

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro



132

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)
outubro-dezembro/2003

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 132 — outubro-dezembro de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE

LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato
Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

- FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES
— CALIXTO SALOMÃO FILHO 7
- THE SARBANES-OXLEY ACT AND THE RULES APPLICABLE TO
FOREIGN COMPANIES: THE POSSIBLE IMPACTS ON THE CAPITAL
MARKETS
— ANDREA FERNANDES ANDREZO 25

ATUALIDADES

- OS TÍTULOS DE CRÉDITO E O CÓDIGO CIVIL VIGENTE
— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 55
- DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO DAS AÇÕES PREFERENCIAIS
COM DIVIDENDO DIFERENCIADO
— JORGE LOBO 60
- O PROTESTO DE TÍTULO DE CRÉDITO EM QUE CONCORDATÁRIO
FIGURA COMO DEVEDOR DIRETO
— VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO 64
- O ACORDO GERAL SOBRE O COMÉRCIO DE SERVIÇOS (GATS) E O
TURISMO SUSTENTÁVEL
— HEE MOON JO 77
- ALIENAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA E SUCESSÃO TRIBUTÁRIA
— HUMBERTO LUCENA PEREIRA DA FONSECA 87
- OS FUNDOS DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS À LUZ
DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA INSTRUÇÃO CVM 393
— JOÃO PAULO F. A. FAGUNDES 96
- O CONTROLE DO ESTADO EM SETORES ESTRATÉGICOS
— LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA e MARCELO COSAC 106

ESPAÇO DISCENTE

I — Textos Diversos

- CONTRATOS COLIGADOS
— JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI 111

A SOCIEDADE EUROPÉIA: COMENTÁRIOS E REPRODUÇÃO DO
REGULAMENTO 2.157/2001

— CARLOS EDUARDO VERGUEIRO 129

II — Textos de Direito e Economia

O CONTRATO PRELIMINAR, O NOVO CÓDIGO CIVIL E A ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO

— THEREZA MARIA SARFERT FRANCO MONTORO 151

CONTRATO PRELIMINAR — BREVE ANÁLISE DOS ARTS. 462 A 466 DO
CÓDIGO CIVIL

— MARIA BEATRIZ LOUREIRO DE ANDRADE MARQUES 156

TEORIA DOS JOGOS: POR UMA PROPEDÊUTICA À ELABORAÇÃO
RACIONAL DA DECISÃO

— LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO 160

ALGUNS CONCEITOS ELEMENTARES DE TEORIA DOS JOGOS.
Uma análise sucinta de aspectos potencialmente relevantes

— ESTEVAN LO RÉ POUSADA 166

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS (ÁGUA) FORNECIDOS POR EMPRESA
CONCESSIONÁRIA — DIREITO AO CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO

— HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 177

TEXTOS CLÁSSICOS

A ATIVIDADE DO EMPRESÁRIO

— TULLIO ASCARELLI (tradução de ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA) 203

COLABORAM NESTE NÚMERO

ANDREA FERNANDES ANDREZO

Mestre em Contabilidade (USP) e em Direito (*Columbia University*). MBA Gestão Financeira e Risco (FIPECAFI/USP). Mestranda em Direito Comercial (USP). Advogada (PUC/SP). Contadora (USP)

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

CARLOS EDUARDO VERGUEIRO

Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

ESTEVAN LO RÉ POUSADA

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara do Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Curso de Pós-Graduação da Universidade de Franca

(UNIFRAN). Coordenador do NUPAZ (Núcleo de Pesquisa sobre Conflito e Justiça) da Universidade São Francisco (USF). Advogado e Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

HUMBERTO LUCENA PEREIRA DA FONSECA

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Mestre em Direito pela *New York University*. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. Consultor Legislativo de Direito Comercial e Econômico do Senado Federal

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOÃO PAULO F. A. FAGUNDES

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP. Mestre em Direito (LL.M) pela *Northwestern University School of Law*. Advogado em São Paulo

JORGE LOBO

Livre Docente em Direito Comercial pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro — UERJ. Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

Mestre em Direito (LL.M) pela Universidade de Virgínia, EUA. Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO

Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do

Campo. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA

Mestre em Direito Comercial Internacional pela *Noire Dame University*, Inglaterra

MARCELO COSAC

Advogado

MARIA BEATRIZ LOUREIRO DE ANDRADE
MARQUES

Doutoranda da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogada em São Paulo

THEREZA MARIA SARFERT FRANCO MONTORO

Mestranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogada em São Paulo

VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO

Doutorando e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Professor no Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, na Graduação da Faculdade de Direito da UFMG e na Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — PUC/MG. Advogado

Atualidades

ALIENAÇÃO DA EMPRESA NA FALÊNCIA E SUCESSÃO TRIBUTÁRIA

HUMBERTO LUCENA PEREIRA DA FONSECA

1. Introdução. 2. Alienação da empresa ou de suas unidades produtivas. 3. O problema da sucessão tributária. 4. Interpretação restritiva do art. 133 e integração por analogia ao art. 130, parágrafo único, do CTN. 5. Interpretação "a contrario sensu". 6. Confronto das duas teses. 7. Conclusões.

1. Introdução

Tramitou por dez anos na Câmara dos Deputados — de 1993 a 2003 —, o Projeto de Lei 4.376, de iniciativa do então Presidente da República. Aprovado naquela casa legislativa na forma do último substitutivo apresentado pelo relator, tal projeto foi remetido ao Senado Federal para revisão, onde tramita como Projeto de Lei da Câmara (PLC) 71, de 2003, e aguarda parecer da Comissão de Assuntos Econômicos. A proposição tem por objetivo regular a falência e a recuperação de empresas, abrogando, se aprovado, o Decreto-lei 7.661, de 1945, atual Lei de Falências em vigor no Brasil.

Tive a oportunidade de colaborar com as discussões travadas no âmbito do Banco Central acerca da nova Lei de Falências, discussões essas que acabaram por concluir pela conveniência de alterações destinadas a corrigir distorções, propondo novos mecanismos, já experimentados em outros ordenamentos jurídicos, mais adequados à realidade do mercado e mais benéficos à economia como um todo. Muitas das sugestões apresentadas pelo Banco Central foram implementadas no texto finalmente aprovado na Câmara dos Deputados.

A diretriz dos estudos e discussões foi a de aumentar a eficiência do processo de falência e de recuperação de empresas. Tomou-se como princípio norteador a idéia de que a legislação deve efetivamente promover o socorimento das empresas em dificuldades ou possibilitar a continuação da atividade produtiva pela preservação da empresa, distinta da figura de seus administradores. A eficiência que se busca deve direcionar-se a esse fim. Por outro lado, no caso de a recuperação mostrar-se inviável, um processo de falência eficiente deve promover a realização do ativo e o rateio do produto da forma mais célere possível, procurando-se maximizar o valor obtido para, assim, diminuir o risco de mercado, com evidentes benefícios econômicos à sociedade, especialmente no que tange ao custo do crédito, à circulação de riquezas e ao estímulo ao investimento.

2. Alienação da empresa ou de suas unidades produtivas

Em conformidade com esses objetivos, a lei deve estabelecer ordem de preferência entre as possíveis formas de realização do ativo, privilegiando, como primeira opção, a alienação da empresa como um

todo. A segunda opção na linha de preferência seria a alienação de filiais ou de unidades produtivas da empresa. Essa orientação foi uma das poucas unanimidades em todas as discussões visando aperfeiçoar a legislação falimentar e foi inserida no corpo do art. 153 do PLC 71, de 2003, a ser examinado pelo Senado Federal.

A alienação dos bens em conjunto, como núcleos econômicos completos, deve ser levada a efeito sempre que possível, uma vez que o valor obtido nessa modalidade de venda supera o somatório dos valores de cada um dos bens vendidos separadamente para adquirentes diversos. Tal se dá porque a alienação do estabelecimento engloba intangíveis, como nome, ponto comercial, marcas, clientela, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros, levados em conta pelo mercado para avaliar seu interesse e fixar o valor das ofertas. Esses intangíveis seguramente se perderiam numa venda em separado.

Além da maximização do valor, decisiva para a proteção dos credores e para a redução do risco da atividade econômica, outro grande benefício da alienação em conjunto dos bens da massa falida é a preservação da empresa. A venda em separado, se tratada como regra na falência, causa a dissipação do ativo e retira da economia uma unidade produtiva, com consequências bem conhecidas: desemprego, diminuição da produção e da concorrência, redução de arrecadação, perda do valor dos intangíveis, retração da economia.

Há que se separar o conceito de empresa, como núcleo produtivo organizado, da figura do empresário, maior responsável pelos atos que a levam à ruína. Se os interesses deste não se identificam com os da comunidade, não se pode dizer o mesmo daquela. A alienação da empresa implica a substituição de seus administradores, e é vantajoso à sociedade brasileira o estímulo à iniciativa econômica, deferindo-se a outros a oportunidade de, organizando mais eficientemente o capital e o trabalho, ter sucesso onde outros falharam.

Pelos demonstrados benefícios da alienação da empresa ou de suas unidades produtivas, o Estado deve, por meio da lei, estimulá-la, tomando a preservação da empresa como princípio de política econômica.

Entretanto, em que pese a vigente Lei de Falências, já abrir em seu art. 116 a possibilidade de alienação da empresa como um todo, tal opção não tem sido utilizada na liquidação dos bens das empresas falidas, talvez por não estar suficientemente explicitada na lei, mas, também — e, a nosso ver, principalmente — em virtude, dos riscos a que os potenciais adquirentes entendem estar submetidos pela interpretação da legislação em vigor.

3. O problema da sucessão tributária

Identificou-se, na prática do processo falimentar, possível distorção extremamente nociva tanto à preservação da empresa quanto à maximização do valor obtido com a realização de ativos. Trata-se da sucessão de obrigações, especialmente as de natureza tributária, na alienação dos estabelecimentos comerciais da sociedade falida.

Na verdade, a sucessão tributária traz mais detrimientos que benefícios à Fazenda Pública. Ao estabelecer a oferta pela empresa, os interessados, normalmente os próprios concorrentes da empresa à venda, evidentemente levam em consideração todos os fatores que possam diminuir o valor do negócio. Se a sociedade oferecida é devedora de obrigações tributárias, não pode haver dúvidas de que o mercado não negligenciará essa informação e o valor oferecido naturalmente sofrerá a redução correspondente às obrigações transferidas ao arrematante. Assim, no que tange ao volume das garantias do Fisco, a sucessão não traz vantagens aos cofres públicos.

Agrava-se a situação se se considerar que a sucessão tributária envolve não somente os tributos definitivamente constituídos, que podem ser averiguados pelos eventuais interessados, mas também os não lançados ou não definitivamente constituídos.

e mesmo aqueles decorrentes de fatos jurídicos de que a Receita Federal sequer teve conhecimento. Nessa situação, a regra da sub-rogação pessoal do adquirente impossibilita uma análise adequada do risco envolvido no negócio e, assim, diminui sobremaneira o interesse do mercado na empresa a ser vendida, a ponto de tornar inviável sua alienação, seja em razão da falta de interessados, seja pelo baixo valor oferecido em face do risco não calculável e, portanto, superestimado pelos eventuais interessados.

Para ilustrar a questão, consideremos três cenários: no primeiro, o passivo tributário da falida é maior que o valor de avaliação da empresa como um todo, hipótese nada incomum no Brasil. Nesse caso, a prevalecer a sucessão tributária, a venda da empresa não poderia ser implementada, já que não é razoável esperar que alguém se interesse por continuar o empreendimento sabendo que estaria assumindo obrigações que superam o valor de mercado da unidade produtiva adquirida. Os bens terminariam por ser vendidos separadamente, com perda do valor dos intangíveis, e a empresa desapareceria, deixando um passivo tributário a descoberto muito maior. Os cofres públicos seriam prejudicados diretamente pela diminuição do valor apurado com a venda e indiretamente com a diminuição da arrecadação em razão da cessação da atividade produtiva.

Num segundo cenário, os débitos tributários da empresa superam o valor dos bens avaliados em separado, mas não o valor da empresa tomada como unidade. Nessa hipótese, sem a sucessão, haveria maior possibilidade de acorrerem interessados à hasta pública e, assim, a empresa seria vendida por seu efetivo valor de mercado e não restaria passivo tributário inadimplido. Por outro lado, com a sucessão, em razão das incertezas que a permeiam, poderiam não acorrer interessados ou o valor atingindo seria reduzido em razão do risco excessivo, com a possibilidade de o sucessor também quedar-se inadimplente em relação às obrigações tributárias ante-

riores. Em resumo, a sucessão implicaria menor probabilidade de adimplemento do crédito tributário, com evidentes perdas ao erário.

Finalmente, num cenário em que o passivo tributário seja inferior ao valor dos bens avaliados em separado, a previsão de sucessão tributária pelo adquirente não implicaria prejuízo direto ao Fisco, já que, ainda que se frustrasse a tentativa de alienação da empresa ou de suas unidades produtivas, a venda dos bens em separado seria suficiente para garantir o passivo tributário. Nesse cenário, a sucessão tributária, embora não prejudique, também não melhora a situação do Fisco, pois os bens da empresa já serão suficientes para o pagamento dos créditos tributários, sem a necessidade de se executarem os bens do sucessor. Entretanto, persiste o argumento da preservação da empresa e de seus benefícios sociais, bem como o do prejuízo indireto à Fazenda Pública em razão da diminuição da arrecadação decorrente da cessação da atividade produtiva. Além disso, os demais credores não podem ser negligenciados e o princípio da maximização do valor do ativo como objetivo da falência deve prevalecer.

Contudo, há entendimentos no sentido de que a venda em hasta pública de empresas falidas sem a sub-rogação do adquirente nas obrigações tributárias não é compatível com o disposto no art. 133 do Código Tributário Nacional (CTN), que assim dispõe:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I — integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II — subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Economicamente, poder-se-ia argumentar que a sucessão tributária prevista no art. 133 do CTN constitui garantia ao Fisco em razão de os bens que compõem o ativo da empresa serem infungíveis, de difícil ocultação e de pouca liquidez. Se transformados em dinheiro, tais bens seriam facilmente dissipáveis, por expedientes conhecidos e que dispensam explicitação. Nesse caso, as garantias do Fisco poderiam ser reduzidas, já que a sub-rogação do crédito tributário no produto da venda não passaria de uma falácia.

Entretanto, tal argumento, não obstante defensável na hipótese de funcionamento normal da empresa, não se coaduna com a venda em hasta pública no processo de falência. Após a decretação da quebra, os administradores retiram-se da empresa e não mais podem utilizar-se dos mencionados expedientes para dissipar o valor obtido com a alienação. Em vez disso, os valores arrecadados são depositados em conta movimentável somente pelo juízo competente. Assim, ainda que transformados em numerário, a sub-rogação do passivo tributário nos valores apurados seria plenamente eficaz, uma vez que não seria lícito ao juízo violar a ordem de preferência no rateio do produto da arrecadação.

Outra alegação dos defensores da sucessão tributária na falência é a de que, se esta for eliminada, ficariam prejudicados os créditos tributários relativos a fatos jurídicos ocorridos anteriormente à venda, mas ainda não apurados, já que o produto daquela alienação já teria sido irremediavelmente rateado entre os credores.

Tal preocupação não deve ser levada a tal extremo, pois, tradicionalmente, assim que é decretada a falência, as Fazendas Públicas municipais, estaduais e federal investigam minudentemente a empresa

falida, concentrando esforços para apurar o mais rapidamente possível o tamanho do passivo tributário. Além do mais, o procedimento de verificação de créditos e de rateio entre credores, mesmo levando-se em conta a possibilidade de aumento da agilidade que se busca com o projeto da nova Lei de Falências, certamente ainda vai tomar certo tempo, a deferir ao Fisco prazo razoável para constituir seu crédito. Ressalte-se, ainda, que, distribuída a execução fiscal, o respectivo juízo poderá determinar a reserva dos valores ao pagamento das obrigações tributárias, minimizando o risco de prejuízo ao Fisco.

Saliente-se, outrossim, que a exclusão da sucessão tributária pelo arrematante em hasta pública na falência não implica exoneração dos demais responsáveis pelos créditos tributários nos termos dos arts. 134 a 138 do CTN, nem tampouco interfere na responsabilidade criminal que porventura houver. Portanto, se restar diferença a ser cobrada, o Fisco mantém a prerrogativa de exigí-la dos responsáveis tributários, cujas obrigações permanecem pelo passivo remanescente, independentemente da alienação da empresa.

Assim, com base nesses três pilares fundamentais — 1) maximização do valor dos ativos da falida; 2) inexistência de prejuízo ao Fisco e aumento de suas garantias; e 3) preservação da empresa — estamos convencidos de que a sucessão tributária é perniciosa a todas as partes nela envolvidas, inclusive ao próprio Fisco. Nenhuma interpretação da lei pode conduzir a tal absurdo e, levando em conta imperativos de ordem lógica e os princípios constitucionais que devem reger toda exegese jurídica, passamos à apresentação e à análise das possíveis interpretações do art. 133 do CTN, a fim de encontrar o melhor desfecho para a controvérsia.

Saliente-se, contudo, que, sensível a esse cenário desfavorável da sucessão tributária na alienação de empresas na falência, o Governo Federal chegou a consenso com o relator do projeto de nova Lei de

Falências na Câmara dos Deputados e sua equipe, tendo sido finalmente aprovado o Projeto de Lei Complementar (PLP) 72, de 2003, que promove modificações no CTN. Entre essas modificações, está a do art. 133, que visa a tornar clara a exclusão da sucessão nas alienações judiciais na falência ou na recuperação de empresas. O projeto tramita no Senado Federal como PLC 70, de 2003, e espera-se que seja aprovado ainda em 2004. Uma vez sancionada pelo Presidente da República, a lei afastará qualquer eventual controvérsia sobre a matéria. Até lá, porém, persiste a oportunidade de se analisar a correta interpretação do art. 133 do CTN em face dos processos de falência em curso.

4. *Interpretação restritiva do art. 133 e integração por analogia ao art. 130, parágrafo único, do CTN*

Com fundamento em todos os elementos até aqui narrados, o art. 133 do CTN deve ser interpretado restritivamente, considerando-se que, quando fala em aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, não abarca as aquisições feitas em hasta pública no processo de falência, já que, nessa hipótese, o crédito tributário já está suficientemente garantido pelo caráter público da venda e pela administração dos recursos pelo juízo competente para determinar o depósito do valor apurado.

O citado art. 133 estabelece garantia para o crédito tributário. À evidência, considerando-se o elemento teleológico da disposição, não se admite que uma garantia possa gerar detrimento em vez de benefício. Tendo restado suficientemente demonstrado que a sucessão tributária é lesiva aos cofres públicos, por diminuir as perspectivas de recebimento do crédito tributário, pode-se dizer, sem medo de errar, que interpretação dirigida ao reconhecimento da sucessão tributária na hasta pública da falência conduz ao absurdo, o que não se admite na aplicação da norma jurídica.

Oportuna é a lição de Carlos Maximiliano:

“(...) não basta determinar finalidade prática da norma, a fim de reconstituir o seu verdadeiro conteúdo; cumpre verificar se o legislador, em outras disposições, já revelou preferência por um meio, ao invés de outro, para atingir o objetivo colimado; se isso não aconteceu, deve-se dar primazia ao meio mais adequado para atingir aquele fim de modo pleno, completo, integral.

“Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido *de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita*, porém dentro da letra dos dispositivos. Respeita-se esta, e concilia-se com o fim”¹ (grifei).

Na venda de bens em separado da sociedade, a regra é a inexistência de sucessão tributária, uma vez que raramente os tributos no ordenamento pátrio têm caráter real, ou seja, aderem a determinado bem e o acompanham independentemente da sujeição passiva de seu proprietário. O Código Tributário Nacional prevê exceção a essa regra em seu art. 130, que estabelece a sub-rogação pessoal do adquirente de imóvel nos créditos tributários relativos ao imóvel adquirido. O parágrafo único do mesmo artigo, todavia, já ressalva o caso de a venda da em hasta pública, hipótese em que não há sucessão, e o crédito tributário sub-roga no preço obtido. Eis a íntegra do dispositivo.

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

1. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 152.

A integração analógica por aplicação do disposto no art. 130, parágrafo único, do CTN vem em reforço do entendimento aqui esposado, nos termos do art. 108, I, do CTN. O legislador, ao tratar da aquisição de estabelecimento, não mencionou a hipótese de tal aquisição dar-se em hasta pública no curso da falência, deixando a lacuna a ser preenchida pelo aplicador da norma. A analogia ao parágrafo único do art. 130 confirma a necessidade de interpretação restritiva do art. 133.

Hugo de Brito Machado, tratando da alienação de imóveis em hasta pública, ensina que “o arrematante não é responsável tributário. A não ser assim, ninguém arremataria bens em hasta pública, pois estaria sempre sujeito a perder o bem arrematado, não obstante tivesse pago o preço respectivo. Justifica-se o disposto no art. 130 do Código Tributário Nacional porque entre o arrematante e o anterior proprietário do bem não se estabelece relação jurídica nenhuma. A propriedade é adquirida pelo arrematante em virtude de ato judicial e não de ato negocial privado”.²

A mesma justificativa é plenamente aplicável à alienação de empresas em hasta pública, já que, semelhantemente à praça para venda de imóveis, não há relação jurídica nenhuma entre a massa falida e o adquirente das unidades produtivas. Assim, como a identidade das premissas deve levar à identidade da conclusão, a participação do juízo da falência como intermediário na transferência do estabelecimento é elemento bastante para diferenciar a venda de empresas em hasta pública da hipótese prevista no art. 133 do CTN.

5. Interpretação “a contrario sensu”

Os opositores da tese até aqui pugna-da apontam o seguinte argumento: o art. 133 do CTN é claro o suficiente e não há lacu-

na a ser preenchida. A sucessão tributária engloba qualquer modalidade de alienação, inclusive a levada a efeito por meio de hasta pública em processo de falência, pois o CTN, quando quis prever exceção à regra da sucessão, fê-lo expressamente, como no art. 130, parágrafo único. Não tendo feito a mesma ressalva ao art. 133, exsurge a conclusão de que a lei não teve e não tem por objetivo a exclusão do arrematante da sub-rogação pessoal que se impôs genericamente ao adquirente de estabelecimento comercial, industrial ou profissional.

6. Confronto das duas teses

Qualquer estudo baseado no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente se envolver os mestres da hermenêutica e as decisões dos tribunais, terminaria por concluir que tanto a interpretação restritiva e a integração por analogia quanto a interpretação *a contrario sensu* são métodos legítimos para extrair da legislação a norma jurídica aplicável, ampla e reiteradamente aplicados na doutrina e na jurisprudência pátria.

Estamos, aqui, diante de dois caminhos possíveis, ambos defensáveis juridicamente e amparados por métodos exegéticos consagrados. No entanto, somente um deles é o mais adequado ao desate da questão e, portanto, só um deles conduz à enunciação correta da norma contida nos comandos legais. Qual deles? A resposta sugere-nos Gomes Canotilho, proficiente constitucionalista português: “O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização de vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou pluri-significativas deve dar-se preferência à

2. *Curso de Direito Tributário*, 19ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 126.

interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição”.³

Teori Albino Zavascki, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e um dos juristas mais claros e sensatos da atualidade, robustece o ensinamento:

“Em nosso direito, caracterizado pela supremacia da Constituição e pela viabilidade ampla de controle difuso dessa supremacia, todo e qualquer preceito normativo sofre inafastável relação de coordenação e de subordinação para com os preceitos constitucionalizados. É a Constituição que dá unidade ao sistema, que estabelece seus princípios basilares, que fixa as diretrizes e os limites do conteúdo da legislação ordinária.

“Essa advertência é especialmente relevante quando se está em face de instituto jurídico que o legislador ordinário importou do direito estrangeiro ou nele se inspirou para criá-lo. Também nesse caso, a nova ordem legislativa deve receber interpretação e aplicação que permitam que ela esteja em harmonia com os princípios da Constituição, de modo que passe a representar a mais fiel concretização dos valores constitucionais.”⁴

José Afonso da Silva, citando Jorge Miranda, assim leciona: “Jorge Miranda ressalta a função ordenadora dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, aditando, ainda, que a ‘ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema’. Isso é certo”.⁵

Deve-se, portanto, procurar na Constituição os preceitos fundamentais que so-

lucionarão a controvérsia interpretativa, de forma que a ilação esteja, no maior grau possível, em harmonia com o texto constitucional que lhe dá fundamento. Eis os princípios constitucionais aplicáveis à espécie:

Desenvolvimento nacional

A primeira disposição constitucional aplicável constitui princípio fundamental, classificado entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II).

Parece-nos suficientemente demonstrado que a exclusão da sucessão tributária em hasta pública no curso do processo de falência contribui para o desenvolvimento nacional, ao ensejar maior agregação de valor à empresa falida a ser vendida e promover a continuação da atividade econômica. Os benefícios ao desenvolvimento nacional estão na manutenção e possível criação de empregos, aumento das riquezas produzidas no País, no aumento de arrecadação e no estímulo a investimentos internos e externos.

Eficiência

O art. 37 da Constituição faz expressa menção ao princípio da eficiência na Administração Pública. Tal preceito não se presta somente à análise dos atos administrativos, mas também à elaboração e à interpretação das normas atinentes à atividade administrativa.

Já demonstramos que a alienação da empresa em bloco deve ser estimulada e só pode ser plenamente implementada se não houver a sub-rogação pessoal do arrematante, uma vez que o risco excessivo afugenta os possíveis interessados e diminui o valor da oferta. Eficiência, no que tange à Fazenda Pública, implica maximização do valor obtido com a venda dos bens do devedor e conseqüente aumento de arrecadação efetiva.

3. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 1.099.

4. *Antecipação de Tutela*, 3ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro, Saraiva, 2000, pp. 58-59.

5. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 97.

A sucessão tributária, repita-se, tem efeitos opostos aos desejados. A alienação da empresa em bloco aumenta seu valor de mercado em relação a cada bem tomado individualmente. Se a venda de bens em separado, em regra, não implica sucessão tributária, a sucessão na alienação da empresa como um todo, em hasta pública de falência, significaria impor ônus a uma situação que se deseja estimular. A contrariedade ao princípio da eficiência, nesse caso, é patente.

Função social da propriedade e preservação da empresa

A função social da propriedade, erigida a princípio da ordem econômica e financeira pelo art. 170, III, da Constituição, tem como corolário o princípio da função social da empresa, já que, no Brasil, vigora como regra o regime da livre iniciativa e as empresas, salvo exceções constitucionalmente admitidas, são de propriedade particular.

Da função social deduz-se o princípio da preservação da empresa, amplamente defendido pelos comercialistas, principalmente após a Primeira Guerra Mundial. A evolução do Direito Comercial levou à proteção da empresa, a fim de que prosseguisse como unidade dinâmica e produtiva, sem colapso do sistema.⁶

E, realmente, o sofrimento da atividade produtiva, especialmente se analisada como processo econômico baseado na generalidade das regras jurídicas e não como questão pontual, traz conseqüências nefastas à sociedade, como o desemprego e a recessão, completamente incompatíveis com a função social que a Constituição tutela.

Assim, por contribuir para a preservação da empresa, a exclusão da sucessão

tributária na venda por hasta pública na falência harmoniza-se com o texto constitucional.

Igualdade e razoabilidade

O princípio da razoabilidade decorre do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, que, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, exige, entre outras coisas, "que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica".⁷ Mais que isso, o princípio da igualdade enuncia ainda:

"(...) não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.

"Reversamente, não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva."⁸

A razoabilidade norteia tanto a elaboração da lei quanto a interpretação da norma jurídica. Desse modo, cabe perquirir qual seria o fim colimado por norma que estabeleça a sucessão tributária na alienação de empresa por hasta pública na falência. A resposta seria: estabelecer mais uma garantia ao crédito tributário. Como já vimos acima, não é razoável admitir que norma fixadora de garantia cause um detrimen-

6. A respeito, v. José da Silva Pacheco, *Processo de Falência e Concordata*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 5 e Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 10-13.

7. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed. atual., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 41.

8. *Idem*, pp. 41-42.

to a essa garantia, como seria o caso da sucessão na falência. Trata-se de dedução de ordem lógica.

7. Conclusões

Dessa forma, com base em três pilares fundamentais — 1) maximização do valor dos ativos da falida; 2) inexistência de prejuízo ao Fisco e aumento de suas garantias; e 3) preservação da empresa —, deve-se interpretar o art. 133 do CTN de forma a não englobar a sub-rogação do arrematante de estabelecimentos da sociedade falida nos créditos tributários ante-

riores à arrematação, por analogia ao art. 130, parágrafo único, do mesmo diploma legal e levando-se em conta, ainda, a natureza da venda do bem em hasta pública, que, diferentemente das transações privadas, conta com a participação do juízo competente, garantidor da lisura do procedimento. Tal conclusão reflete a interpretação jurídica mais consentânea com a Constituição, porquanto promove o desenvolvimento nacional (art. 3º, II); a eficiência da Administração Pública (art. 37, *caput*); a preservação da empresa (art. 170, III); e deduz-se logicamente dos objetivos colimados (art. 5º, *caput*).