra em uma situação ótima se não houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a de outra.

As ideias também têm a sua biografia. Entre os juristas, isso é facilmente verificável. O sistema europeu, mais precisamente o romano-germanista, provoca uma resistência em aceitar a importância das consequências das atitudes humanas para o Direito ou até mesmo ignorá-las.

A concepção do *fiat justitia, paret mundus*², haurida da Deontologia Jurídica afasta a realidade concreta, podendo ser uma postura recortada. Isso porque, na ausência de recursos suficientes, os direitos atribuídos pelas decisões jurídicas tornar-se-ão vazios, destituídos de sentido e de propósito³.

² “Faça-se justiça, ainda que pereça o mundo”.

³ Faz-se esta ponderação de cunho epistemológico, porque um deontologista analisa os atos como se fossem bons ou maus por um viés apriorístico, enquanto um consequentialista verifica quais os resultados que advirão das decisões e se é possível a concretização, sendo assim, mais próximo da realidade.

A Análise Econômica do Direito comporta duas abordagens: a positiva e a normativa. A AED positiva foca principalmente o território ocupado pelas trocas econômicas no sistema de mercado, constituindo um meio de previsão de seus comportamentos. Para a AED aplicada ao Direito Tributário, trata-se da tributação excessiva que gera incentivos à informalidade, a imposição de comprovação de regularidade fiscal para o exercício de inúmeros direitos fundamentais dos contribuintes. Já a normativa, se ocupa com qual seria a melhor solução de acordo com juízos de valor, direcionados aos objetivos econômicos, oportunidade em que são feitas prescrições sobre como a economia deveria funcionar – a necessidade da diminuição da carga tributária para a AED, por exemplo.

As externalidades – positivas ou negativas – são fatores que influenciam na tomada de decisões, principalmente com os olhos no âmbito econômico. São uma espécie de falhas do Mercado. São aquelas situações onde supostamente a mão invisível de Smith não é o suficiente para corrigir desvios do sistema econômico.

A solução de Coase para resolver este problema foi direcionar para os chamados custos de transação. Embora seja um conceito que comporta as mais variadas visões, pode-se afirmar que são as atividades e custos necessários para a concretização de uma negociação, a saber: a busca pela informação por partes dos agentes econômicos das circunstâncias em que operam; a atividade de negociação, as quais determinarão as verdadeiras intenções dos compradores e vendedores; a realização e a formalização dos contratos de acordo com o Direito vigente, bem como o monitoramento do cumprimento e, por fim, a correta aplicação desses contratos, de forma a garantir a cobrança de indenização por prejuízos às partes que não seguirem as obrigações pactuadas. (PINHEIRO, SADDI, 2006, p.62).

Tradicionalmente, os economistas partem de modelos ideais para explicar um determinado fenômeno. Com Ronald Coase não foi diferente. Pelo seu teorema, se os custos de transação forem nulos e as partes puderem transacionar no sentido de compensações mútuas, as externalidades geradas poderão ser solucionadas, por meio das escolhas de ambas as partes. A teoria dos custos de transação (TCT) trabalha com o conceito de racionalidade limitada ou imperfeita, segundo a qual as pessoas tentam maximizar as suas utilidades, pontuadas pelos limites impostos e pela capacidade de absorver e processar informações.

A principal meta da Teoria dos Custos de Transação é entender como as leis e o Poder Judiciário vão ser balizadores para uma melhor alocação dos recursos, pois a capacidade de economizar os custos de transação dentro de uma determinada empresa é decisiva para aferir quais operações serão feitas dentro desta ou fora, via mercado. Rachel Sztajn considera que:

As relações são socioeconômicas, devendo-se reconhecer não só a presença da economia, como também o espaço por ela ocupado no desenvolvimento de novas relações, de estruturas sociais, de negócios predispostos para atender às novas exigências das pessoas. (SZTAJN, 2004, p.11).

A realidade burocrática brasileira demonstra representa um custo de transação elevado, implicando efeitos na relação Estado e contribuinte. São representados, por exemplo, pelas sanções políticas impostas pelo Estado, enferrujando o sistema de mercado. O sistema tributário brasileiro, pela regra da tipicidade cerrada, deixa pouca margem para inovações do juiz. O que, porém, não serviu de máscara para o Poder Judiciário nacional.

Estuda-se, pois, conjuntamente, o Direito, a Economia, as instituições e as organizações: o Direito influencia e é influenciado pela Economia, refletindo nas organizações e instituições. Nessa linha de raciocínio, Rachel Sztajn afirma que:

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos. O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. (SZTAJN, 2005, p.03).

Paulo Caliendo (2009, p.92-93) reputa indispensável que se faça menção à concepção de eficiência fiscal, na medida em que, no Estado Democrático de Direito, a carga fiscal representa o equilíbrio entre os interesses de diversos grupos sociais, principalmente no que se relaciona com as tarefas do Estado e seu financiamento. O termo eficiência pode ser compreendido como a utilização de determinados processos para a maximização de resultados pela menor utilização dos meios. Depreende-se que a estrutura fiscal interfere diretamente nas escolhas econômicas e políticas, de forma a ser ressaltada a importância do contexto extranormativo e da interdisciplinaridade:

Não se trata de negar a autonomia semântica e sintática da linguagem jurídica, mas de reconhecer que a rede de significados adotados no direito decorrem de uma conexão entre eficiência e justiça. não há como negar qualquer relação ou determinar uma ordem de prioridade de uma sobre a outra. A compreensão do

relacionamento entre justiça e eficiência é fundamental para a determinação de um sistema tributário justo e a afirmação de uma sociedade de direitos do contribuinte. (CALIENDO, 2009, p.94).

Do ponto de vista econômico, a tributação gera a ineficiência. Certifique-se que não deve ser eliminada – assim seria condenar o Estado à impossibilidade de subsistir – mas praticada de modo a não inibir ou intimidar a atividade privada, principal geradora de riqueza⁴. Seria um mal necessário? Pela lente da Análise Econômica do Direito Tributário, a resposta é afirmativa. Lembra Paulo de Barros Carvalho (2000, p.153) que o contribuinte, além de cumprir as obrigações principais (de pagar), ainda estão sujeitos a uma gama de deveres instrumentais e formais.

Pelo viés da Análise Econômica do Direito Tributário, pede-se vênia para expor alguns casos concretos que foram submetidos à apreciação do Poder Judiciário por demonstrarem uma notória mudança nos posicionamentos jurisprudenciais pátrios no que pertine a uma maior sensibilidade para com os contribuintes frente às arbitrariedades do Fisco. Quando provocado, o Poder Judiciário, principalmente na esfera federal, vêm atuando de forma louvável, digna do presente registro.

2 O CASO “AMERICAN VIRGÍNIA”

A fabricante de cigarros “American Virgínia Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Tabacos Ltda” foi personagem em uma clara situação de sanções políticas. Esta empresa teve o seu registro especial cancelado por contumaz não-pagamento de IPI, segundo os ditames do Decreto-lei nº 1.593/77. Em rápidas considerações, registro é condição necessária para que se produza cigarros e o não pagamento de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal constitui hipótese de cancelamento do registro especial a que alude o art. 2º, inciso II do Decreto-lei nº 1.593/77.

Durante o processo fiscal, a Receita Federal concedeu à “American Virgínia” o prazo de dez dias para regularização de sua situação tributária - o pagamento de todos os débitos existentes. A empresa, então, ingressou com medida cautelar em primeiro grau (Processo nº 2007.51.10.002658-1 – 1ª Vara de Execuções Fiscais da Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro) para assegurar o seu direito ao livre-exercício da

⁴ Cf. CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 211-214.

atividade econômica, alegando que o Estado estaria aplicando uma sanção política, ou seja, constrangimento impingindo ao contribuinte como forma de lhe coagir ao pagamento de tributo, o que é vedado pela Constituição Federal e por entendimentos já sumulados do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Questionou-se também na oportunidade a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.593/77, sob o argumento de que este diploma normativo não teria sido recepcionado pela CF 88 (arts. XIII e LIV e 170), por implicar em uma manifesta sanção política.

A medida cautelar foi concedida e, depois de ajuizada a ação principal, teve sentença favorável à empresa. A União apelou, obtendo provimento do recurso em sede de Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Processo nº 2008.02.01.009971-8). Novamente a empresa ingressou com ação cautelar, agora perante o Supremo Tribunal Federal (AC 1657/RJ) para obter efeito suspensivo ao seu Recurso Extraordinário, de modo a impedir a paralisação de suas atividades.

Mas não obteve o êxito esperado. Pelo deferimento da medida cautelar, os Ministros Joaquim Barbosa (relator), Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Pelo indeferimento, os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Pelluso, Carmen Lúcia e Ellen Gracie.

O embate se deu pela colisão entre os princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre-concorrência. O argumento em prol da livre-iniciativa foi no sentido de evitar a utilização de sanções políticas para coagir o particular a pagar seus débitos tributários, ao alvedrio das vedações já expostas, destacando-se para este caso a Súmula nº 70 do STF. Por outro lado, o argumento em prol da livre concorrência foi no sentido de evitar conferir vantagem injusta à empresa que não paga tributos, responsáveis por grande parte do preço do cigarro. Este argumento acaba por invocar o princípio da isonomia, que se relaciona, de certo modo, com a livre concorrência. Confira-se a ementa da Ação Cautelar nº1657 (STF), cuja relatoria ficou sob a responsabilidade do Ministro Joaquim Barbosa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. INADMISSIBILIDADE. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. INTERDIÇÃO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. FABRICAÇÃO DE CIGARROS. CANCELAMENTO DO REGISTRO ESPECIAL PARA PRODUÇÃO. LEGALIDADE APARENTE. INADIMPLEMENTO SISTEMÁTICO E ISOLADO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. COMPORTAMENTO OFENSIVO À LIVRE CONCORRÊNCIA. SINGULARIDADE DO MERCADO E DO CASO. LIMINAR INDEFERIDA

EM AÇÃO CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE RAZOABILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO. VOTOS VENCIDOS. Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados, com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência, viu cancelado o registro especial e interditados os estabelecimentos.

(AC 1657 – Relator Min. Joaquim Barbosa – DJU 27/06/2007)

Sobre o caso “American Virgínia”, Cristiano Carvalho e Ely José de Matos (2008, *on line*) concluem que três elementos básicos foram levados em consideração: a relação entre cigarro e saúde; a importância econômica da indústria do cigarro e o papel do Estado na regulamentação da atividade, que se manifesta por meio de elevação da carga tributária – cerca de 66% do seu preço – com a finalidade de desestimular o consumo (extrafiscalidade) e através de propagandas e campanhas. Apesar de dados extremamente negativos em termos de saúde pública, a indústria do tabaco é sólida. Em termos de emprego, segundo relatos de Roberto Iglesias (2006), a Associação dos Fumicultores do Brasil (AFUBRA) estima que em 2001/2002 a cadeia produtiva do fumo envolveu cerca de 2,2 milhões de pessoas, divididas entre lavoura, indústria e atividades indiretas

A indústria teve seu registro para fabricação de cigarros suspenso dadas pendências tributárias junto aos cofres da União. O principal argumento da empresa foi de que a Constituição de 1988 não permite que o Estado adote medidas que impliquem o embaraço ou a vedação do exercício profissional como instrumentos para coagir o sujeito passivo à observância das obrigações tributárias. Por outro lado, a União Federal rebateu a alegação afirmando que a arrecadação tributária decorrente da fabricação do tabaco é imprescindível para que possa arcar com os custos das doenças relacionadas ao consumo de cigarros. Pode-se sintetizar o impasse da decisão assim:

Uma decisão que preservasse a livre-iniciativa pode afetar os incentivos que as demais indústrias de cigarro têm para continuarem pagando rigorosamente os seus impostos. Além disso, traz um benefício extraordinário à indústria envolvida – prejudicando ainda mais sua relação com as outras e afetando o equilíbrio de mercado. Esse desequilíbrio pode, pelo menos local ou regionalmente, afetar preços e lesar os consumidores. Por outro lado, uma decisão favorável à livre concorrência irá encerrar as atividades da indústria envolvida no caso. Assim, um princípio constitucional estaria sendo, *prima facie*, violado. A concorrência de mercado, entretanto, seria mantida equilibrada. Os consumidores não seriam lesados – a não ser que, local ou regionalmente, a indústria em questão fosse uma forte produtora que tivesse parcela considerável na determinação do preço. Se ela ajudar a determinar o preço, sua extinção atribuirá seu peso decisório à outra(s) indústria(s) que pode derivar vantagens de tal situação. (CARVALHO, MATOS, 2008, *on line*).

A escola da Análise Econômica do Direito (AED) procura implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de paradigmas jurídicos para, dessa maneira, aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações submetidas ao Direito. Principalmente depois da primeira fase da reforma do Poder Judiciário, iniciada com a Emenda Constitucional nº 45/04, a qual elevou o princípio da eficiência ao *status* fundamental, a AED vem de encontro aos anseios dos estudiosos e dos aplicadores do Direito que, mesmo antes da adição do retalho à Constituição, já estava cravado no art. 170 CF/88 como norteador das atividades relacionadas principalmente com o Direito Econômico.

Os maiores fundamentos da Análise Econômica do Direito são trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico, embora não lhes sejam exclusivos. Da mesma maneira que os mercados, para serem dotados de um funcionamento adequado necessitam desses postulados, a AED tenta agregar maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas.

Muitos questionam qual seria a validade da aplicação de princípios econômicos ao Direito e para que serviriam. Os que os fazem se utilizam de argumentos sociológicos, filosóficos e psicológicas para tentar embasar o seus posicionamentos a favor da não-aplicação: por outro viés, a Análise Econômica do Direito auxilia e conduz a uma melhor compreensão da realidade na missão dos operadores do Direito em solucionar e evitar problemas. George Marmelstein (2009) faz uma interessante relação entre a AED e a efetivação dos direitos fundamentais, considerações que podem ser aqui utilizadas *mutatis mutandis*, ponderando que “os direitos fundamentais não devem servir para acobertar práticas ilícitas”. Ressalta ainda que:

O pensamento econômico não resulta necessariamente em soluções anti-éticas ou amorais. Aliás, muitas vezes o raciocínio econômico e o ético caminharão juntos, levando aos mesmos resultados, reforçando-se mutuamente na tarefa de convencimento social. Não adianta simplesmente afastar ou deixar de utilizar uma ferramenta que pode ajudar ao invés de atrapalhar a realização de direitos fundamentais. (MARMELSTEIN, 2009, *on line*).

Por este exemplo, restou demonstrado que a Análise Econômica é uma importante ferramenta para o Direito tributário alcançar decisões mais eficientes, na medida em que fornece instrumentos aos julgadores que os auxiliam na escolha de qual seria a melhor orientação das suas decisões, coadunando a letra da lei com a realidade econômica que norteia os casos concretos postos a deslinde.

3 A REGULARIDADE FISCAL E O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Por intermédio do método da Análise Econômica do Direito, a qual procura implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de paradigmas jurídicos, com a meta de aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações econômicas, sociais e jurídicas

Parte-se da premissa de que as empresas insolventes são unidades produtivas exatamente iguais às solventes, com exceção de que seus passivos se encontram desestruturados, fora isso, geram empregos, compram, vendem, enfim, produzem riquezas.

Nesse sentido, vale mencionar alguns aspectos positivos da Nova lei falimentar: a substituição da concordata pela recuperação judicial e extrajudicial, a busca por amenizar a tensa relação entre o risco empresarial e o risco de Mercado, a previsão do período de “*stay*”, em que as ações que correm contra a empresa em crise serão suspensas por 180 dias, evitando, desta forma, uma avalanche de cobranças, o que dá certo “fôlego” para a o restabelecimento financeiro - um aspecto intrigante é que as execuções fiscais/ações de natureza fiscal não se sujeitam a esta suspensão, podendo ocorrer o deferimento de parcelamento neste período -, o privilégio do consenso, na medida em que podem ser estabelecidas condições especiais de pagamento das dívidas para os credores que assim concordarem, os créditos decorrentes de obrigações contraídas durante a recuperação judicial serão considerados extraconcursais, se a empresa vier a falir, o que estimula a injeção de capital.

Após essas breves considerações preliminares, que se acreditam produtivas, a pesquisa se volta neste momento para uma relação entre a regularidade fiscal e o instituto da recuperação judicial. Na forma da Instrução Normativa RFB no 734, de 02 de maio de 2007, a regularidade fiscal caracteriza-se pela não existência de pendências cadastrais e débitos em nome do sujeito passivo, bem como pela não omissão quanto às obrigações acessórias, seguindo as orientações do art.113 do CTN. Assim, uma vez preenchidos tais requisitos, a certidão de regularidade – negativa ou positiva com efeito de negativa – deve ser expedida pela Administração Fazendária nos termos do requerimento, sem margem para especulações.

Serão abordados dois casos práticos para um melhor deslinde e elucidação do posicionamento ora exposto, homenageando a postura do Poder Judiciário brasileiro em se mostrar mais próximo da realidade vivenciada pelos contribuintes individuais e empresas.

A VASP – VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A⁵, empresa do ramo de transporte aéreos que enfrentava uma séria crise financeira, esteve em processo de recuperação judicial entre 01 de julho de 2005 e 04 de setembro de 2008, com o intuito de encontrar meios que possibilitassem a retomada das operações. O processo recebeu o protocolo de nº 583.00.2005.070715-0 e tramitou na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, sob a responsabilidade do Juiz Alexandre Alves Lazzarini.

Em 26 de julho de 2006 houve uma Assembléia de Credores, quando foi aprovado o plano de recuperação da empresa, com previsão de retomar as atividades com cargas e passageiros dentro de um prazo de 8 a 10 meses, com 12 novas aeronaves, adquiridas por meio de *leasing*. O juiz homologou no dia 24 de agosto de 2006 o aludido plano de recuperação judicial, reafirmando a empresa retomar suas atividades corroborando o acima, mas isto não aconteceu até hoje.

A VASP S/A requereu a concessão da recuperação judicial, com dispensa das certidões negativas tributárias, apresentando suas razões para contrair o determinado no art. 57 da Lei n. 11.101/05, pedido que foi acolhido pelo juiz, conforme extrato do processo de nº 583.00.2005.070715-0/SP, abaixo colacionado:

Como amplamente demonstrado nos autos, a começar pela petição da VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO SOCIEDADE ANÔNIMA — VASP, **a exigência das certidões negativas, como pressuposto de admissibilidade para concessão da recuperação judicial, aprovada pelos credores a ela sujeita, não pode prevalecer, a despeito do art. 57 da Lei n. 11.101/05, pois afronta os princípios que regem o instituto da recuperação judicial, regulado pela mesma lei, bem como a própria Constituição Federal. Em relação à exigência do art. 57 da Lei 11.101/05 e artigo 191-A do CTN: a) trata-se de sanção política, profligada pela jurisprudência dos tribunais; b) fere o princípio da proporcionalidade, e, por isso, são insubsistentes; c) o descumprimento não acarreta a falência, conseqüência não desejada pela lei; d) a jurisprudência de nossos tribunais, historicamente, desprezou exigências fiscais de empresas em crise econômica, sem que isso represente proibição de cobrança de tributos pelas vias próprias.** (destacou-se)

⁵ Cf. TAJRA, Alexandre. GIANANTE, David C. O caso da Recuperação Judicial da VASP – Viação Aérea São Paulo S/A. In: **Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. LUCCA, Newton de. DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Org.). São Paulo: Quartier Latin, p. 138-160, 2009.

Uma nova Assembléia de Credores foi realizada em 17 de julho de 2008, para que os credores pudessem opinar pela manutenção ou não da empresa em recuperação judicial. Com as informações de descumprimento do plano deferido, em 04 de setembro de 2008, o juiz convolou a recuperação judicial em falência.

A mesma orientação foi seguida no processo de Recuperação da Varig – Viação Aérea Rio Grandense S/A, da Rio Sul linhas Aéreas S/A e da Nordeste linhas aéreas S/A. O Processo nº 2005.001.072.887-7 tramitou na 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, titularizada pelo juiz Alexander dos Santos Macedo, o qual concedeu liminarmente a dispensa da apresentação de certidões negativas para que as empresas aéreas exerçam suas atividades, exceto para a contratação com o Poder Público ou para o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais. Confira-se o teor da decisão:

Isto posto, considerando presentes e atendidos os requisitos exigidos pelo artigo 51, da Lei nº 11.101, de 09.02.05, ratifico a nomeação da empresa CYSNEIROS VIANNA ADVOGADOS ASSOCIADOS como ADMINISTRADOR JUDICIAL, conforme fls. 1.659, (1) defiro o processamento da recuperação judicial; (2) **determino a dispensa da apresentação de certidões negativas para que as devedoras exerçam suas atividades, exceto para a contratação com o Poder Público ou para o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais creditícios**, acrescendo, em todos os atos, contratos e documentos firmados pelas autoras, após o respectivo nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial. (destacou-se)

As decisões acima merecem aplausos, haja vista que resgatam e tornam possíveis as principais intenções da lei 11.101/05. Marcos de Barros Lisboa (2005, p.52) aduz que o Fisco colabora com a recuperação da empresa mediante o parcelamento dos créditos tributários, estabelecendo para isso regras específicas. É desse modo que colabora com a recuperação judicial, já que dela não participa diretamente. Oferece-se, portanto, uma dilatação dos prazos para pagamento, aliviando as necessidades de fluxo de caixa da empresa e propiciando a regularização de sua situação fiscal.

Já era essa a orientação quando da vigência do Decreto 7.661/45. Critica-se o fato de que para que a concordata fosse julgada cumprida, o devedor estava obrigado pelo art. 174 a apresentar comprovação de que havia pago todos os tributes relativos à profissão, federais, estaduais e municipais, e das contribuições devidas ao Instituto ou Caixa de Aposentadoria e Pensões do ramo de indústria ou comércio a que pertencer, sob pena de falência. Tal disposição, de praticamente impossível cumprimento, redundou na criação jurisprudencial que admitia o pedido de desistência da concordata, embora sem expressa previsão legal.

E assim a jurisprudência se firmou, porque exigir o cumprimento do aludido art. 174 do Decreto 7.661/45 seria levar a empresa, certamente à falência ou, pelo menos, acelerar esse trajeto. Pelo visto, foi repetido o erro pela lei 11.101/05 e o art. 191-A, com a redação dada pela Lei Complementar 118/05. (TAJRA, GIANANTE, 2009, p.156).

A exigência do art. 57 da lei 11.101/05 c/c o art. 191-A do Código Tributário Nacional se mostra em total contradição com a possibilidade de continuação da atividade empresarial – essência do instituto da recuperação judicial – haja vista que a apresentação das certidões de regularidade, seja negativa ou positiva com efeito de negativa, pode inviabilizar o procedimento recuperacional. Atente-se ainda para o seguinte aspecto:

No regime atual, conforme art. 83 da lei 11.101/05, o crédito tributário cede espaço não apenas ao crédito trabalhista, até o limite de 150 salários mínimos e o decorrente de acidente de trabalho, como também ao crédito com garantia real, como forma de diminuição dos custos de transação e estímulo à organização da empresa. Dentro deste novo enquadre, a exigência de certidão negativa pode vir a inviabilizar o plano de recuperação, colocando o credor tributário numa posição privilegiada em relação aos demais credores, inclusive os trabalhistas e aqueles com garantia real. (PAULSEN, 2008, p.1262).

É de conhecimento geral que as empresas que se encontram nesta situação são detentoras de um volumoso passivo, correspondente, em grande parte aos débitos de natureza tributária e, sendo assim, não há qualquer sentido em exigir-se certidões negativas para a realização da recuperação judicial, “pois certamente não será possível o cumprimento deste requisito para quem tem como um dos principais credores o Fisco” (MIRETTI, 2005, p.276), tendo em vista que “a grande maioria destas [empresas em crise financeira] possui débitos pendentes para com as fazendas federal, estadual e municipal, de forma que não há como serem expedidas referidas certidões”. (MARTINS e outros, 2005, p.335). Relembre-se que o art. 83 da lei falimentar classifica em terceiro lugar os créditos tributários preferindo-os os relativos às garantias reais.

Pela dicção do art. 47 da lei 11.101/05, 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, nada obstante a controvérsia doutrinária que gira em torno da natureza jurídica do instituto⁶.

⁶ Cf. SZTAJN, Rachel. FRANCO, Vera Helena. **Falência e Recuperação da Empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 231-234.

Incorre em equívoco e superficialismo metodológico Jorge Lobo (2009, p.173) quando conclui “que o devedor, por cautela, deverá estar de posse das certidões negativas de débitos tributários”, no momento descrito pelo art. 57 da lei falimentar. Ignora-se, desta feita, a concepção de que as empresas, quando atravessam um período de instabilidade contábil, em que os passivos superam os ativos, deixam de pagar os tributos, haja vista que precisam alocar de modo diferente os recursos neste lapso emergencial.

O que ocorre na prática forense é a postergação pelo juiz da comprovação da regularidade fiscal pelo devedor em prol do cumprimento do plano de recuperação, flexibilização esta necessária ao atendimento da *mens legis*. Os posicionamentos jurisprudenciais aqui expostos foram adotados significativamente pelos Tribunais brasileiros, o que demonstra uma evolução no pensamento dos julgadores, no sentido de se mostrarem mais sensíveis à realidade em detrimento ao texto seco e estéril das leis.

Com efeito, existe uma dissonância clara entre os dispositivos legais ora analisados. Deve-se buscar uma interpretação sistemática que compatibilize ou estabeleça critérios para a aplicação ao caso concreto da melhor forma possível. A análise leva em consideração preceitos constitucionais, a exemplo dos art. 6º, 7º e art. 170; o art. 47 da lei 11.101/05 - objetivos da recuperação judicial consubstanciados na preservação da função social da empresa, na manutenção dos empregos, no estímulo à atividade econômica - e o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A orientação mais adequada é a que considera inconstitucionais o art. 191-A do CTN e o art. 57 da lei falimentar, uma vez que o art. 47 da lei 11.101/05, apesar de está previsto em uma lei ordinária, adquire um caráter constitucionalizante. A previsão do CTN, embora em lei complementar, não se coaduna com a intenção do legislador, que foi a de oferecer uma chance à superação das empresas que se encontram em situação de crise financeira, quase sempre com pendências fiscais.

CONCLUSÃO

O direito de certidão, atestado fornecido pelo Poder Público quanto a fatos que digam respeito a quaisquer situações jurídicas do cidadão, tem como fundamento o Estado Democrático de Direito, uma vez que a certidão pode ser considerada essencial ao exercício ou defesa de um direito.

O que se discutiu na verdade não é o direito de certidão propriamente dito, mas sim a privação de direitos fundamentais àquele que efetivamente não tem direito à certidão, seja negativa ou positiva com efeito de negativa ou ainda que possui o direito à expedição destes documentos oficiais assegurado mediante ordens judiciais que são ignoradas pelas autoridades fazendárias.

As empresas devem estar preparadas para confrontar-se com um sistema burocrático praticamente paralelo à legislação tributária, formado por instruções normativas, portarias e decretos que a Secretaria da Receita Federal do Brasil e PGFN, além do desencontro de informações que diariamente surpreende os contribuintes e a complexidade das estruturas da Administração Pública Fiscal.

A nova hermenêutica constitucional tem o papel de reorientar a interpretação da lei - e da própria Constituição - para que ocorra uma maior adequação possível ao contexto social e econômico. De nada adianta, para a efetivação dos direitos fundamentais dos contribuintes, a previsão de exigências legais relacionadas à comprovação de regularidade fiscal que, muitas vezes, são impossíveis de serem implementadas por razões fáticas e jurídicas. Deve-se afastar a aplicação literal dos textos legais e partir para uma análise mais próxima da realidade circundante. Nas raias da vida real, é o que começa a se verificar.

REFERÊNCIAS

CALABRESI, Guido. **Some thoughts on risk distribution and the Law of torts**. Connecticut: Yale Law Journal, 1961.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARVALHO, Cristiano. MATOS, Ely José de. **Análise Econômica do Direito Tributário e colisão de princípios jurídicos**: um caso concreto. Berkeley Program in Law & Economics, 2008. Disponível em <www.repositories.cdlib.org> Acesso em: 11 jun. 2009.

_____. **A Análise Econômica do Direito Tributário**. Disponível em <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/27.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COASE, Ronald. **The firm, the market and the Law**. Chicago: University press, 1988.

_____. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economics, n. 3, p. 01-23, 1961.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 244-247.

KATZ, Avery. **Foundations of the Economic Approach to Law**. New York: Foundation Press, 1998.

LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOBO, Jorge. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: art. 35 ao art. 69 da lei 11.101/05. In: **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. TOLEDO, Paulo F. C. Salles. ABRÃO, Carlos Henrique. (Org.). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva Martins. LOCATELLI, Soraya David Monteiro. FONSECA, Luciana Cavalcante Quartim. Comentário à Lei Complementar nº 118/05. In: **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação Judicial de empresas**. MACHADO, Rubens Approbato (Org.). São Paulo: Quartier Latin, p. 321-339, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Análise Econômica dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 14 jun. 2009.

MIRETTI, Luiz Antônio Caldeira. Os créditos tributários no processo de Recuperação de empresas e de Falência. In: **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação Judicial de empresas**. MACHADO, Rubens Approbato (Org.). São Paulo: Quartier Latin, p. 268-282, 2005.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

POLINSKY, A. Mitchell. **Introducción al Análisis Económica del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1985.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen, 1998.

TAJRA, Alexandre. GIANSANTE, David C. O caso da Recuperação Judicial da VASP – Viação Aérea São Paulo S/A. In: **Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. LUCCA, Newton de. DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Org.). São Paulo: Quartier Latin, p. 138-160, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de Direito e Economia? In: **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. TIMM, Luciano Benetti. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-68, 2008.

SADDI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. FRANCO, Vera Helena. **Falência e Recuperação da Empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Law and Economics. In: **Direito e Economia**: Análise Econômica do Direito e das organizações. SZTAJN, Rachel. ZILBERSZTAJN, Decio (Org.). Rio de Janeiro: Elsevier, p.74-83, 2005.