

Derrotabilidade ou inconstitucionalidade do artigo 57 da Lei 11.101/05?

Na coluna do dia 30 de agosto de 2022, intitulada *A novela do Fisco na Recuperação judicial: cenas do próximo capítulo*, Daniel Carnio Costa e Liliane Midori Yshiba Michels apresentaram preciso relato da discussão envolvendo o processo de recuperação e a dívida tributária, seja sob o aspecto jurisprudencial, seja sob o aspecto legislativo.

Para os autores, o próximo capítulo será protagonizado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, recentemente, por meio de decisão monocrática, voltou à cena, estabelecendo a divergência, ainda que momentânea, entre a Justiça Ordinária (TJSP) e a Corte Superior.

Paulo Penalva, na coluna do dia 13/09/2022, também discorreu sobre o assunto, e o fez sob a ótica do artigo 57. Após afirmar que a possibilidade de equacionamento do passivo tributário, por meio de parcelamentos, não tem influência na interpretação do artigo 57, concluiu, com inteligência, que o equacionamento do passivo tributário é condição econômica e não condição jurídica para a superação da crise do empresário.

Em razão da inegável importância, volto ao assunto nesta coluna.

Recordo-me que em janeiro de 2006 (vejam que a novela é antiga) atuei no caso Parmalat. Ainda estava no Ministério Público de primeiro grau e, após a aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia de credores, a Fazenda Pública Estadual peticionou pedindo a apresentação das certidões previstas no artigo 57 da Lei 11.101/05.

A manifestação¹ da Promotoria de Justiça foi no sentido da inconstitucionalidade do artigo 57. A decisão de lavra do Magistrado Alexandre Lazzarini dispensou a apresentação das certidões negativas de tributo, e o fez por mais de um fundamento².

A inconstitucionalidade defendida pela Promotoria de Justiça jamais foi acolhida; nem discutida, a bem da verdade. Eu continuo convencido da inconstitucionalidade da norma, que é uma sanção política. Porém, o assunto desta coluna é outro, que parte da premissa de que a lei é constitucional.

Com a reforma da Lei 11.101/05, em 2020, foram introduzidas modificações em prol do Fisco. Contudo, como bem explicaram Daniel Carnio e Liliane Midori, “A reforma promovida pela Lei n. 14.112/2020 não alterou a opção legislativa em relação à exclusão dos créditos tributários do processo de recuperação judicial”.

Essa é a questão essencial, e, por essa razão, o problema por mim suscitado

¹. O parecer foi publicado no livro *Jurisprudência da nova lei de recuperação de empresas e falências*, de Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo, RT, 2006, p. 132-143.

². A decisão foi publicada no livro referido na nota anterior, p. 152-155.

em janeiro de 2006 sobrevive e a ele retorno nesta coluna, ainda que muito brevemente, e por outra ótica. Sem falar de inconstitucionalidade, pretendo usar, como pano de fundo, a *derrotabilidade*, tema da teoria do direito.

Pois bem. Recentemente, por ocasião do julgamento sobre a possibilidade de aplicação de equidade na fixação de honorários advocatícios de sucumbência (RESP 1.664.077), o fundamento do ilustrado voto vencido, de lavra da Eminente Ministra Nancy Andrichi, foi a derrotabilidade.

Para o voto vencido, a derrotabilidade das normas é “fruto da interpretação a ser dada pelo julgador em casos extremos e que tem seu campo de atuação, sempre excepcional, adstrito a situações aparentemente não consideradas pelo legislador ou às situações que exigem do intérprete uma solução distinta daquela que seria obtida a partir da interpretação literal da regra”. Para ilustrar a fundamentação adotada, o voto transcreve trechos de Frederick Schauer, Carsten Backer e, principalmente, Humberto Ávila.

A tese do voto vencido, em resumo, é a seguinte: o § 8º do artigo 85 pode derrotar os §§ 2º e 3º do mesmo artigo. Nessa hipótese, haveria uma *exceção* no próprio sistema que permitiria a derrota da norma que fixa os honorários de sucumbência em porcentual do valor da condenação, proveito econômico obtido, valor da causa ou escala do § 3º.

No RESP 1.664.077, a novidade do voto vencido foi a expressa referência à derrotabilidade, inclusive com citação doutrinária; na prática, ela é aplicada sem ser mencionada. Nesta breve reflexão, pretendo caracterizar o artigo 57 da Lei 11.101/05 na teoria das normas; depois, vou comparar o método interpretativo de duas decisões do STJ, ambas versando sobre recuperação judicial e ponderação, e encerrarei com alguma noção sobre derrotabilidade e com algumas hipóteses fáticas que podem dar sustentação à superação do artigo 57 da Lei 11.101/05.

Prescreve o art. 57: “Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o *devedor apresentará* certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”. O artigo 58 complementa: “Cumpridas as *exigências desta Lei*, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei”. E o artigo 191-A do Código Tributário Nacional prova que não houve cochilo do legislador, pois “A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os

tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei”.

Essa norma jurídica pode ser entendida com a do tipo que institui uma obrigação. Dada a juntada aos autos do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores (ou o transcurso do prazo sem objeção dos credores), segue-se a apresentação das certidões negativas. Em termos formais, “Se A, então B”. O antecedente da norma é o plano aprovado juntado aos autos, e o conseqüente a apresentação das certidões negativas.

Não parece haver indeterminação³, vagueza ou textura aberta na norma. Há indicação de um momento para a atuação do devedor, que é após a juntada aos autos do plano de recuperação já aprovado pelos credores; o prazo para tanto ou é fixado pelo juiz ou é o do Código de Processo Civil. A norma tem claro caráter categórico – *o devedor apresentará* – as certidões negativas.

De outra parte, a locução *certidões negativas* tem significado linguístico conhecido dos operadores do direito, além de estar referida no Código Tributário Nacional (artigos 205-208). Trata-se de documento oriundo do Fisco, declarando a inexistência de dívidas tributárias, ou que elas existem e contam com garantia suficientes (negativa com efeito positivo). Não parece existir dúvida sobre o alcance da expressão certidão negativa.

É evidente, além disso, que o artigo 57 não constitui um princípio jurídico, quer se adote a noção de princípio ensinada por Ronald Dworkin⁴ ou a noção de Robert Alexy⁵. Há prescrição de um comportamento obrigatório: o devedor deve apresentar certidão negativa; o devedor deve praticar uma ação exigida, qual seja, a de obter e apresentar a certidão negativa no bojo do processo.

³. Sobre indeterminação, ver Humberto Ávila, *Teoria da indeterminação no direito. Entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo, Malheiros-Juspodium, 2022. Afirma o autor que o contexto linguístico encarrega-se de afastar a ambigüidade porque um dos significados se revelará impróprio (p. 28-29).

⁴. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p.42: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. Peso é uma metáfora. Os princípios “inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quanto não prevalecem” (p. 57).

⁵. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Lopes da Silva, p. 90: “...princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídica e fáticas existentes”. Robert Alexy chama os princípios de *mandamentos de otimização* e afirma que nessa locução “a maioria dos critérios tradicionais [estão] nela contidos como típicos”, já que os princípios podem ser satisfeitos em graus variados. Na *Teoria da Argumentação Jurídica*, 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, p. 227, escreveu que princípios são enunciados normativos com alto nível de generalidade. Na *Teoria dos direitos fundamentais* afirma que os princípios têm grau de generalidade relativamente alto, na comparação com as regras. Dá o exemplo de liberdade de crença (p. 87).

O artigo 57 é uma regra⁶, pois nada tem de generalidade. Antes, ela é de uma particularidade e precisão impressionantes, pois prescreve a um sujeito já identificado no processo a apresentação de um documento bastante específico; trata-se, na linguagem de Alexy, de um mandamento definitivo, ou de uma pauta específica de comportamento (Atienza).

Lembre-se que a doutrina afirma que uma regra deve ser sempre *satisfeita ou não satisfeita*⁷, devendo o juiz atuar “à maneira do tudo-ou-nada”⁸, pois a regra é aplicada segundo a velha subsunção. A se seguir esses dois autores, é inescapável a apresentação de certidão negativa de débitos como condição para a obtenção da homologação judicial do plano de recuperação aprovado pelos credores. Ao menos em tese, é um caso de *fácil* solução judicial.

A Ministra Nancy Andrighi, porém, no voto vencido do RESP 1.664.077, afirmou que essa concepção (de aplicação irrestrita das regras) está superada, pois, “mais modernamente, todavia, tem-se compreendido que a toda regra correspondem não apenas exceções explícitas (assim consideradas como aquelas previamente definidas pelo legislador), mas, também, exceções implícitas, cuja identificação e incidência deve ser conformada concretamente pelo julgador, a quem se atribui o poder de superar a regra, excepcionalmente, em determinadas hipóteses”.

Como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça tem dispensado a apresentação de certidão negativa para a homologação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores; a regra jurídica tem sido superada. O artigo 57, embora ostente, no meu entender, o caráter de regra jurídica, tem sido amplamente derrotado em seguidas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Vou me limitar ao resumo de uma decisão do STJ a respeito desse tema, que é o Recurso Especial n. 1.864.625, de relatoria também da Ministra Nancy Andrighi. O voto deixou de aplicar o artigo 57 sob os seguintes fundamentos: a) superada a mora legislativa, pela edição da Lei 13.043/2014, “a demonstração da regularidade fiscal do devedor que busca o benefício recuperatório não pode ser exigida sem que se verifique sua compatibilidade com os princípios e objetivos que estruturam e servem de norte à operacionalização do microssistema instituído pela lei 11.101/05”; b) para a empresa em crise, essa regra é de cumprimento muito difícil; c) aplica-se a regra até onde as exigências do caso particular não imponham regra diversa (citação de José Souto Maior Borges); d) depois de invocar o artigo 47 da Lei 11.101/05, faz referência ao princípio da

⁶. A distinção entre regras e princípios insere-se na teoria das normas, cf. José Reinaldo de Lima Lopes, *Entre a teoria da norma e a teoria da ação*, in *Norma, moralidade e interpretação*, org. de Alfredo Carlos Storck e Wladimir Barreto Lisboa. Porto Alegre, Linus editores, 2009, esp. p. 54-56.

⁷. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 91.

⁸. Ronaldo Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 39.

proporcionalidade; e) eventual falência por falta de apresentação da certidão dificultaria o recebimento do crédito tributário, dada a ordem do artigo 83; f) exigir a apresentação de certidão é medida inadequada porque a Fazenda não está desprovida de meios para cobrar os seus créditos; f) nem o artigo 57 nem o art. 191-A do CTN têm “peso suficiente para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira; g) citou o RESP 1.187.404, segundo o qual “a interpretação literal do art. 57 da LRF e do art. 191-A do CTN inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto”.

Esse resumo mostra que o STJ procedeu a ponderação para rejeitar a aplicação de uma regra, e essa ponderação foi realizada invocando, **(i)** o princípio da preservação da empresa, **(ii)** o princípio da proporcionalidade (itens “d” e “f”), **(iii)** argumentos consequencialistas (itens “e” e “g”) e argumento de justiça (item “f”). O artigo 47 derrotou o artigo 57.

O mesmo STJ⁹, ao apreciar outra controvérsia envolvendo a Lei 11.101/05, também examinou a questão da ponderação. E o resultado foi em sentido oposto e, desta vez, o artigo 47 não teve êxito.

Sobre o adiantamento de contrato de câmbio e o processo de recuperação judicial, o Tribunal de Justiça do Pará assim decidiu, por clara ponderação:

“Assim, por todo o exposto, entendo que uma vez constatada a impossibilidade fática de coexistência harmônica entre os preceitos dos art. 47 e 49, § 4º da Lei de Recuperação de Empresas, deve o aplicador do direito optar por aquele que melhor se alinha aos objetivos da República e aos princípios constitucionais da ordem econômica, no presente caso o art. 47, pois se a própria Constituição aponta firme e incontestemente, desde as primeiras linhas (Preâmbulo), o compromisso com o desenvolvimento, entendo, que não haverá legitimidade na aplicação do art. 49, § 4º, da LRE, se para tanto, for inviabilizado o princípio geral da norma, a preservação da empresa” (fl. 1.458 e-STJ)”.

No recurso especial, o relator, após lembrar da distinção entre regra e princípio, consignou que não se admite colisão entre princípios e regras. São dignos de transcrição, para os objetivos desta coluna, três parágrafos do acórdão:

“No acórdão recorrido, entretanto, procedeu-se a juízo de ponderação, como se houvesse, no caso, conflito normativo em que concorreriam um princípio e uma regra, estipulados em ordenamentos distintos. De um lado, estaria o art. 47, que estatui o princípio da preservação da empresa; de outro, a

⁹. RESP 1.279.525, 3ª Turma, j. 07/03/2013, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

regra do § 4º do art. 49, que estabelece critério acerca de como os titulares de ACCs são considerados quando a empresa em crise está sob tutela judicial.

Ora, a ponderação é recurso interpretativo que se molda a resolver conflitos de normas da mesma natureza, o que não se verifica no caso. Não bastasse, percebendo as disposições do art. 47 como realmente principiológicas e as do art. 49, § 4º, como de cogência absoluta, não haveria razão para afastar estas últimas, em prevalência das primeiras. Afinal, estamos diante de dois dispositivos trazidos pelo mesmo veículo normativo, portanto do mesmo nível hierárquico.

Nesses casos, quando a estipulação do princípio não advém de legislação editada com o fim de dispor sobre normas gerais, mas do mesmo plano normativo que a regra, a regra deve prevalecer sobre o princípio, salvo se houver declaração de inconstitucionalidade que lhe retire eficácia”.

Por outras palavras, nesse julgado o Superior Tribunal de Justiça rejeitou a ponderação entre o artigo 47 e o artigo 49, § 4º, ambos da Lei 11.101/05.

Todavia, e é esse o questionamento desta coluna, o STJ aceita a ponderação entre o artigo 47 e o artigo 57, ambos da Lei 11.101/05. Sendo o artigo 47 o polo das duas (supostas) colisões, a diferença está, de um lado, no crédito privado (que rejeita a ponderação) e, de outro, no crédito público (que admite a ponderação).

Qual é a *ratio juris* pela qual o artigo 47 derrota o artigo 57 mas não derrota o § 3º do artigo 49? Qual é a mensagem que o tribunal passa à comunidade quando assegura a intangibilidade do crédito privado (de ACC) na recuperação judicial e nada assegura sobre o crédito público? Qual é a razão pela qual em um julgamento a ponderação é utilizada e em outro julgamento, envolvendo o mesmo dispositivo legal, a ponderação é rejeitada?

Pois bem. Como o pano de fundo desta coluna é a derrotabilidade das normas, é chegada a hora de lançar algumas palavras sobre esse assunto, que envolve certa vertente da teoria do direito.

Ao que tudo indica, nos dias que correm, e em grandes traços, os teóricos do direito alinham-se, de um lado, entre os positivistas¹⁰ e, de outro lado, entre os integrantes da teoria da argumentação jurídica¹¹.

¹⁰ . Distribuídos entre exclusivistas ou inclusivistas, separados pela discussão sobre a moral.

¹¹ . Distribuídos entre algumas variantes: tópica, de Theodor Vieweg; retórica, de Chaim Perelman, estimativa, de Luis Recasens Siches (para alguns), razão prática de Robert Alexy. No livro *Razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, de Manuel Atienza, 3ª ed., São Paulo, Landy, 2003, há um bom resumo das concepções de Vieweg, Perelman, Neil MacCormick e Alexy.

Para Thomas Bustamente¹², a concepção da derrotabilidade traz como consequência a inseparabilidade entre a teoria do direito e a teoria da argumentação jurídica. Considera o autor que a distinção entre princípios e regras é importante para a teoria da derrotabilidade em razão dos distintos modos de aplicação dessa classe de normas, isto é, a ponderação, para os princípios, e a subsunção, para as regras. A teoria da argumentação jurídica inicia-se em meados do século passado, com várias obras “que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos”¹³.

Eis aqui um ponto relevante, que é o da ponderação judicial para a tomada de decisão, refutada no julgamento do RESP 1.279.525 e aceita no julgamento do RESP 1.864.625.

Segundo Robert Alexy, a ponderação é a “forma específica de aplicação dos princípios”¹⁴; diz ainda o autor que “a natureza dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa”. Para a superação de colisão entre princípios a ponderação é a ferramenta a ser utilizada pelo magistrado. Como destaca Virgílio Afonso da Silva, “ser passível ou carente de sopesamento é característica exclusiva dos princípios”¹⁵.

Outro ponto que merece destaque. O princípio (algo deve ser realizado na maior medida possível; a medida pode variar) não é superior à regra (que expressa direito e dever definitivo; a ação ou omissão deve dar-se como se prescreveu). A distinção entre princípio e regra está centrada na estrutura normativa e não na fundamentalidade, escreveu Virgílio Afonso da Silva. Por essa razão, ele refuta a afirmativa de que o princípio tem mais força jurídica do que uma simples regra¹⁶.

A ponderação é concebida para a apreciação de colisão de princípios constitucionais, ou melhor, para otimizar, por exemplo, a vida, liberdade de expressão, o mínimo vital e a proteção do meio ambiente¹⁷, e otimizar significa “realizar um fim na maior medida possível”¹⁸.

¹² . Thomas Bustamente, *Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios*. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33, 2010, p. 87-93.

¹³ . Manuel Atienza, *Razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 3ª ed. São Paulo, Landy, 2003, p. 46.

¹⁴ . Robert Alexy, *Princípios formais*, p. 17, in *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 37.

¹⁵ . *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2003, p. 617.

¹⁶ . *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2003, p. 614, nota 29.

¹⁷ . Exemplos de Robert Alexy, em *Princípios formais*, p. 20.

¹⁸ . Carsten Backer, *Regras, princípios e derrotabilidade*, p. 71. José Reinaldo Lima Lopes, em *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*, RIL, 40, p. 63, nota 4, o sentido de princípio, para Alexy, é

A se seguir essas noções de alguns teóricos do direito, o critério utilizado para o julgamento do 1.864.625 está equivocado.

Há, todavia, defensores da ponderação de regras. É o caso de Humberto Ávila. Este autor admite a ponderação de regras, com a advertência de que “não pode ser aceita como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico”¹⁹, pois conduz a um subjetivismo e aniquila as regras. A ponderação “não decorre de capricho, mas é fruto de argumentação e justificação racional e intersubjetivamente controlável”, pois ponderação é “sopesamento entre razões e contrarrazões”²⁰.

O autor²¹ apresenta três argumentos para dizer que a obediência às regras é boa, pois elas: a) afastam a incerteza; b) eliminam ou reduzem a arbitrariedade; c) evitam problemas de *coordenação* (cada pessoa sustentaria seu ponto de vista), *deliberação* (provocaria custos excessivos) e *conhecimento* (dispensa a criação de soluções em áreas técnicas, o que poderia colocar em risco a segurança).

Humberto Ávila insiste que as regras devem ser obedecidas porque a obediência é moralmente boa e prestigia a segurança, paz e igualdade, concluindo que “Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais (...) As regras, em geral, não são absolutas, mas também não são superáveis com facilidade”²². O autor, então, passa a enumerar os requisitos para a superação (derrota) das regras.

Vou usar um dos requisitos do autor para teste da derrotabilidade do artigo 57, por meio da ponderação. Diz Humberto Ávila²³ que a regra pode ser derrotada se não houver prejuízo à finalidade tutelada pela norma jurídica nem insegurança jurídica.

O artigo 57, claramente, é norma protetiva dos interesses da Fazenda Pública. A regularidade tributária é a razão subjacente à exigência da certidão negativa. O legislativo preocupou-se com a regularidade tributária, e não o fez por acidente (são duas as leis que cuidam do assunto, e uma delas é uma lei complementar, que, como se

oposto (e não complementar) ao de Dworkin, para quem “princípios expressam direitos que não podem ser afastados, têm caráter absoluto (um pouco como os direitos fundamentais ou direitos naturais).

¹⁹ . Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, Revista Brasileira de Direito Público, n. 23, 2008, p. 16.

²⁰ . Teoria dos princípios, p. 80-81.

²¹ . Teoria dos princípios, 20ª ed., p. 142.

²² . Teoria dos princípios, p. 143.

²³ . Teoria dos princípios, p. 143 e seguintes.

sabe, contém exigência de quórum maior para a aprovação; isto é, exigiu mais vontade do legislativo de instituir esse requisito). A derrota da regra, de alguma maneira, ainda consegue proteger a razão subjacente a ela?

Parece-me que a resposta é negativa, pois a derrota do artigo 57, pelo Superior Tribunal de Justiça, dada a posição de proeminência dessa Corte, representará o alijamento da norma do ordenamento jurídico, sem declaração de inconstitucionalidade, em clara ofensa à Súmula Vinculante nº 10, do STF.

Para apoio ao argumento da derrotabilidade, poder-se-ia dizer que a execução fiscal não é suspensa em razão do deferimento do processamento da recuperação judicial. Embora esse argumento seja verdadeiro, há que se considerar que o mesmo legislador que instituiu a execução fiscal livre da suspensão, também instituiu a exigência de certidão negativa.

O outro argumento de Humberto Ávila para admitir a derrota da regra diz respeito à segurança jurídica. Embora seja tradicional enxergar esse aspecto sob a ótica privada, e em face do Estado poderoso, o certo é que, nas relações creditícias, ainda que de natureza tributária, é preciso enxergar a *relação de administração* em pé de igualdade. Eu sei que não é isso o que ocorre, pois a legislação confere várias vantagens à Fazenda Pública. Todavia, não se pode negar à Fazenda Pública certa previsibilidade no seu direito de crédito. Se o fundamento da existência de uma regra jurídica (como a do art. 57), é a de assegurar a segurança jurídica, o que está ocorrendo, atualmente, com a jurisprudência sobre o assunto, vai em sentido contrário. O episódio envolvendo a Reclamação Constitucional nº 43.169, com a concessão de liminar pelo Presidente do STF, depois cassada pelo relator, é exemplo candente da insegurança que ronda o assunto; não há segurança jurídica de mão única. A discussão sobre o artigo 57, desde a vigência da Lei 11.101/05, é um tormento para os empresários e para o Estado. Sob essa ótica, parece que o artigo 57 não é suscetível de derrota.

Destaco que, até aqui, falei da distinção entre regras e princípios; que, para expressivo setor da doutrina, somente os princípios podem ter o balanceamento por meio da ponderação e que as regras, por meio da subsunção, ou são aplicadas ou não o são. Mesmo para a doutrina que admite a ponderação de regras, somente em circunstâncias especiais isso pode ocorrer. No teste para a superação da regra, admitido por H. Ávila, o artigo 57 não foi derrotado.

Pois bem. Derrotabilidade²⁴, tradução de *defeasibility*, contém a ideia de que

²⁴ . Jorge L. Rodriguez y Germán Sucar, em *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, p. 1, nota 2, dizem que derrotabilidade não é uma palavra muito atrativa,

a norma jurídica pode ser superada²⁵, isto é, não aplicada. Um autor, de modo direto e sem rodeios afirma: a derrotabilidade admite a “existência de decisões *contra legem*”²⁶. Em linguagem prudente outro autor²⁷ diz que derrotabilidade “deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções que não podem ser previstas e enumeradas exaustivamente para todos os casos futuros”.

Quando Herbert Hart, em 1949, falou em derrota da norma, e inaugurou²⁸ a discussão a respeito desse assunto, ele se referia aos requisitos do contrato e às defesas que poderiam levar à derrotabilidade em razão da nulidade ou anulabilidade do contrato. Na linguagem desse autor, ao lado da verificação dos requisitos do contrato, é preciso aprender o que pode seguir à palavra “*unless*” (a menos que; no exemplo do autor, nulidade ou anulabilidade), que é uma característica importante do conceito legal. Assim, “Se A, então B”, a menos que “C” ou “D”, sendo certo que “C” ou “D” representariam exceções. Um dos exemplos que ele dá é o da coação.

Para usar exemplos de nosso direito, o contrato é válido se observados os requisitos do artigo 104 do Código Civil, exceto se presente o vício descrito nos artigos 151-155 do mesmo Código. Nessa linha de argumentação, poderíamos também dar o exemplo do homicídio. Se A mata B, segue-se a reclusão, exceto se houver legítima defesa²⁹ ou outra excludente de ilicitude.

mas é melhor do que superabilidade. Na língua inglesa, o verbo *defeat* dignifica “To annul or render (something) void”, cf. Black’s Law Dictionary. Os teóricos não têm usado a palavra anular ou anulabilidade.

²⁵ . Por isso, um autor como Humberto Ávila, fala em *superabilidade* da norma.

²⁶ . Thomas Bustamente, *Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios*. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33, 2010, p. 105.

²⁷ . Carsten Bäcker, *Regras, princípios e derrotabilidade*, Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 102, p. 60.

²⁸ . *The Ascription of Responsibility and Rights*. Meeting of the Aristotelian Society. Baixado de academic.oup.com. Após falar dos requisitos do contrato, diz o autor: “For these conditions, although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can *defeat* a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. That is the student has still to learn what can follow on the word “ unless ” which should accompany the statement of these conditions. This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English. The words “ conditional” and “ negative ” have the wrong implications, but the law has a word which with some hesitation I borrow and extend : this is the word “ *defeasible*” used of a legal interest in property which is subject to termination or “ *defeat*” in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense then, contract is a defeasible concept” (p. 175).

²⁹ . No livro *O conceito de direito*, p. 173, Herbert Hart dá esse exemplo, para considerar a legítima defesa uma exceção. O tipo penal descreve uma conduta que contém um valor (bem jurídico protegido). A norma da legítima defesa é uma norma permissiva, e “as normas incriminadoras e permissivas constituem um todo, com sinais valorativos contrários” cf. Miguel Reale Júnior, *Código penal comentado*. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 102. A tipicidade, como diz o autor, tem uma face positiva (ação praticada conforme descrição da norma incriminadora) e negativa (ausência de causas de justificação). Na minha opinião, a norma nulificante do contrato, ou excludente da ilicitude não são exceções. São normas que integram o tipo.

Hart falou em derrotabilidade do contrato; os autores, em geral, falam em derrotabilidade de norma, por meio de exceções, que podem estar expressa ou implicitamente previstas no ordenamento jurídico.

Para Neil MacCormick³⁰, uma regra segue o padrão *atos operativos* (FO) e *consequência normativa* (CN), obedecendo à seguinte forma: *Se FO, então CN*. Embora lembre que regra assim estruturada deve, para alguns, ter aplicação absoluta e invariável sob pena de se cair “em mero fingimento ou em hipocrisia”, ele distingue três tipos de regras: a) de aplicação absoluta; b) de aplicação estrita; c) de aplicação discricionária (irrelevante para esta coluna).

A regra de aplicação *absoluta* é a regra da matemática ou do jogo de xadrez; a regra de aplicação *estrita* é aquela que admite, ocasionalmente, a presença de circunstâncias relacionadas com valores que ela protege de uma maneira tal que esses valores se veriam consideravelmente afetados se se invocar o consequente da regra. Para resolver o problema, surgem as exceções. Porém, as exceções decorrem de poder conferido à autoridade que decide.

Diz o autor que “À *pessoa encarregada* de aplicar a regra e de administrar a atividade na qual a regra é aplicável, *se lhe atribui* certo grau de discricionariedade *guiada para fazer exceções*, ou para preterir a regra em casos especiais ou muito especiais”. De maneira expressiva, diz que “A regra, segundo o seu espírito, não deveria ser aplicada; porém, segundo a sua letra, deveria ser aplicada”.

Neil MacCormick explica que entre os extremos das regras de aplicação absoluta e as regras de aplicação discricionária, a distinção para com as regras estritas não está no conteúdo delas. São normas de segundo nível, “estabelecendo os termos da autoridade ou do poder de quem decide”, que autorizam a solução. Por outras palavras: atribui-se ao juiz poder de fazer exceções ou de afastar a regra em casos especiais.

Outro autor (entre muitos outros) que tratou do assunto foi o norte-americano Frederick Schauer³¹, que afirma ter a derrotabilidade origem especialmente em Aristóteles. No âmbito da *common law*, a jurisdição da *equity* (em declínio, segundo o autor), tem o poder de deixar de lado a regra legal “in the service of justice”, e esse fenômeno é chamado de “exceção à existência da regra”. Mesmo na jurisdição da *equity*, se qualquer injustiça for condição suficiente para a decisão equitativa, então, diz o autor,

³⁰. Instituciones del Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 46.

³¹. Is defeasibility an essential property of law?, disponível em <http://ssrn.com>. O autor se refere à Ética a Nicômaco, da qual transcreve um trecho. Na edição brasileira da Nova Cultural, coleção *Os Pensadores*, Aristóteles, volume II, 1991, o excerto está na página 96.

um regime de regras equivale a um “regime of no rules”.

Diante das lições desses teóricos do direito, temos: **a)** a derrota da regra depende de uma cláusula de exceção (Hart); **b)** a derrota da regra depende de se conferir discricionariedade à autoridade encarregada de aplicar a lei (MacCormick); **c)** a derrota da regra, em nome da justiça, equivale a um regime sem regras (Schauer).

Há cláusula de exceção ao artigo 57 da Lei 11.101/05?; há o que Hart chamou de previsão *unless*? Há poder discricionário outorgado ao juiz para superar regras quando entender conveniente? É possível invocar a justiça para dispensar o devedor de apresentar certidão negativa de impostos?

Parece-me que as respostas às duas primeiras questões são muito fáceis, e são negativas. Não há, em nosso ordenamento, implícita ou explícita exceção à exigência de apresentação de certidões negativas após a aprovação do plano de recuperação judicial (lembre-se do exemplo da exceção de nulidade do contrato; ou da legítima defesa como exceção do homicídio; mais adiante, contudo, vou arrolar algumas hipóteses que podem ser consideradas exceção); nem consta outorga de poder discricionário ou certa margem de liberdade ao juiz do processo de recuperação, que, como diz a jurisprudência, apenas procede ao controle de legalidade do plano de recuperação e do procedimento mesmo. O teor do art. 57 não dá margem de discricionariedade.

É mais delicada a resposta ao argumento de justiça. Caso toda decisão tenha por fundamento o sentimento de justiça, não teremos regras, diz Schauer. Todavia, o elemento justiça jamais pode ser esquecido na seara do direito. Como diz José Reinaldo Lima Lopes³², a *justiça é o sentido do direito*. É este mesmo autor que distingue entre a justiça do legislador (geral ou legal, e para o futuro) e a justiça do juiz (particular, com vistas ao passado). Não vou me estender sobre o assunto, senão dizer que a ação humana, voluntária, de não pagar impostos, é conhecida do legislador, que fez justiça para o futuro cuidando de estabelecer a exigência do art. 57 e, de modo mais vigoroso no art. 191-A do CTN.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a dispensa na apresentação de certidão negativa de tributo vai representar, em razão de sua posição no sistema jurídico brasileiro, uma justiça para o futuro, pois o artigo 57 será letra morta (sem declaração de inconstitucionalidade); vai representar, também, o descompromisso para com o Poder Legislativo, que pode ferir a integridade do direito.

No RESP sobre discussão de honorários foi citada a doutrina de Carsten

³² . *Curso de filosofia do direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2022, p. 285 e seguintes.

Backer. No trabalho deste autor³³ há referência a outros dois autores (os filósofos conversam muito entre eles) Hage e Peczenik, que afirmam: “A única exceção a um princípio é a existência de uma regra que regulamenta o caso”. Se uma regra se aplica a um caso, os princípios tornam-se irrelevantes. Pode-se dizer, então, que, no âmbito da Lei 11.101/05, o princípio da preservação da empresa (art. 47) vem acompanhado da regra do artigo 57. Nesse sentido, o artigo 47 (princípio) é derrotado pelo artigo 57 (regra), que é uma exceção ao princípio.

Em brevíssima análise crítica do RESP 1.864.625, cabe dizer que a alegada dificuldade (não esclarecida em que sentido) para a apresentação da certidão negativa não serve de justificativa para desprezar a opção do legislador; o princípio da proporcionalidade deve ser examinado à luz de norma constitucional, e não no confronto com norma de mesma hierarquia, no mesmo diploma normativo; é preciso respeitar o princípio democrático e prestar vênias às opções do legislador; somente o STF, no controle de constitucionalidade, quando atua como legislador negativo, pode retirar norma do ordenamento jurídico, ou proceder à interpretação conforme, legislando para o futuro; faltou demonstrar que, no caso concreto, o artigo 57 não tinha peso suficiente para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira, pois a ponderação é casuística e não elimina a norma do ordenamento jurídico. A maneira como está atuando o STJ leva à derrogação do art. 57 da Lei 11.101/05.

O uso de dizer que, na posição em que se encontra o Superior Tribunal de Justiça, ele não está revestido da prerrogativa de derrotar regra jurídica, pois isso equivale à retirada da norma do ordenamento jurídico, sem que essa Corte esteja investida de autoridade para tanto³⁴; tal proceder equivale a retirar competência do STF.

Caso se pretenda estabelecer, casuisticamente, exceções para a derrota do artigo 57, creio que isso só pode decorrer de circunstâncias fáticas, que à justiça ordinária compete examinar. Imagino, talvez contraditoriamente, algumas situações:

- a) caso o plano de recuperação preveja, exclusivamente, carência, deságio e parcelamento, é possível dispensar as certidões, pois, nessa hipótese, nenhum prejuízo sofre a Fazenda Pública. Antes, como a empresa sairá fortalecida do processo, com menos dívidas privadas para pagar, sua capacidade de pagamento da dívida pública aumenta. Considere-se, ainda, que, a rigor, o fluxo de recursos destinado ao pagamento da dívida

³³ . Ob.cit., p. 76. Os autores citados são Hage e Peczenik, *Law, Morals and Defeasibility*, p. 310.

³⁴ . Não vou ingressar na discussão sobre o artigo 489, § 2º, do CPC. Para acerbas críticas a esse dispositivo, ver Lenio Streck, in <https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>.

privada terá considerado o fluxo de recursos destinado ao pagamento da dívida pública (os credores privados devem fiscalizar isso). Não há, nessa hipótese, diminuição patrimonial que possa causar alguma espécie de risco ao credor público; em nenhuma medida o crédito público é afetado;

- b) caso o plano de recuperação preveja, preponderantemente, a conversão de dívida em capital, além de deságio, carência e parcelamento. Nessa hipótese, o que de relevante ocorre é a alteração da composição societária, e, para a Fazenda Pública, é irrelevante quem seja o sócio da sociedade recuperanda. A conversão de crédito em capital social é a aposta do credor na empresa. Não há, nessa circunstância, prejuízo à Fazenda Pública, que pode ser beneficiada com a nova administração que, por certo, será implementada com os novos sócios. A mudança de dono dá uma nova esperança a todos, inclusive à Fazenda Pública, que não experimenta qualquer espécie de dano;
- c) caso o passivo da empresa em recuperação seja composto, principalmente, por dívida trabalhista, a certidão pode ser dispensada. Isso decorre da primazia, com ou sem insolvência, do crédito trabalhista sobre o crédito tributário, como lembrado pelo Professor Cassio Cavalli³⁵;
- d) caso o plano de recuperação preveja a alienação de ativos, é preciso verificar o destino dos recursos obtidos. Caso eles sejam usados exclusivamente para o pagamento dos créditos trabalhistas, ainda aqui não haverá razão para a exigência de certidão negativa de tributo, dada a primazia, em qualquer circunstância, com ou sem insolvência, do crédito trabalhista sobre o crédito tributário;

Nesses casos, não há, acredito, ofensa ao “valor subjacente à regra”, para usar as palavras de Humberto Ávila, e, por isso, é possível ao juiz dispensar a apresentação de certidões negativas. Em essência, trata-se de interpretação teleológica, ou método teleológico objetivo, que deve ser tratado como uma exceção³⁶. Ademais, esses exemplos fogem do subjetivismo.

É evidente, de outro lado, que a alienação expressiva do patrimônio para a

³⁵. Para maiores detalhes deste relevante aspecto, consultar o excelente *Levando as preferências creditórias a sério – A suspensão das execuções fiscais contra empresa em recuperação judicial e a jurisprudência das Cortes Superiores*, disponível em www.cassiocavalli.com.br. Acesso em 10/10/2022. Em parte, eu me inspiro nesse trabalho.

³⁶. Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner, *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro, Contraponto, 2016, p. 75-76.

satisfação de créditos quirografários, por exemplo, causará dano ao credor público, que experimentará o esvaziamento da execução fiscal³⁷. Nessa circunstância, o artigo 57 é rigorosamente inderrogável, e só pode ser superado pela inconstitucionalidade de que está viciado, conforme escrevi em outro lugar. Por essa razão, ponho-me de pleno acordo com esta ementa do RESP 1.279.525: “Sem declaração de inconstitucionalidade, as regras da Lei nº 11.101/05 sobre as quais não existem dúvidas quanto às hipóteses de aplicação, não podem ser afastadas a pretexto de se preservar a empresa”³⁸.

Para finalizar esta coluna, quero lembrar que o artigo 57 da Lei 11.101/05 é uma previsão heterotópica no âmbito de um procedimento destinado a reestruturar dívidas de empresas; como dispositivo heterotópico, em que a Fazenda Pública age como *free rider*, ela não se mistura aos credores privados. Ela não quer discutir ao lado dos credores privados. Ela quer um caminho próprio, exclusivo, só para ela.

Não obstante ela não queira discutir sua dívida ao lado dos credores privados, ela se põe em meio a eles dizendo: a negociação entre vocês, credores privados, só pode ocorrer se o devedor negociar comigo também. Mais ainda: essa negociação comigo deve ser positiva e estar documentada em uma certidão. Sem isso, é inútil qualquer negociação entre vocês, entes privados; é ineficaz qualquer conversa positiva entre vocês se não houver conversa positiva comigo. Há um bloqueio da vida privada, cuja negociação entre os agentes econômicos fica vinculada à negociação com a entidade pública. Enquanto a dívida fiscal se acumula, a Fazenda toma ou não providências de cobrança; quando a dívida privada torna-se pública, por meio do processo de recuperação judicial, a Fazenda aparece querendo se aproveitar da negociação.

Como estamos nos aproximando do campeonato mundial de futebol, permito-me dizer que pode até parecer aquela coisa de criança mimada, dona da bola

³⁷ . A jurisprudência, no intuito de proteger a empresa devedora, acabou por criar uma situação insólita, pois, não obstante a concentração dos atos expropriatórios no juízo da recuperação tenha muita lógica, a verdade é que isso acabou por deixar o crédito público desprotegido. Esse problema precisa ser corrigido.

³⁸ . Essa é a lição de Humberto Ávila, no artigo “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, p. 15: “No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional”; muito menos pulando para um princípio infraconstitucional, acrescento eu. Ávila segue Robert Alexy, para quem um conflito de regras é solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida, cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 92.

de futebol, que, se não joga, não deixa jogar com a sua bola. A Fazenda Pública não joga o jogo da recuperação judicial e não deixa jogar.