

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA**

CELSO MEIRA JÚNIOR

**DEVER SOCIAL DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – REGULARIDADE
TRIBUTÁRIA – LIVRE INICIATIVA – FALÊNCIA E FAZENDA PÚBLICA**

**CURITIBA
2017**

CELSO MEIRA JÚNIOR

**DEVER SOCIAL DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – REGULARIDADE
TRIBUTÁRIA – LIVRE INICIATIVA – FALÊNCIA E FAZENDA PÚBLICA**

**Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado
em Direito Empresarial e Cidadania do Centro
Universitário Curitiba, como requisito parcial para
a obtenção de título de Mestre em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Sandro Mansur
Gibran.**

**CURITIBA
2017**

CELSON MEIRA JÚNIOR

**DEVER SOCIAL DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – LIMITES À LIVRE INICIATIVA
– FALÊNCIA E FAZENDA PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora constituída pelos professores:

Presidente: Prof. Dr. Sandro Mansur Gibran

Membro Interno: Prof. Dr. Demetrius Nichele Macei

Membro Externo: Prof. Dr. Frederico Eduardo Zenedin Glitz

Curitiba, 28 de julho de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus familiares, minha Esposa ROSELI, meus Filhos JÚLIA e CAIO, pelo amor, compreensão e a razão desta vida, à minha Mãe DALITA, pelo amor sem limites e todo incentivo ao estudo desde a tenra idade.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares e amigos por suportar a ausência nos momentos de preparação e elaboração deste trabalho e o apoio na concretização de um objetivo.

Aos meus sócios, colaboradores e colegas de escritório pelo apoio dispensado.

Ao amigo e colega Msc. Ednelson Luiz Martins Minatti pelo incentivo desde a concepção até a realização deste aprimoramento.

Aos meus colegas de mestrado pelo companheirismo, amizade e colaboração.

A professora Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, pela amizade, consideração e orientação nos momentos difíceis que a jornada nos apresenta.

Ao meu orientador e professor Dr. Sandro Mansur Gibran e ao professor Dr. Frederico Eduardo Zenedin Glitz, pelas orientações apresentadas na banca de qualificação do projeto que resultou nesta Dissertação de Mestrado.

Aos professores Dr. Demetrius Nichele Macei, Dr. Fernando Gustavo Knoerr, Dr. Francisco Cardozo Oliveira, Dr. José Edmilson de Souza Lima, Dr. Marcos Alves da Silva e Dr. Miguel Kfoury Neto, pelos ensinamentos e orientações que aprimoraram o conhecimento pessoal e profissional.

A todos os professores e colaboradores do programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA.

EPÍGRAFE

"Nada é mais poderoso do que uma ideia cujo tempo chegou."

(VICTOR HUGO)

RESUMO

A função social da empresa é um princípio estabelecido pela ordem econômica constitucional. O caráter dúplici desta natureza implica em vetores específicos, o direito-dever da função social. O Direito é amplamente reconhecido pela efetividade normativa, doutrinária e jurisprudencial, firmados através do princípio de preservação da empresa. Porém, relativamente ao Dever na função social, permanece uma visão contraditória que supostamente contrapõe-se à preservação.

Os deveres sociais são fundamentais para consecução dos objetivos fixados pela ordem constitucional no atendimento do bem-estar. Entre as principais obrigações sociais na atividade econômica empresarial está o atendimento das obrigações tributárias, estas refletem diretamente no campo das políticas sociais adotadas pela Constituição de 1988 por constituírem fonte de recursos necessária à execução. O descumprimento das obrigações tributárias causa danos à sociedade pela consequente falta de recursos.

Em paralelo, a inadimplência tributária reiterada, ao possibilitar que os agentes interajam sem atender a devida conformidade, acarreta sério desequilíbrio na concorrência e atinge o preceito da igualdade competitiva.

Entre os mecanismos passíveis de minorar este comportamento errático estaria a mudança de entendimento quanto ao interesse da Fazenda Pública em requerer a falência de sociedades devedoras dotando, ainda, a legislação de dispositivos legitimadores e disciplinadores desta capacidade de forma controlada.

No trabalho de pesquisa foi adotado o método dedutivo com aporte ilustrativo de direito extranacional para deduzir que existe interesse e pode ser facultada legitimidade à Fazenda Pública requerer a falência de devedores tributários comprovando a insolvência destes e o desvio de finalidade nas atividades inconsequentes e desprendidas da verdadeira função social adstrita a livre iniciativa.

Palavra-chave: Empresa, Falência, Regularidade Tributária, Livre Iniciativa.

ABSTRACT

The social function of the company is a principle established by the constitutional economic order. The double character of this nature implies in two specific vectors, the right-duty of the social function. The Law is widely recognized by the normative, doctrinary and jurisprudential effectiveness, based on the principle of self preservation of the company. However, with respect to the duty in the social function, a contradictory view remains that is supposed to be opposed to preservation.

Social duties are fundamental to the achievement of the objectives set by the constitutional order in the welfare service. Among the main social obligations in business economic activity is the fulfillment of tax obligations, these reflect directly in the field of social policies adopted by the Constitution of 1988 because they constitute a source of funds necessary for its performance. The failure to comply with tax obligations causes damages to society due to the lack of resources.

At the same time, repeated tax breaches, by allowing agents to interact without due compliance, causes serious imbalance in competition and reaches the precept of competitive equality.

Among the possible mechanisms to reduct this erratic behavior would be the change of understanding regarding the interest of the Public Treasury in requesting the bankruptcy of debtor companies, also endowing the legislation of provisions legitimating and disciplining this capacity in a controlled way.

In the work of research was adopted the deductive method with illustrative contribution of foreign law to deduce that there is interest and can be given legitimacy to the Public Treasury to request the bankruptcy of tax debtors proving their insolvency and detached from the true social function attached to free enterprise.

Keywords: Company, Bankruptcy, Tax Clearance, Free Initiative

LISTA DE SIGLAS

AC – Ação Cautelar

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AI – Agravo de Instrumento

ARExt – Agravo em Recurso Extraordinário

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CIRE – Código da Insolvência ou da Recuperação de Empresas

CF – Constituição Federal

CNPJ - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

CTN – Código Tributário Nacional

DL – Decreto-lei

ICMS – Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPC-A – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo

IPI – Imposto Sobre Produtos Industrializados

ISS – Imposto Sobre Serviços

LC – Lei Complementar

LEF – Lei de Execuções Fiscais

PLC – Projeto de lei de iniciativa da Câmara

PLS – Projeto de Lei de iniciativa do Senado

RE – Recurso Extraordinário

RExt – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SELIC – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (taxa referencial)

SINIEF – Sistema Nacional de Informações Econômicas e Fiscais

SIREVE – Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
LISTA DE SIGLAS	9
1 INTRODUÇÃO	13
2 LIVRE INICIATIVA – ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL – FUNÇÃO E DEVER SOCIAL	20
2.1 LIVRE INICIATIVA – PRINCÍPIO E ESTRUTURAÇÃO JURÍDICA – PRESSUPOSTOS.....	20
2.2 LIVRE INICIATIVA E SUA LIMITAÇÃO NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL – REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO.....	25
2.3 ATIVIDADE ECONOMICA E EMPRESARIAL – FUNÇÃO SOCIAL DEVER SOCIAL.....	30
3 REGULARIDADE TRIBUTÁRIA – ATIVIDADE EMPRESARIAL – DEVER SOCIAL	34
3.1 TRIBUTO E FUNÇÃO SOCIAL – REGULARIDADE TRIBUTÁRIA.....	34
3.2 LIMITAÇÃO DA LIVRE INICIATIVA PELO DEVER SOCIAL DA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA DA EMPRESA – RESERVA LEGAL.....	37
3.3 CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE REGULARIDADE TRIBUTÁRIA – EFEITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS.....	38
4 MECANISMOS LEGISLATIVOS ANTE A FALTA DE REGULARIDADE TRIBUTÁRIA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL – APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA FALÊNCIA	44
4.1 MECANISMOS LEGAIS LIMITADORES DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – FALTA DE REGULARIDADE FISCAL ACESSÓRIA E TRIBUTÁRIA.....	44
4.2 FALTA DE REGULARIDADE TRIBUTÁRIA REITERADA – SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO ATIVIDADE EMPRESARIAL – MEDIDAS ADMINISTRATIVAS.....	47
4.3 EFEITOS DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESAS – OBRIGAÇÕES SOCIETÁRIAS E TRIBUTÁRIAS.....	53
4.4 PROCEDIMENTOS JUDICIAIS – EXECUÇÃO FISCAL – MEDIDAS COERCITIVAS E EXPROPRIATÓRIAS – INEFICÁCIA NA REITERAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA.....	57
4.5 INTERESSE E LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA PARA PROPOSIÇÃO DE FALÊNCIA – POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.....	60
4.6 SISTEMA PORTUGUÊS NA INSOLVÊNCIA – CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA NA PROPOSIÇÃO DE INSOLVÊNCIA.....	72
4.7 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PARA EFETIVAÇÃO DO DEVER SOCIAL NA ATIVIDADE EMPRESARIAL – FALÊNCIA COMO MECANISMO REPRESSIVO À INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA REITERADA.....	78

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
REFERÊNCIAS.....	92

1 INTRODUÇÃO

A evolução do direito constitucional assegurou a relevância normativa dos princípios proclamados por intermédio do surgimento do Estado Moderno e do ideário liberal e, por conseguinte, alicerçando o fundamento social que surgiu no curso das transformações do século XX.

O Estado Moderno, surgido pela oposição ao absolutismo mercantil, marcado pela guerra de independência das colônias americanas e pela revolução francesa, proclamou como direitos fundamentais àqueles inerentes ao ser humano: vida, liberdade, igualdade e fraternidade, assegurando para estes o status de normas jurídicas vinculantes aos sistemas de governo legítimos.

Paralelamente, a evolução do ideário libertário, através do pensamento liberal, baseado na liberdade e igualdade, consolidou-se pela livre iniciativa decorrente da oposição ao domínio econômico estatal do regime absolutista. O conceito máximo do chamado *laissez-faire*¹ dá impulso ao surgimento de uma ordem econômica que se solidifica pela revolução industrial, estabelecendo as cadeias de produção e transformação, explorando as riquezas e a mão-de-obra de forma livre e descontrolada.

A consequência da revolução industrial foi o embate social no conflito de classes, que abstraído das posições essencialmente políticas de cunho sectário,

¹ Na tradução livre: “laissez faire laissez passer le monde va de lui même” – “deixei fazer, deixei passar, que o mundo caminha por si mesmo”. Mantra do liberalismo econômico na versão mais pura, contemplando um Estado mínimo.

Na visão de Adam Smith o papel do soberano (Estado) limita-se a segurança, administração da justiça e infraestrutura: “(...) Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres; três deveres, por certo, de grande relevância, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e, terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou um pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade.” (SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. volume II, Coleção "Os Economistas", São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 170.)

evoluiu ao Estado Social e ao Neoliberalismo, criando cenário permissivo ao debate do verdadeiro papel do Estado no âmbito do Contrato Social.

Um Estado puramente intervencionista traz consigo a imposição de sua vontade em face da liberdade e igualdade, afastando a individualidade enquanto opção. Por sua vez, um Estado Liberal, baseado no *laissez-faire* puro, acarreta a sobreposição econômica individual em detrimento do interesse social coletivo.

A retomada da intervenção estatal, após o período liberal da revolução industrial, pela imposição das políticas sociais, não alcançou o equilíbrio necessário. O Estado Social não comprometeu o coletivo e sim, baseou-se no conceito de reparação distributiva do *Welfare State*². O Estado Neoliberal, retomando a liberdade econômica e contrapondo-se as concessões sociais, abre novamente a posição de um Estado mínimo, mas, ainda, não assegura o equilíbrio social nas relações de classe.

Dentre os princípios e direitos fundamentais, o liberalismo acentua a liberdade e a igualdade, mas mantém a fraternidade³ como ideário abstrato. A constatação é colhida pela falta de empenho no alcance deste fundamento. Em contraponto, através das políticas de intervenção e regulação do Estado, as últimas décadas de controle e arrecadação de tributos, especificamente no Brasil, limitou os agentes econômicos a condição de provedores de recursos para políticas sociais conduzidas pelo mesmo, sem que houvesse comprometimento e voluntariedade.

Evidente que a importância da função e responsabilidade social de qualquer atividade, sobretudo, a econômica, somente se consolida através da compreensão coletiva e educação contínua, problema ínsito ao meio social, especialmente o brasileiro.

² O Estado do Bem-estar, surgido após a Segunda Guerra Mundial, relacionado ao processo de industrialização e os problemas sociais, caracterizando pelo assistencialismo estatal voltado a garantir padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos.

³ Quanto a fraternidade, a toda evidência não poderia ser lograda no seio de uma sociedade na qual compareciam o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica. O próprio Adam Smith sustentava que a melhor contribuição que cada um poderia dar à ordem social seria a contribuição do seu egoísmo pessoal. Como poderia uma ordem tal e qual realizar a fraternidade? A propósito, a observação de Tobias Barreto; “Liberdade, igualdade e fraternidade, três palavras que se espantam de se acharem unidas, porque significam três coisas reciprocamente estranhas e contraditórias, principalmente as duas primeiras”. A sociedade capitalista não as podia – como não pode realizar. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)** – 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 23)

A livre iniciativa é o princípio motriz da atividade econômica, ideário liberal, está consagrada na atual Carta Constitucional, quer na sua pedra angular ou na capitulação da ordem econômica. Da mesma forma, a função social da atividade econômica é estabelecida com a mesma envergadura, concebendo a delimitação contra o ressentido abuso liberal do *laissez-faire* e da cumulação de capital e propriedade individualizados.

Tal qual a liberdade, a livre iniciativa não se faz absoluta, freando-se ante a necessidade de atender ao bem coletivo. As limitações aos princípios constitucionais decorrem da necessidade de manutenção da convivência social. As garantias fundamentais de liberdade e igualdade também se sujeitam a estes limites. Esta delimitação está intrinsecamente ligada a compreensão de que a Liberdade não pode sobrepujar o direito alheio, o individual deve respeitar o coletivo. Somente se assegura a liberdade estabelecendo os limites de convivência entre os indivíduos e suas relações.

Os limites à livre iniciativa são constatados diretamente em vários preceitos extraídos da própria Carta Constitucional. Decorrem dos limites estabelecidos ao liberalismo desenfreado, cuja experiência ao final do século XIX e limiar do posterior, assentou-se na coibição ao monopólio econômico e sua consequência na submissão da livre concorrência.

O papel do Estado dentro da delegação reguladora e fiscalizadora, matriz assegurada pela Carta Constitucional brasileira, merece intenso debate e vigilância atenta para que de um lado não se afaste a necessidade atuante desta função e, de outro lado, não permita a excessiva intromissão através da intervenção sem interesse social.

Sensibilizamos este fenômeno com mais clarividência quando tratamos de assuntos afetos aos seguintes setores: a) sistema financeiro; b) sistema de telecomunicações; c) exploração de reservas minerais; d) as questões ambientais; e) concentração econômica. Esta clarividência decorre da explícita interferência que o Estado exerce na regulação de mercado, como na preservação dos interesses setorizados, que possam sofrer consequências endêmicas em virtude de ocorrências no comportamento de seus atores.

Porém, dentro do mesmo entendimento de proteção social, várias ocorrências comportamentais, sobretudo no campo empresarial, atingem a função social da atividade econômica, por vezes em menor grau individual, outras em maior intensidade. Todavia, o menor grau individual se potencializa em maior grau coletivo dada à multiplicidade que se espalha na atuação empresarial.

Dentro da atuação econômica, as atividades empresariais são as maiores propulsoras, estando a personalização jurídica como o maior legado da doutrina contratualista em apoio ao desenvolvimento econômico. Sua concepção e fundamentação, no seio da teoria da empresa, está intimamente ligada ao desenvolvimento do modelo capitalista no liberalismo.

Em que pese a gênese de liberdade de exercício na personalização da empresa, sua constituição, desde os primórdios do liberalismo, é regulada e exige o atendimento de requisitos para que possa convalidar sua existência jurídica. Nesta evolução, várias disposições e exigências se mostraram necessárias para fixar as garantias dentro do contexto social e coletivo.

Ao Estado é assegurado fixar exigências para constituição das pessoas jurídicas, desde a forma contratual, arquivamento público, autorização de funcionamento e fiscal, etc., todos mecanismos de controle preventivo e base de atuação fiscalizadora na atividade empresarial (econômica).

Porém, os mecanismos repressivos não possuem a mesma dimensão, exceção ao controle dos segmentos já relatados (financeiro, telecomunicações, etc.).

A responsabilidade social pelo desenvolvimento da atividade econômica passa essencialmente pela observância das obrigações neste campo. Sendo assertivo que uma entidade empresarial deve se pautar na boa-fé objetiva e atender aos deveres básicos de sua existência. Extrai-se que o atendimento de suas obrigações no campo da livre concorrência de forma leal e no cumprimento de seus compromissos sociais plenos (tributários entre eles) comprova sua função social objetiva, preservando-se o interesse do livre capital em gerar riqueza e lucro dentro do comportamento de convívio no respeito ao bem comum.

A obrigatoriedade da adimplência tributária e da prática de políticas não depredativas fixa o corolário da inserção do limite da livre iniciativa que se complementa pelo princípio da livre concorrência, precipuamente ligado ao primeiro.

Ao desenvolver uma atividade empresarial sem qualquer respeito básico ao mínimo necessário para tal mister, com a manutenção de condições econômico-financeiras efetivas, desencadeando prejuízos a si próprio e a terceiros pela inadimplência, está sendo operado um efetivo desrespeito à função social da atividade econômica. Estes efeitos, principalmente quanto as obrigações tributárias, acarretam consequências encadeadas no convívio social, entre outras: (a) a insuficiência das receitas tributárias destinadas à manutenção social das atividades essenciais do Estado (saúde, segurança, educação), (b) a dilapidação do mercado pela concorrência desleal destas atividades em contraponto àqueles que preservam a adimplência.

A exceção de setores específicos, cujo controle e intervenção são acionados por mecanismos de maior agilidade e eficácia, não há uma resposta efetiva por parte do Estado em razão da formatação legislativa e da obtemperação de que não é possível restringir a livre iniciativa.

No contexto hodierno, constatada uma situação de insolvência ou risco mercadológico, a opção legislativa foi atribuir aos atores do mercado a capacidade de provocar o Estado para sanear o risco e o prejuízo econômico através do processo de recuperação ou falência da atividade empresarial e, destarte, visualiza-se a dupla face da cessação e manutenção em razão de evidentemente prejuízo social.

Assim, a primazia de controle direto pelo mercado, de duvidosa agilidade, foi consubstanciada no processo falimentar como forma de cessar e enquadrar a atividade empresarial desastrosa, não legitimando a capacidade do Estado de requerer tal providência, ainda que a atividade ruinosa seja geradora de inadimplemento tributário (prática contínua) com latentes danos ao meio social.

Não se trata de punir o insucesso, inerente aos riscos do empreendedorismo, parcela esta atribuível ao seio das relações econômicas e aos próprios atores do meio, que assumem esta faceta em critério de avaliação próprio, fruto do exercício da liberdade de escolha na relação econômica. Trata-se de preservar a parcela social da atividade econômica, que notoriamente vem albergada nos encargos legais de indiscutível função social, sejam tributários ou laborais, cujo passivo se demonstra elevado na atualidade a ponto de comprometer a eficácia das políticas sociais.

A necessidade de revisar a atual política de controle e de cumprimento das obrigações sociais advindas da regularidade tributária é constatada pelo elevado número de empresas devedoras inscritas na dívida ativa. Somente com a União, este montante ultrapassa R\$ 1,9 trilhões⁴, sendo que R\$ 403 bilhões⁵ são dívidas previdenciárias. Outro dado alarmante, é o número de empresas cujo encerramento regular não ocorre, principalmente pela proposital inércia dos titulares ante o endividamento e o descumprimento da legislação tributária, de falência e societária.

A função social da atividade empreendedora, além de assegurar direitos fixados na ordem econômica constitucional, pressupõe o atendimento dos deveres sociais. A atribuição de valor social para atividade empresarial não existe como forma exclusiva de preservação individual da entidade, mas, também, para proteger a coletividade prejudicada pela gestão inexitosa, causadora de malefícios sociais diversos. Nesse sentido, é preciso rever os conceitos autorizativos e, sobretudo, os mecanismos reparadores da continuidade individualizada da atividade empresarial produtora de imenso prejuízo social que contrapõe o verdadeiro objetivo fundado em nosso ordenamento constitucional no que tange a ordem econômica.

O descortinamento objetivo dos limites da livre iniciativa, propõe debater ao interesse e a legitimidade de introdução de mecanismos no ordenamento legal, cuja eficácia e agilidade, venham a preservar a atividade econômica salutar, comprometida com a função social, tornando efetivos os princípios estabelecidos na ordem econômica constitucional.

A pesquisa exposta nesta dissertação objetiva demonstrar que o exercício do controle repressivo ao comportamento abusivo na atividade empresarial, não fere a livre iniciativa já que, não interfere na condicionante de opção, ao contrário, concatena-se com o objetivo social necessário e fixa orientação na postura dos agentes econômicos que devem atender aos seus deveres sociais, preservando aqueles que agem de forma adequada ao postulado constitucional.

4 Prestação de contas do presidente da república de 2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica/arquivos/2017/pcpr-2016.pdf>. Acessado em: 01 maio 2017.

⁵ Ibid.

A legitimidade e o interesse da Fazenda Pública em requerer a falência de devedores reiterados se justificam para assegurar o cumprimento dos deveres sociais e ao mesmo tempo manter a livre concorrência em razão daqueles que atendem suas obrigações.

Através do método dedutivo com aporte ilustrativo de Direito extranacional, demonstrar-se-á que há interesse social e pode ser facultada legitimidade à Fazenda Pública para requerer a falência de devedores tributários.

2 LIVRE INICIATIVA – ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL – FUNÇÃO E DEVER SOCIAL

2.1 LIVRE INICIATIVA – PRINCÍPIO E ESTRUTURAÇÃO JURÍDICA - PRESSUPOSTOS

A livre iniciativa surge como um desdobramento do princípio da liberdade. Contrapõe-se ao controle estatal dos regimes absolutistas que controlavam o monopólio econômico. Mas não se concebe a livre Iniciativa, igualmente aos demais princípios, como fundamento absoluto do qual não caiba limites⁶.

A livre iniciativa como máxima do ideário liberal encontra em nossos autores a definição do modelo político-econômico optado pelo constituinte de 1988. A liberdade de atuação econômica a todas as pessoas como valor fundante da República assegura acesso à possibilidade de crescimento individual através do mérito pelo fruto do trabalho.

Porém, como escreve Eros Grau (2017), o conceito da livre iniciativa é amplo, não se restringindo a uma afirmação do modelo capitalista⁷.

⁶ A consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social. (...) O desdobramento desse princípio é o que está adiante, no art. 173 da Constituição (v.infra). Neste, reconhece-se competir à empresa privada organizar e explorar as atividades econômicas. Igualmente, nele se fixa o papel do Estado, ao qual é dado apoiar e suplementar a atividade privada. Entretanto, a liberdade de iniciativa não é ilimitada na Constituição, conforme se verá adiante (vide art. 173, etc.). (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v.2, 2ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 173).

⁷ Livre Iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção expressa no art. 170, caput, tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda livre iniciativa se esgota na liberdade econômica ou de iniciativa econômica. Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quando como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), podemos descrever a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e trabalho. (...) Entre nós, no plano da Constituição de 1988, a liberdade é consagrada, principiologicamente, como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica. (...) Vê-se para logo, destarte, que se não pode reduzir a livre iniciativa, qual consagrada no art. 1º, IV, do texto constitucional, meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica. Dir-se-á, contudo, que o princípio, enquanto fundamento da ordem econômica, a tanto se reduz. Aqui também, no entanto, isso não ocorre. Ou – dizendo-o de modo preciso - livre iniciativa não se resume, aí, a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa” apenas – à liberdade única de comércio,

A livre iniciativa repousa em dois fundamentos: (1) garantia individual de acesso e exercício da atividade econômica; (2) meio de gerar riqueza promovendo o desenvolvimento, mas também acarreta um dever social de respeito ao bem comum e um comportamento atinente as regras sociais fixadas pela ordem legal⁸.

A intrínseca ligação entre o conceito de liberdade e livre iniciativa está em sua gênese que classifica a mesma como uma forma de liberdade. Inicialmente nominada de liberdade de comércio, posteriormente, de liberdade de comércio e indústria e, finalmente, liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica⁹.

As denominações sinônimas são a constatação da evolução histórica do princípio, paralela as transformações político-sociais de cada período (Estado Moderno, Constitucionalismo, etc.) e, por obviedade, no desenvolvimento das ciências da Economia e Direito.

No apanhado histórico, percebe-se a estrita vinculação entre desenvolvimento e afirmação dos atos sociais e políticos das liberdades individuais e, paralelamente, da insurgência ao controle de monopólios que, embora tenham se desenvolvido em parte por organizações, acabaram absorvidas e controladas pelo antigo regime na máxima absolutista da centralidade do Estado¹⁰.

pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo. (GRAU, 2017, p. 197/199).

⁸ Pode-se dizer que a livre iniciativa repousa em dois fundamentos essenciais: trata-se de uma emanção relevante da liberdade individual, que também deve se projetar na esfera econômica; bem como, de um meio voltado à promoção da riqueza e desenvolvimento econômico, em prol de toda coletividade. (...) Daí porque, a regra geral deve ser a liberdade dos particulares para se engajarem em atividades econômicas, desde que não lesem direitos de terceiros ou interesses relevantes da comunidade. (SARMENTO, Daniel. **Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>. Acesso em: 09 abril 2017, p.8.).

⁹ GRAU, 2017, p. 198.

¹⁰ A liberdade de iniciativa corporifica o ideal de libertação dos ligames das corporações medievais, abrindo espaço para o sistema de mercado que então começava a se impor. Mas não apenas; historicamente, a busca pela liberdade de iniciativa significa também a revolta contra os privilégios tradicionalmente concedidos pelo monarca. Liberdade de iniciativa evoca, portanto, o aumento do espaço de atuação privada em face dos favorecimentos concedidos a apenas alguns agentes econômicos. (...) Vê-se, desse modo, que, desde sua origem, a ideia de livre-iniciativa está ligada à liberdade de atuação (dos agentes econômicos que já atuam no mercado e daquela cuja presença é potencial) e ao repúdio de privilégios, especialmente de garantia de ação sem amarras que diminuem o espaço do agente econômico. (FORGIONI, Paula A. **Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais: A formatação jurídica do mercado brasileiro**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 117, p. 165-176, out. 2012. Disponível em: <http://aasphomolog.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/117/revista_advogado_117/assets/basic-html/page3.html>. Acesso em: 09 abril. 2017).

Topograficamente, como marco histórico indicativo dos limites em razão dos objetivos sociais da atividade econômica, insere-se na Constituição brasileira de 1934 diretivas de ordem social e econômica, organizadas conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. A introdução de tais embriões limitadores, pela função social das atividades econômicas e da organização social, decorre do constitucionalismo das décadas anteriores¹¹ e se reproduz nas Cartas posteriores.

A Constituição Federal de 1988 tituló a ordem econômica como parte relevante de sua estrutura fixando sua natureza normativa, terminologia a que André Tavares (2011) salienta como ordem jurídica econômica¹². O caráter fundamental deste título na Constituição impõe a ordem jurídica na economia, estabelecendo os princípios que submetem o conjunto de regras e todos os atores que se colocam no teatro econômico.

A conformação histórica e a origem derivada da conceituação de liberdade como princípio é condensada pela terminologia adotada por vários autores como: liberdade de iniciativa econômica – que impõe ao princípio da livre iniciativa às mesmas limitações a que sua matriz se sujeita (limites da liberdade individual). O delineamento constitucional fixa de modo expresse a observância à função social da atividade econômica fundada na livre iniciativa, esculpindo de forma minudente o valor social que conduz a ordem econômica.

O Artigo 170 da Carta de 1988¹³ estabelece que a ordem econômica está “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”. Estes dois fundamentos angulares são complementados pelos princípios (erigidos como tal pelo constituinte) descritos no dispositivo.

¹¹ A ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica, sob a influência da Constituição alemã de Weimar. Isso não quer dizer que, nessa disciplina, se colhe necessariamente um “sopro de socialização”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros: 2002, p. 762).

¹² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3^o ed. São Paulo: Método, 2011, p. 82-83.

¹³ Art. 170. 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: (...) (BRASIL. Constituição (1988). Art. 170. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 25 março 2017).

A localização normativa e a eficácia do conteúdo normativo do referido artigo da Constituição de 1988 passa pela classificação de direito constitucional das normas, adotando-se a descrição de José Afonso da Silva (2012) quanto à tríplex característica: I) normas constitucionais de eficácia plena; II) normas constitucionais de eficácia contida; III) normas constitucionais de eficácia limitada¹⁴.

Trilhando as lições de Direito constitucional, José Afonso da Silva (2012), fixa uma subdivisão em cada uma das categorias da tríplex característica, focando na terceira em razão de sua aplicabilidade ao comando constitucional em foco (Art. 170 da CF de 1988): *(III) normas de eficácia limitada: (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; (b) declaratórias de princípio programático*¹⁵ A localização das normas programáticas ainda tangencia algumas incompreensões de sua eficácia¹⁶, fato objeto de obtemperação do mesmo autor ao reafirmar o entendimento de que estas normas possuem, a par de estarem entre as de eficácia limitada, caráter imperativo e vinculativo¹⁷.

Assim, as disposições do Art. 170 da Constituição vigente, estão inseridas estruturalmente como normas programáticas, devidamente enquadradas pelo ilustre

¹⁴ Na primeira categoria, incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desse logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando sua tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais** In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) Tratado de direito constitucional v. 1 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 169.)

¹⁵ José Afonso da Silva admite rever a denominação programática em razão da polemica discussão de que estas teriam apenas conteúdo indicativo, posição que ele diverge, passando admitir a denominação de “normas dirigentes” (Ibid. 2012, p. 182).

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo. Malheiros: 2017, p. 249-259.

¹⁷ A relevância hodierna do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais manifesta-se mais acentuadamente na sua consideração em relação às chamadas normas programáticas. Três razões, pelo menos, destacam esta relevância. Uma é que ainda se ouve em relação à Constituição de 1988 que ela está repleta de normas de intenção, como se não fossem jurídicas e imperativas. Outra é que tais normas traduzem os elementos sociológicos da constituição onde se acham os direitos sociais, tomada aqui, a expressão *direitos sociais* num sentido abrangente também dos *econômicos e culturais*. Uma terceira razão, talvez de maior importância, é que indicam os fins e objetivos do Estado, o que importa definir o sentido geral da ordem jurídica. Elas se localizam, como vimos, entre as de eficácia limitada. (...) (Ibid. 2012, p. 183).

constitucionalista que lhes imputa a definição e o caminho a ser seguido, atribuindo a finalidade do Estado em assegurar os ditames da justiça social para assegurar a existência digna.¹⁸

Nesta concepção, a ligação entre os fundamentos titulados e os princípios capitulados, dentro da harmonia sistêmica da interpretação e aplicação do ordenamento constitucional, fixa a clara vinculação dos limites e o equilíbrio de pesos que formam o núcleo do conjunto valorativo de toda Constituição.

Especificamente, a livre iniciativa, como demais princípios, não se mostra absoluta como uma fortaleza privada pela qual o Estado não pode intervir em razão da violação à liberdade individual. O contrapeso de equilíbrio, é desenhado por Luís Roberto Barroso (2003) quando escreve que a ponderação dos demais valores Constitucionais impõe a sujeição no intuito de reduzir distorções e aprimorar a ordem econômica¹⁹.

As normas de efeito concreto, cujo objetivo é neutralizar os abusos e manter o funcionamento equilibrado da ordem econômica, destinam-se a preservar o fundamento de justiça social, atuando como anteparo ao excesso liberal historicamente constatado no curso da evolução das relações político-econômicas.

Assim, conforma-se a estrutura jurídica na qual a livre iniciativa está contextualizada, sendo latente a verificação de que – o livre exercício de atividade econômica está condicionado ao atendimento dos valores de ordem social fixados na Carta Maior.

Portanto, o exercício da atividade econômica está condicionado expressamente aos ditames da lei, devendo o legislador, com amparo do comando do parágrafo único do Art. 170 da Constituição de 1988, estabelecer exigências necessárias para assegurar o bem-estar social na busca da consecução dos fundamentos integrativos da Constituição.

¹⁸ (Ibid. 2012, p. 184/5).

¹⁹ O princípio da livre iniciativa, portanto, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição. Sujeita-se, assim, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento. (BARROSO, Luís Roberto. **A Ordem Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional (tomo II). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.53).

2.2 LIVRE INICIATIVA E SUA LIMITAÇÃO NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL – REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO

A livre iniciativa compõe a parte central de estruturação do modelo econômico estabelecido pela ordem constitucional brasileira. Por conseguinte, reverbera sua característica de origem liberal capitalista, que tem por baliza a liberdade de atuação econômica.

Em sua concepção formal, a liberdade de iniciativa econômica, como ressalta Eros Grau (2017), originariamente postulada no édito de *Turgot* (1776) e complementada pelo decreto *d'Allarde* (1791), concebia o direito de acesso a qualquer negócio ou profissão, arte ou ofício e já obrigava ao registro e obediência as normas públicas, sobretudo, taxas e impostos. Conclui o autor, ainda, que: “*Vê-se para logo, nestas condições, que no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica*”²⁰.

Em nosso atual ordenamento constitucional, estando a livre iniciativa como fundamento da República²¹, insere-se como um “princípio político constitucionalmente conformador”²²

Ressaltando a compreensão do princípio, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2014), destacam incisivamente que não se trata de uma “liberdade pública como as demais”. Há um componente de “relevante razão social em seu exercício”²³. Este componente estabelece a necessidade de agir dentro da imperatividade normativa fixada para proteção dos interesses sociais e coletivos.

²⁰ GRAU, Eros. 2017, p. 198-199.

²¹BRASIL. Constituição (1988). Art. 1º, inciso IV Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abril 2017.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 201.

²³ Não se trata, dessa maneira, de um direito absoluto, sem fronteiras e sem finalidade. Como fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa está jungida a seu fim declarado (art. 170, caput, parte final): propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social. Destarte, não pode ser considerada uma liberdade pública como as demais, visto sua preocupação básica não é o indivíduo, mas a coletividade. Trata-se, assim, de uma liberdade atribuída ao indivíduo para o exercício de uma relevante função social. Seguindo essa orientação, estamos em conceitua-la como “liberdade-função” de destinar capital para exploração de uma atividade econômica específica, segundo critérios subjetivamente definidos de organização da produção e livre disposição negocial, sob regime jurídico híbrido (público e privado), cuja efetividade deva ter por escopo assegurar existência digna a todos e

Extrai-se da imperatividade constitucional um direito fundamental à liberdade de pleno acesso, garantia de que o Estado não pode restringir o acesso sem fundamento legal (norma), embasado na proteção coletiva. Por dedução lógica, além deste direito, há um dever de conformação aos limites que são reconhecidos, não pela primazia do Estado, mas pelo seu dever de zelar pelo bem comum, estabelecendo quais são as fronteiras entre o direito individual e o direito coletivo.

Os pressupostos estão contidos no campo da liberdade atribuída ao agente que opte em desenvolver um papel próprio na atividade econômica, exercendo as prerrogativas de arbítrio que lhe são outorgadas pelo cânone constitucional partindo da atuação privada legitimada (capitalismo econômico).

Em sua concepção, a livre iniciativa estabelece pressupostos positivos que se portam como desdobramentos lógicos da atuação empreendedora no plano econômico, entre eles a liberdade de: (1) de associação; (2) de investimento (captação); (3) gestão; e (4) de competição (livre concorrência). Entretanto, sempre haverá limites em prol de uma coexistência e de atendimento ao interesse coletivo²⁴.

Em seu aspecto curial, Eros Grau (2017) escreve que não há limitação ao direito de liberdade econômica (liberdade de iniciativa econômica), mas tão somente à liberdade econômica. Isso porque o regime de liberdade de iniciativa econômica é aquele definido pela ordem jurídica²⁵. Por conformação constitucional, a limitação legal pelo Estado poderá existir, mas somente através de lei pela vontade legislativa, que se justifica pela autorização firmada no próprio texto da Carta Maior²⁶.

justiça social. - faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado (...) - não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei (...) (ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 563-564).

²⁴ GRAU, Eros. 2017, p. 199.

²⁵ GRAU, Eros. 2017, p. 200.

²⁶ De resto, quanto ao preceito inscrito no parágrafo único do art. 170, que se tem enfatizado, na afirmação de que reiteraria, consolidado, o caráter liberal da ordem econômica na Constituição de 1988, tem relevância normativa menor. Pois é certo que postulação primária da liberdade de iniciativa econômica, como acima anotei, é a garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*. O que esse preceito pretende introduzir no plano constitucional é tão somente a sujeição ao *princípio da legalidade em termos absolutos* – e não, meramente, ao princípio da legalidade em termos relativos (art. 5º, II) – da imposição, pelo Estado, de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica. Em nada, pois, fortalece ou robustece o princípio da *livre iniciativa* em sua feição de *liberdade de iniciativa econômica*. Em relação ao caráter não absoluto da iniciativa e à regulamentação

O caráter não absoluto do princípio da livre iniciativa foi afirmado pelo Supremo Tribunal Federal. A Corte Maior já decidiu que sempre há de ser preservado o interesse da coletividade, o interesse público, sendo que: *A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa*²⁷.

O Ministro Celso de Melo adverte que: “atividade empresarial, econômica ou profissional, não se reveste de natureza absoluta a liberdade eis que inexitem, em nosso sistema jurídico, direitos e garantias impregnados de caráter absoluto”²⁸.

do mercado, v., da jurisprudência do STF, as ADIs 1.950 e 3.512, os Res 349.686 e 199.520 e o AI/AgR 481.886. (Ibid. 2017, p. 200-201).

²⁷Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. (...) (ADI 319 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 (...)) 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. (...) 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3512 Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJ de 23-02-2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363387>. Acesso em: 21 abril 2017).

²⁸ "OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n.413.782/SC. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 03-06-2005 p. 00004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261795>. Acesso em: 21 abril 2017.).

Condensando o propósito programático ou dirigente da livre iniciativa, conclui-se pela liberdade de ação no meio econômico com a garantia de propriedade sobre a produção realizada (resultado e bens da atividade).

Estabelecidos os pressupostos, vê-se claramente que em todas as concepções há uma certeza de que os limites estão presentes para exercer a função de equilíbrio entre o direito individual e o bem-estar social (coletivo).

A regência da livre iniciativa se desborda em vários sentidos, fato simplório ante a constatação da amplitude das relações econômicas que se cruzam no campo jurídico e social. Conforme entendimento, a liberdade de atuação se reveste na livre escolha, no acesso, organização contratação, etc., tudo aplicável na interpelação de agentes econômicos.

Por mais que haja pleno direito de escolha em exercer uma atividade econômica, por mais simples que esta venha a se constituir, em sua maioria há uma necessidade de autorização para atuação na exploração. A exceção disposta, como destacado, está nos agentes individuais que atuam como “profissionais autônomos”, que independem de uma formação profissional técnica e que não atuam em um campo de exposição de riscos à população.

Nesse sentido, funda-se a assertiva de autorização e controles no próprio texto constitucional como garantia de respeito aos interesses do bem comum. Como visto, pode a atividade econômica ser controlada por lei em razão da proteção dos interesses comuns coletivos, entre eles não só a proteção dos indivíduos como a defesa do papel do Estado como distribuidor e garantidor da justiça e equilíbrio social.

O contexto do Art. 170 da Constituição, sistemicamente aos demais dispositivos constitucionais de garantias, estabelece que o exercício de atividade possa ser delimitado na forma da Lei. A Lei, como asseverado por diversos autores, deve atentar ao princípio do livre acesso, não criando óbices pautados na discriminação injustificada, sobretudo, criar privilégios à grupos sem haver um interesse fundamentado em sua essência.

Assim, na imensa maioria das situações, para que possa atuar no campo econômico organizado, é necessário a autorização dos órgãos cuja atribuição e poderes são estabelecidos em Lei. Por esta vinculação, denota-se que a livre iniciativa, embora baseada na liberdade sem restrições, para que possa ser exercida de forma

exteriorizada no efetivo ingresso no campo econômico, necessita de um ato autorizativo que engloba as mais diversas situações, v.g.: (1) constituição e registro de uma empresa através de contrato; (2) concessão de alvará de funcionamento e saúde pública; (3) autorização de órgão de controle e fiscalização de atividade (ambiental, controle de substâncias, etc.); (4) inscrição e autorização perante os órgãos fiscais.

Por existirem tais exigências de nítido caráter limitador, estar-se-á diante de uma violação a livre iniciativa? A toda evidencia que não. Ao contrário, estes limites “fixados em Lei”, constituem a evolução construída em razão das práticas de um mercado livre em que o descontrole tornou a liberdade excessiva numa forma nociva ao contexto social.

Os limites decorrentes do atendimento das exigências de lei, embora detenham uma característica burocrática, possuem mais ou menos graduação em decorrência da sociedade em que se encontram inseridos. No contexto da sociedade americana encontraremos menos exigências do que em relação a sociedade brasileira, fato referente ao sistema legal e, sobretudo, a conscientização de deveres e direitos.

As exigências autorizativas ou de controle da atividade econômica são fundadas no interesse tutelado pela manutenção do equilíbrio entre a liberdade individual e o atendimento aos interesses coletivos e sociais. Na mesma linha, há de se legitimar os mecanismos reparadores dos excessos comportamentais. A falta de atendimento aos deveres sociais deve ser objeto de controle rigoroso que coíba e, ao mesmo tempo, fixe a orientação preventiva aos atores do cenário econômico.

Em um quadro de relativização dos deveres sociais, é necessário refletir quais os impactos este abrandamento pode acarretar. Reanalizando o tema, especificamente do dever social de adimplência tributária, mostra-se que a imposição de sanções para assegurar a regularidade possui duas características marcantes: (1) manter o equilíbrio da livre concorrência; (2) assegurar que a atividade econômica cumpra um dos seus deveres sociais.

As limitações que surjam por vontade legislativa, tendo por objeto preservar os interesses sociais, atendendo aos pressupostos da ordem econômica na busca da justiça social, estão fundadas na Carta Constitucional e possuem conformidade pelo caráter não absoluto da livre iniciativa.

2.3 ATIVIDADE ECONOMICA E EMPRESARIAL – FUNÇÃO SOCIAL DEVER SOCIAL.

A concepção da atividade econômica empresarial como função social está firmemente concretizada através do texto constitucional. A disposição conjunta dos valores de justiça social e liberdade de iniciativa conjugam esta paridade de direitos e obrigações, estabelecendo a finalidade outorgada aqueles que de uma forma ou de outra estão envolvidos na atividade social econômica.

Em definição direta ao tema, consagra-se a dicção de Fábio Konder Comparato no ano de 1976: *O poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade.*²⁹

Em conceito mais subjetivo, quanto a função social da empresa como atinente a propriedade ou conjunto patrimonial, verifica-se a contextualização reiteradamente afirmada no texto constitucional (art. 5.º, inc. XXII e XXIII³⁰). Como realçado pela doutrina, a propriedade e a função social desta, corroboradas pelo disposto no art. 170, II e III³¹, estão relacionadas diretamente à propriedade dos bens de produção, que na lição de José Afonso da Silva (2002), trata-se da mesma abordagem no que concerne a função social da empresa e do poder econômico, *in verbis: Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico*³²

Assim, a função social estabelecida pela Constituição, abrange a preservação da atividade econômica, a circulação de riquezas, a obtenção de receitas tributárias e

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2014 Ebook ISBN: 9788530951306 <http://www.grupogen.com.br/e-book-o-poder-de-controle-na-sociedade-anonima>.

³⁰Art. 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. Constituição (1988). Art. 5º, inciso XXII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao /constituicao.htm>. Acesso em: 21 abril 2017.

³¹ Art. 170. 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: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade; BRASIL. Constituição (1988). Art. 170, inciso II e III Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao /constituicao.htm>. Acesso em: 21 abril 2017.

³² SILVA, José Afonso da. 2002, p. 790.

todas as relações jurídicas adstritas ao exercício da atividade como instrumento de realização para o desenvolvimento econômico e social do país.

A regulação destas relações através da evolução e extensão da função social da propriedade para empresa foi uma transformação relevante no direito empresarial, constituindo um princípio norteador pelo qual haverá o reequilíbrio³³.

Por consequência de sua natureza, a função social abrange direitos e obrigações, sendo necessário que no âmbito da atividade econômica através dos veículos empresariais, haja um comportamento para atender tais determinantes, devendo a empresa cumprir com os objetivos econômicos, sociais e legais para atender aos valores erigidos pela Constituição ³⁴.

Evidente que a empresa, como toda atividade econômica, objetiva a maximização de recursos voltadas para a obtenção de riqueza (lucro). Mas já se transpôs a visão de que a finalidade lucrativa da empresa não poderia ser prejudicada em favor da função social desta. Neste assento de razão, Modesto Carvalhosa (2014) leciona que o administrador deve buscar o lucro, mas atendendo as exigências do bem público, harmonizando os interesses sociais e a busca do resultado econômico³⁵.

³³ Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Função social do contrato: primeiras anotações**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLII, nº 132, outubro/dezembro de 2003 – p. 8).

³⁴ Cumpre 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 do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81).

³⁵ Na composição dos diversos interesses imbricados na atividade societária encontram-se os coletivos. Cabe ao administrador proporcionar meios de maximização dos lucros sociais, desde que atendidas as exigências do bem público. (...) Não se trata, pois, de superar o aspecto contratual de lucratividade para levar em conta outros interesses. O que deve nortear a conduta do administrador é a harmonização dos fins sociais com os demais interesses da comunidade. (...) A função social da empresa deve ser levada em conta pelos administradores, ao procurar a consecução dos fins da companhia. Aqui se repete o entendimento de que cabe ao administrador perseguir os fins privados da companhia, desde que atendida a função social da empresa. (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 6. ed. v. 3, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 397/398).

Logo, a concepção da empresa enquanto atividade³⁶, está conformada na consecução e atendimento da função social que exerce. Não de forma secundária ou subsidiária como se descreveu no passado em que o fim primordial era o lucro acima de qualquer objetivo. Esta visão unilateral privada, fruto da percepção isolada do direito empresarial e dos princípios puramente econômicos, pode dar embasamento à justificação da relação contratual societária e dos objetivos empresariais internos, porém não se sustenta em relação aos valores constitucionais e aos fundamentos da ordem econômica que estabelecem um equilíbrio nos propósitos individuais e coletivos sem que haja maior ou menor peso entre os mesmos.

A exaltação da função social da empresa vem sendo abordada em um viés majoritário quanto aos direitos, principalmente no que tange a sua preservação, ou seja, o debate volta-se para afirmação do direito de preservação da empresa como mecanismo de alcance da função social, buscando afastar as ameaças que possam levar a extinção da mesma.

Tão importante quanto o direito de preservação, está o dever de atuação no atendimento das obrigações sociais, gerando empregos, tributos e riqueza, cumprindo suas obrigações com plenitude.

As empresas, como principais agentes responsáveis pelo desenvolvimento econômico e social, possuem relevante responsabilidade fiscal que afeta diretamente o plano social. Estas devem atuar de forma consciente e embasada nos direitos fundamentais elencados na Carta Magna, pois ao desenvolver atividade econômica, atua em dois planos de atendimento aos deveres sociais. No primeiro, diretamente ligado à atividade geradora de riqueza, trabalho, sustentabilidade e atendimento às necessidades de consumo, fatos cruciais à sociedade humana moderna. No segundo, pela sua contribuição para dirimir as desigualdades sociais e para uma distribuição justa e igualitária da riqueza através dos recursos públicos advindos por meio do

³⁶ Empresa é atividade e não subjetividade. E se não é sujeito, não tem nem pode ter direitos e deveres. Quem os tem, repise-se, para dissuadir toda a confusão, é o empresário, que é o organizador do estabelecimento, com o qual exerce a atividade, que se chama empresa. O estabelecimento é condição da atividade e a atividade é condição do estabelecimento. Essa atividade se exerce individualmente, pelo empresário individual, ou por meio da pessoa moral, no caso das sociedades empresárias (i.e., a forma precípua - mas não a única - de organização jurídica da empresa. (WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Teoria Geral da Empresa. Coleção Tratado de Direito Empresarial.** v.1, coordenação Modesto Carvalhosa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114).

adimplemento tributário que propicia o atendimento das políticas sociais fixadas pela Constituição em vigor.

A função social consagra a importância da atividade econômica viabilizada pelo formato empresarial, justificando sua preservação em prol da manutenção positiva da relação econômica social, mas impõe deveres fundamentais para todos os agentes que venham a atuar. Os deveres sociais são inerentes a própria concepção de uma nação justa e solidária. São traços comportamentais que devem estar constantemente presentes nas ações e assegurados através do ordenamento legal como diretivas obrigatórias.

Entre os deveres fundamentais que os agentes econômicos devem respeitar está a regularidade tributária, esta contempla ao mesmo tempo a justificativa social da distribuição de riqueza como norteia a competitividade na livre concorrência, seu desvirtuamento acarreta severos prejuízos ao equilíbrio da ordem social.

3 REGULARIDADE TRIBUTÁRIA – ATIVIDADE EMPRESARIAL – DEVER SOCIAL

3.1 TRIBUTO E FUNÇÃO SOCIAL – REGULARIDADE TRIBUTÁRIA

A compreensão do papel social dos tributos está intimamente ligada na realização dos objetivos traçados na Constituição como fundamentais para República. A essência da sociedade moderna é a busca constante de justiça social. Embora o conceito abstrato de justiça social constitua um objetivo fundamental da República, a norma programática (dirigente) é concretizada pela efetividade das ações tomadas pelos cidadãos e demais entidades que atuam na sociedade.

Contextualizando a efetividade dos agentes no campo social, o comportamento individualizado de cada um, dará a dimensão do respeito e da busca da sociedade justa e solidária.

A formatação do Estado Moderno, erigido na concepção de um ordenamento jurídico, é o meio pelo qual se estabeleceu a impessoalidade na delimitação dos direitos e das obrigações individuais e coletivas. Também constitui meio impessoal de alcançar os fundamentos republicanos, especialmente a sociedade livre, justa e solidária.

O Tributo possui duas funções principais: custear as despesas do Estado como ente administrativo e redistribuir a riqueza gerada pelas atividades ou disponibilidades dos partícipes do pacto social.

A importância da função social do tributo é por vezes distorcida pela combativa antipatia que todo ente particular possui por aliar o sentimento de perda patrimonial e não vislumbrar retorno próprio (individualismo) ou coletivo (má gestão ou incompreensão da destinação do produto).

Escreve MACHADO (2007): “A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não

poderia o Estado realizar seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica”³⁷.

A realização do bem comum necessita dos meios de arrecadação e distribuição estabelecidos pela tributação, tornando-se elemento primordial para alcance deste objetivo³⁸.

A função social dos tributos está vinculada com à efetividade de sua arrecadação e à devida aplicação destes, concretizando a promoção pelo Estado do bem comum, da igualdade e da justiça, realizando o desenvolvimento social e econômico. O fato do Estado, enquanto Governo, não dar a efetividade desejada na aplicação, não diminui ou justifica a minoração do dever de arrecadação, especialmente, na atividade econômica, cujos princípios ressaltam a busca da justiça social e da solidariedade.

Em consequência da função social dos tributos, impõe-se que a regularidade tributária possui relevância na consecução da atividade econômica parametrizada pelo dever social do bem comum.

A regular adimplência tributária não pode ser tratada como a adimplência econômico financeira das relações empresariais, atribuindo aos tributos uma parcela do risco empresarial. Os riscos de uma atividade econômico empresarial são partilhados pelos atores do mercado. Cabe a eles avaliar a dimensão e extensão das relações que irão estabelecer, fixando regras próprias de mercado, confiança, crédito, aposta, risco, etc., e regras legais para adequar, resguardar e proteger os interesses patrimoniais em jogo.

Estando a atividade econômica fundamentada na busca da justiça social, tendo o uso da propriedade (patrimonial) voltado para sua função social, torna-se objetivo que o atendimento da regularidade tributária é dever social de todo agente que se

³⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42.

³⁸ “A realização do bem comum, finalidade do próprio Estado, impescinde dos tributos, cujo destino há de ser a satisfação das necessidades do povo, elemento essencial e primordial de qualquer formação estatal. Os tributos são meios pelos quais o governo –outro elemento constitutivo do Estado— cumpre seu dever de realizar o bem comum, administrando-os adequadamente. Assim, toda vez que um do povo descumpra seu dever legal de contribuir, mediante recolhimento de tributos devidos, estará ofendendo a Administração Pública, que se torna incapaz de efetivar o bem comum, dada a omissão contributiva individual” (ALVARENGA, Aristides. **Crimes contra a Ordem Tributária**, Coleção Pesquisas Tributárias – Nova Série 1, 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54).

insira no mercado, atendendo aos princípios fundamentais da Carta Constitucional (Art. 3º e 170 das CF/88³⁹).

Neste quadro de ideias, torna-se importante registrar que o sistema tributário nacional, em sua fatia mais representativa⁴⁰, pauta-se por tributos cuja natureza não são devidos pelos agentes econômicos empresariais (contribuintes de direito) e sim pelos contribuintes de fato. Esta constatação é primordial para concluir a importância da regularidade tributária.

Analisando os principais tributos e seu impacto na arrecadação, verifica-se que o IPI, ICMS e ISS, incidem sobre a receita/faturamento, constituindo-se em tributos arcados por terceiros (destinatário do produto/serviço). Logo, a falta de recolhimento de tais tributos constitui falta de repasse do tributo pago pelo contribuinte destinatário, inexistindo justificativa para que o agente empresarial embaralhe os recursos e de preferência de pagamento a outras necessidades que não aquela destacada pela natureza tributária das receitas recebidas de suas operações.

Evidente que ocorrem situações em que o agente empresarial entende ser indevidas as obrigações tributárias, facultando-se ao mesmo os meios legais de insurgência ou defesa de seus interesses, sem que para tal venha a perder a regularidade tributária. Acresça-se que ainda há possibilidade de parcelamento da imensa maioria dos tributos, revelando que o sistema permite regularidade até em situações de dificuldade, fortalecendo que não se pode tolerar a indolência.

Em conclusão, é injustificável a preterição de adimplemento tributário sem que haja a utilização dos meios legítimos de tal ato, sendo dever social primordial o pagamento dos tributos.

³⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...) Art. 170. 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: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade; BRASIL. Constituição (1988). Art. 3º, e Art. 170. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 junho 2017.

⁴⁰ Segundo relatório da Secretaria da Receita Federal em exposição do Sr. Secretário, maio de 2017, a tributação sobre bens e serviços representa 49,68% da arrecadação e 16,22% do PIB. Disponível em: www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Avaliacao-Sistema-Tributario-15mai2017.pdf Acesso em: 05 de junho de 2017.

3.2 LIMITAÇÃO DA LIVRE INICIATIVA PELO DEVER SOCIAL DA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA DA EMPRESA – RESERVA LEGAL

A limitação da livre iniciativa (do exercício) pode ser imposta por força de lei atendendo aos princípios fixados na Carta Constitucional. Tal previsão resta expressamente estampada no Parágrafo Único do Art. 170 da Constituição⁴¹ e emerge da interpretação sistêmica do princípio da reserva legal.

A possibilidade de limitação através de lei é fundada na proteção dos interesses coletivos, afastando-se o direito individual quando este colide com o bem comum, fato implicitamente arraigado em toda completude normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

É consequência lógica da reserva legal que o legislador está autorizado a disciplinar a matéria de sua competência, fixando-a em alinhamento com a Constituição e demais normativos cogentes.

É corolário de tal assertiva que a lei contrária a Constituição, por ser abusiva e não ter por objetivo proteger os interesses coletivos e, por conseguinte, violar a individualidade e o direito de livre iniciativa, é norma inconstitucional. Todavia, objetivando proteger interesses coletivos, contrapondo-se ao comportamento abusivo ou o descumprimento dos deveres sociais individuais, a lei restritiva está devidamente apoiada no permissivo constitucional.

A limitação em questão não é da livre iniciativa e sim do exercício indevido deste postulado assegurado na Constituição. Quando o constituinte estabelece esta ressalva, outorga ao legislador a capacidade de avaliar fatores de interesse social geral, delimitando condições e exigências para que possa ser exercida determinada atividade.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). Art. 170. (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 de junho de 2017.

As condições para o exercício da Livre Iniciativa econômica, fixadas em lei, estratificam-se através de um enorme feixe, que vão desde as condições constitutivas e autorizativas, às condições de continuidade ou regularidade da atividade.

A imposição normativa para atuação econômica empresarial, objetiva proteger os interesses de mercado e individuais dos atores, mas sempre estará voltada ao interesse coletivo que sobressai aos demais. Normas de proteção e regulação são frutos das experiências e voltam-se ao aprimoramento das relações, tendo como fundamento a atividade racional na exploração econômica. Não há como estabelecer um comportamento de mercado regulado por inteiro, mas há como estabelecer uma regulação básica que estabeleça o comportamento e o atendimento a determinados princípios que regem a sociedade organizada.

Quanto maior o grau de evolução e compreensão de direitos e deveres sociais, menor se faz a presença da regulação expressa, estando assimilados os valores necessários para integração e atuação dos atores nos meios econômicos.

A reserva legal demarcada constitucionalmente, para atuação dentro da livre iniciativa econômica empresarial, assegura a plenitude deste princípio e, conjuntamente, estabelece parâmetro de efetividade na busca da justiça social, outorgando ao legislador a faculdade de estabelecer limites dentro da razoabilidade e equilíbrio entre direitos e deveres sociais no âmbito econômico.

3.3 CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE REGULARIDADE TRIBUTÁRIA – EFEITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS

Estabelecer uma regra delimitadora de comportamento social, principalmente no campo econômico, transparece à primeira vista como uma violação do Estado contra o direito individual através do império da lei. Porém, a jornada evolutiva, desde o liberalismo clássico até o atual modelo em transformação, demonstra que a plena liberdade econômica oferece riscos ao conjunto social, validando as prerrogativas do ordenamento em estabelecer mecanismos que assegurem o regular e efetivo funcionamento nos limites da harmonia social.

O condicionamento ao bem-estar social no exercício das atividades econômicas é fundamento assegurado em conjunto ao livre empreendedorismo e a propriedade privada.⁴²

Dentre os deveres sociais mais importantes na atuação econômica, destaca-se a manutenção da regularidade tributária, baseado no fundamento das obrigações legais e no próprio equilíbrio das relações econômicas (manutenção da livre concorrência).

A falta de atendimento das obrigações tributárias, especificamente quanto ao adimplemento dos tributos, estabelece o crescimento do endividamento público e a impossibilidade de atendimento aos direitos sociais fundamentais que o Estado deve suprir.

Em razão da falta de recursos, o endividamento público é meio complementar adotado pelo Estado para atender as despesas necessárias ao seu papel, utilizando-se do financiamento para suprir a falta de caixa que, dentre outros fatores, tem como origem a inadimplência tributária. Se a arrecadação é insuficiente, o Estado se obriga ao financiamento de receitas para manutenção dos recursos destinados as suas obrigações.

O atual contexto da dívida ativa brasileira expõe a dramaticidade que o problema alcança, somados os estoques da União, Estados Federados e Municípios, a cifra aproximada é de R\$ 3 trilhões⁴³. Esta dívida, além de causar a supressão direta de recursos na aplicação das políticas sociais, acarreta um enorme custo de “tentativa” de cobrança, exigindo do Estado demandar despesas elevadas na busca de assegurar a recuperabilidade de seus créditos.

⁴² (...) Vale lembrar que os Estados sócio-liberais, como o nosso, conquanto reconheçam e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas ao bem-estar social. Portanto, há limites para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular. (SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 55).

⁴³A Dívida Ativa da União em 2016 é de R\$ 1,9 trilhões não computados os créditos na fase administrativa que ainda não se tornaram definitivos, que no caso da União a estimativa é na ordem de R\$ 600 bilhões, totalizando uma estimativa de R\$ 2,5 trilhões. Disponível em: Execução Fiscal eficiência e experiência comparada <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/pres-tacao-de-contas-do-presidente-da-republica/arquivos/2017/pcpr-2016.pdf>. Acesso em: 01 maio 2017.

Assim, objetivamente, pela falta de regularidade tributária, encontram-se três efeitos diretos que atingem a ordem social: (1) a supressão dos recursos tão necessários a manutenção da saúde, segurança, educação, infraestrutura, etc.; (2) a elevação de despesas públicas na “tentativa” de cobrança dos créditos, exigindo uma estrutura administrativa dos entes governamentais e do próprio judiciário⁴⁴ para atender esta demanda; (3) o aumento do financiamento da dívida pública com o pagamento de juros⁴⁵.

A conclusão deste quadro é a necessidade de mudança nas políticas reguladoras da atividade empresarial, estabelecendo limites para atuação de atores que se desviam dos deveres sociais sem qualquer pudor ou temor.

O quadro de preocupação, pelo tamanho da dívida tributária originada da falta de regularidade tributária, torna-se latente com o simples comparativo com o percentual desta na dívida pública federal brasileira (financiamento) que ao final de 2016 alcançou o montante de R\$ 3,65 trilhões⁴⁶. Ou seja, a dívida tributária da União, ativa e em fase administrativa, no montante de R\$ 2,5 trilhões, é equivalente a 68% da dívida pública federal. Outro comparativo alarmante é constatado com a própria arrecadação que em 2016 alcançou R\$ 1,29 trilhões⁴⁷, logo, a dívida tributária é 193% da arrecadação anual.

A análise cidadã de tais dados, demonstra que o modelo de regulação e sanção aos desvios de conduta comportamental se mostram ineficazes. Os mecanismos de cobrança são improdutivos para solucionar os problemas como apontado por Jules Michelet, através dos seguintes destaques: (a) baixa eficiência na recuperação de créditos; (b) aumento do congestionamento do Poder Judiciário com demandas de

⁴⁴O Conselho Nacional de Justiça estima que 50% dos processos em trâmite em todo o Judiciário brasileiro sejam execuções fiscais, tendo esses processos índice de 91% de congestionamento. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/governanca-diferenciada-das-execucoes-fiscais> Acesso em: 05 junho 2017.

⁴⁵ Os juros da dívida pública pagos em 2016 alcançaram o montante de R\$ 330 bilhões. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/566998/Texto_RMD_Dez_16.pdf/06ee86c7-a8d9-4319-8e3f-2a721d60d2d1. Acesso em: 01 maio 2017.

⁴⁶Ibid. Nota 45.

⁴⁷Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2016/dezembro2016/analise-mensal-dez-2016.pdf>. Acesso em: 01 maio 2017.

interesse do próprio Estado; (c) desestímulo à conformidade voluntária (*compliance*) fiscal das empresas⁴⁸.

A citada conformidade voluntária está intimamente ligada ao comportamento social dos atores econômicos, cuja falta de consciência exige uma normatização preventiva e sancionadora para restabelecer o equilíbrio exigido nos direitos e deveres de atuação no plano econômico em atenção aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Os efeitos sociais de uma elevada dívida tributária pela falta de adimplência e regularidade dos contribuintes, são sentidos a todo momento, bastando referir-se ao impacto na falta de recursos na saúde pública e nas consequências coletivas em detrimento da falta de respeito ao bem comum.

No plano econômico, a falta de regularidade tributária acarreta o desequilíbrio de atuação entre os atores do mercado competitivo. A obviedade da constatação é fruto da simples comparação entre o custo efetivo daqueles que pagam os tributos em dia em relação àqueles que se financiam às custas do erário, comportamentos que em relação às obrigações tributárias deveriam estar no plano igualitário.

Evidente que no âmbito da livre concorrência não se pretende obter um mercado de paridade plena, posto que o modelo econômico capitalista, estabelecido em nossa Carta Maior, exalta a competitividade em prol da melhor eficiência econômica que resulta na melhor oferta aos destinatários da riqueza produzida.

A falta de regularidade tributária além de causar profundo problema social pela dimensão da perda de receitas necessárias à consecução das políticas públicas, também acarreta distúrbios concorrenciais.

Estes transtornos de comportamento concorrencial afetam a igualdade competitiva, pois estão diretamente conectados com a formação de preço e de oferta dos produtos e serviços, artificializando o necessário resultado positivo de uma atividade econômica empresarial. A consequência desta forma de atuação reflete em determinadas situações entre outras: (1) o agente econômico reduz seus preços por estar consciente de que não arcará com a carga tributária incidente, praticando

⁴⁸Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet. Acesso em: 05 junho 2017.

concorrência desleal; (2) o agente econômico, mesmo não possuindo lucro com a operação, mantém-se alavancado pela falta de recolhimento dos tributos, resultando na falsa formação de resultado já que não agrega o devido custo ao produto ou serviço; (3) o agente econômico mantendo margem de lucro não recolhe os tributos, quer sobre a receita como o resultado, alavancando-se ou desviando os recursos de forma ilícita.

Dentre os elementos primordiais da economia de mercado que possibilita a existência de uma concorrência salutar, além do livre ingresso do maior número de partícipes, a manutenção igualitária nos deveres legais daqueles que atuam é ponto nodal para que haja sustentabilidade competitiva, como afirmado por Ives Gandra: “havendo descumprimento das obrigações tributárias haverá descompetitividade empresarial e concorrência desleal”⁴⁹.

A falta constante de regularidade tributária por um agente, estabelece uma competitividade desigual, resultando na contrariedade dos princípios estabelecidos na ordem econômica constitucional. Ressalta-se que, a política tributária e econômica, fixada na Constituição, estabelece diretrizes de tratamento tributário diferenciado, levando em consideração as diferenças entre os agentes econômicos, preservando a livre atuação e concorrência entre maiores e menores na economia⁵⁰.

Embora latente a dimensão do problema resultante dos efeitos na inadimplência (reiterada) tributária, tanto no plano calamitoso dos efeitos sociais, como no plano do desequilíbrio concorrencial, a conscientização para uma atuação

⁴⁹ “Há descompetitividade empresarial e concorrência desleal sempre que ocorra sonegação tributária, visto que, neste ponto, a empresa que sonega leva incomensurável vantagem sobre seus concorrentes que pagam tributos. A questão mais grave acontece, se a empresa que sonega considera haver pequena possibilidade de ser fiscalizada, pela dificuldade de apuração de suas atividades, pela multiplicidade de contribuintes ou pelo tipo de produto que fabrica, com o que o Fisco, com quadros reduzidos de agentes fiscais, torna-se impotente em combatê-la. Esta é a razão pela qual, conforme o ramo de atividade, há necessidade de diversos meios de fiscalização e controle, todos eles para que os tributos sejam pagos e não haja concorrência desleal, decorrente da sonegação de tributos.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Obrigações acessórias no interesse da fiscalização e da livre concorrência entre empresas: direito assegurado ao fisco pelas Leis suprema e complementar – parecer. Interesse público** – Caderno de direito tributário, v. 5, n. 24 São Paulo: 2004, p. 129-130.).

⁵⁰ Art. 170. (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (...) Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. BRASIL. Constituição (1988). Art. 170. Inciso IX e Art. 179. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 junho 2017.

responsável é tímida e os mecanismos possíveis para mudança deste quadro se mostram ineficazes há décadas.

4 MECANISMOS LEGISLATIVOS ANTE A FALTA DE REGULARIDADE TRIBUTÁRIA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL – APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA FALÊNCIA

4.1 MECANISMOS LEGAIS LIMITADORES DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – FALTA DE REGULARIDADE FISCAL ACESSÓRIA E TRIBUTÁRIA

Aduzir a possibilidade de se estabelecer mecanismos autorizativos e repressivos para o exercício de atividade econômica e empresarial remete a verificar quais as exigências já se encontram fixadas no ordenamento.

À primeira vista, por força de interpretação superficial do art. 170 da Constituição, não se cogita a existência de mecanismos com tal objetivo, mas dispondo o mesmo comando que a lei poderá estabelecer exigências, constata-se a existência destas em diversas formas.

Denota-se mais uma vez que, para o exercício legalizado⁵¹ de uma atividade econômica empresarial, prescinde-se do atendimento de determinadas exigências legais constituídas por atos autorizativos, v.g.: (1) constituição e registro de uma empresa através de contrato; (2) concessão de alvará de funcionamento e saúde pública; (3) autorização de órgão de controle e fiscalização de atividade (ambiental, controle de substâncias, etc.); (4) inscrição e autorização perante os órgãos fiscais.

No campo autorizativo, basta verificar que para atuação na forma de empresa prescinde-se da constituição da pessoa jurídica. No primeiro momento de constituição, a relação é privada no plano contratual (associativo)⁵², mas no segundo momento, em relação a terceiros e o mundo econômico, é necessário o devido registro público dos atos contratuais, ato concomitante que possibilita a inscrição no Cadastro Nacional de

⁵¹ Sem adentrar a conceituação social de atividade informal e legal, muito menos entre o lícito e o ilícito, estabelecendo a legislação exigências para o exercício da atividade, toda aquela que estiver sendo exercida em desrespeito às normas reguladoras estará violando a legalidade, havendo possibilidade de se tornar ilícita caso venha a violar normas comportamentais criminalizadas, ex.: sonegação fiscal.

⁵² Até no campo contratual privado é necessário atender as exigências legais quando a forma contratual assim exigir.

Pessoas Jurídicas – CNPJ, exigência de ordem fiscal que verdadeiramente dá vida à uma empresa.

Dentre as variantes exigências acessórias, encontram-se muitas de ordem fiscal⁵³. Além do CNPJ, para que possa atuar no comércio/indústria ou serviço, faz-se necessário a Inscrição Estadual ou Municipal da empresa, devendo esta atender às exigências para que possa se tornar operacional já que sem a emissão de documentos fiscais não pode estabelecer relações com terceiros.

A normativa abrangente, para atendimento das obrigações acessórias de ordem fiscal, é conformada no Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970, que fundamentado no art. 199 do Código Tributário Nacional⁵⁴, estabelece o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais – SINIEF⁵⁵. Este sistema integrado as legislações dos entes federados, fixa as obrigações para o regular funcionamento de uma empresa. Fundado no princípio da reserva legal, quaisquer exigências surgidas nestes veículos normativos, estão sujeitas ao controle jurisdicional para aquilatar se há violação ao livre exercício da atividade.

Assim, verifica-se que existem exigências legais para que haja o exercício pleno da livre iniciativa. Neste plano de efetividade (operacional) a entidade ou agente somente torna-se apto se estiver formalmente constituído e atender as regras acessórias estabelecidas. O controle de regularidade, embora estabelecido pelo poder público em face do particular, acaba por ser exercido pelo próprio mercado. Sem os registros e documentos acessórios, o agente econômico não tem receptividade dos demais que condicionam sua capacitação para interação econômica.

⁵³ Na obrigação principal a prestação é a entrega de dinheiro ao Estado. Já na obrigação acessória as prestações positivas a que alude o Código compreendem um fazer, um não fazer, ou um tolerar, como, por exemplo, (a) emitir uma nota fiscal, escriturar um livro, inscrever-se no cadastro de contribuintes (fazer); (b) não receber mercadorias desacompanhadas da documentação legalmente exigida (não fazer); e (c) admitir o exame de livros e documentos pelo fiscal (tolerar). (MACHADO, Hugo De Brito. **Curso de Direito Tributário**, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 110/1).

⁵⁴ Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (BRASIL. Lei nº 5.172, 1966, Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5172-25-outubro-1966-358971-norma-pl.html> Acesso em: 06 junho 2017).

⁵⁵ BRASIL. Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/sinief/cvsn_70. Acesso em: 06 junho 2017.

A contextualização é mais abrangente ante a responsabilidade atribuída a empresa por conta de relações econômicas com eventuais agentes não regulares, havendo possibilidade de sanção política pecuniária em caso de atuação nesta forma. Este controle repressivo tem por objeto proteger os interesses do Estado para evitar a informalidade e, por consequência, a irregularidade tributária.

No plano da regularidade tributária, há várias exigências de ordem legal que limitam a atuação econômica. Entre as mais latentes está a própria contratação com o poder público que por exigência legal, deve se comprovar a regularidade tributária⁵⁶. As exigências tributárias não se fixam unicamente no tocante ao exercício da atividade econômica, podendo ser estabelecidas também no tocante ao direito de propriedade⁵⁷.

Havendo possibilidade de exigências legais, estabelecidas dentro da reserva legal, as mesmas objetivam atender aos preceitos para o bom funcionamento da atividade econômica e não restringir ou limitar a atividade e o livre exercício.

Conclui-se que as exigências legais operacionais, ou seja, o atendimento as obrigações acessórias de ordem fiscal, estão dentro do campo legal outorgado pela ordem constitucional para que possa haver atuação no plano econômico. Da mesma forma, a exigência de regularidade tributária não deve ser interpretada como meio coercitivo de cobrança, ao contrário, trata-se de atender a conformidade tributária voluntária⁵⁸, reconhecendo que os agentes econômicos estão iguais na sua atuação e dever social.

⁵⁶ Artigos 37, XXI e 195, § 3º, da Constituição de 1988; Artigos 27, IV, 29 e da Lei nº 8666, de 1993; Art. 193 do Código Tributário Nacional e, ainda, no Art. 27 da Lei nº 8.036, de 1990, no Art. 2º da Lei nº 9.012, de 1995 e no art. 47 da Lei nº 8.212, de 1991.

⁵⁷ A referência objetiva demonstrar que a comprovação de regularidade tributária afeta o campo econômico e o direito de propriedade. Exemplificativamente, não se pode transmitir a propriedade de um imóvel sem comprovar a quitação dos tributos incidentes. (BRASIL. Lei nº 7.433, de 1985, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7433.htm. Acesso em: 06 junho 2017).

⁵⁸ A conformidade tributária voluntária equivale ao *compliance* tributário, basicamente podemos afirmar que a mesma é alcançada quando o contribuinte atende a todas as obrigações tributárias, principais e acessórias, mantendo um nível de informação necessário. A expressão pode ser encontrada na legislação *Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA*, Lei de Conformidade Tributária de Contas Externas, que é uma lei dos Estados Unidos de conformidade tributária, para aplicação por instituições financeiras em escala mundial, as quais devem controlar e reportar às autoridades fiscais dos EUA informações relativas a pessoa física ou jurídica norte-americana, ou relativas àquele que tenha indício de assim ser. O descumprimento implica possibilidade de os Estados Unidos taxarem, em 30%, os valores remetidos de seu território a essas instituições financeiras estrangeiras. (Disponível em <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2015/agosto/acordo-brasil-eua-permitira-troca-de-informacoes-sobre-contribuintes>. Acesso em: 06 junho 2017).

A regularidade tributária não reflete a submissão as eventuais exigências indevidas da Fazenda Pública, entendendo o agente econômico estar sendo violado em algum direito, dispõe este do livre acesso ao judiciário para assegurar suas prerrogativas.

4.2 FALTA DE REGULARIDADE TRIBUTÁRIA REITERADA – SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO ATIVIDADE EMPRESARIAL – MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

No passado o ordenamento jurídico já dispôs de normas que impediam a atividade empresarial no caso de irregularidade tributária por parte da empresa. Estas normas foram criadas e debatidas num ambiente histórico diferenciado e restaram contaminadas pela indevida restrição do exercício da livre iniciativa ante um propósito de coerção ao adimplemento.

Entre as sobreditas normas, estava o vetusto Decreto-Lei nº 5, de 1937⁵⁹, cuja intenção normativa era garantir à Fazenda Pública o privilégio de exigir o pagamento de tributos para que o contribuinte pudesse manter sua atividade, independentemente de estar discutindo administrativa ou judicialmente a exigência tributária.

A disposição legal não considerava qualquer possibilidade ou direito do contribuinte inadimplente exercer o contraditório administrativo ou judicial ante a exigência fiscal⁶⁰. Em resumo, deveria o contribuinte pagar o tributo e se entendesse indevido discuti-lo posteriormente.

⁵⁹ Art. 1º Os contribuintes, responsáveis ou fiadores que não tiverem resolvido seus débitos para com a Fazenda Nacional, nas repartições arrecadadoras competentes, uma vez esgotados os prazos estabelecidos nos regulamentos fiscais respectivos, não poderão despachar mercadorias nas Alfândegas ou Mesas de Rendas, adquirir estampilhas dos impostos de consumo e de vendas mercantis, nem transigir, por qualquer outra forma, com as repartições públicas do país. (BRASIL. Câmara dos Deputados Decreto-Lei nº 5, de 1937. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-5-13-novembro-1937-354232-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 junho 2017).

⁶⁰ Posteriormente, por meio do Decreto-lei nº 42, de 1937, a legislação em questão foi complementada passando a exigir caução ou depósito do valor do tributo para discussão da exigência tributária, mantendo mácula no que tange ao direito de contraditório. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-lei nº 42, de 1937. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-42-6-dezembro-1937-449685-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 junho 2017).

Outras normas exaradas pelos entes federados também fixavam exigências de pagamento de tributos sob pena de interdição dos estabelecimentos.

Esta posição levou o Supremo Tribunal Federal a analisar o conflito ante a prerrogativa constitucional de livre acesso a atividade econômica, consolidando o entendimento através das Súmulas nºs 70, 323 e 547.

A Súmula nº 70 e a Súmula nº 323 estão assim redigidas:

SÚMULA 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.⁶¹

SÚMULA 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.⁶²

O entendimento sumulado foi estabelecido em dois precedentes julgados pelo STF. O primeiro (Súmula 70), julgado em 11/07/1962, no RMS nº 9.698, afastou ato coator praticado por autoridade do antigo Distrito Federal que, a par de exigir a cobrança de dívida tributária, determinou medida de interdição das atividades da empresa. O segundo julgado (Súmula 323), proferido em 09/01/1961, no RE 39.933, foi considerado inconstitucional dispositivo de Código Tributário Municipal por autorizar a apreensão de mercadoria para pagamento de tributos.

Em ambos os julgados foram afastados os atos administrativos por conta de a Fazenda Pública dispor de meio de cobrança através da execução fiscal, sendo ilegal a coerção de pagamento por outros meios. Importante destacar que o quadro apresentado era de situação isolada para cada contribuinte, não havendo qualquer análise quanto a falta de regularidade tributária reiterada e, ainda, dos eventuais efeitos no plano social (dever) ou econômico (concorrência).

A Súmula nº 547 possui o seguinte verbete:

SÚMULA 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.⁶³

⁶¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2194>. Acesso em: 12 junho 2017.

⁶² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136>. Acesso em: 12 junho 2017.

⁶³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2201>. Acesso em: 12 junho 2017.

A orientação sumular foi fixada com base nos seguintes julgados do STF: (1) REExt nº 63.045, julgado em 11/12/1967, que considerou incompatível o art. 1º do Decreto-Lei nº 5/1937 com o § 4º do art. 141 da Constituição de 1946; (2) REExt nº 63.047, julgado em 14/02/1968, que considerou inconstitucional o art. 1º do Decreto-Lei nº 5/1937; (3) REExt 60.664, julgado em 14/02/1968, em que também foi afastado o indigitado dispositivo por estar a dívida do contribuinte em discussão judicial.

Os precedentes sumulares do STF não analisaram a inadimplência tributária (reiterada) em seus efeitos sociais ou econômicos. O contexto apresentado é nitidamente outro, não podendo se tornar definitivo e absoluto a ponto de ser aplicado a todas as situações⁶⁴.

Posteriormente, na vigência da Constituição de 1988, as Fazendas Estaduais e Municipais valeram-se de normativos que impediam a empresa de obter autorização para emissão de documentos fiscais se estivessem irregulares com suas obrigações fiscais. Tal restrição foi afastada com fundamento na mesma posição sumular da Suprema Corte⁶⁵.

O posicionamento do STF⁶⁶ tem sido pautado pelo entendimento de que a sanção política voltada à exigência do pagamento do tributo para liberação da emissão de documentos fiscais viola os preceitos constitucionais. Os casos analisados convergem no mesmo contexto dos precedentes sumulares, verificado que

⁶⁴ “A análise da referida jurisprudência, agora mediante o uso de uma linguagem mais própria do Direito Constitucional, permite decompor analiticamente o conceito de sanção política, do seguinte modo: 1) meio: medida restritiva dos direitos de liberdade e propriedade; 2) finalidade: medida adotada com o propósito inconfesso de forçar o contribuinte a pagar tributos; 3) efeitos: o uso dos meios provoca efeitos: (a) excessivos, porque atingem o núcleo de direito(s) fundamental(is) dos contribuintes; (b) desproporcionais, porque o meio não é legitimado por princípio constitucional, além de ser inadequado, desnecessário e desproporcional.” (ÁVILA, Humberto. **Comportamento anticoncorrencial e Direito Tributário**. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 431).

⁶⁵ Nesta conjectura, observe-se a título exemplificativo, a disposição da INSTRUÇÃO NORMATIVA SF/SUREM nº 19/2011, Município de São Paulo, que disciplinou os casos de suspensão de emissão da Nota Fiscal de Serviços eletrônica – NFS-e, pela qual, quem contratar serviços de empresa que está com a emissão da NFS-e suspensa, passa a ser o responsável pela emissão da NFS-e, bem como pela retenção e recolhimento do ISS que incidirá sobre o documento fiscal. A sanção decorre da Suspensão de emissão da NFS-e quando o prestador de serviços: (I) deixar de recolher o ISS devido por 4 (três) meses de incidência consecutivos; (II) deixar de recolher o ISS devido por 6 (seis) meses de incidência alternados dentro de um período de 12 (doze) meses. A mesma foi julgada inconstitucional pelo TJSP com base nas Súmulas 70, 323 e 547.

⁶⁶ Conforme os seguintes julgados: REExt 566.048; AI 623739; REExt 576320 e AREExt 914.564.

não houve análise dos impactos sociais e de concorrência por inadimplência (reiterada).

Todavia, a matéria teve significativa evolução se compararmos o posicionamento adotado pelo STF no REExt nº 413.782⁶⁷, julgado em 17/03/2005, com o posicionamento do julgamento da Ação Cautelar nº 1.657⁶⁸, julgado em 27/06/2007.

No primeiro caso de 2005, embora o Relator tenha sido o Ministro Marco Aurélio, consta substancial voto do Ministro Celso de Melo em que afirma a inconstitucionalidade das normas voltadas a produzir sanção política limitadora ao exercício da livre iniciativa para assegurar o pagamento dos tributos.

O Ministro Celso de Melo referenda posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários contra a utilização do império legal para constringer a atividade econômica. Dentre citações, já proferidas no julgamento, há alusão ao posicionamento de Edison Freitas de Siqueira, quanto ao caráter limitador das sanções no âmbito da suspensão de cadastro ou acesso à emissão de notas fiscais. Além deste autor, menciona o entendimento de Helenilson Cunha Pontes, quanto a desproporcionalidade de medidas de interdição de estabelecimento comercial através de sanção tributária.

⁶⁷ No RE 413.782 foi mantida a posição adotada nas súmulas 70, 323 e 547 do STF no que se refere a impossibilidade de restrição pela fazenda pública da atividade empresarial em razão de dívida tributária. DÉBITO FISCAL - IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS - PROIBIÇÃO - INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, subordinando o contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n.413.782/SC. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 03-06-2005 p. 00004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261795>. Acesso em: 21 abril 2017.)

⁶⁸ EMENTA: 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, Tribunal Pleno, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Julgado em 27/06/2007, Diário da Justiça, Brasília, 31 ago. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484304>. Acesso em: 08 junho 2017)

A citada lição de Helenilson Cunha Pontes⁶⁹, flexionando o sentido abusivo das sanções tributárias voltadas à interdição de empresas, menciona que tais medidas são desproporcionais mesmo diante de um “devedor contumaz” que no entender do autor teria aniquilado seu direito de livre iniciativa, contrariando o entendimento das antigas súmulas do STF acerca das sanções indiretas em matéria tributária.

Neste entendimento, afigura-se que quaisquer normas que venham a impor sanções administrativas de ordem tributária que tenham por objeto impedir a continuidade de atividade, ainda que do devedor contumaz, seriam sanções políticas indiretas contrárias ao princípio de livre acesso assegurado pela Carta Constitucional.

Ao debate não foram trazidos nenhum dos aspectos relevantes aos efeitos nocivos da inadimplência tributária. Centrou-se apenas em dispor o ato estatal como opressor do ideário liberal, como se a livre iniciativa fosse predicado absoluto assegurado pela ordem constitucional, sendo que, nesta situação, o Estado deve buscar outros meios que lhe assegurem cumprir seu papel na garantia do bem comum.

Analisando o contexto, evidencia-se a necessidade de encontrar mecanismos legais que garantam ao Estado, tal qual o particular, todos os meios para assegurar a cobrança de seus créditos e, também, impedir a continuidade de práticas inconsequentes na atividade econômica.

Norteando a função das “sanções políticas”, o próprio STF revisitou a matéria no julgamento da Ação Cautelar nº 1.657, julgada em 27/06/2007, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso. Nesta assentada, analisou-se a norma federal – Decreto-lei nº 1.593, de 1977, com alterações pela Lei nº 9.822, de 1999, que objetivamente fixa a possibilidade da Fazenda Pública cancelar o registro especial e interditar estabelecimentos fabricantes de cigarros⁷⁰.

⁶⁹ PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

⁷⁰ Em trabalho de dissertação intitulado direito tributário e livre concorrência, Luiz Fernando Barboza Soares aborda a sonegação fiscal e inadimplência contumaz, aludindo ao julgamento da AC 1657 e alinhando-se a posição de Humberto Ávila, expondo importante conclusão: “A sanção política considerada inconstitucional pelo STF caracteriza-se por três elementos: a) o uso de meios coercitivos (meio); b) que cerceiem ou bloqueiem atividades profissionais lícitas dos contribuintes (efeito); c) com o escopo de obter o pagamento de tributos (finalidade). Uma vez ausente um desses elementos, não há como atribuir à medida o rótulo de sanção política. Na hipótese em cotejo, observa-se que as obrigações acessórias têm por finalidade prevenir ou reprimir o desequilíbrio concorrencial, não objetivando, pois, a coação do contribuinte com o fito de obter o pagamento do tributo devido. Observa-

Na Ação Cautelar nº 1.657, foi firmado entendimento pelo qual a norma restritiva do exercício de atividade empresarial, quando direcionada a proteger não só os interesses da Fazenda Pública, mas assegurar a livre competitividade pelo equilíbrio no atendimento das obrigações tributárias dos atores específicos, compõe o plexo de diretrizes fixadas na ordem econômica constitucional, assegurando o fim social das atividades e a manutenção da livre concorrência.

O Ministro Cezar Peluso buscou de forma indene distinguir o objeto normativo da restrição legal em questão, atribuindo um caráter distinto de uma simples sanção política limitadora, exaltando que o bem jurídico tutelado é de interesse de igual envergadura, posto que a liberdade de iniciativa não é absoluta em contraponto ao interesse social⁷¹.

O julgado inovador reforça o posicionamento estampado no parecer de Humberto Ávila anexado ao processo⁷², cujo entendimento acerca da limitação imposta visa: “garantir a coexistência harmônica das liberdades, especialmente a liberdade de concorrência, e não causa, por essa razão, restrição excessiva nem desproporcional ao direito fundamental de livre exercício de atividade lícita”⁷³.

Embasado neste alinhamento, extrai-se que a doutrina e a jurisprudência, reconhecem a validade de normas cujo objetivo é assegurar a proteção dos direitos

se que, em tal situação, a medida não busca solucionar uma questão bilateral (Estado versus contribuinte), mas uma questão de ordem multilateral, que envolve o Estado, o contribuinte e todos os demais competidores pertencentes àquele segmento de mercado. (SOARES, Luiz Fernando Barboza. **Direito Tributário e Livre Concorrência**. 2013. 136f. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre)

⁷¹ GRAU, 2017, p. 201.

⁷² Os argumentos expostos no referido parecer também constam da obra do referido autor mencionada na Nota 61.

⁷³ Voto Ministro Cezar Peluso: (...) Daí tenho, por acertada, a distinção proposta no parecer de HUMBERTO ÁVILA: “(6) o cancelamento do registro especial porque, após a sua concessão, há ‘qualquer tipo’ de descumprimento de obrigação tributária, é inconstitucional, pois a cassação se transformaria em sanção política (...) por uso coercitivo pelo Poder Público, adotado com o propósito direto ou indireto de forçar o contribuinte a pagar o tributo, causador de restrição excessiva e desproporcional ao direito de livre exercício de atividade lícita; (7) No entanto, se o registro especial for cancelado porque, após a sua concessão, tiver ocorrido o descumprimento ‘substancial, reiterado e injustificado’ de obrigação tributária principal ou acessória, a medida já não mais se encaixa no conceito jurisprudencial de sanção política, já que embora haja uso de meio restritivo pelo poder público, ele é adotado com a finalidade de controlar a produção e comercialização de cigarro, e de garantir a coexistência harmônica das liberdades, especialmente a liberdade de concorrência, e não causa, por essa razão, restrição excessiva nem desproporcional ao direito fundamental de livre exercício de atividade lícita” (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497394> Acesso em: 08 junho 2017).

coletivos, especificamente garantir a livre concorrência, considerando-as destituídas de caráter sancionador de índole restritiva.

Note-se que o pagamento regular dos tributos deve ser entendido como a concretização do princípio de conformidade tributária voluntária. Inexistindo esta consciência social entre os agentes econômicos, comprovada pelo volume da dívida tributária nacional, deve o legislador buscar mecanismos legais (sanção) com pleno amparo constitucional para coibir o comportamento nocivo ao interesse do bem comum.

Se atividade empresarial desenvolvida é incapaz de atender as suas obrigações, especificamente aquelas de ordem tributária, torna-se potencial fator de prejuízos ao interesse geral. Sua permanência no teatro de operações estará gerando custos sociais que, somatizados, alcançam patamares relevantes no contexto atual.

O importante precedente inaugurado pelo julgamento da Ação Cautelar nº 1.657 demonstra que é possível estabelecer sanções normativas que tenham por objetivo preservar os interesses sociais revestidos na regularidade tributária. Caberá ao legislador fixar parâmetros necessários para atender a limitação constitucionalmente autorizada na consecução de preservar o coletivo social, justificando a medida em relação aos abusos comportamentais.

4.3 EFEITOS DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESAS – OBRIGAÇÕES SOCIETÁRIAS E TRIBUTÁRIAS

Aludindo aos deveres sociais, comprovada a situação de não atendimento para conformidade tributária voluntária, com o endividamento reiterado, devem ser adotadas *sponte própria* medidas para que o quadro tenha tratamento no plano legal e ético do agente empresarial.

A legislação tributária faculta ao devedor optar pelo parcelamento de suas dívidas, estabelecendo condições de cumprimento e possibilidade de novas

moratórias na forma da lei⁷⁴. No quadro de dificuldades generalizadas, diante do deferimento de uma recuperação judicial, faculta a lei de parcelamento uma alternativa diferenciada⁷⁵.

A sociedade empresarial, ao se deparar com situação de extrema dificuldade, alcançando um déficit patrimonial, não dispondo de garantias em face de suas divididas líquidas e certas, tendo inviabilizada sua geração de caixa⁷⁶, deve atender a princípios gerais de boa-fé e ao comportamento ético social. Não se concebe a existência de um direito de sobrevivência da entidade acima do contexto social, devendo a mesma atuar dentro dos limites legais e seguir rigidamente a ordem jurídica.

Agravado o quadro de forma irreversível, dispõe a legislação dois mecanismos para procedimento da empresa (sociedade empresarial): (1) a dissolução regular com a liquidação na forma do Código Civil⁷⁷ e da Lei nº 6.404, de 1976⁷⁸; (2) a falência na forma da Lei nº 11.101, de 2005⁷⁹.

⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 10.522, de 19 de julho 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10522-19-julho-2002-471180-norma-pl.html> Acesso em: 12 junho 2017.

⁷⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 10.522, de 19 de julho 2002, Art. 10-A. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10522-19-julho-2002-471180-norma-pl.html> Acesso em: 12 junho 2017.

⁷⁶ Informações sobre o fluxo de caixa de uma entidade são úteis para proporcionar aos usuários das demonstrações contábeis uma base para avaliar a capacidade de a entidade gerar caixa e equivalentes de caixa, bem como as necessidades da entidade de utilização desses fluxos de caixa. As decisões econômicas que são tomadas pelos usuários exigem avaliação da capacidade de a entidade gerar caixa e equivalentes de caixa, bem como da época de sua ocorrência e do grau de certeza de sua geração. (Comitê de Pronunciamentos Contábeis – Pronunciamento Técnico CPC 03 (R2) Demonstração dos Fluxos de Caixa – Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IAS 7 (IASB – BV2010). Disponível em: http://static.cpc.mediatgroup.com.br/Documentos/183_CPC_03_R2_rev%2004.pdf. Acesso em: 12 junho 2017).

⁷⁷ Artigos 1.033 a1.038 do Código Civil Brasileiro, de 2002. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-actualizada-pl.pdf>. Acesso em: 12 junho 2017).

⁷⁸ Artigos 206 a 211 da Lei nº6.404, de 1976. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6404-15-dezembro-1976-368447-norma-actualizada-pl.pdf>. Acesso em: 12 junho 2017).

⁷⁹(BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-norma-actualizada-pl.pdf>. Acesso em: 12 junho 2017).

Verificada uma situação de inadimplência crítica ou insolvência, o comportamento do agente empresarial deve seguir as faculdades dispostas em lei. Para tanto, enfrentado quadros de difícil situação, faculta-se a empresa recorrer ao instituto da recuperação judicial, remédio legal posto pelo legislador como mecanismo de preservação da função social da empresa. Todavia, o judiciário mostra claras evidências que não há utilização do instituto por parte de uma gama considerável de empresas.

A aparente razão é o quadro irreversível ou a desorganização contábil financeira de muitas empresas, que adentrando com pedido de recuperação correm sérios riscos de ter uma falência decretada. Assim, a opção muitas vezes utilizada é levar a atividade a uma sobrevida máxima, aumentando o endividamento, sobretudo o tributário, com os efeitos inerentes a este comportamento.

Notadamente, várias empresas não agem dentro das obrigações legais, deixando de ultimar os atos de dissolução. Este dever de agir, *sponte própria*, está ligado ao comportamento ético daqueles que assumem a responsabilidade de atuar empresarialmente no meio econômico. A motivação deste comportamento pode ser o temor de que, no curso de uma das formas legais, haja a constatação do desvio de conduta de sócios e administradores, recaindo sobre estes a responsabilidade por desvios patrimoniais.

Assim, no contexto acima, quanto à não utilização dos meios legais de recuperação, dissolução ou falência, verifica-se a chamada dissolução irregular de sociedade empresarial. Este fenômeno, já sensibilizado pelos inúmeros casos no âmbito judicial, torna-se mais agudo diante da responsabilidade social decorrente dos efeitos do passivo econômico imposto à coletividade pelo descaso ao atendimento das normas cogentes, especialmente no dever social ante o recolhimento dos tributos que em muitas vezes lhe são repassados por terceiros para pagamento aos cofres públicos (IPI, ICMS, ISS, etc.).

A peculiaridade da situação merece reflexão. Veja-se que uma empresa em dissolução irregular, que tenha débitos com a Fazenda Pública, pela atual posição jurisprudencial (ainda), não pode ser objeto de pedido de falência. Nesta situação, poderá sofrer medidas administrativas quanto a suspensão de sua inscrição no CNPJ ou cadastros Estaduais e Municipais, medidas passíveis de abrandamento pela aplicação das súmulas do STF (70, 323 e 547). Ato sequente, deverá a Fazenda

Pública redirecionar a cobrança dos débitos contra sócios e administradores por conta da dissolução irregular, mas deverá ainda, para redirecionar, comprovar que houve excesso por parte destes e eventualmente obter a responsabilidade patrimonial dos mesmos.

Os casos de dissolução irregular se concretizaram de tal forma que, dada à multiplicidade, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria para fixar a orientação geral⁸⁰. Ao incidir em uma dissolução irregular estará a sociedade e seus sócios incorrendo no descumprimento das regras legais, ou seja, é um ilícito contratual e legal, tipificando o abuso de direito, por desobediência às determinações da legislação.

Invariavelmente, neste contexto, muitas empresas operam por razoável período sem que haja o atendimento de suas obrigações tributárias, criando e aumentando um passivo irrecuperável cujo final será uma dívida a custas dos cofres públicos e de concorrência desleal com aquelas que recolhem os tributos.

Nas situações em que não haja responsabilidade dos sócios ou administradores por abuso ou dissolução irregular, mesmo havendo dívida para com a Fazenda Pública, não será possível que a mesma requeira a quebra para encerrar e liquidar legalmente a empresa. Restará apenas aguardar a conformação da prescrição intercorrente para que a Fazenda Pública possa, por ato administrativo, dar como irrecuperável o crédito tributário. Porém, o administrador público estará sempre vinculado aos deveres a ele impostos, devendo buscar a continuidade do procedimento criando um tipo paralelo de empresas existentes juridicamente, mas inexistentes de fato.

⁸⁰ Súmula 435 – Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000434%27>. Acesso em: 12 junho 2017).

4.4 PROCEDIMENTOS JUDICIAIS – EXECUÇÃO FISCAL – MEDIDAS COERCITIVAS E EXPROPRIATÓRIAS – INEFICÁCIA NA REITERAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA

Dispõe a Fazenda Pública de meio de cobrança de seus créditos em lei especial que lhe faculta procedimento alardeado como célere e eficaz. Ao mesmo tempo o crédito tributário possui tratamento privilegiado e prerrogativas ditas como superiores aos demais, havendo apenas desnivelamento ante o crédito trabalhista de cunho subsistente.

A legislação, desde a década de 30, buscou acentuar a prerrogativa e a contundência dos direitos do crédito tributário, sendo esta uma das razões que amparam os teóricos e julgadores para alinharem a impossibilidade da Fazenda Pública requerer a falência de um devedor. Com efeito, são dois os tratos legais relativos ao crédito tributário: (1) no Código Tributário Nacional, com status de Lei Complementar, em que se estabelece as prerrogativas materiais do crédito na lei substantiva; (2) na Lei de Execução Fiscal que estabelece as prerrogativas instrumentais (processuais) do crédito na lei adjetiva.

Aferindo a legislação, vislumbra-se que a partir do Decreto-lei nº 960, de 1938⁸¹, até a Lei nº 6.830, de 1980⁸², que atualmente, com algumas alterações, regulamenta o processo de cobrança pela Fazenda Pública – execução fiscal, a cobrança da dívida ativa sempre foi tratada como privilegiada. Neste intervalo temporal, o antigo Decreto-lei nº 7.661, de 1945⁸³, disciplinando o procedimento falimentar, não previa qualquer tratamento do crédito tributário já que tratado de forma especial na legislação própria que cogitava sua preferência aos falimentares. Com o advento da novel lei de

⁸¹BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 960, de 17 de Dezembro de 1938, Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, em todo o território nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-960-17-dezembro-1938-347870-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 junho 2017.

⁸²BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6830-22-setembro-1980-366127-norma-pl.html>. Acesso em 12 junho 2017.

⁸³BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, lei de Falências. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7661-21-junho-1945-449981-publicacaooriginal-36829-pe.html>. Acesso em: 12 junho 2017.

recuperação e falências, houveram alterações significativas cujo alcance ainda não foi devidamente avaliado.

A qualificação da natureza do crédito tributário em um grau de exigibilidade aos demais créditos em relação ao devedor, traduziu-se na doutrina e jurisprudência como um empecilho ao pedido falimentar pelos seus titulares. Porém, é importante discernir as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 118, de 2005, no texto originário do Código Tributário Nacional. No texto originário, a prerrogativa de pagamento enunciada nos artigos 184, 185, combinada com o artigo 186, estabelecia uma contundente vantagem ao crédito tributário, inclusive sobre as garantias reais de qualquer espécie, incidindo o privilégio até no processo falimentar⁸⁴.

O texto alterado pelo legislador de 2005, modificou o privilégio, em relação aos credores de qualquer espécie (exceto o trabalhista). O texto originário do art.184 foi mantido, mas reformulou-se o texto dos artigos 185 e 186⁸⁵ estabelecendo que na

⁸⁴Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 5.172, 1966, Código Tributário Nacional – Redação Original. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5172-25-outubro-1966-358971-exposicaoodemotivos-1-pl.html>. Acesso em: 06 junho 2017).

⁸⁵ Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. Na falência: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

falência não haverá preferência em relação aos créditos extraconcursais e passíveis de restituição, bem como aqueles com garantia real no limite do bem gravado. A modificação é extremamente valorativa, pois impede a Fazenda de obter seus créditos caso o devedor haja gravado os bens anteriormente a consolidação da dívida tributária com a regular inscrição em dívida ativa (art.185).

Na aparência, a alteração haveria estabelecido uma vantagem à Fazenda Pública ao tornar o texto do art. 185 mais favorável, por considerar fraudatária a oneração ou venda dos bens após a inscrição da dívida ativa. Todavia, na forma colocada, se o contribuinte onerar seus bens antes da inscrição, inclusive na fase de eventual processo administrativo, ficará a fazenda privada de alcançar no processo falimentar.

Na dicção destes dispositivos, combinados com o art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005⁸⁶, alinha-se topograficamente que a posição dos créditos tributários é preterida pelos créditos com garantia real. Se o crédito tributário é admissível entre os exigíveis no processo de falência, por qual razão a fazenda pública detentora de créditos tributários que não lograram êxito em obter penhora no procedimento fiscal, não podem ser objeto de pedido falimentar? A indagação merece uma resposta reflexiva, alternando a abordagem anteriormente analisada pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que, ao afirmarem a falta de legitimidade ou interesse da Fazenda Pública, tangenciaram situações voltadas para utilização do instituto ao talante do órgão, deixando de obtemperar a possibilidade de situações justificáveis na utilização do mesmo.

O interesse está fundado na proteção da função social do tributo e da livre concorrência ante aos demais atores que cumprem com seus deveres sociais. A

(BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 5.172, 1966, Código Tributário Nacional – Redação Atualizada. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5172-25-outubro-1966-358971-normaatuizada-pl.html> Acesso em: 12 junho 2017).

⁸⁶ Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; (...) (BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-normaatuizada-pl.pdf>. Acesso em: 12 junho 2017).

legitimidade há de ser regulada ou interpretada pela presença destes requisitos: (1) frustração das medidas executivas na obtenção de garantias, demonstrando insuficiência patrimonial; (2) endividamento comprometedor da normalidade das atividades; (3) falta de exercício das prerrogativas de defesa por parte do contribuinte devedor; (4) desprezo do contribuinte devedor em buscar parcelamento e retomar a regularidade.

4.5 INTERESSE E LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA PARA PROPOSIÇÃO DE FALÊNCIA – POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

A posição preponderante da empresa como veículo viabilizador do desenvolvimento econômico e social, na medida em que representa os meios de efetividade na produção de bens e circulação de riquezas, inclinou os legisladores a buscar mecanismos que assegurassem a preservação de sua continuidade diante de algum quadro de dificuldades.

Fenômenos causadores de colapso estão atrelados à possibilidade de uma crise econômico-financeira da empresa, podendo ser própria da gestão individualizada da entidade, decorrente do segmento de atuação ou, ainda, fruto de uma crise de dimensões gerais.

Diante da importância social da preservação da atividade empresarial e da possibilidade de que haja contaminação de toda a atividade econômica por um efeito sistêmico em situações de insolvência, atribuiu-se ao Estado a capacidade interventiva para salvaguardar os interesses sociais e coletivos, delimitando o alcance dos interesses individuais, estabelecendo a socialização dos possíveis prejuízos através da prevalência de destinação dos recursos em face da ordem de credores existentes e, também, disciplinar a perda de direitos em razão da eventual incapacidade de atender todo os credores.

A evolução no tratamento da matéria sempre esteve direcionada na busca de preservação da empresa diante de um quadro de crise. A atual Lei nº 11.101, de 2005, após vários anos de debate no legislativo trouxe significativa evolução, mas,

decorridos 12 anos de sua entrada em vigor, ainda é merecedora de importantes ajustes que estão em curso no Congresso Nacional⁸⁷.

Entre as questões de significativa preponderância, extrai-se a incompreensão do instituto falimentar, havendo sempre um preterimento natural com exaltação do instituto da recuperação judicial, preferencialmente fixado pelo legislador como objetivo primário no combate a crise empresarial.

A discriminação decorre da incompreensão quanto à finalidade e efeitos da falência, cuja propensão imediata e pejorativa leva ao entendimento de “fechamento” ou “aniquilação” da empresa como descrito por opiniões correntes dos teóricos da preservação.

Assim, à primeira vista, professam que somente a recuperação judicial irá salvaguardar a empresa, preservando sua função social. Todavia, tal equívoco é decorrente da não delimitação dos efeitos da falência no que tange a instituição no plano societário, diretamente ligado ao direito individual de propriedade, em contrapartida dos efeitos no plano social, preservação da atividade através da possível alienação da empresa dentro da falência.

No relatório de encaminhamento de votação do Projeto de Lei nº 4.376, de 1993, convertido na Lei nº 11.101, de 2005, o Relator no Senado Federal, Senador Ramez Tebet, já asseverava que a nova lei teria como princípios: (1) Preservação da empresa; (2) Separação dos conceitos de empresa e de empresário; (3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; (4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis⁸⁸.

⁸⁷ PL 6229/2005 Apensados (16): PL 7604/2006 (13); PL 4130/2008; PL 4586/2009; PL 5089/2009 (3); PL 5704/2009 (2); PL 140/2015 (1); PL 2212/2015; PL 6367/2009; PL 7976/2014 (2); PL 4593/2016; PL 5781/2016; PL 3110/2015; PL 6862/2017; PL 7209/2017; PL 4359/2008; PL 7044/2017. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6229/2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272&ord=1>. Acesso em: 16 junho 2017).

⁸⁸ Princípios adotados na análise do PLC nº 71, de 2003, e nas modificações propostas 1) Preservação da empresa: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros. 2) Separação dos conceitos de empresa e de empresário: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases

Na separação do conceito de empresa e de empresário, reveste-se de fundamental importância a reiteração de que a falência se aplica ao empresário/sociedade empresarial (pessoa jurídica ou natural), possibilitando a preservação através da alienação do negócio para outro empresário ou sociedade que dará continuidade da atividade mantendo empregos, gerando riqueza e recolhendo tributos, dando sequência no ciclo econômico social.

Destaca-se, ainda, que na Exposição de Motivos da Lei nº 11.101, de 2005, quer na recuperação como na falência, houve distinção para preferência de liquidação do ativo como unidade com a preservação da empresa como atividade social⁸⁹.

Logo, há evidente distinção nos meios postos à disposição pelo legislador. A recuperação judicial tem por objeto preservar a empresa como entidade social e individual por manter a continuidade desta nas mãos de seus titulares (preserva a empresa e a propriedade individual). Já a falência pode resultar na extinção da atividade ou sua continuidade com a preservação através de nova reestruturação pela alienação do conjunto à terceiros, acarretando a consequente expropriação do direito de propriedade individual em face do titular, quer na extinção ou na alienação do ativo conjuntural.

A diferença objetiva se concentra no fato que, mesmo na falência, a reestruturação através da alienação do negócio como um todo, atende a preservação social da empresa, não como uma entidade individualizada da propriedade

eficientes.3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial. 4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio. (BRASIL. Câmara dos Deputados. PLC nº71, de 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20846>. Acesso em: 18 de junho de 2017).

⁸⁹ 16. A venda dos bens será feita em leilão por forma que obedeça a uma ordem de preferência, podendo ser adotada mais de uma, ou autorizada pelo juiz, ou, que seja considerada mais conveniente aos interesses das falências. Pela ordem de preferência, vendem-se: a) empresa como unidade; b) os bens em bloco; c) unitariamente, em todos os casos após a avaliação por perito nomeado pelo Juiz. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos da Lei nº 11.101, de 2005. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-103273-pl.html>. Acesso em: 18 junho 2017).

constituída, mas sim como um agente de atividade que pode ser transferido para terceiros iniciando uma nova vida empresarial.

Removido este invólucro segundo o qual no processo falimentar há sempre a aniquilação da empresa e concebido que o conceito desta transcende o direito de propriedade individual, revela-se possível analisar a posição que os créditos de ordem tributária ocupam no contexto de eventual processamento falimentar.

O debate acerca da (i) legitimidade da Fazenda Pública em propor ação falimentar em razão da inadimplência tributária foi polêmico na vigência do regime falimentar anterior e na entrada do atual. As dissonâncias entre as opiniões tanto na academia como nos tribunais travaram-se no plano interpretativo dos dispositivos que elencam os titulares deste direito: (1) plano de interesse processual; (2) na falta de interesse geral pela obrigação de preservação da empresa – plano material.

Sob a égide do anterior Decreto-lei nº 7.661, de 1945, entendendo legítima a postulação pela Fazenda Pública, alinhou-se respeitada posição, entre outros encabeçada pelos juristas: Amador Paes de Almeida, Fábio Konder Comparato, Fazzio Junior, J. Netto Armando, Maximilianus Cláudio Américo Führer e Trajano Valverde. No alinhamento jurisprudencial, além de várias Cortes locais, destacou-se no Superior Tribunal de Justiça a posição dos Ministros Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro⁹⁰.

Em abalizada oposição, quanto a ilegitimidade da Fazenda Pública, levantaram-se: Carvalho Netto, Ricardo Negrão e Rubens Requião. No âmbito do STJ, os Ministros Cláudio Santos e Ruy Rosado Aguiar.

Estando em sua competência uniformizadora da interpretação da legislação federal, o STJ através da Segunda Seção, por maioria, em 13/08/2003, manteve a

⁹⁰ FALENCIA. FAZENDA PUBLICA. INTERESSE. NÃO HA EMPEÇO LEGAL A QUE FAZENDA PUBLICA REQUEIRA A FALENCIA DE SEU DEVEDOR. A LEI DE QUEBRAS SOMENTE EXCLUI O CREDOR COM GARANTIA REAL, NOS TERMOS DO ART. 9., III, "B". DIREITO REAL DE GARANTIA E PRIVILEGIO CREDITORIO NÃO SE CONFUNDEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n.10.660/MG. Rel. MIN. COSTA LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/1995, DJ 10/06/1996, p. 20319. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100085324&dt_publicacao=10-06-1996&cod_tipo_documento=. Acesso em: 18 junho 2017).

posição pela qual a Fazenda Pública não tem legitimidade e nem interesse de agir para requerer a falência do devedor fiscal⁹¹.

Verifica-se que os julgados anteriores ocorreram no âmbito da Segunda Seção em que as turmas exercem a competência de direito privado. No âmbito da Primeira Seção do STJ, de competência de direito público (tributário), encontra-se julgado mais recente da Segunda Turma, que em 2010, analisando a revogada e a vigente Lei Falimentar, com base na posição da Segunda Seção, entendeu em manter a posição de ilegitimidade da Fazenda para ingressar com pedido falimentar⁹².

⁹¹ PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE.

DOCTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Sem embargo dos respeitáveis fundamentos em sentido contrário, a Segunda Seção decidiu adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal.

II - Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 164.389/MG, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2003, DJ 16/08/2004, p. 130. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=379484&num_registro=199800107266&data=20040816&formato=PDF. Acesso em: 21 abril 2017).

⁹² TRIBUTÁRIO E COMERCIAL – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – FAZENDA PÚBLICA – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALÊNCIA DE EMPRESA.

1. A controvérsia versa sobre a legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência de empresa.

2. O art. 187 do CTN dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31 da LEF, a fortiori, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a falência de empresa.

3. Tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei n. 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata e o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial.

4. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante.

5. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos.

6. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública a requerer falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, tampouco dos interesses dos credores,

Entre os votos formadores da corrente vencedora no âmbito da Segunda Seção⁹³, resta expresso que um dos motivos seria a possibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência pela “simples impontualidade” extraída da certidão de dívida e não da constatação do estado insolvência, ficando ao talante da autoridade administrativa avaliar os casos em que proporia a medida extrema.

De fato, não se pode cogitar que a simples impontualidade de dívida tributária leve à possibilidade do pedido de falência, há que se comprovar a total frustração da cobrança executiva e o estado patrimonial do devedor, salvo entendimento de que a dívida ativa pode ser relevada eternamente por uma empresa sem qualquer condição patrimonial de honrá-la.

Em outro posicionamento de relevância, a fundamentação da maioria votante, exaltou que: “Se ao Estado é dado requerer falência, isso não é uma possibilidade, é um dever. Se o Estado requerer a falência de todos os seus devedores, será o caos; se tiver o direito de escolher uns devedores e não outros, será um caos pior”⁹⁴. O exagero do argumento é afastado pela simples conjugação da própria jurisprudência

desestimulando a atividade econômico-capitalista. Dessarte, a Fazenda poder requerer a quebra da empresa implica incompatibilidade com a ratio essendi da Lei de Falências, mormente o princípio da conservação da empresa, embaçador da norma falimentar.

Recurso especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n.363.206/MG. Rel. MIN. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=968520&num_registro=200101482710&data=20100521&formato=PDF. Acessado em: 18 junho 2017).

⁹³ REsp 164.389/MG. Conforme voto do Ministro Ruy Rosado: (...) Sr. Presidente, lembro as razões que serviram de fundamento para a decisão da 4ª Turma, que é o objeto da divergência. De um modo geral, no País, dificilmente encontraremos empresas que não tenham débitos com a Fazenda Pública, seja estadual, federal ou municipal, seja com relação às outras entidades que também cobram tributos. Se ao Estado é dado requerer falência, isso não é uma possibilidade, é um dever. Se o Estado requerer a falência de todos os seus devedores, será o caos; se tiver o direito de escolher uns devedores e não outros, será um caos pior. (...) Transcrevo o voto que proferi no REsp nº 138868/MG: (...) *E há para isso muitos e ponderáveis motivos: o título de dívida ativa é criado pelo próprio credor, dispondo o devedor de prazos exíguos para a sua defesa antes da decretação da quebra; os privilégios de que goza a Fazenda Pública dispensam e suplantam a necessidade do requerimento de falência; no sistema onde a falência pode decorrer do simples inadimplemento e não da insolvência, caberia ao administrador, verificada a impontualidade e extraída a certidão de dívida, requerer a falência do devedor; a quantidade dessas situações poderia levar ao caos, econômico e tributário, mas deixar ao administrador a escolha daqueles que poderão ser ou não submetidos à falência talvez seja ainda pior.* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 164.389/MG, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2003, DJ 16/08/2004, p. 130 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=379484&num_registro=199800107266&data=20040816&formato=PDF. Acessado em: 18 junho 2017)

⁹⁴ Ibid. Nota 66

falimentar – não se decreta a quebra pela impontualidade como critério isolado e sim pela constatação da insolvência geral.

O pedido falimentar pela Fazenda Pública será de interesse nos casos em que as medidas de cobrança executivas sejam totalmente infrutíferas, acrescendo a comprovação da reiterada e proposital inadimplência tributária que comprometa a própria atuação em relação aos concorrentes probos. O ato administrativo seria vinculado, a Fazenda não pode propor tal medida sem antes esgotar suas vias próprias de cobrança, ocasião em que o devedor pode exercer o contraditório pleno através dos meios cabíveis.

A justificativa do posicionamento do STJ em 2003, ainda trilhou argumentos no seguinte sentido: constatada uma gestão inescrupulosa – ou mesmo criminoso – da empresa e, além disso, a insuficiência do patrimônio da pessoa jurídica para responder pelos seus débitos fiscais, há diversas medidas cabíveis para obviar os inconvenientes daí resultantes. O arresto, a ação revocatória, a ação de anulação de ato jurídico em fraude à lei, a desconsideração da personalidade jurídica, a persecução por crime de sonegação fiscal, são apenas alguns exemplos.

A constatação é que todas as medidas sugestivas, embora tenham algum conteúdo preventivo pela possibilidade de seu manejo contra o devedor, acabam sendo unicamente de cunho reparador, produzindo pouquíssimo resultado preventivo no comportamento de tais agentes.

Passados 14 anos do referido julgado (2003), a disponibilidade de tais meios jurídicos não impediu que a dívida ativa alcançasse o astronômico posicionamento atual, bastando comparar que a dívida ativa da União saltou de R\$ 211 bilhões em 2003 para R\$ 800 bilhões em 2009 e chegou aos atuais R\$ 1,8 trilhões⁹⁵.

O crescimento da dívida ativa, aliada a baixa recuperabilidade da cobrança, demonstra que é necessária substancial mudança que venha a inibir concretamente o comportamento exponenciado no retrato dos últimos anos. Entre as medidas possíveis está a mudança da forma de cobrança, cujo estudo legislativo está

⁹⁵ Atualizando os valores da dívida ativa de 2003 pelo IPC-A (IBGE) o montante representa R\$ 454 bilhões, pela SELIC representa R\$ 958 bilhões. No primeiro comparativo, através do IPC-A, houve um crescimento real de 397%, já em relação ao segundo comparativo, com a SELIC, o crescimento foi de 188%. Além do salto nominal de valores, o percentual representativo em relação ao PIB foi que a dívida ativa em 2003 representava 12,5% do PIB, já em 2009 representava 23% do PIB e passou para 28,5% em 2016.

avançado sendo que algumas medidas já ocorreram⁹⁶. Outra forma, comprovando o interesse social e atribuindo legitimidade normativa, seria dotar a Fazenda Pública de mecanismo que lhe permita requerer a falência de devedor contumaz em constatado estado de insolvência patrimonial.

No plano legal, a vigente Lei Falimentar não faz qualquer distinção ou restrição quanto à natureza do credor para requerer a falência de seu devedor, estabelecendo critérios específicos para viabilizar o ingresso da ação judicial⁹⁷. Interessam diretamente a questão da (I) legitimidade da Fazenda Pública distingui-los: (1) Impontualidade; (2) Execução Frustrada⁹⁸; (3) Atos de Falência.

A impontualidade ocasional jamais será requisito válido ao pedido falimentar, tanto no plano privado como no interesse do crédito tributário, a interpretação escorreita do contexto pela doutrina e jurisprudência traduz a necessidade de que esta

⁹⁶ A título de exemplo, já está em vigor o protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa na forma da Lei 12.767, de 2012. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 12.767, de 2012. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12767-27-dezembro-2012-774841-norma-actualizada-pl.pdf>. Acesso em: 18 junho 2017).

⁹⁷ Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. (BRASIL. Câmara dos Deputados Lei nº 11.101, de 2005. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-norma-actualizada-pl.html>. Acesso em: 18 junho 2017).

⁹⁸ (...) Estar-se-á diante da Execução Frustrada, quando o executado (devedor), devidamente citado e dentro do prazo legal, não paga, não deposita, não nomeia ou não tem bens penhorados[93]. Desigualmente da impontualidade, a execução frustrada não exige valor mínimo e protesto, mas somente a certidão do juízo de execução, certificando a não interposição de embargos do devedor ou de seu trânsito em julgado, ou ainda, o não pagamento, depósito, nomeação ou penhora de bens para praxeamento. (MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. vol. 4. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 229).

impontualidade caracterize um endividamento capaz de promover a insolvência da empresa.

Assim, é preciso diferenciar as situações ocasionais ou sazonais em que, devido a um problema específico, venha a empresa se tornar inadimplente sem que haja o comprometimento de sua continuidade dentro de um quadro previsível de recuperabilidade. Além desta situação, verificando que o(s) crédito(s) abarcado(s) pela impontualidade ocasional ou sazonal não representa situação de insolvência ante a capacidade de solvabilidade da empresa⁹⁹, não se cogita de procedência do pedido falimentar.

Tocante ao crédito tributário, tratando-se de eventual divergência entre o contribuinte e a Fazenda, dispõe o primeiro de estruturado sistema de defesa no plano administrativo e judicial. É excessivo alegar que o contribuinte brasileiro sofra pressões coercitivas desmedidas pela Fazenda Pública, já que dispõe de amplo sistema de contraditório, tanto administrativo como judicial, podendo exercer suas prerrogativas a todo plano. Obviamente, não se desconhece atitudes abusivas por parte do fisco, mas a empresa devidamente organizada tem plena condições de defesa, estando longe o período das legislações afastadas pelas Súmulas do STF (70, 323 e 547).

Porém, como observado, as situações em que não há risco de comprometimento da continuidade das entidades, tratam da impontualidade sazonal ou ocasional, aliadas a situação patrimonial positiva com a inexistência de patrimônio líquido negativo (passivo a descoberto)¹⁰⁰, fatores incapazes de produzir a ruína da

⁹⁹ A condição de solvabilidade pode ser aferida por diversos índices que aumentam o diminuem o comprometimento da empresa, dentre eles a existência de um ativo proporcional ao passivo fundado nas contas de patrimônio líquido positivo, ainda que não haja liquidez imediata por eventual ativo permanente de elevada monta, demonstram que a solvabilidade da empresa lhe permite recuperar e honrar os compromissos.

¹⁰⁰ Conforme anterior Resolução CFC nº 1.049/05, de melhor compreensão quanto a definição: o Patrimônio Líquido compreende os recursos próprios da Entidade, e seu valor é a diferença positiva entre o valor do Ativo e o valor do Passivo. Quando o valor do Passivo for maior que o valor do Ativo, o resultado é denominado Passivo a Descoberto. Portanto, a expressão Patrimônio Líquido deve ser substituída por Passivo a Descoberto.

Em determinadas situações a entidade empresarial pode apresentar patrimônio líquido negativo sem que haja comprometimento de sua continuidade, mas são quadros técnicos claros, tais como: (1) prejuízo pré-operacional acumulado na implantação do empreendimento; (2) passivo formado representativamente por haveres societários (dividendos) dos sócios inexigíveis em relação aos demais credores; (3) passivo formado por provisões contabilizadas;

empresa. Todavia, um quadro de impontualidade reiterada, sem efetividade de pagamento e, principalmente, a constatação de insuficiência de ativos para garantir a solvabilidade dos compromissos, presente a formação e crescimento de patrimônio líquido negativo, indicam a necessidade da aplicação de um dos remédios legais: recuperação ou falência.

O quadro contextualizado pelo patrimônio líquido negativo geralmente aponta para uma situação em que os procedimentos de cobrança executiva tornam-se frustrados pela inexistência de garantias próprias ou oferecidas por terceiros, indicando claramente que a empresa corre riscos de não conseguir honrar seus compromissos.

A disposição fixada na lei falimentar não pode ser relativizada a ponto de se tornar inócua, a proteção almejada pela lei é sistêmica, não objetiva proteger apenas a sociedade empresarial em dificuldades e sim todas as demais e o ciclo social e econômico.

Sequencialmente a frustração executiva, entre os critérios específicos para viabilizar o ingresso da ação falimentar, encontram-se os atos de falência, que se caracterizam pelo comportamento ilegal dos administradores e sócios que se desviam das condutas, incorrendo na possibilidade de que qualquer credor possa requerer a falência uma vez presentes as conformações descritas. Trata-se de norma de conteúdo formal, pois independe do resultado, inclusive as condutas podem ensejar a prática de crimes previstos na própria Lei Falimentar¹⁰¹.

A interpretação de que a simples impontualidade acima da alçada financeira (art. 94, I da Lei nº 11.101, de 2005) viabiliza o pedido e o deferimento da falência, foi rechaçada pelas decisões judiciais prolatadas no estrito espírito de preservação da

(BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. Resolução nº 1.049, de 2005. Disponível em: cfc.org.br/sisweb/sre/docs/RES_1047.doc. Acesso em: 20 junho 2017).

¹⁰¹ Com a punição dos crimes falimentares o Estado objetiva proteger a segurança da ordem econômica sob o especial aspecto da funcionalidade do sistema creditício e, secundariamente, preservar os interesses dos credores e dos trabalhadores. Trata-se, portanto, de um bem jurídico supra-individual, no qual estão embutidos aspectos de interesses individuais, porém de forma secundária. Quando um crime falimentar é punido, o interesse imediato da proteção penal não é o patrimônio dos credores. A punição se destina a preservar saúde do sistema creditício, com o fim de prevenir a insegurança no mercado, que a cada quebra se vê abalado pela desconfiança gerada. (ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos Crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 110-111).

empresa, norte constitucional fixado na lei falimentar, pelo qual, não basta uma impontualidade, é necessário que haja um quadro de comprometimento da empresa que pode ser atestado pelas outras exigências como a execução frustrada e os atos de falência. Estes últimos até podem encontrar uma presunção relativa como descrito no Art. 94, III da Lei nº 11.101, de 2005. A verificação da situação patrimonial do devedor empresário é que pode denotar uma insolvência presumida fixada na lei.

Dessa forma, é necessário que se comprove a existência de elementos indicadores do estado falimentar, como a impontualidade gravosa no adimplemento, concretizada pela execução frustrada de valoração representativa, ou os atos de descumprimento dos deveres societários e legais na condução dos negócios, aliados a falta de solvabilidade geral da empresa diante de passivos a descoberto.

Logo, presente um quadro de disfuncionalidade pelos atos de falência descritos na lei cogente, é imperativo que todos os atores sociais hajam para cessar ou, nas palavras do Senador Tebet: *ocorrer a retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis de forma rápida e eficiente*, objetivando evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação, preservando a função social da atividade e não do direito individual.

Observa-se que em todos os julgados do STJ, sempre houve a visão de que falta à Fazenda Pública interesse na falência que, por assim pretender agir, comportar-se-á com suposto cerceamento da atividade econômica e indevidamente limitando a livre iniciativa, colidindo com a finalidade social da empresa que é de interesse coletivo e fundamento constitucional.

Como na apreciação dos julgados do STF no plano das normas tributárias restritivas da atividade, especificamente até o julgamento da Ação Cautelar nº 1.657, cuja imposição de limitações para atividade era anteriormente tida como violadoras da livre iniciativa, nenhum dos julgados do STJ considerou com profundidade os efeitos sociais e econômicos de um devedor da Fazenda Pública.

Em uma nova análise da matéria, considerando a falta de atendimento do dever social em relação aos tributos e nos efeitos da violação à livre concorrência, que acarreta desequilíbrio entre as empresas adimplentes e as inadimplentes, emergem fundamentos importantes para rever a questão.

Evidencia-se que a inadimplência tributária acaba sendo uma forma indireta que as empresas devedoras encontram para rolagem de suas obrigações. O efeito desta mazela é que estes devedores se financiam às custas da dívida pública que em grande parte decorre da dívida ativa.

Em voto vencido no referido REsp 164.389/MG, o Ministro Castro Filho asseverou com obtemperação: “É de se concluir, portanto, que o requerimento de "quebra", embora não seja isso seu fim precípua, poderá agasalhar, também propósitos moralizantes”¹⁰².

É por este norte que se apresenta a retomada da análise do tema – interesse e legitimidade da Fazenda Pública para requerer falência – com fundamentos de igual importância em contraposição à própria teoria social da manutenção da empresa e que não foram analisados com o mesmo ângulo nos precedentes anteriores, salientando que, mesmo no processo falimentar, haverá possibilidade de se manter a atividade empresarial/econômica, objetivo da preservação social, já que a quebra atingirá individualizadamente a sociedade empresária e/ou o empresário.

¹⁰² REsp 164.389/MG. Conforme voto do Ministro Castro Filho: (...) Entendo, pessoalmente, que o fim primordial do requerimento de quebra pela Fazenda Pública poderá não ser, necessariamente, só a obtenção da satisfação de seus créditos. Poderá ter por objeto também a cessação das atividades de pessoas constantemente autuadas, cujos débitos nunca são saldados no executivo fiscal, por não se conseguir encontrar bens suficientes à penhora; pessoas que fraudam constantemente o Fisco e seguem a exercer atividade mercantil sem que a Fazenda possa impedir que pratiquem o comércio, em concorrência até desleal com as empresas fiéis cumpridoras de suas obrigações tributárias. Ou, ainda, a possibilidade de condenação por crime falimentar e, assim, de verdadeira restrição ao exercício do comércio, por pessoas que reiteradamente constituem sociedades comerciais, via de regra por quotas de responsabilidade limitada, fazem figurar seu nome nos cargos administrativos, realizam totalmente o capital social (pelo menos ao que declaram), operam durante certo tempo, não pagam os impostos e fazem desaparecer a empresa, constituindo outra sociedade comercial, quase sempre com o mesmo objeto da anterior, em fraude aos credores. É de se concluir, portanto, que o requerimento de "quebra", embora não seja isso seu fim precípua, poderá agasalhar, também propósitos moralizantes.

Como, aliás, bem ressaltou o Procurador do Estado de São Paulo, Romano Cristiano, em artigo publicado na Revista da Procuradoria, o processo falimentar tende, não só ao resultado individual da execução patrimonial, a que conduz também o executivo fiscal, mas, igualmente, a dois resultados de significado nitidamente social: o afastamento das atividades comerciais e a repressão a determinados comportamentos, com a condenação por crime falimentar, tornando possível atingir pessoas que, no exercício de atividades comerciais, costumam agir destituídas de preocupações, porquanto escudadas no véu da personalidade jurídica. (Ibid. Nota 90)

4.6 SISTEMA PORTUGUÊS NA INSOLVÊNCIA – CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA NA PROPOSIÇÃO DE INSOLVÊNCIA

Os regimes jurídicos adotados pelos demais países, considerando para tanto a diversificação cultural e o formato da ordem jurídica própria de cada sociedade, são meios válidos para avaliar a eficácia e experiência no trato da matéria.

A comprovação de tal fato é verificado na gênese da própria Lei nº 11.101, de 2005, que colheu inspiração em outros modelos, especialmente no modelo americano¹⁰³.

Não há pretensão neste momento de efetivar um estudo comparativo, apenas reforçar que há sistemas em vigor que dotam o ordenamento com a opção de tornar os créditos tributários passíveis de acarretarem a insolvência, facultando o exercício desta prerrogativa em caso de constatação de critérios prejudiciais ao interesse coletivo dos deveres sociais no adimplemento tributário.

Gize-se que a visão atual da Lei nº 11.101, de 2005, expõe a adoção do sistema dualista na tratabilidade da insolvência empresarial, mantendo certo ranço do sistema revogado, vislumbrando que a *reorganização* se dá na recuperação e a *liquidação* é consequência na falência¹⁰⁴. Já em outros países, entre eles Portugal, foi adotado o sistema de procedimento único, em que a insolvência pode resultar na liquidação ou reorganização¹⁰⁵.

¹⁰³ A legislação americana, particularmente em seu capítulo 11 que trata da recuperação empresarial, tem despertado grande interesse, inclusive sido motivo de inspiração para outros países, como o México, a Argentina e a maior parte da Ásia. Neste modelo tenta-se criar as condições de uma barganha estruturada entre devedores e credores, como o objetivo de maximizar o valor da firma através da adoção de um plano de recuperação empresarial que, embora proposto pela gerência da firma devedora, tem que ser aprovado por maioria de cada uma das classes de credores. Somente no caso de impasse o juiz pode determinar o chamado *cramdown*, ou seja, que pode forçar uma das classes de credores minoritários a seguir a maioria. (ARAÚJO, Aloísio e LUNDBERG, Eduardo. **A Nova Lei de Falências: uma avaliação**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pec/SeminarioEcoBanCre/Port/V%20-%20Lei%20de%20Fal%C3%A7%C3%A3o%20-%204JSB.pdf>. Acesso em: 22 junho 2017).

¹⁰⁴ O direito brasileiro, que adotou o sistema procedimental dualista, parece ter caminhado para tentar distinguir a liquidação (falência) da reorganização (recuperação) pela ideia de 'afastamento do devedor', conforme se pode extrair da primeira leitura do artigo 75 da Lei n. 11.101/05. (GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?** 2012. 276 f. Tese (doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. 2001, p. 257).

¹⁰⁵Na verdade, a Lei nº 11.101/2005 preserva a tradição dualística institucional, contemplada em legislações precedentes entre a falência e a concordata (agora eliminada e substituída pela

De máxima importância ao referencial aqui alertado, vislumbra-se na experiência portuguesa um recorte ao aparente descompasso na interpretação do atual sistema nacional, que a par de evoluir quanto a preservar a reorganização da atividade da empresa em crise ainda distingue, através da dualidade, uma visão de liquidação e recuperação em processamentos distintos, induzindo uma primazia da preservação em detrimento da satisfação dos credores.

Em trabalho de dissertação voltado a demonstrar que na falência há plenitude de aplicabilidade das formas de reorganização e preservação da empresa, desvinculando do caráter protetivo da propriedade individual do titular na recuperação, Adriana Gardino (2012) ressalta que, após um período de alterações, em que se privilegiou a preservação da empresa em detrimento dos credores, Portugal revisou seu ordenamento e voltou-se para um modelo que concilia os dois objetivos mantendo a satisfação dos credores como finalidade precípua ¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

recuperação), sistema que também se fazia presente na Lei Portuguesa anterior (Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e Falência – CPEREF, instituído pelo Decreto-lei n. 132, de 23 de abril de 1993), reformada sob a inspiração da Lei de Insolvência Alemã (InsO). Para nós, o melhor sistema conceitual seria apresentar a insolvência empresarial ou falência diante de uma unidade processual, superando-se a dicotomia existente. Nesse processo único, após reconhecer-se o estado de insolvência do devedor, seja por iniciativa dele mesmo ou de algum de seus credores, ensejar-se-ia, prioritariamente, a recuperação da empresa econômica e financeiramente viável, através de todos os meios possíveis. Na sua inviabilidade, promover-se-ia a liquidação judicial do patrimônio do empresário insolvente. Assim, estar-se-ia oferecendo um tratamento à situação jurídica de insolvência desse empresário, em melhor atendimento aos anseios da economia contemporânea, prestigiando, como regra, a recuperação, só se partindo para decretação da liquidação judicial quando a recuperação não se mostrasse factível. (CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 27-28.).

¹⁰⁶ Há um evidente movimento pendular em curso no direito português, na busca de um ponto de equilíbrio nas relações entre o devedor e os credores no procedimento concursal. Esse movimento ainda mantém como norte a salvaguarda da empresa.

Não se pode olvidar que um sistema excessivamente “pró-devedor” pode ter efeitos perversos, na medida em que empresas que não estejam em condições de prosseguir no exercício da atividade empresarial devem ser liquidadas, pois a sua preservação não pode ser um fim em si mesmo nem um conceito absoluto. A manutenção da saúde do mercado depende da célere retirada daquelas empresas que não estejam em condições de prosseguir de forma saudável em suas atividades.

Veja-se que Catarina Serra defende que a posição atual do sistema concursal português está justificada nos excessos ocorridos durante a vigência do sistema anterior e que acabaram por dar causa a esse movimento atual, de proteção dos credores. A autora afirma que “*hiperbolizou-se de tal forma o propósito de recuperação da empresa que se perderam de vista os seus critérios e os seus limites de aplicabilidade.*” (GARDINO, 2012, p. 85)

¹⁰⁷ Após a revisão implementada, foi introduzido o Decreto-lei nº 16, de 2012, que alterou capítulos específicos do Decreto-lei nº 53 no que tange ao PER - Processo Especial de Revitalização e o Decreto-lei nº 178, de 2012, SIREVE – Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial.

Paralelamente, o atualizado sistema lusitano, além de rever a primazia da recuperação em face do direito creditório, assegura mecanismos próprios para preservar os interesses do crédito fiscal em caso de riscos na cobrança da receita pública.

Efetivamente, em vários países não há qualquer tratabilidade específica quanto a atuação da Fazenda Pública em requerer a falência por insolvência do devedor empresário. Tal fato decorre da impraticável possibilidade deste tipo de endividamento ocorrer, fruto da consciência social ou do rigor legal no trato da adimplência no próprio sistema tributário que dota as autoridades administrativas de prerrogativas mais contundentes que nosso sistema.

Em Portugal, o atual Decreto-lei nº 53, de 2004, CIRE - Código da Insolvência ou da Recuperação de Empresas¹⁰⁸, fixa entre as condições objetivas passíveis de instauração do processo de insolvência *a impossibilidade de cumprimento, por parte do devedor, das suas obrigações vencidas* ou, no que *respeita às pessoas colectivas, pela existência de passivo manifestamente superior ao ativo*.

Na amplitude subjetiva destes requisitos, a instauração pode se dar na verificação de que o devedor tenha: (1) suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas; (2) falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações; (3) fuga do titular da empresa ou dos administradores do devedor ou abandono do local em que a empresa tenha a sede ou exerça a sua principal atividade, relacionados com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo; (4) dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruinosa de bens e constituição fictícia de créditos; (5) insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor; (6) não cumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou em plano de pagamentos aprovados pelos credores em processo de insolvência já instaurado; (7) *incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas tributárias, de contribuições e quotizações para a segurança social, dívidas emergentes de contrato de trabalho ou*

¹⁰⁸ (PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 54, de 2004. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis Acesso em: 22 junho 2017).

da violação ou cessação deste contrato, de rendas de qualquer tipo de locação incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua atividade ou tenha a sua sede ou residência; (8) manifesta superioridade do passivo sobre o ativo segundo o último balanço aprovado, ou atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas, se existir obrigação legal neste sentido, quando o devedor seja uma pessoa coletiva ou um património autónomo¹⁰⁹.

Além destes requisitos objetivos, especificamente a falta de regularidade tributária num período de seis meses, a legislação portuguesa também prevê a possibilidade do pedido de instauração da falência (insolvência) em caso de frustração do executivo fiscal – art. 182, 2 do Código de Procedimento e de Processo Tributário – CPPT, Decreto-Lei nº 433, de 1999¹¹⁰.

A disposição expressa quanto há possibilidade de instauração do processo de insolvência por dívidas tributárias generalizadas, fixa uma diretiva comportamental de conteúdo propedêutico. O agente económico empresarial de antemão sabe que a regularidade tributária é condição para que, respeitando suas obrigações sociais e a concorrência isonômica com demais atuantes, possa manter-se suficientemente capaz de atuar.

Porém, a previsibilidade de instauração do processo de insolvência, não outorga diretamente à Fazenda Pública a possibilidade de obter declaração de falência no âmbito do executivo fiscal. O procedimento possível nas duas condições,

¹⁰⁹ Verifica-se que entre os requisitos de 01 a 06 há similitude com os critérios fixados no art. 94, da Lei nº 11.101, de 2005, estando os dois últimos (07 e 08) não contemplados na lei brasileira.

¹¹⁰CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário (...)

Artigo 182.º - Impossibilidade da declaração de falência

1 - Em processo de execução fiscal não pode ser declarada a falência ou insolvência do executado.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior e da prossecução da execução fiscal contra os responsáveis solidários ou subsidiários, quando os houver, o órgão da execução fiscal, em caso de concluir pela inexistência ou fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor para o pagamento da dívida exequenda e acrescido, comunicará o facto ao representante do Ministério Público competente para que apresente o pedido da declaração da falência no tribunal competente, sem prejuízo da possibilidade de apresentação do pedido por mandatário especial. (PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 433, de 2009. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=256&tabela=leis. Acesso em: 22 junho 2017).

dívida generalizada e execução frustrada, dar-se-á através do Ministério Público ou Mandatário Especial¹¹¹.

O mecanismo estabelecido no Código de Procedimento Tributário Português - CPPT, estabelece que no procedimento executivo, uma vez constatada a inexistência ou fundada insuficiência de bens penhoráveis, o órgão da execução fiscal comunicará o Ministério Público para que este avalie as condições e apresente o pedido de declaração de falência. A doutrina lusitana consagra que esta posição, de comunicar o Ministério Público, é um poder-dever da administração tributária que deve preservar os interesses do erário ante o risco da degeneração do patrimônio num iminente cenário de insolvência¹¹². A preocupação é muito similar pelo fato da legislação portuguesa também privilegiar credores reais em face do crédito tributário no processo falimentar¹¹³.

¹¹¹CIRE - Código da Insolvência ou da Recuperação de Empresas (...)

Artigo 13.º - Representação de entidades públicas

1 - As entidades públicas titulares de créditos podem a todo o tempo confiar a mandatários especiais, designados nos termos legais ou estatutários, a sua representação no processo de insolvência, em substituição do Ministério Público.

2 - A representação de entidades públicas credoras pode ser atribuída a um mandatário comum, se tal for determinado por despacho conjunto do membro do Governo responsável pelo sector económico a que pertença a empresa do devedor e do membro do Governo que tutele a entidade credora. (...)

Artigo 20.º - Outros legitimados

1 - A declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando-se algum dos seguintes factos:

(...)

g) Incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas de algum dos seguintes tipos:

i) tributárias;

ii) De contribuições e quotizações para a segurança social; (PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 54, de 2004. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis Acesso em: 08 junho 2017).

¹¹² Neste sentido: Jorge Lopes de Sousa afirma que: “impõe-se ao órgão de execução fiscal a obrigação de comunicar ao representante do Ministério Público junto do tribunal competente para declarar a insolvência a ocorrência de uma situação em que seja de concluir pela inexistência ou fundada insuficiência de bens penhoráveis do devedor para pagamento da dívida exequenda e acrescido (n.º 2 do art. 182.º, do CPPT)” (SOUSA, Jorge Lopes de. **Código de Procedimento e de Processo Tributário**, 6ª ed. vol. 3 Lisboa: Áreas, 2011, pp. 333 e 334.).

¹¹³ Refere-se aqui sobre a alteração do art. 186 do CTN, pela LC 118, de 2005, com a inclusão do parágrafo único, que no inciso “I” dá preferência a garantia real até o limite do crédito antes do crédito tributário. Em síntese inexistindo processo falimentar o crédito tributário prefere aqueles de garantia real (art. 184 do CTN), mas declarada a insolvência coletiva haverá preferência para o crédito com garantia, fato que esvaziou uma das primazias levantadas pelo STJ ao posicionar-se em 2003.

Esta condição de legitimidade indireta, ante a postulação privativa do Ministério Público, demonstra uma salvaguarda dos interesses sociais e individuais ante a exaltada posição privilegiada da Fazenda Pública em um sistema similar ao estatuído na legislação brasileira. Modelarmente, o sistema conjugado do CIRE e do CPPT, estabelece um critério de razoabilidade e isonomia no trato da preservação do interesse do crédito fiscal e da regularidade tributária em face dos agentes que atuam com seus compromissos tributários devidamente atendidos (equilíbrio concorrencial).

Assim, o incumprimento generalizado nos últimos seis meses de dívidas tributárias e o critério da insuficiência patrimonial face à falta de garantias na execução fiscal (frustração da execução), é admitido pela legislação lusitana como condição de requerimento da falência.

Resulta deste sistema de caráter preventivo aos interesses do erário público, que a insuficiência patrimonial pode caracterizar a eventual insolvência, justificando a natureza objetiva fixada na presunção legal de tal possibilidade como conformada na legislação portuguesa.

Importante salientar, até pelo argumento perfilado pelo STJ na discussão acerca do interesse/legitimidade de a Fazenda em requerer a falência no Brasil¹¹⁴, que o modelo lusitano não obriga (dever) a Fazenda em requerer a falência e sim, comunicar o Ministério Público, caracterizando um poder-dever de analisar os casos e uma vez constatando riscos atinentes a insuficiência patrimonial e as evidências de insolvência, proceder com o comunicado ao representante ministerial¹¹⁵. Também, poderá a Fazenda, optar em constituir um mandatário especial, geralmente nos casos urgentes ou que o Ministério Público tenha entendido de forma contrária, justificando perante o Juízo da insolvência a razão de sua pretensão, sendo que também nesta quadra processual será ouvido o *Parquet*.

Em síntese, o modelo português traz em si uma possibilidade controlada para que se possa legitimar a propositura de resguardo do interesse do credor fazendário, justificando sua análise na conclusão que se apresentará neste trabalho como uma

¹¹⁴ REsp 164.389/MG. Conforme voto do Ministro Ruy Rosado: “Se ao Estado é dado requerer falência, isso não é uma possibilidade, é um dever. Se o Estado requerer a falência de todos os seus devedores, será o caos; se tiver o direito de escolher uns devedores e não outros, será um caos pior.” (Ibid Nota 84).

¹¹⁵ Ibid. Nota 103.

alternativa a ser adotada no regime brasileiro, buscando assegurar a plenitude da função social e econômica dos tributos.

4.7 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PARA EFETIVAÇÃO DO DEVER SOCIAL NA ATIVIDADE EMPRESARIAL – FALÊNCIA COMO MECANISMO REPRESSIVO À INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA REITERADA

O pedido falimentar, por qualquer credor, tanto na vigência do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, quanto na Lei nº 11.101, de 2005, não será deferido em face de uma simples impontualidade, demonstrando que a interpretação do requisito em questão deve ocorrer com base na extensão desta impontualidade em comparação com o quadro geral de endividamento e a capacidade patrimonial da empresa. Assim, denota-se que a quebra será decretada diante de um real estado de insolvência que se dá pela comprovação da incapacidade de solver suas obrigações presentes e futuras.

Verificado que a empresa em situação de dificuldades agudas, mesmo diante de um iminente pedido de falência, por qualquer credor, pode requerer a recuperação judicial, não há como compactuar que o provável exercício do pedido efetivado no interesse de proteção de interesses individuais e coletivos tenha por único objetivo aniquilar a empresa.

A lei falimentar brasileira prevê também a possibilidade de convolar o pedido de falência em recuperação por requerimento do devedor no prazo de sua defesa. Este fato permite uma salvaguarda para o devedor que comprovar preencher requisitos suficientes para afastar o risco de quebra¹¹⁶.

¹¹⁶Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial. Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar: (...) VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 22 junho 2017).

O procedimento falimentar objetiva preservar duas situações distintas: (1) os efeitos sistêmicos de uma insolvência decorrente das fatalidades de mercado, garantindo a possibilidade do exercício dos mecanismos de recuperabilidade; (2) afastar definitivamente do mercado as inconseqüências de agentes de comportamento reprovável.

Na primeira situação, estará a empresa diante de um quadro de dificuldades advindas de sua interação mercadológica que não se fez eficaz, mas não há na conduta de seus administradores ou sócios um comportamento intencional de lesar terceiros e garantir para si vantagens de qualquer espécie. Mesmo diante deste quadro, poderá se constatar que a incapacidade administrativa ou inviabilidade da atividade por alguma razão de mercado, são fatos que acarretam a necessidade de término ou recuperação por substituição da titularidade da empresa como negócio.

Quanto a incapacidade administrativa, há de se ponderar, reiteradamente, que a liquidação forçada não se dá em relação a empresa que pode renascer mediante a alienação judicial do negócio. A extinção se dirige a sociedade empresária individual. Esta distinção é fundamental para que não se busque preservar indevidamente aquilo que deve ser substituído em prol da continuidade e manutenção do quadro social – a empresa distinguida da sociedade pessoal que momentaneamente é titular da mesma.

A substituição de uma empresa por outra é fenômeno que ocorre no teatro de operações econômico. Ocorre naturalmente quando um dos concorrentes encampa o espaço do outro. Evidente que entre os riscos sociais mais alardeados está a diminuição dos empregos perdidos por conta do fechamento, mas este sofisma não é absoluto em sua própria concepção. Os empregos perdidos em uma empresa serão abertos em uma nova que surgirá ou por outra que aumentará sua atividade produtiva na ocupação natural do mercado.

A temeridade é mais justificável pelas conseqüências locais ou regionais que podem produzir a perda irrecuperável pelo fechamento de uma atividade que se transferirá para outro local direta ou indiretamente. Mas no contexto geral, a atividade geradora será substituída pela dinâmica do próprio mercado, mantendo-se os empregos pela substituição do agente econômico. O fator de maior importância é adotar mecanismos ágeis para que se possa garantir a continuidade da atividade e não dá sociedade insolvente.

A importância da preservação da empresa, relativamente ao direito individualizado da sociedade empresária, não é superior ao interesse de sustentação das obrigações sociais garantidas por meio da receita tributária. Objetivamente, diante da proliferação de inúmeras situações em que há exploração indevida ou dolosa por parte dos administradores e sócios, lesando-se o erário público diante de um sistemático financiamento pela inadimplência tributária, é necessário rever os mecanismos legais que possam interromper e, sobretudo, banir este comportamento social.

Entre as possibilidades estaria a introdução de mecanismos na lei de falências e no CTN que permitissem à Fazenda Pública requerer a quebra da empresa, não pautada no interesse de sua cobrança, mas sim como atitude de preservação da livre concorrência diante das empresas que cumprem seus deveres sociais e, também, porque tem o dever de preservar a finalidade social do tributo que não pode ser rebaixado diante da suposta preservação social da empresa a qualquer custo.

Estes mecanismos devem se aplicar aos casos em que se comprove a inviabilidade da sociedade empresarial diante da constatação de que possua um patrimônio desequilibrado (negativo)¹¹⁷ aliado a reiterada inadimplência tributária sem concreta possibilidade de recuperação.

Em países como Espanha¹¹⁸ e Portugal¹¹⁹, a lei geral de insolvências estabelece a possibilidade de quebra quando o devedor deixar de honrar o pagamento das obrigações fiscais e sociais por determinado período. A lei concursal espanhola fixa como dever do devedor requerer a insolvência quando deixar de atender as obrigações fiscais e sociais em determinado período, estabelecendo uma presunção de tal conhecimento pela inadimplência.

A jurisprudência do STJ, formada no REsp nº 164.389, assentou-se em dois fundamentos: (1) falta de legitimidade da Fazenda Pública para requerer a falência,

¹¹⁷ O patrimônio líquido negativo por vários anos, sem que haja uma regularidade na moratória de dívidas que se encontram reconhecidas, é uma demonstração da inviabilidade da empresa, indicando que em dado momento se tornará crítica, acarretando aos credores prejuízos não recuperáveis.

¹¹⁸ ESPANHA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>. Acesso em: 22 junho 2017.

¹¹⁹ PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 54, de 2004. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis Acesso em: 22 junho de 2017.

questão processual atinente a interpretação dos dispositivos legais que listam os legitimados a postular; (2) falta de interesse da Fazenda Pública ante duas situações: (2.1) a existência de instrumento específico através da execução fiscal, dada a natureza privilegiada do crédito; (2.2) a suposta contrariedade aos interesses da ordem econômica constitucional de preservação social da empresa ante a um pedido de quebra pelo Estado.

A primeira questão é transponível pela instituição de prerrogativa através de normativo próprio – altera-se a lei e fixa-se a possibilidade de a Fazenda Pública pleitear a falência em determinadas condições expressas.

Na segunda questão, verifica-se que a análise do interesse não aprofundou o debate nos dois contrapontos fundamentais: (1) violação à livre concorrência pelo comportamento inadimplente reiterado, fato que torna desigual aquele que regularmente cumpre com suas obrigações sociais; (2) os malefícios da irregularidade tributária pela falta de recursos cuja aplicação atingem a coletividade com pesados custos comprovados.

Assimilado o dever do Estado proteger a livre concorrência e zelar pela manutenção dos recursos cuja empregabilidade garantem a justiça social, resta plenamente comprovado o interesse de agir da Fazenda Pública em determinadas situações.

Ao exegeta caberá definir quais condições legitimam a adoção do procedimento pela Fazenda Pública. Evidente que a existência de dívida originada de divergência interpretativa ou aplicativa da legislação tributária não pode ser objeto de um pedido de quebra, salvo esgotada a discussão e levado a término os meios executivos, não haja sucesso em garantir o pagamento da dívida.

Assim, a possibilidade que se alude, respeitará todo o contraditório possível no âmbito fiscal (administrativo e judicial) para que, uma vez esgotado os meios e mantido inerte ou insolúvel a dívida, haja viabilidade do pedido de quebra dando fim a uma progressão de prejuízos, respeitando-se a conformidade de todos dentro dos preceitos da ordem jurídico-econômica.

Note-se que, em tese, ao credor privado, ainda que haja divergência interpretativa, é possível requerer a falência pela impontualidade exigindo-se apenas

o protesto especial para fins falimentares¹²⁰. Nesta possibilidade, o credor privado não precisa executar ou tomar qualquer medida de cobrança judicial prévia para, após obter a comprovação judicial da frustração do cumprimento da obrigação, ajuizar o pedido de quebra.

Tal possibilidade, efetivamente, não pode ser utilizada pela Fazenda Pública já que dispõe de mecanismos de cobrança tidos por muitos como mais contundentes. Todavia, quando os mecanismos restam ineficazes ou quando constatado um quadro grave de deterioramento patrimonial, aliada a reiterada inadimplência, deve ser autorizada a Fazenda Pública, ouvido previamente o Ministério Público, requerer a falência da empresa.

¹²⁰ Aliás um dos argumentos nos julgados anteriores era que a dívida ativa não era protestável, hoje através da inserção do parágrafo único no artigo 1º da Lei nº 9.492, de 1997, pela Lei nº 12.767, de 2012, é possível tal medida. Saliente-se que o STF, em novembro de 2016, julgou constitucional o dispositivo na ADIn nº 5135. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5135. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4588636>. Acessado em: 22 junho 2017).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Revisados os conceitos e amplitudes que estruturam o princípio da livre iniciativa, especialmente sua topografia constitucional e sua (de) limitação, corroborando o entendimento de que este deve atender a função social, conclui-se que a análise e verificação do atendimento deste pressuposto objetivo é alcançado através das políticas de controle direto e indireto da atividade econômica, perfilhando uma relação de causa e efeito.

O controle direto é estabelecido nos mecanismos que o legislador faculta ao Estado para que autorize e fiscalize as atividades econômicas com sua delimitação no plano legal e formal, atendendo os requisitos necessários no âmbito da proteção aos interesses coletivos. O controle indireto dar-se-á pelo próprio teatro econômico, os atores fixam critérios próprios e restringem conforme interesse mercadológico a permanência dos agentes econômicos.

Por vezes ambos os controles, direto e indireto, se sobrepõem, passando, também, pela atuação paralela. O cuidado em estabelecer regras não invasivas e, principalmente, limitadoras à amplitude do princípio constitucional da livre iniciativa, preservando sua gênese de livre acesso ao mercado, deve guiar o legislador e o aplicador normativo pela interpretação sistêmica de todas as orientações fixadas na capitulação constitucional da ordem econômica.

Como constatado, fixar regras de capacitação econômica e técnica, não caracteriza meios de limitação a livre iniciativa. Idêntica compreensão se faz no alcance da liberdade, até na liberdade de trabalho e ofício, verificando-se a existência de critérios para exercício da prerrogativa. O direito individual é limitado ao colidir com o interesse coletivo, nenhum interesse sobressai quando acarreta prejuízo desproporcional a outrem.

A busca no entendimento almejado, torna objetiva a compreensão de que, a fixação de critérios de ingresso e permanência no campo econômico, visa proteger os interesses coletivos, tanto no plano do mercado em relação a atuação dos próprios agentes e, principalmente, preservar os interesses sociais estabelecidos como

atendimento efetivo da justiça social erigida como condutor finalístico do Art. 170 da Constituição de 1988.

A normativa constitucional ao assegurar o livre exercício das atividades econômicas, permitiu que o legislador estabelecesse condições para tal, não mitigando o processo de livre escolha e acesso ao mercado, mas atribuindo ao Estado a possibilidade de proteger o interesse social.

A interpretação do princípio da livre iniciativa, jungida a parte inicial do parágrafo único do Art. 170 da Constituição Federal¹²¹, sobretudo nos casos de negativa operacional no âmbito fiscal, sempre se pautou pelo primado liberal de exaltar a liberdade de iniciativa. Todavia, não há princípio absoluto em nossa ordem constitucional, havendo aplicação harmônica de todos aqueles fixados na Carta Magna.

As limitações ao princípio da livre iniciativa, especificamente no campo tributário, têm sido pragmaticamente afastadas por entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, destacando a fixação nas Súmulas 70, 323 e 547¹²². Estas manifestações sumulares, convergem ao entendimento de que a adoção de sanção política restritiva, ofende o princípio da iniciativa privada, impedindo o exercício das atividades empresariais, quando a Administração Pública pode, pela via judicial, promover a execução fiscal da exação inadimplida.

A posição tomada pela Suprema Corte foi adotada nos anos 60. Ainda que albergada nos textos constitucionais de 1946 e 1967 considerou o postulado liberal para assegurar a manutenção da atividade econômica em oposição a imposição legal de exigir a regularidade fiscal para tal exercício¹²³.

¹²¹BRASIL. Constituição (1988). Art. 170. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL. Constituição (1988), art. 170. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 27 junho 2017).

¹²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas nº 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. Disponíveis em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf Acesso em 05 de junho de 2017.

¹²³ BRASIL. Câmara dos Deputados Decreto-Lei nº 5, de 1937. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-5-13-novembro-1937-354232-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 08 de junho de 2017, art. 1º e BRASIL. Câmara dos

Importantíssimo destacar que os casos analisados pelo STF, versavam sobre normativos infraconstitucionais que exigiam o pagamento de débitos fiscais, ainda que sub judice, para manutenção das atividades (Súmula 70), liberação de bens apreendidos (Súmula 323) e autorização de utilização de documentos fiscais (Súmula 547). Concludentemente havia um desvirtuamento passível de caracterizar mal ferimento ao princípio da livre iniciativa, já que a normativa infraconstitucional tratava de qualquer posição devedora para sancionar a restrição.

Da mesma forma, a Corte Suprema não analisou a situação de reiterada inadimplência tributária e seus efeitos sociais e concorrenciais. Esta análise não se fez presente por não ter sido objeto do debate. Mesmo havendo prerrogativa de idêntico vetor constitucional na Carta de 1946, acentuada pela exaltação ao fundamento da justiça social e do bem-estar social (artigos 145, 147 e 148), voltou-se a análise de compatibilidade dos dispositivos que restringiam de “forma ampla” o exercício da livre iniciativa pela simples falta de regularidade fiscal ainda que objeto de contraditório administrativo ou judicial.

A Constituição de 1988 nos permite analisar quais os efeitos decorrentes da atividade econômica acarretadora de débitos tributários, não qualquer débito, mas uma prática reiterada através da qual o agente se beneficia individualmente por sucessivos períodos, causando prejuízos de ordem social, ressentidos no âmbito das obrigações previdenciárias e dos tributos de notada aplicação social.

Nunca demais afirmar que: prover o Estado de recursos através de tributos, sendo este destinatário e veículo de ação entre os contratantes sociais, é dar efetividade à justiça social, distribuindo-se a riqueza gerada pela atividade econômica. Ao optar em dar continuidade a uma atividade a custas do descumprimento das obrigações tributárias, financiando-se por tal comportamento, deixando de atender a diretiva de sustentabilidade do negócio, está o agente desrespeitando a função social intrinsecamente ligada a prerrogativa de exercer a livre iniciativa.

Deputados Decreto-Lei nº 960, de 1938. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-960-17-dezembro-1938-347870-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 08 de junho de 2017, art. 1º; e art. 6º.

Em outros termos, Fábio Konder Comparato manifesta que o exercício de uma liberdade econômica além do crescimento das riquezas deve permitir a sua distribuição.¹²⁴

A impossibilidade de restrição à continuidade de uma atividade econômica, pela reiterada falta de recolhimento de tributos, acarreta um mal social plenamente dimensionado, basta verificar seu impacto nas contas públicas e, por consequência, seus efeitos na entrega de justiça social nas áreas de saúde, previdência, segurança e educação.

Em conformidade com as Súmulas da Suprema Corte não se cogita a necessidade de regularidade fiscal para o exercício da atividade econômica. Porém, também é concludente que, não se pode tratar no mesmo campo interpretativo uma epidemia nociva e reiterada de certos atores que se lançam e se mantêm no meio econômico sem o atendimento de seus deveres fixados nas obrigações sociais.

É paradoxal o fato de se criminalizar a conduta do agente que deixa de recolher tributos e, ao mesmo, tempo não contemplar o ordenamento com mecanismo de proteção quando detectada a ruína na atividade que continua prejudicando o coletivo em todas as frentes pela inadimplência reiterada no recolhimento de tributos.

Esta prática de inadimplência tributária, gize-se reiteradamente praticada, foi objeto de debate em torno da nítida violação de outro fundamento da ordem econômica, a vedação de concorrência desleal pela manutenção da livre concorrência. Neste quadrante, o STF revisitou seu posicionamento ao manter a limitação de atividade com irregularidade tributária nos termos do julgamento da AC nº 1.657 pelo qual validou norma restritiva do exercício de atividade empresarial, quando direcionada a proteger não só os interesses da Fazenda Pública, mas assegurar a livre competitividade com o atendimento das obrigações tributárias dos atores específicos.

¹²⁴[...] não se admite, segundo o art. 170, que a liberdade de empresa seja considerada uma função social individual do empresário que só a ele traga benefícios. A existência digna, nos termos da Constituição, está condicionada a uma justiça social. Nessa perspectiva, é inadmissível o exercício de uma liberdade econômica que permita apenas o crescimento das riquezas, sem permitir a sua distribuição entre os indivíduos que contribuíram com o mesmo, através do trabalho. (COMPARATO, Fábio Conder. **A Reforma da Empresa**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, abr./jun. 1983, p.57).

Ainda se trata de tema causticante que não obteve resposta por parte da sociedade brasileira que flerta tolerantemente com a reconhecida prática no meio econômico empresarial, sendo necessário uma mudança de postura.

A necessidade de esclarecer os malefícios sociais da inadimplência tributária, comprovando-se sua inserção nos desvios do atendimento à função social da atividade econômica, é papel daqueles que defendem o legado de uma nova ordem econômica em que se mantenha o equilíbrio e o dever por parte dos agentes.

O controle excessivo pelo Estado no passado não pode ser motivo para o descontrole na limitação da atuação dos atores econômicos. A defesa para este postulado, advém da efetiva limitação que se insere na incidência de princípios impositivos quanto a função e manutenção da justiça social.

Se o Poder Público delimita as obrigações para que haja a exploração válida das atividades econômicas, dentre elas o dever de recolher as obrigações tributárias, a falta de atendimento destas obrigações, não se constitui apenas uma questão patrimonial, mas primordialmente, uma questão de política social e, também, numa prática econômica desleal em relação aos que cumprem com suas obrigações.

No plano igualitário, o constituinte de 1988 atendeu a devida reserva e proteção ao empreendedor iniciante ou desprovido de condições. Os incentivos e prioridades fixados são parte de uma política de efetividade social.

Mas não se pode cogitar em qualquer uma das esferas que, tanto o agente de grande atuação econômica como o de menor envergadura deixe de atender suas obrigações. Qualquer que seja o comportamento neste sentido, viola princípios impositivos para atuação no meio econômico.

A sociedade brasileira ainda não alcançou o nível de compreensão pelo conhecimento dos fatos e suas consequências. Por enquanto, somente normas impositivas e restritivas é que conseguem tornar efetivas as obrigações que deveriam ser prescritivas e condutoras do comportamento social, sobretudo, no plano econômico.

A espécie humana não sobrevive sem a economia produtiva, tampouco se manterá sem a sustentabilidade e a justiça social. Todo conjunto normativo prescritivo ou sancionador, que objetive preservar dentro da ordem constitucional a distribuição da justiça social, é fundado no poder-dever citado por Eros Grau (2017) como

predicado para o exercício do direito individual de propriedade e incidente no exercício da livre iniciativa.

A questão fundamental e conclusiva é definir se o comportamento do agente econômico em inadimplir com seu dever de recolhimento dos tributos, reiteradamente e desprovido do devido processo legal, além de se considerar conduta criminosa (Lei nº 8.137/90)¹²⁵, também outorga ao legislador infraconstitucional estabelecer normas impeditivas da continuidade das atividades, condição em que não haja violação ao princípio da livre iniciativa e sim, atendimento ao mesmo e as demais imposições tituladas pela Carta de 1988 na ordem econômica.

A responsabilidade pelas obrigações deveria ter exclusivo respaldo patrimonial concreto, ou seja, comprovar o agente econômico efetiva capacidade e condições para adimplir seus compromissos, referindo-se aqui na capacidade de solvência e no atendimento das obrigações para exercício de atividade econômica.

Pela constatação e conclusão, ante um comportamento inadimplente de obrigações sociais, verifica-se que a potencialidade de risco gerador de prejuízos econômicos, com evidente repercussão no plano social privado como no público, justifica a adoção de mecanismos para proteção e delineamento de quais são as condições mínimas para que o agente possa atuar sem que cause riscos e inflija prejuízos ressentidos no meio social.

É inquestionável o fato de que muitas empresas devedoras de obrigações fiscais consideram o atraso de pagamento como um meio eficaz e pouco oneroso de financiar operações e atividades próprias. Esta concepção, infelizmente está incrustada em nosso meio. Veja-se que a par de sofrerem pesadas sanções fiscais de ordem patrimonial (multas e juros de mora elevados) e, ainda, haver a tipificação penal da conduta, não se fez mentalizar a importância e o mal social que este comportamento tem por consequência.

O fato de a conduta já estar prevista como criminalizada, deveria ser o suficiente para que, como no plano penal, fossem adotadas medidas tendentes a cessar a continuidade delitiva, reverbere-se que, a reiterada falta de pagamento dos

¹²⁵ A referência está embasada na possibilidade de criminalização da apropriação e repasse, definidos no caso de IPI, Contribuição Previdenciária descontada, IRRF, etc., mas também, recentemente, pela decisão do STF no RE 574.706, com repercussão geral, que qualificou o ICMS como tributo não compreendido na receita própria, posicionamento que se estende ao ISS.

tributos em determinadas condições, é crime que atinge a coletividade, pois afeta as contas públicas e a própria economia.

Noutro plano que se conclui, já existem critérios de limitação quando a atividade econômico-empresarial está causando danos à coletividade concernente a crimes de ordem econômica ou ambiental, sendo passíveis medidas para cessação da atividade. Ainda nesta seara, os embargos e intervenções de atividades por descumprimento da lei são criteriosamente medidas de salvaguarda do interesse coletivo.

Não se pode admitir a socialização do risco econômico pautada no ideário liberal de livre acesso e permanência na atividade econômica, o risco é próprio da atividade e deve se prender ao capital privado. A salvaguarda da atividade econômica benéfica está na “capacidade” de ingressar e se manter no mercado atendendo a plena conformidade das obrigações legalmente estabelecidas para tal mister. O eventual prejuízo deve ser arcado pelo capital de risco empregado (risco econômico) e não pelo custo social das atividades econômicas (tributos e obrigações sociais).

O risco econômico está implicitamente ligado ao capital próprio e de terceiros, esta avaliação e assunção de riscos faz parte do controle indireto que o mercado econômico exerce. O livre mercado avalia a capacidade de um empreendimento manter-se solvente, mas é preciso avaliar os mecanismos de controle desta capacidade de ingresso e atuação, sobretudo quando há comprovados efeitos negativos por uma parcela irresponsável e despreparada que se financia às custas de prejuízos sociais.

Debatem-se os mecanismos atuais, que são dirigidos ao controle indireto, estes em sua maioria permitem que uma atividade em grave situação patrimonial e comprometendo não só o mercado econômico, mas causando prejuízos pela inadimplência fiscal (social), permaneça por vários anos infringindo e aumentando a dívida social e, na quase unanimidade, sequer há uma medida de extinção deste quadro.

O autocontrole pelo dever de requerer o estado de insolvência pelos titulares da atividade em crise (administradores e sócios), previsto na atual legislação é norma sem efetividade. Tal constatação tem sua causa na inexistência de sanção pela falta de atendimento ao dever de autofalência ao constatar o quadro degenerativo, fato que

leva a maioria dos atores ou aventureiros na atividade econômica a simplesmente ignorarem o dever legal.

Noutro lado, a busca pela declaração de insolvência pelos agentes de mercado, também é de baixa efetividade pelas razões amplamente conhecidas quanto ao privilégio dos créditos trabalhistas e tributários, excepcionando-se em razão das alterações que dão privilégio ao crédito real a partir de 2005. Assim, o Estado através da Fazenda Pública, embora detenha procedimentos específicos de cobrança e possa ter uma prioridade no recebimento em caso de insolvência geral, acaba por verificar o aumento da dívida por vários anos pois não há medida de cessação da prática indevida que poderia ser intentada pelo mesmo.

A revisão dos mecanismos de controle, objetivando proteger os interesses sociais e, também, o próprio mercado, é uma diretiva dos fundamentos e princípios da Constituição. É necessário afastar uma visão liberal de que não se pode limitar o acesso e manutenção da atividade.

Verifica-se que outros Países, a par de uma evolução no campo das responsabilidades sociais e éticas, mantêm disposições legais que regulam a condição mínima de permanência no mercado, estabelecendo o dever de ingresso do pedido de insolvência em caso de falta de atendimento destas condições.

Dotar a Fazenda Pública ou o Ministério Público de exercer estas prerrogativas fixadas em lei, salvaguardando o interesse social em cada atividade econômica (Art. 170 da CF 88), assegurando o equilíbrio e a livre concorrência, é dar efetividade aos comandos da Constituição.

A proteção do interesse social com a manutenção da regular ordem econômica, fundada na justiça social e na persecução desta função, justifica a adoção pelo legislador de mecanismos eficazes que outorguem ao Estado preventivamente paralisarem uma continuidade delitiva pela falta de atendimento às obrigações sociais no plano tributário.

Como reiteradamente levantado, a medida não pode ser nos moldes das vetustas regras dos anos 30 e 40¹²⁶, objeto de afastamento sumular pelo Supremo Tribunal Federal, há de se compatibilizar com o primado democrático, respeitando o

¹²⁶ Ibid. Nota 123

contraditório e o livre acesso à justiça. Por esta razão, não se utilizando o agente econômico de qualquer das medidas garantidoras quanto à eventualidade de uma dívida indevida, o insucesso de sua atuação econômica não pode ser financiado pela sociedade no plano social, haverá de se ter limites para que o Estado possa defender os interesses da coletividade que lhe dá fundamento.

Como demonstrado, outros países adotam medidas que facultam à Fazenda Pública, agindo na defesa dos interesses da política social e econômica, estancar a conduta lesiva dos atores econômicos quando sua condição se revela insolvente, principalmente pela cumulação de dívidas fiscais e da verificação da situação patrimonial insustentável.

Rever a atual política de tratamento e estabelecer novos mecanismos que assegurem o poder-dever no âmbito da iniciativa e atuação econômica revelam-se como avanços imprescindíveis para depurar as distorções do livre acesso desenfreado e irresponsável.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides. **Crimes contra a Ordem Tributária**. Coleção Pesquisas Tributárias – Nova Série 1. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARAÚJO, Aloísio e LUNDBERG, Eduardo. **A Nova Lei de Falências: uma avaliação**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pec/SeminarioEcoBanCre/Port/V%20-%20Lei%20de%20Fal%C3%AAsncias%20-%204JSB.pdf>. Acessado em: 22 junho 2017.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos Crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Comportamento anticoncorrencial e Direito Tributário**. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Coord.). **Princípios e Limites da Tributação 2**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Ordem Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional (tomo II)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo. Malheiros: 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 5, de 1937. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-5-13-novembro-1937-354232-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 08 de junho de 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-lei nº 42, de 1937. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-42-6-dezembro-1937-449685-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 960, de 17 de Dezembro de 1938, Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, em todo o território nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-960-17-dezembro-1938-347870-publicacaooriginal-1-pe.html>). Acesso em: 12 de junho de 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, lei de Falências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7661-21-junho-1945-449981-publicacaooriginal-36829-pe.html>). Acesso em: 12 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 5.172, 1966, Código Tributário Nacional – Redação Original. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5172-25-outubro-1966-358971-exposicaoodemoti vos -1 -pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5172-25-outubro-1966-358971-exposicaoodemoti%20vos%20-1-pl.html). Acesso em: 06 junho 2017

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 5.172, 1966, Código Tributário Nacional – Redação Atualizada. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5172-25-outubro-1966-358971-normaatuallizada-pl.html> Acesso em: 12 junho 2017

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6404-15-dezembro-1976-368447-normaatuallizada-pl.pdf>. Acesso em: 12 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6830-22-setembro-1980-366127-norma-pl.html>. Acesso em: 12 junho 2017)

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 7.433, de 1985, Dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7433-18-dezembro-1985-368055-normaatuallizada-pl.pdf>. Acesso em: 06 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-normaatuallizada-pl.pdf>. Acesso em: 12 junho 2017

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 10.522, de 19 de julho 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10522-19-julho-2002-471180-norma-pl.html>. Acesso em: 12 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 10.522, de 19 de julho 2002, Art. 10-A. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10522-19-julho-2002-471180-norma-pl.html>. Acesso em: 12 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-normaatuallizada-pl.pdf>. Acesso em: 18 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 12.767, de 2012. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12767-27-dezembro-2012-774841-normaatuallizada-pl.pdf>. Acesso em: 18 junho 2017

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6229/2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272&ord=1>. Acesso em: 16 junho 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PLC nº 71, de 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20846>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos da Lei nº 11.101, de 2005. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-103273-pl.html>. Acesso em: 18 junho 2017.

BRASIL. Comitê de Pronunciamentos Contábeis – Pronunciamento Técnico CPC 03 (R2) Demonstração dos Fluxos de Caixa – Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IAS 7 (IASB – BV2010). Disponível em: http://static.cpc.mediatgroup.com.br/Documentos/183_CPC_03_R2_rev%2004.pdf. Acesso em: 12 junho 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. Resolução nº 1.049, de 2005. Disponível em: cfc.org.br/sisweb/sre/docs/RES_1047.doc. Acesso em: 20 junho 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de março de 2017.

BRASIL. Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/sinief/cvsn_70. Acesso em: 06 junho 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n.10.660/MG. Rel. MIN. COSTA LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/1995, DJ 10/06/1996, p. 20319. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100085324&dt_publicacao=10-06-1996&cod_tipo_documento=. Acesso em: 18 junho 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp 164.389/MG, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2003, DJ 16/08/2004, p. 130. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=379484&num_registro=199800107266&data=20040816&formato=PDF. Acesso em: 18 junho 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n.363.206/MG. Rel. MIN. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010, Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=968520&num_registro=200101482710&data=20100521&formato=PDF. Acesso em: 08 junho 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, Tribunal Pleno, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Julgado em 27/06/2007, Diário da Justiça, Brasília, 31 ago. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484304>. Acesso em: 18 junho 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3512 Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJ de 23-02-2006. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363387>. Acesso em: 21 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5135. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4588636>. Acessado em: 22 junho 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n.413.782/SC. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 03-06-2005 p. 00004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261795>. Acesso em: 21 abril 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 6. ed. v. 3, São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Conder. **A Reforma da Empresa**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, abr./jun. 1983

_____. **Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. vol. 6. Revista dos Tribunais: São Paulo. Maio de 2011.

_____.; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro : Forense, 2014 Ebook ISBN: 9788530951306 <http://www.grupogen.com.br/e-book-o-poder-de-controle-na-sociedade-anonima>.

ESPAÑA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>. Acesso em: 22 junho 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v.2, 2ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

FORGIONI, Paula. **Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais: A formatação jurídica do mercado brasileiro**.. Revista do Advogado, São Paulo, n. 117, p. 165-176, out. 2012. Disponível em: http://aasphomolog.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/117/revista_advogado_117/assets/basic-html/page3.html. Acesso em: 09 abr. 2017

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?** 2012. 276 f. Tese (doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. 2001, p. 257.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LEOPOLDINO DA FONSECA, Joao Bosco. **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. vol. 4. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Obrigações acessórias no interesse da fiscalização e da livre concorrência entre empresas: direito assegurado ao fisco pelas Leis suprema e complementar** – parecer. Interesse público – Caderno de direito tributário, São Paulo, v. 5, n. 24, p. 124-140, mar./abr. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 54, de 2004. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis Acesso em: 08 junho 2017.

PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Decreto-Lei nº 433, de 2009. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=256&tabela=leis. Acesso em: 22 junho 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Função social do contrato: primeiras anotações**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLII, nº 132, outubro/dezembro de 2003

SARMENTO, Daniel. **Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf> : Acesso em: 09 abril 2017.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002

_____, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais** In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) Tratado de direito constitucional v. 1 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. volume II, Coleção "Os Economistas", São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SITE Acordo Brasil/EUA permitirá troca de informações sobre contribuintes
Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2015/agosto/acordo-brasil-eua-permitira-troca-de-informacoes-sobre-contribuintes>. Acesso em: 06 junho 2017.

SITE Análise da Arrecadação das Receitas Federais
<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resulta-do-da-arrecadacao/arrecadacao-2016/dezembro2016/analise-mensal-dez-2016.pdf>
Acesso em: 05 junho 2017.

SITE Avaliação do Sistema Tributário www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Avaliacao-Sistema-Tributario-15mai2017.pdf. Acesso em: 05 junho 2017.

SITE Execução Fiscal eficiência e experiência comparada. http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet. Acesso em: 05 junho 2017.

SITE Governança Diferenciada das execuções fiscais Disponível em : <http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/governanca-diferenciada-das-execucoes-fiscais>
Acesso em: 05 junho 2017.

SITE Prestação de contas do presidente da república de 2016 Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica/arquivos/2017/pcpr-2016.pdf>. Acesso em: 01 maio 2017.

SITE Relatório Mensal Dívida Pública Federal Dezembro de 2016 Disponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/566998/Texto_RMD_Dez_%2016.pdf/06ee86c7-a8d9-4319-8e3f-2a721d60d2d1 Acesso em: 01 maio 2017.

SITE Súmula STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000434%27>. Acesso em: 12 junho 2017.

SITE Súmula STF. [//www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2194](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2194) Acesso em: 12 junho 2017.

SITE Súmula STF em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136> Acesso em: 12 junho 2017.

SITE Súmula STF <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2201> Acesso em: 12 junho 2017.

SOARES, Luiz Fernando Barboza. **Direito Tributário e Livre Concorrência**. 2013. 136f. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SOUSA, Jorge Lopes de. **Código de Procedimento e de Processo Tributário**, 6. ed. vol. 3 Lisboa: Áreas, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3º ed. São Paulo: Método, 2011.

TAVARES. André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Teoria Geral da Empresa**. Coleção Tratado de Direito Empresarial, v.1, coordenação Modesto Carvalhosa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114