



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO

FRANCISCO ERASMO FERREIRA DA COSTA FILHO

**REFLEXÕES SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA PARA
PROPOR A DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA EM RAZÃO DO CRÉDITO
TRIBUTÁRIO**

FORTALEZA

2015

FRANCISCO ERASMO FERREIRA DA COSTA FILHO

REFLEXÕES SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA PARA
PROPOR A DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA EM RAZÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

C837r Costa Filho, Francisco Erasmo Ferreira da.
Reflexões sobre a legitimidade ativa da Fazenda Pública para propor a decretação de falência em razão do crédito tributário / Francisco Erasmo Ferreira da Costa Filho. – 2015.
101 f. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.

Área de Concentração: Direito Tributário e Direito Falimentar.
Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

1. Falência - Brasil. 2. Crédito tributário – Brasil. 3. Execução fiscal - Brasil. I. Machado Segundo, Hugo de Brito (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 347.736

FRANCISCO ERASMO FERREIRA DA COSTA FILHO

REFLEXÕES SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA PARA
PROPOR A DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA EM RAZÃO DO CREDITO TRIBUTÁRIO

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para a obtenção de grau de Bacharel
em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando em Direito Isaac Rodrigues Cunha
Universidade Federal do Ceará - UFC

A Deus.

Aos meus amados pais Erasmo e Ivanilda.

À minha avó Francisca

Às minhas queridas irmãs Vívian e Lívia.

À minha namorada Debora.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente sou grato a Deus misericordioso pelo dom da vida, por me ter proporcionado belas experiências, que me fizeram amadurecer e superar, dignamente, todos os obstáculos, e por todas as condições que a mim foram concedidas para alcançar meus objetivos.

Agradeço aos meus pais pelo apoio e suporte incondicionais, que sempre me fizeram prosseguir diante das dificuldades. Agradeço-lhes pela minha formação como ser humano, pela honradez, respeito e compreensão, que lhes são próprios e fazem parte de minha personalidade. Agradeço, por fim, ao amor e carinho dispensados de forma diária, diretamente responsáveis pela minha felicidade.

Dedico o encerramento deste ciclo a toda a minha família, em especial às minhas irmãs Ana Vívian e Ana Lívia, aos meus tios Vilanir e Jorge, às primas Mariana e Cecília e à querida Marinalva e ao seu pequeno filho Gabriel, pelas palavras fraternas e por todos os momentos em que estiveram presentes na minha trajetória e que marcaram, de maneira importantíssima, minha vida, guardando espaço dileto em meu coração.

À minha namorada Debora, pelo carinho, atenção e companheirismo usuais, que me fizeram tornar um homem completo e mais feliz. Agradeço a ela pela força e incentivo durante esta caminhada, pelas risadas e por todos os momentos maravilhosos que vivemos juntos, que notadamente foram únicos e incomparáveis.

Aos amigos da Faculdade de Direito da Universidade de Fortaleza, principalmente aos colegas Bruno Norões, Caio Batista, Eduardo Bezerra, Gabriel Benício, Lucistênio Rodrigues Júnior e Rodolfo Ponte, cujas memórias guardo carinhosamente comigo, durante o primeiro ano de graduação.

Aos estimados amigos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, especialmente às Turmas 2016.2 e 2015.2 e aos colegas da Associação Atlética da FD, cuja convivência cotidiana foi responsável por prazerosos momentos a partir do terceiro semestre até a presente data.

Ao Professor Hugo de Brito Machado Segundo, por ter gentilmente aceitado a tarefa de orientar-me neste trabalho e por tê-lo feito com extrema cordialidade e respeito, dignos de um verdadeiro mestre do saber, e ao Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho e ao Mestrando Isaac Rodrigues Cunha, pela disponibilidade e prontidão em aceitarem compor a banca examinadora.

A todos, por fim, que contribuíram, direta ou indiretamente, para esta conquista.

“Para cultivar a sabedoria, é preciso força interior. Sem crescimento interno, é difícil conquistar a autoconfiança e a coragem necessárias. Sem elas, nossa vida se complica. O impossível torna-se possível com a força de vontade.”

(Dalai Lama)

RESUMO

A Lei nº 11.101/05, vigente diploma falimentar, remodelou a insolvência empresária e instituiu a manutenção da empresa viável como objetivo prioritário ante a crise das atividades. Com a revisão da antiga concordata, priorizou-se fomentar a preservação das empresas em dificuldade, em razão dos benefícios socioeconômicos decorrentes de sua continuidade no mercado, caracterizando a chamada função social da empresa. No entanto, em situações em que a viabilidade negocial é afetada, bem como em função da realização de atos danosos, causadores de prejuízos ao Estado e à coletividade, outro caminho não se demonstra necessário como a falência. Tendo em vista o inciso IV do Art 97 da novel Lei de Recuperações expressamente dispor que qualquer credor está legitimado a propor a decretação de falência do devedor insolvente, buscar-se-á, neste trabalho, desconstituir a sedimentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que falece à Fazenda Pública legitimidade e interesse jurídico na decretação de quebra das sociedades empresárias insolventes. Para isto, considerar-se-á que, com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 118/05 ao Código Tributário Nacional, o Fisco deve figurar no rol dos legitimados ativos para postular a falência, em respeito ao dever fundamental de pagar tributos, à importância do regime falimentar para a efetividade do Sistema Tributário Nacional e à Livre Concorrência.

Palavras-chave: Crise na empresa. Recuperação da empresa viável. Falência. Fazenda Pública. Legitimidade ativa. Interesse jurídico.

ABSTRACT

The 11.101/05 law, actual bankruptcy legislation, remodeled the business insolvency and established the maintenance of viable companies as a priority faced with the activities' slump. With the revision of the old bankruptcy decree law, the aim is to promote the preservation of firms in difficulty, due to the socio-economic benefits of keeping them in the market, featuring the known social function of the company. However, in situations where the business viability is affected as well when harmful acts are performed, causing damages to the State and the community, there is no way out unless bankruptcy. Considering the section IV of article 97 of the new Recovery Law, which explicitly stipulate that any creditor is legitimate to propose the declaration of bankruptcy of the insolvent debtor, it will be stated and opposed, in this following academic essay, the legal precedents of the Federal Superior Court of Appeals which stands up for the illegitimacy and lack of legal interest of the Federal State to request the insolvent business companies crack. Therefore, with the changes introduced by Complementary Law No. 118/05 in the National Tax Code, the Public Treasure must appear on the active legitimated list to postulate the bankruptcy, in respect of the basic requirement to pay taxes, the bankruptcy regime's importance for the National Tax System effectiveness and the Free Competition.

Keywords: Business depression. Recovery of viable companies. Bankruptcy. Public Treasure. Standing to Sue. Juridical Interest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONCEITUAÇÃO, ORIGENS HISTÓRICAS E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO FALIMENTAR	12
2.1 Insolvência empresária.....	16
2.2 Função e princípios da falência.....	17
2.3 Causas para a instalação da falência.....	22
2.3.1 <i>Impontualidade</i>	22
2.3.2 <i>Execução frustrada</i>	24
2.3.3 <i>Atos de falência</i>	24
2.4 Defesa do devedor na postulação da falência.....	27
2.4.1 <i>Contestação</i>	28
2.4.2 <i>Depósito elisivo</i>	29
2.4.3 <i>Pedido incidental de recuperação judicial</i>	30
2.4.4 <i>Revelia</i>	31
2.5 Legitimidade para a ação falimentar.....	32
3 A CONTROVÉRSIA SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA NA POSTULAÇÃO DA FALÊNCIA	33
3.1 O crédito tributário: conceituação e natureza jurídica.....	44
3.2 Certidão de dívida ativa.....	46
3.2.1 <i>Protesto da certidão de dívida ativa</i>	48
3.3 A Execução Fiscal e o procedimento de falência.....	51
4 POSSIBILIDADE DE A FAZENDA PÚBLICA REQUERER A FALÊNCIA	58
4.1 Corrente desfavorável.....	58
4.2 Corrente favorável.....	64
4.3 Relativização do princípio da conservação da empresa.....	69
4.4 O respaldo à livre concorrência como justificativa para a postulação de falência.....	74
4.4.1 <i>O caso American Virginia e o Supremo Tribunal Federal</i>	79
4.5 O concurso material de credores e o interesse público na decretação de falência em razão da limitação dos créditos trabalhistas.....	86
5 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	96

1 INTRODUÇÃO

Desde que o Direito passou a consagrar a responsabilidade patrimonial do devedor insolvente, estabeleceu-se o arcabouço normativo da execução concursal, na qual todos os credores deverão ser reunidos em um único processo, ao invés de se submeterem a uma execução individual, em obediência ao princípio da *par conditio creditorum*, brocardo que sedimenta o tratamento isonômico aos credores.

Imperioso se faz destacar, no entanto, que o ordenamento jurídico brasileiro aplica a execução concursal ao devedor insolvente qualificado como empresário, seja individual ou sociedade empresária, nos termos dos artigos 966 e 982 do Código Civil, sendo o procedimento regulado pela Lei nº 11.101/05, ressalvadas as hipóteses legais. Tal realidade os diferencia do regime jurídico dos devedores civis, regulado pelos artigos 711 a 713 do Código de Processo Civil, a saber o concurso de credores. Logo, a execução concursal do devedor empresário pode ser conceituada de falência ou quebra.

A insolvência, numa mudança de paradigmas ao longo do tempo, passou a ser considerado inerente ao risco empresarial. Constatou-se que a permanência da atividade empresarial traria mais benefícios socioeconômicos, dadas suas especificidades de gerar amplo conjunto de relações jurídicas no seu exercício. Notório que o potencial de circulação de riquezas, de geração de postos de trabalho e de produção e distribuição de bens e serviços, faz que a cessação de uma atividade empresarial provoque repercussões em diversas searas da sociedade, o que ressalta, por conseguinte, a necessidade da intervenção do Estado no domínio econômico das empresas.

O respeito à liberdade de escolha, à livre concorrência, aos direitos do consumidor, ao dever constitucional de pagar tributos, à regulação dos bens postos no mercado e ao bem-estar social justificam a interferências do Fisco em períodos de dificuldades econômico-financeiras da vida empresária, à luz da teoria da empresa.

Nesse sentido, a manutenção da atividade empresarial que não tenha condições reais de recuperação deve ser relativizada, mormente pelo fato de que a viabilidade negocial deve significar a capacidade que a empresa terá de persistir cumprindo com suas obrigações, inclusive tributárias. Apesar do incentivo à reorganização do negócio, deve-se, também, haver a preocupação em coibir atos de risco econômico e moral, como o enriquecimento ilícito, a fraude contra credores, a dissolução irregular de empresas e o desrespeito à livre concorrência.

A sociedade empresária que não seja capaz de saldar seus débitos fiscais desempenha papel negativo no livre mercado, causando concorrência desleal no cenário econômico brasileiro, em virtude da evasão fiscal. Assim, nestes casos, verifica-se de fundamental importância interpretar a atual lei de falências em favor dos interesses da Fazenda Pública, a fim de examinar se esta pode ou não postular a decretação da quebra, quando inexistir atividade empresarial a ser preservada, em consonância com a ordem econômica.

Ressalte-se que, muito embora o inciso IV do Artigo 97 da nova Lei de Recuperações e Falências expressamente confira a qualquer credor a legitimidade ativa para pedir a decretação de falência do devedor insolvente, não há unanimidade em relação à temática pelo Superior Tribunal de Justiça, justificando a necessidade de ingressar na controvérsia ora existente no ordenamento jurídico, visto que a problemática é merecedora de uma investigação mais apurada, de forma a adentrar nos posicionamentos divergentes.

Analisar-se-á, portanto, se a Fazenda Pública detém legitimidade ativa e interesse jurídico para propor a quebra do devedor contribuinte, mormente numa realidade jurisdicional em que a Execução Fiscal, meio processual próprio e idôneo de cobrança do crédito tributário, é a principal responsável pelo congestionamento de ações executivas no País. Será debatido, ademais, se as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 118/05 no Código Tributário Nacional denotam que o Estado está materialmente sujeito ao concurso de credores, a despeito da regra insculpida no Art. 187 do CTN, o qual dispõe, em sentido oposto, que a cobrança judicial do crédito tributário não está sujeita a concurso de credores nem habilitação de falência, de modo que se torna necessário dedicar atenção ao tema enfocado.

O tema é desenvolvido em três capítulos, sendo os dois primeiros dedicados à introdução e à conceituação da temática, e o último ao enfrentamento de seu cerne propriamente dito. No primeiro capítulo, analisa-se o fenômeno da insolvência empresária e suas consequências no meio jurídico, apontando as principais características do direito falimentar. No segundo, examina-se a controvérsia sobre a temática reinante nos tribunais pátrios, trazendo aspectos gerais sobre o crédito tributário e a Execução Fiscal, a fim de fazer um paralelo entre este procedimento executivo e a falência. Por último, no terceiro capítulo, adentra-se o objeto precípua do estudo, explorando-se os posicionamentos divergentes sobre a matéria, para, ao final, serem apresentadas as conclusões.

Espera-se, com o presente estudo, estimular a discussão acerca do assunto supracitado, tendo em vista que gerar reflexões revela-se de grande valia para o amadurecimento da ciência do Direito.

2 CONCEITUAÇÃO, ORIGENS HISTÓRICAS E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO FALIMENTAR

O vocábulo falência tem sua gênese proveniente do verbo em latim “fallere”, que exprime faltar com o prometido, enganar, falhar, omitir.¹ Outrora, utilizava-se a expressão “quebra” para definir a falência, que, por seu turno, significava pobreza, ruína, falta de dinheiro.

Nos dizeres do doutrinador Waldemar Ferreira, “a falência é um processo destinado a realizar o ativo, liquidar o passivo e repartir o produto entre os credores, tendo em vista os seus direitos de prioridade, anterior e legitimamente adquiridos”.²

A falência, noutros termos, constitui um processo de execução coletiva, onde todos os credores do falido acorrem a um único juízo e, em um único processo, executam o patrimônio do devedor empresário. O instituto da falência passou, paulatinamente, por transformações significativas ao longo dos tempos, adquirindo, hodiernamente, uma vertente econômico-social, pautada na conservação da empresa.

Seu surgimento, no entanto, remonta à Roma antiga, período em que o devedor respondia por suas obrigações com a própria liberdade e, muitas vezes, com a própria vida. A garantia do credor era, destarte, a pessoa do devedor. Assim, este poderia tornar-se escravo do credor, bem como entregar-lhe parte de seu corpo como pagamento das dívidas. A finalidade precípua era punir o devedor em vez de satisfazer os legítimos interesses dos credores, consistentes no recebimento de seus créditos³. Com a introdução da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C., tornou-se proibido o encarceramento, momento em que o direito romano passou a consagrar regras de responsabilidade patrimonial dos devedores, isto é, seus bens deveriam servir de garantia aos credores⁴.

No Direito de Justiniano, com efeito, havia a previsão de uma execução especial contra o devedor insolvente: tratava-se da chamada *missio in possessio bonorum*, por meio da qual os credores adquiriam a posse comum dos bens do devedor, os quais passavam a ser administrados por um curador, o *curator bonorum*. A partir de então, os credores adquiriam o direito de vender os bens do devedor, com o intuito de saldar a dívida⁵.

¹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas e falência**. vol. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

² FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 122.

³ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falência**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 25.

⁴ LACERDA, J. C. Sampaio. **Manual de direito falimentar**. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 39.

⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.29.

Muitos romanistas divisam na Lex Julia (737 a. C) o assento do moderno Direito Falimentar⁶, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e o da *par conductio creditorum*.

Todavia, na Idade Média, quando o direito comercial começou a ser construído, sobretudo nas cidades italianas, é que o procedimento falimentar se desenvolve, mormente por considerar que o crédito passava a ser de interesse de todos e não apenas de duas figuras (credor e devedor). O concurso creditório passou a ser chancelado pelo Poder Judiciário, e os credores, para satisfazerem os seus créditos, habilitavam-se no juízo por onde se processava a arrecadação dos bens do devedor.

A despeito da maior ingerência do Poder Público e do deslocamento da responsabilidade do devedor para o seu patrimônio, ainda permaneceram as punições excessivas, e as regras aplicavam-se indistintamente a qualquer espécie de devedor, comerciante ou não.

Com a edição do Código Napoleônico, em 1807, que provocou uma mudança marcante no direito privado, influenciando notadamente o direito falimentar, passou-se a disciplinar um conjunto de regras especiais voltadas aos devedores insolventes que detinham a qualidade de comerciantes. Não se aplicavam as regras do direito falimentar, no *Code de Commerce* de Napoleão, para o devedor insolvente de natureza civil, mas, sim, as disposições constantes no regime jurídico geral, aplicável à quase totalidade das relações privadas.

Nesse viés, sob a influência dos ideais do liberalismo econômico (pós-Revolução Francesa), que repelia a existência de um direito pautado no corporativismo classista, cujos membros criavam suas regras e julgavam seus próprios conflitos, período que perdurou do século XI ao XVIII⁷, inovou ao reformular, de forma objetiva, a matéria a ele afeta ao adotar os atos de comércio como elemento regulador e caracterizador da atividade comercial.

A partir do século XIX, com o avanço da economia e da sociedade, a indústria trouxe a possibilidade de acumulação de riquezas, mediante o processo produtivo de larga escala. Em decorrência do dinamismo das práticas comerciais, a Teoria dos Atos de Comércio tornou-se incapaz de regulamentar e acompanhar a dinâmica do mercado. Como forma de sanar as incongruências do sistema anterior, nasce a Teoria da Empresa, pautada a delimitar o âmbito de incidência do regime jurídico comercial pela forma como é exercida aquela atividade, e não mais pelo indivíduo. O Direito Comercial, em sua terceira etapa evolutiva,

⁶ Entre eles, Agerson Tabosa Pinto, José Carlos Moreira Alves e José Cretella Jr.

⁷ RODRIGUES, Luiz Antônio Barroso. **Direito empresarial**. 2. ed. Florianópolis: UFSC; CAPES, 2012, p.19.

deixa de cuidar de determinadas atividades (as de mercancia) e passa a disciplinar uma forma específica de produzir ou circular bens ou serviços, a empresarial⁸.

O direito falimentar, acompanhando esse processo de mudanças, vê-se obrigado a adaptar-se a novos paradigmas, passando a ser analisado sob novas perspectivas. De fato, o desenvolvimento econômico vivenciado a partir da Revolução Industrial e acentuado progressivamente por meio da globalização trouxe relevantes alterações na conjuntura socioeconômica, o que exigiu do operador do direito uma completa reformulação dos princípios e institutos do direito falimentar⁹.

Depois da Primeira Guerra Mundial¹⁰, a crise no comércio estendeu-se por toda a Europa, obrigando os comerciantes a requererem judicialmente a falência. Normas de cunho social passaram a ser editadas, com o fito de manter as empresas no mercado. Cite-se como exemplo a Lei Alemã de 1935 e a Lei Italiana de 1942.

A ideia da insolvência como algo pejorativo e desonesto começa a ser vista sob novos horizontes, onde a superação da crise econômico-financeira é natural e inerente ao risco empresarial, pelo que a manutenção da empresa toma o lugar da nefasta decretação de falência.

O princípio da preservação da empresa trouxe o reconhecimento da sua função social, de modo a ressaltar os benefícios que a recuperação da empresa em crise teria, ao invés da sua imediata exclusão do meio mercadológico, sobretudo pela geração de empregos e circulação de riquezas dela proveniente.

É lícito salientar que tais modificações de entendimento influenciaram a reformulação, também, das legislações em diversos países. Não há, portanto, nos dias atuais, a preocupação em punir e criminalizar a conduta do devedor insolvente, mas sim de preservar a sua imagem e posição no meio empresarial, reservando a falência somente àqueles considerados sem perspectivas de recuperação.

O risco de fracasso empresarial deixa de ser considerado vexatório a fim de tornar-se elemento intrínseco à iniciativa, visto que há, em toda ação humana, uma esperança de sucesso e, ainda que não considerado, uma possibilidade de o risco se converter em infaustas empreitadas.

No Brasil, as regras falimentares foram sendo aplicadas desde o período de colonização, basicamente para regular os negócios mercantis e marítimos que a Coroa

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

⁹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial**. 2. ed. São Paulo: Jus Podium, 2008, p. 534.

¹⁰ ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito falimentar**. 4. ed. São Paulo: RT, 1993, p. 23.

Portuguesa detinha com os países europeus, o que fez com que os preceitos do Código Comercial francês fossem incorporados ao nosso ordenamento.

Com a atenção voltada às peculiaridades da nossa realidade econômica, entretanto, fora promulgado nosso Código Comercial em 1850. Por sua vez, o processo falimentar fora regulado à parte, no Regulamento nº 738.

O Código Comercial sofreu duras críticas dos comercialistas à época, tendo sido alterado apenas 40 anos depois, com a edição do Decreto nº 917/1890, que aboliu o sistema de cessação de pagamentos e adotou os sistemas da impontualidade e da enumeração legal como critérios de caracterização da insolvência do devedor¹¹.

Novas modificações do direito falimentar brasileiro corroboraram com a edição do Decreto-lei nº 7.661/1945. Este diploma legislativo regulou o procedimento da falência durante 60 anos, momento em que as transformações socioeconômicas advindas da globalização, na década de 80, começaram a ser sentidas com mais intensidade no cenário brasileiro, o que exigiu novamente uma reformulação da legislação falimentar nacional.

Após anos de tramitação no Congresso Nacional, deu-se origem à Lei nº 11.101/2005, cujo principal destaque é o princípio da conservação da empresa, cuja origem remonta, inclusive, à nossa Constituição Federal de 1988, que acolheu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como princípios jurídicos fundamentais.

A nova Lei de Recuperação Judicial e Falências trouxe diversas alterações, dentre elas, podemos apontar a criação do instituto da recuperação judicial, em detrimento da ultrapassada figura da concordata, o aumento do prazo para contestação, de 24 horas para 10 dias, a redução da participação do Ministério Público, a mudança na ordem de classificação dos créditos, a previsão de créditos extraconcursais e o fim do inquérito judicial para apuração do crime falimentar.

Ressalte-se, por oportuno, que o novo diploma falimentar busca dar mais celeridade ao procedimento, tornando-o menos denso e complexo. O novel regime procurou, portanto, dar destaque à economia processual, possibilitando trazer a satisfação dos créditos dos credores com mais rapidez, por meio da manutenção da empresa em atividade e da maximização dos ativos.

2.1 Insolvência empresária

¹¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *op. cit.* p. 536.

Ao longo do processo de evolução histórica do Direito, percebeu-se que a insolvência, normalmente repudiada pela sociedade, criava um desafio jurídico e econômico, visto que sobre o patrimônio de um único devedor concorrem as pretensões de diversos credores, sem que todos possam ser satisfeitos individualmente, o que causaria prejuízo aos demais.

A fim de realizar os objetivos de tratamento em igualdade de condições, respeitando-se uma ordem de preferência de seus créditos, por sua natureza, criou-se o mecanismo do concurso de credores, pelo qual se tentou solucionar o conflito de interesses dos credores entre si, cada qual desejoso de ter adimplido o seu crédito.

Isto é o que se entende por *par conditio creditorum*, princípio básico do direito falimentar. Os credores do devedor que não possui condições de saldar de forma integral as suas obrigações devem receber um tratamento parificado, dando-se aos que integram uma mesma categoria iguais chances de efetivação dos seus créditos.

As especificidades da atividade empresarial¹², bem como a sua dimensão e a capacidade de gerar um conjunto de relações jurídicas em virtude de seu exercício, justificam a insolvência empresária ser submetida a um regime próprio, distinto da insolvência civil.

Ademais, deve-se dar relevo à função da empresa desempenhada na sociedade. A empresa considera-se como bem jurídico a ser protegido não somente pelo interesse de seus sócios, mas de seus empregados, fornecedores, consumidores, investidores, do próprio Estado e, enfim, da coletividade que se beneficia, direta ou indiretamente, de suas atividades.

Foram constituídos norma e procedimento específicos para empresários e sociedades empresárias, entendidos na definição do Art. 966 do Código Civil de 2002¹³. Note-se que, embora o Art. 967 afirme ser obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis, o artigo 96, VIII, da Lei nº 11.101/2005, permite a decretação da falência do empresário que cancelou sua inscrição, com extinção da firma individual, quando haja prova do exercício posterior ao ato registrado, ou seja, quando, ainda que a empresa tenha sido extinta de direito, tenha sido mantida de fato.

Vale dizer, de toda sorte, que a possibilidade de que um empresário de fato (não inscrito) tenha a sua falência decretada desafia o intérprete/aplicador do direito.

¹² MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. vol. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

¹³ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

Há empresas, no entanto, que não se submetem ao regime da falência, tendo sua insolvência regida por norma específica, quais sejam: empresas públicas e sociedades de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de crédito, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores, esculpidas no Art. 2º da Lei nº 11.101/2005¹⁴.

Frise-se que tais agentes econômicos possuem leis específicas que disciplinam o tratamento jurídico de sua insolvência, sujeitando-os a um processo especial de liquidação extrajudicial. Citem-se, a critério exemplificativo, a Lei nº 6.024/1974, aplicável às instituições financeiras, e o Decreto-lei nº 73/1966, referente às seguradoras.

Temos, por conseguinte, que para se instaurar o processo de execução concursal denominado falência, é necessária a concorrência de três pressupostos: o devedor deve ser empresário, respeitadas as exceções e especificidades já comentadas, deve existir a insolvência e, por último, ter havido a sentença declaratória da falência, respeitado o devido processo legal. Dessa forma, não há a necessidade de prova da inferioridade do ativo em relação ao passivo para a instauração da execução por falência¹⁵, sendo suficiente, em verdade, que o empresário decaia nas previsões dos incisos I, II e III do art. 94 da Lei Falimentar.

2.2 Função e princípios da falência

Como visto, podemos entender a falência como o procedimento pelo qual se declara a insolvência empresarial e se promove a liquidação do patrimônio ativo, saldando, nos limites da força deste, o passivo do devedor falido.

¹⁴ Art. 2º. Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁵ 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: [...] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

A legislação falimentar tem por escopo atender a uma necessidade econômico-social, de forma a extirpar do mercado as empresas arruinadas financeiramente, no intuito de proporcionar a circulação de capital de maneira segura, assegurando a idoneidade das atividades. Significa dizer, destarte, que manter empresas inviáveis no meio empresarial¹⁶ transferiria o risco do negócio aos credores, o que seria inaceitável e desarrazoado.

Os propósitos da falência estão designados no Art. 75, *caput* da Lei Falimentar de 2005¹⁷, quais sejam: afastar o empresário de suas atividades, preservar a atividade empresarial, quando possível, e otimizar os bens tangíveis e intangíveis da empresa. No momento de decretação de falência, o empresário se afastará de sua atividade empresarial, em virtude do desapossamento de todos os seus bens e direitos. Não há, ressalte-se, a perda da propriedade, mas sim a privação da livre administração e disponibilidade dos bens até o encerramento da falência.

Este mecanismo propõe garantir tanto o recebimento do crédito pelos credores da massa falida quanto a manutenção dos postos de trabalho, quando houver viabilidade, pelo fato de que a nova administração visará ao bem comum e não permitirá a existência de atos que causem prejuízos aos credores.

Ao administrador judicial competirá a responsabilidade pela arrecadação, guarda, conservação e alienação antecipada ou não dos bens¹⁸, nos moldes do Art. 22, inciso III, da Lei nº 11.101/05. A sua tarefa primordial é organizar todos os conjuntos de bens, forças de trabalho, estrutura gerencial, marcas, nomes de domínio, patentes e recursos disponíveis em caixa, priorizando a maior arrecadação do ativo para o pagamento do maior número possível de credores da massa.

A falência deve ser considerada como instrumento de utilização excepcional, e seu objetivo não é atender vaidades, de modo que não deve servir de meio coercitivo para a satisfação do crédito, por desvirtuar a finalidade proposta pela citada normal legal.

¹⁶ PERIM JÚNIOR, Écio. **Curso de Direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 57.

¹⁷ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. [...] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁸ Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: [...] III – na falência: [...] f) arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o auto de arrecadação, nos termos dos arts. 108 e 110 desta Lei; g) avaliar os bens arrecadados; h) contratar avaliadores, de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa; i) praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores; j) requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa, nos termos do art. 113 desta Lei; [...] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 25 out. 2015.

Sérgio Campinho¹⁹ explica que a falência não deve ser utilizada como meio ordinário de obtenção pelo credor do cumprimento da obrigação assumida pelo devedor, mas sim, como remédio extraordinário que institui o concurso de credores sobre o patrimônio realizável do devedor comum, manifestada que seja a impossibilidade de satisfazer pontualmente seus compromissos.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ já firmou jurisprudência no sentido de que a ação de falência não pode ser utilizada como meio de cobrança²⁰, senão vejamos:

FALÊNCIA. INSTRUMENTO DE COAÇÃO PARA COBRANÇA DE DÍVIDAS. INCOMPATIBILIDADE. Não havendo real fundamento para o requerimento da falência, que, de procedimento indispensável à liquidação de patrimônio de empresa insolvente, transmuda-se em instrumento de coação para a cobrança de dívidas, a quitação do débito, descaracterizando o estado de insolvência, mormente quando comunicado ao juízo o desinteresse do credor único no prosseguimento do processo falimentar, impõe a extinção do processo. Recurso especial conhecido e provido. (RESP 399644/SP, Rel. Min. Castro Filho, Julgado em 30.04.2002, DJ 17.06.2002, pág. 259).

O entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça é de que a falência é apenas uma consequência drástica, não sendo possível a sua caracterização como um meio de cobrança daquele que pleiteia a falência em juízo. Isto porque há falta de interesse do credor para requerer a falência como meio de cobrança, e, assim, se o credor pede a decretação da falência como estas vistas, deve-se extinguir o processo sem julgamento do mérito.

É fundamental destacar que há doutrinadores que não compartilham do mesmo entendimento acima enfocado. É o caso de Fábio Ulhôa Coelho e André Luiz Santa Cruz, os quais afirmam que o indeferimento liminar da petição inicial da ação falimentar pelo juízo de primeira instância, quando este entender que o autor do pedido está querendo tão somente utilizá-lo como meio de cobrança, é equivocado, visto que não cabe ao juiz, ignorando a regra legal, retirar da parte o direito de uso da ação falimentar.

Oportuno apresentar a ressalva de que, se posteriormente o magistrado perceber que o pedido é infundado, denegará a falência, podendo ainda condenar o autor ao pagamento de perdas e danos, nos moldes do Art. 101 da Lei Falimentar.

Como a falência tem por objetivo primordial preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa, destacam-se, entre outros, dois

¹⁹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa – O novo regime de insolvência empresarial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial N° 399644/SP**, Terceira Turma, Relator: Ministro Castro Filho; Julgado em 30/04/2002; Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=399644&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 25 out. 2015.

princípios no direito falimentar moderno: o princípio da preservação da empresa e o da maximização dos ativos.

Humberto Ávila nos fornece, com sabedoria, a definição de princípio jurídico²¹:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Por sua vez, Roque Antônio Carrazza²² define o princípio jurídico como um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável o entendimento e a aplicação da normas jurídicas que com ele se conectam. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Estabelecem um fim a ser atingido. São nortes e bases para a aplicação das Leis.

Torna-se mister, para os operadores do direito que militam na seara empresarial, fixar os princípios que regem a Lei Falimentar. Traçar-se-ão sete princípios norteadores da falência, quais sejam: I) viabilidade da empresa; II) publicidade dos procedimentos; III) indivisibilidade do juízo falimentar; IV) universalidade do juízo falimentar; V) celeridade, eficiência e economia processual; VI) preservação da empresa viável; VII) maximização dos ativos.

Partindo do pressuposto que a empresa encontra-se numa situação econômico-financeira deficitária, a viabilidade se constitui na análise de diversos fatores (ativo, faturamento, nível de endividamento, relevância socioeconômica da atividade, etc.), e o plano de recuperação deverá ser aprovado pelos credores e apreciado pelo juízo onde se processa a recuperação judicial ou a falência. Após uma aferição completa de suas condições, concluir-se-á pela viabilidade ou não da recuperação da empresa. Se não for possível a execução do plano de recuperação judicial, a medida imposta será a de decretação de falência. Logicamente, a contrario sensu, a falência será indeferida se provada ser viável a recuperação.

Quanto à publicidade dos procedimentos, é válido destacar que a transparência dos atos a serem praticados tem o condão de permitir aos envolvidos tomarem ciência do que acontece no processo falimentar, em razão do conceito de previsibilidade, que impede de se tomarem medidas protelatórias no seu desenrolar. Por se tratar de procedimento que repercute

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

²² CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33.

não apenas na esfera jurídica do devedor, mas também na de todos os credores, a legislação falimentar procura dar ampla publicidade às suas decisões judiciais, principalmente à sentença que decreta a falência do devedor.

O terceiro princípio pode ser denominado como a *vis attractiva* do juízo falimentar, visto que a ele compete julgar todas as ações sobre bens e interesses da massa falida²³, consoante disposição do Art. 76 da Lei de Recuperação e Falências. Ao se afirmar que o juízo falimentar é indivisível, ressalta-se a necessidade de concentrar num único órgão jurisdicional as ações de interesse da massa, ante a necessidade de se evitar decisões contraditórias. Daí se retira, também, o juízo falimentar ser conhecido como uno ou universal, nos moldes do Art. 115 da Lei nº 11.101/05.

O quinto princípio, estampado no parágrafo único do Art. 75 do mesmo diploma falimentar, tem por intento privilegiar a condução rápida, apropriada e econômica do procedimento, uma vez que a demora no processo enseja a deterioração do patrimônio e sua perda de valor econômico. Busca-se salvaguardar os interesses da massa e de todos os envolvidos direta e indiretamente por meio de medidas menos burocráticas, garantindo ao credor o menor gasto possível na satisfação de seu crédito.

Em relação à preservação da atividade empresarial viável, é lícito afirmar que o resgate da empresa por intermédio de manobras técnicas, que comportem uma reorganização eficiente, traz benefícios tanto para os credores, na medida em que terão mais probabilidade de receber o que lhes é devido, como para a sociedade, que terá fonte de distribuição de receitas. A Lei Falimentar, por óbvio, não assegura a recuperação empresarial a qualquer custo. Salvar a empresa requer viabilidade, pois, caso contrário, esta não terá condições de perpetuar suas atividades, pelo que a falência deverá ser decretada.

Nesse jaez, evitando-se a desvalorização e deterioração no curso do procedimento falimentar, quando for realizada a venda dos bens, conseguir-se-á interessados em adquirir o estabelecimento empresarial do devedor, dando continuidade à atividade que ele desenvolvia, por um preço justo, o que também interessa aos credores, que se utilizarão do dinheiro arrecadado para quitar seus créditos, o que configura a preocupação com a maximização dos ativos.

²³ Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 25 out. 2015.

2.3 Causas para a instauração da falência

O estado falimentar do empresário caracteriza-se pela insolvência tomada em seu sentido jurídico, porém é imprescindível frisar que não é necessária a demonstração inequívoca, de forma contábil e matemática, da inferioridade do ativo frente ao passivo. Torna-se preciso, apenas, que o empresário enquadre-se nas previsões trazidas em lei.

Noutras palavras, para fins de instauração da execução por falência, a insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, isto é, entendida em sua concepção econômica, mas sim pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei, sendo indiferente a prova da inferioridade do ativo em relação passivo.

O Decreto-lei nº 7661/1945 adotava dois sistemas para a determinação da insolvência do devedor: o da impontualidade e o da enumeração legal. A sistemática foi mantida pela Lei nº 11.101/2005, em seu Art. 94, nas figuras da impontualidade injustificada, da execução frustrada e dos atos de falência.

2.3.1 Impontualidade

O sistema da impontualidade injustificada está previsto no inciso I do art. 94 da Lei de Recuperação e Falências, a qual prevê a possibilidade de decretação de falência do empresário quando ele, 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 salários mínimos na data do pedido de falência.

A impontualidade injustificada deve referir-se a uma obrigação líquida. Entende-se esta como a obrigação representada por um título executivo, judicial ou extrajudicial. Qualquer dos títulos que legitimem a execução individual, de acordo com a legislação processual, pode servir de base à obrigação a que se refere a impontualidade caracterizadora da falência, devendo apresentar-se como certo, líquido e exigível.

A certeza refere-se à existência da relação jurídica que ensejou a obrigação. Por sua vez, a liquidez demonstra a inequívoca comprovação do quantum devido. Por fim, exigível é quando a obrigação venceu.

Em face da gravidade do pedido falimentar, previu-se um valor de alçada para a dívida na data da protocolização, devendo ser este superior a 40 (quarenta) salários mínimos. Percebe-se, nesse ponto, uma tentativa do legislador de propor um desestímulo do uso da ação de falência como meio de cobrança de dívidas de pequeno valor, já que a insolvência presume

uma crise mais séria, e não um descompasso passageiro de iliquidez, pelo que, se a dívida for menor que quarenta salários mínimos, deverá o credor se utilizar da via executiva ordinária para receber seu crédito.

Não se exige, é verdade, que as obrigações refiram-se a um mesmo credor. Eles podem se reunir em litisconsórcio para perfazer o limite mínimo e pedir a falência com base na impontualidade, nos termos do §1º do Art. 94.

O pedido de falência fundado na impontualidade do empresário ou sociedade empresária deve ser instruído, por força do artigo 94, §3º, da Lei nº 11.101/05, com os títulos executivos, exibidos no original ou por cópias autenticadas se estiverem juntados em outro processo, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. Fica evidente que a única forma de demonstrar a impontualidade injustificada é o protesto do título, não se admitindo nenhum outro meio de prova, seja documental, pericial ou testemunhal.

Sendo assim, o título executivo deve ser levado a protesto, consoante a Lei nº 9.482/97. Se o título que representa a dívida for um título de crédito, entretanto, bastará o protesto cambial. Em contrapartida, se o título não comportar o protesto cambial, como uma sentença ou um contrato, deve ser tirado o chamado protesto especial para fins de falência.

Dispõe, ainda sobre o protesto de título para pedido de falência, a Súmula 361 do STJ: “a notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu”.

A Quarta Turma, no julgamento do Recurso Especial nº 683.230/MG²⁴, cujo relator foi o Ministro Fernando Gonçalves, discutiu sobre a obrigatoriedade da identificação do recebedor da notificação do protesto, sob pena de inviabilizar o pedido de falência, afirmando, no acórdão, os fundamentos *in verbis*:

[...] Com isto, impede-se qualquer alegação no sentido de que o aviso de protesto tenha que ser recebido por pessoa determinada, como por exemplo, o sócio, o diretor ou o representante legal da empresa, uma vez que a lei é clara, apenas exigindo a entrega, sem especificar quem deve receber o aviso, o que se justifica inclusive pela celeridade e pela necessidade de evitar, na vida mercantil, que se proteja a consumação do protesto, o que se faria facilmente com uma tal exigência [...]

Por fim, nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho²⁵, quando se fala em impontualidade injustificada, tem-se em mira a inexistência de relevante razão para o inadimplemento da

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 683.230/MG**, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 26/04/2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2347857/recurso-especial-resp-683230-mg-2004-0114266-0>>. Acesso em 27 out. 2015.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, p. 361.

obrigação líquida. Para o autor, se a obrigação estiver já prescrita, se inexistente ou nula, o seu inadimplemento não importará em caracterização da impontualidade ensejadora da falência. A própria lei sugere um elenco de hipóteses de impontualidade justificada²⁶, nos moldes do Art. 96 da Lei Falimentar.

2.3.2 Execução frustrada

O art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005 prevê a possibilidade do pedido de falência fundado em execução frustrada, ou seja, quando o empresário ou sociedade empresária é executado por quantia líquida, em qualquer valor, e não paga, não deposita ou não nomeia bens à penhora no prazo legal. Nesse caso, a execução deve ser encerrada, e o credor, munido de certidão judicial que ateste a verificação das ditas omissões, ingressa com o pedido de falência contra o devedor. O título, nesse caso, não precisa estar protestado e pode ter valor inferior a 40 salários mínimos.

Ressalte-se que, nesse caso, a ação de falência constituirá processo autônomo, e não mero incidente do processo de execução. A falência será requerida em ação própria e no foro competente. Assim, qualquer que seja o valor da dívida exequenda, o devedor poderá ter sua falência requerida, caso incorra na tríplice omissão acima apontada.

Com efeito, não significa dizer, todavia, que o devedor deve permanecer inerte, a fim de configurar o pedido de decretação de falência pela execução frustrada. Basta, para isso, pensar na hipótese em que o devedor executado nomeia bens manifestamente insuficientes à penhora, caracterizando também a execução frustrada, posto que não serviriam para o seu desígnio principal.

2.3.3 Atos de falência

²⁶ Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar: I – falsidade de título; II – prescrição; III – nulidade de obrigação ou de título; IV – pagamento da dívida; V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança do título; VI – vício em protesto ou em seu instrumento; VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do Art. 51 desta Lei; VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 26 out. 2015.

Por fim, o inciso III do Art. 94 traz uma relação de atos que, uma vez praticados pelo empresário ou pela sociedade empresária, permitem a decretação de sua falência. A construção do rol listado nas alíneas do citado artigo orienta-se pelo princípio da segurança das relações mercantis, princípio este que mantém lastros com os princípios da boa-fé e da probidade, bem como o da função social da empresa, motivo pelo qual quaisquer das práticas não serão consideradas se a empresa estiver cumprindo seu plano de recuperação judicial.

Deve-se considerar que estes comportamentos revelam aos credores, pressupostamente, a insolvência entendida como estado patrimonial do devedor empresário. Presume-se, desse modo, que o estado de insolvente prejudicará o recebimento de seus créditos. Conforme disposição do Art. 94, §5º, da Lei 11.101/05, o pedido de falência descreverá os fatos que caracterizam a prática do ato falimentar, juntando-se as provas que houver e especificando as que serão produzidas.

Na alínea “a”, prevê-se a situação do devedor que procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos. De fato, se o devedor se desfaz do seu patrimônio de forma precipitada, pode-se afirmar que isso pode revelar um possível encerramento das atividades sem obedecer às leis impostas. Por seu turno, a utilização de meios ruinosos ou fraudulentos para fazer pagamentos – como a contratação sucessiva de empréstimos a juros exorbitantes – expressa a grande dificuldade que o devedor empresário detém de manter-se com suas próprias forças. Há, nas duas situações, relevantes indícios de situação de insolvência do empresário ou da sociedade empresária.

Na alínea “b”, está prevista a situação do devedor que 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. Demonstra-se conduta temerosa do empresário com vistas a beneficiar-se da busca incessante pelo lucro em detrimento dos credores, de forma a não reservar bens suficientes para adimplir com suas obrigações, frustrando a expectativa de garantia dos credores, ou seja, o patrimônio da empresa. Nesse caso, o devedor pode estar claramente tentando livrar-se de bens que futuramente poderiam ser arrecadados pela massa de credores para o pagamento de seus créditos.

Na alínea “c”, a lei cuida do caso em que o devedor transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo. Além de o empresário lesar o recebimento do crédito pelos credores, independentemente da alienação ser direcionada a credor ou não, também

estará prejudicando o tratamento isonômico conferido pela Lei Falimentar aos credores de determinada classe.

O Código Civil brasileiro²⁷, em seu artigo 1.145, estabelece regras especiais para a validade do chamado contrato de trespasse, que é exatamente a transferência segundo a qual o alienante do estabelecimento deve guardar bens suficientes para solver o seu passivo ou então notificar os credores para que estes consentam com a venda. A legislação achou por bem, outrossim, punir a infringência do trespasse irregular do estabelecimento, considerando-o como ato de falência.

Segundo a alínea “d”, incorre em ato de falência o empresário que muda o local de seu estabelecimento com o intuito de fraudar a legislação, frustrar a fiscalização ou prejudicar credores. Previu-se a hipótese em que o devedor empresário simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor. Nesse caso, o empresário ou sociedade empresária transferem o seu principal estabelecimento para outra localidade com a nítida intenção de fugir de credores ou de dificultar a fiscalização tributária. Atesta-se uma conduta totalmente arditosa e reprovável por parte do empresário que dificulta sobremaneira o requerimento da falência pelos credores, visto que o juízo competente para a decretação da quebra é exatamente aquele em que se situa o principal estabelecimento da empresa, tomado como o lugar onde o empresário concentra e centraliza suas atividades e a administração do seu negócio.

Outra situação apontada pela lei de falências e recuperação de empresas, na alínea “e”, é a do devedor que dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo. Para tipificação desta hipótese de ato de falência, elegeu o legislador a instituição de garantia real em favor de um credor. É fundamental, entretanto, que esta se opere posteriormente à constituição do crédito. Não há ocorrência do tipo legal se esta e a garantia real são concomitantes. O fim de fraudar o *par conditio creditorium* é, portanto, quando ambos - a constituição do crédito e a garantia real - não são coincidentes.

De fato, se a dívida já havia sido contraída, não há motivo para o devedor dar ou reforçar garantia sobre ela. Isto só se tornaria interessante para o devedor na oportunidade da obtenção do crédito, em que ele precisa, eventualmente, barganhar a consecução de mais prazo para pagamento ou de juros menores, por exemplo. De toda sorte, seria razoável inferir,

²⁷ Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.

neste tipo de prática temerária, que o devedor empresário encontra-se em estado de insolvabilidade.

A alínea “f” trata do caso em que o devedor ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandonando o estabelecimento ou tentando ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento. A hipótese aqui descrita configura o que se denomina como abandono de estabelecimento. Tacitamente há a confissão da insolvabilidade por parte do devedor empresário pelo fato de sua fuga, sem deixar procurador para quitar e solucionar as dívidas pendentes.

Por fim, na alínea “g”, existe a previsão da circunstância em que o devedor deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. Se o devedor está em recuperação judicial, significa que este procura dar tratamento à crise econômico-financeira, com vistas a voltar ao mercado. Para isso, é imprescindível seguir estritamente o cumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, caso contrário, ficará claro que a decretação de falência se mostra como a alternativa plausível.

2.4 Defesa do devedor na postulação da falência

É válido destacar que a lei falimentar impõe ao próprio empresário insolvente o dever de pleitear a autofalência, quando não atender às condições legais para obter a recuperação judicial, como reza o Art. 105 da Lei de Recuperações e Falências. O descumprimento dessa premissa, todavia, não acarreta sanção alguma e, assim, pode-se afirmar que tal previsão na lei é ineficaz, já que dificilmente o empresário ou sociedade empresária requererá sua autofalência, mesmo na presença dos pressupostos legais.

A regra geral, com efeito, é o credor ter mais interesse na instauração do procedimento de execução coletiva, mormente pelo fato de que o pedido de quebra tem-se revelado como um eficaz instrumento de cobrança dos débitos. Não obstante afirmarem a maioria da doutrina e da jurisprudência em sentido contrário, o fato é que o credor, ao ajuizar o requerimento de execução coletiva, em função da impontualidade do devedor, por exemplo, quer mais o recebimento do que lhe é devido, sendo a decretação da falência do devedor o seu último intento.

Nessa toada, uma vez requerida a falência pelos credores, ainda que distante da realidade quotidiana do comércio, formulam-se quatro hipóteses de defesa para o devedor,

quais sejam: o promovido apenas contesta, contesta e deposita, somente deposita ou deixa transcorrer o prazo *in albis* sem contestar ou depositar.

O magistrado, na primeira circunstância, acolherá as razões da resposta, proferindo sentença denegatória da falência e condenando o requerente nas verbas de sucumbência. Não as acolhendo, deverá proferir a sentença então declaratória da quebra.

Na segunda alternativa de defesa, o juiz apreciará a contestação. Acolhendo as razões, deverá proferir a sentença denegatória da falência, condenando o requerente nas verbas sucumbenciais e em eventual perdas e danos, bem como determinará o levantamento do depósito pelo requerido. Em contrapartida, se as desacolher, profere igualmente a sentença denegatória da falência, mas imputa ao requerido os ônus de sucumbência e autoriza o levantamento do depósito em favor do requerente. Significa dizer, dessarte, que não há reconhecimento da procedência do pedido em razão do depósito elisivo, quando acompanhado da contestação.

Na terceira ocasião, em que o requerido só efetua o depósito, o juiz da falência proferirá a sentença denegatória, impondo a sucumbência e determinando o levantamento do depósito em favor do requerente. Dado que o depósito veio desacompanhado de peça contestatória, há, aqui, o mesmo efeito do reconhecimento da procedência do pedido.

Por outro lado, se o promovido deixar transcorrer o prazo sem contestar nem efetuar o depósito elisivo, o juiz deverá proferir a sentença declaratória de falência, a fim de instaurar a execução concursal do patrimônio do devedor.

É importante realçar que a lei não traz a previsão do depósito elisivo se o fundamento do pedido disser respeito à prática de atos de falência. Acredita-se, entretanto, que aquele pode também ser admitido quando o devedor praticar tais sequências de ações, tendo em vista que não haverá, logicamente, interesse na instauração do concurso de credores, se houver o depósito do valor dos respectivos créditos.

Finalizada a breve explanação sobre as possíveis defesas disponíveis ao devedor empresário, buscar-se-á, separadamente, elucidar cada ponto, conforme os tópicos abaixo relacionados.

2.4.1 Contestação

Uma das mais significativas mudanças trazidas pela Lei nº 11.101/2005 foi o aumento considerável do prazo para resposta do devedor, que era extremamente diminuto, de 24 (vinte e quatro) horas apenas.

Proposta a ação falimentar contra o empresário devedor, este será citado para defender-se, agora, no prazo de 10 (dez) dias. Poderá apresentar contestação com ou sem depósito elisivo e, caso for, conjuntamente com esta, apresentar o pedido recuperatório, exceção de incompetência, impedimento ou a suspeição do juízo²⁸.

Quando requerida por terceiros (credor, sócio da sociedade devedora, inventariante, etc.), o rito prevê a citação do empresário devedor para responder no prazo de 10 (dez) dias, nos moldes do Art. 98 da Lei Falimentar. Saliente-se que, contudo, a lei não prevê as figuras da reconvenção nem do reconhecimento da procedência do pedido.

Na contestação, o devedor poderá alegar qualquer das matérias previstas no art. 96 da LRF. Restará alegar, preliminarmente, matéria de ordem processual, esculpida no artigo 301 do Código de Processo Civil.

As defesas de mérito arroladas ficam restritas ao pedido de falência fundado na impontualidade e execução frustrada, não se aplicando na hipótese do pedido lastreado em atos de falência, porquanto, neste caso, o ônus da prova incumbe ao credor, cabendo ao devedor tão somente impugnar o pedido do autor, expondo as razões de fato e de direito.

Se o devedor for sociedade anônima, o §1º do art. 96 ainda reza que não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor.

Por fim, o §2º do art. 96 determina que as defesas nos incisos I a VI do caput deste artigo não obstam a decretação da falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere o limite previsto naquele dispositivo.

2.4.2 Depósito elisivo

No prazo para resposta, o devedor pode elidir, isto é, extinguir a falência, de forma a assegurar que o magistrado não decrete a quebra. A elisão se dá com o depósito em juízo do valor da dívida aduzida no pedido falimentar, com as devidas correções, acrescidas de juros e honorários advocatícios, conforme disposição do Art. 98, § único, da Lei nº 11.101/05²⁹ e da Súmula nº 29 do STJ³⁰.

²⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**; 5; ed; São Paulo: Atlas, 2010, p. 220.

²⁹ Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

Veja-se que a realização do depósito elisivo confere ao devedor a certeza de que sua falência não será decretada, mesmo que ele não apresente contestação e ainda que o pedido do autor seja julgado procedente. Neste caso, a falência será denegada, mas o valor do depósito será levantado pelo credor.

Observa-se que a lei prevê o depósito elisivo apenas para a impontualidade injustificada e para a execução frustrada. A grande parte da doutrina discute a possibilidade do seu cabimento quando da prática dos atos de falência.

Aos que se veem a favor da exclusão da lei, argumenta-se que houve, por parte do legislador, a inequívoca intenção de restringir o permissivo legal àqueles dois casos, bem como pelo fato de que, nas condutas descritas como atos de falências, a presunção de insolvência do empresário ou sociedade empresária independe da sua eventual impontualidade quanto às suas obrigações³¹.

Sem embargo, discorda-se dessa posição, porquanto se o devedor deposita o valor da dívida, acompanhada de seus acessórios, resta descaracterizado o estado de insolvência e, por conseguinte, não haverá guarida para a decretação de falência. Quem elide, demonstra que tem ativos suficientes para suportar aquele débito³².

2.4.3 Pedido incidental de recuperação judicial

No prazo de contestação, o réu de pedido falimentar poderá pleitear sua recuperação judicial (artigo 95 da Lei nº 11.101/05). A lei compreende o risco de crise econômico-financeira, própria das atividades negociais, refletindo o princípio da função social da empresa e o seu corolário direto, a preservação da empresa.

De fato, em face dos comportamentos incompatíveis, fundados na prática dos atos de falência, não deve ser concedido o pedido recuperatório em favor do devedor, uma vez que admiti-lo seria premiar a má-fé e a conduta desconforme com a probidade empresarial.

Em contrapartida desse entendimento, é lícito afirmar que somente empresas organizadas serão capazes de cumprir com as exigências impostas pela Lei Falimentar, pelo que não se justificaria a restrição dessa benesse ao devedor que tenha cometido atos de

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 29 – “No pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado”. Segunda Seção. Julgado em 09/10/1991, DJ 18/10/1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=false&l=10&i=521>>. Acesso em: 28 out. 2015.

³¹ Nessa linha de pensamento, encontram-se autores como Gladston Mamede e André Luiz Santa Cruz.

³² A favor da possibilidade de depósito elisivo com base nas condutas dos atos de falência, estão autores como Fábio Ulhôa Coelho, Manuel Justino Bezerra Filho e Waldo Fazzio Júnior.

falência, quando atendendo ao conteúdo da norma, reúne todas as condições para salvar sua empresa da ruína, mediante o pedido de recuperação judicial.

O pedido de recuperação será autuado à parte do processo de falência, porém distribuído por dependência em função deste. O réu protocolizará, no mesmo ato, petição na ação falimentar, informando o juízo da falência a respeito da propositura da ação de recuperação judicial e, de pronto, requererá a extinção do processo falimentar, sem a resolução de mérito.

Note-se que o devedor ainda não está falido, de modo que, na atual lei, ao contrário, a decretação de falência impede o devedor de obter o benefício da recuperação, nos moldes do Art. 48, I, da LRE.

Por derradeiro, como a extinção do processo falimentar decorrente do deferimento do plano recuperatório traduz um *favor debitoris*³³, não parece adequado afirmar a existência de vencedores ou vencidos na ação falimentar, motivo pelo qual não se daria azo à imposição de honorários sucumbenciais contra qualquer das partes. Por equidade, o devedor deverá arcar com as custas processuais antecipadas pelo autor do pedido falimentar.

2.4.4 Revelia

Pode-se definir a revelia como a ausência de resposta do réu contra a pretensão do autor. No processo falimentar, uma vez citado o devedor e transcorrido *in albis* o prazo para defesa, reputar-se-ão como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, consoante disposição do Art. 319 do Código de Processo Civil.

A procedência do pedido passará pelo crivo do juízo que analisará o preenchimento dos requisitos necessários à propositura da ação de quebra. Duas situações se apresentam geralmente.

A primeira delas ocorre quando o devedor, devidamente citado, simplesmente não comparece a juízo, deixando passar o prazo para contestar, pedir sua recuperação judicial ou efetuar o depósito elisivo.

A segunda acontece na hipótese em que o réu não é encontrado pelo oficial de justiça, tendo que ter sua citação realizada por edital ou por hora certa, não respondendo a tal citação. Se o réu é devidamente citado, mas não a contesta, não pede sua recuperação judicial

³³ MAMEDE, Gladston. *op. cit.* p. 247.

nem efetua o depósito elisivo, configura-se a chamada confissão ficta, resultante da presunção do desinteresse pela defesa.

Confissão, importante frisar, não exprime o reconhecimento da procedência do pedido. Esta dependerá do exame pelo juiz das circunstâncias jurídicas dos fatos. Mesmo diante da revelia, em verdade, deverá o magistrado examinar os elementos que foram trazidos pelo autor, respeitados os requisitos legais da própria exordial.

2.5. Legitimidade para a ação falimentar

Para a abertura do processo falimentar, muito embora se exija a tipificação da insolvência, por meio da impontualidade, da execução frustrada ou dos atos de falência, torna-se necessário, outrossim, que ambos os polos sejam partes legítimas, a fim de evitar nulidades processuais.

Conforme visto no tópico 2.1 deste capítulo, em regra, todos os indivíduos que exercem uma atividade empresarial podem submetidos ao regime da execução concursal, nos termos do Art. 1º da Lei nº 11.101/05. No entanto, as exceções estão esculpadas no Art. 2º do mesmo diploma falimentar, posto que dispõem de normas específicas aplicáveis para a insolvência.

Com efeito, interessa-nos, no presente trabalho, evidenciar a legitimidade ativa para postular a quebra do devedor insolvente, sobretudo em razão de a Lei Falimentar, em rápida análise, não impor quaisquer restrições ao sujeito ativo do processo de falência.

Nessa esteira, com supedâneo no Art. 97 e seus incisos da referida lei³⁴, verifica-se que tanto o próprio devedor, por meio da figura da autofalência, como seu cônjuge sobrevivente ou herdeiro, inventariante, cotista ou acionista, bem como qualquer credor, podem requerer a falência do empresário ou da sociedade empresária insolvente.

Em se tratando de credor também empresário ou sociedade empresária, é imposta a estes a obrigatoriedade da apresentação da certidão do Registro Público de Empresas, cujo teor comprove a regularidade de suas atividades, nos termos do §1º do Art. 97.

³⁴ Art. 97. Podem requerer a falência do devedor: I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei; II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; IV – qualquer credor. § 1º O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades. § 2º O credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.> Acesso em: 29 out. 2015.

Ainda, caso o credor que não possua domicílio no Brasil, exige-se que preste caução, cujo montante se destine a cobrir o valor das custas, bem como o valor de uma possível, na conjectura de ser condenado por uso abusivo do instituto da falência, por decorrência do enunciado do Art. 101, caput, da Lei Falimentar.³⁵

Em sua acepção jurídica, credor é aquele em favor de quem o devedor prometeu determinada prestação. Tem ele, como titular da obrigação, o direito de exigir o cumprimento daquela.³⁶

O cerne de nosso estudo, desta maneira, é analisar o inciso IV do artigo 97 da Lei nº 11.101/2005, que traz a previsão “qualquer credor” como possível sujeito ativo na ação falimentar. A partir destas premissas, leva-se a crer, *a priori*, que a Fazenda Pública seria legitimada a requerer a falência de seus devedores pelo crédito tributário inadimplido.

Veremos, para isso, no segundo capítulo, a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema em liça, com o intuito de fomentar o debate.

3 A CONTROVÉRSIA SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA NA POSTULAÇÃO DA FALÊNCIA

Desde a década de 70, muito se tem debatido acerca da legitimidade do credor fiscal em requerer a falência do empresário ou da sociedade empresária insolvente. A questão ora tratada mostra-se como um dos pontos mais controvertidos na doutrina e na jurisprudência até os dias atuais, pelo que a análise do tema é de grande valia para a ciência do Direito.

Ainda à luz do Decreto nº 7.661/45, antigo diploma falimentar, o questionamento foi levantado, primordialmente, pela Fazenda de São Paulo, apoiada em pareceres dos juristas Fábio Konder Comparato e J. Netto Armando, os quais defendiam a possibilidade do requerimento da quebra pela Fazenda Pública.

Segundo Comparato, a realidade fática apresentava que a Fazenda Pública não obtinha sucesso no recebimento de seu crédito por meio da execução fiscal³⁷. Havia a frequente insuficiência e, muitas vezes, inexistência de bens penhoráveis no patrimônio do devedor contribuinte, seja pelo pagamento de obrigações já vencidas, seja em decorrência do

³⁵ Art. 101. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.[...] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 29 out. 2015.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. vol. 2. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Falência – legitimidade da fazenda pública para requerê-la. **Revista dos Tribunais**, nº 442, agosto, 1972, p. 49.

efeito de execuções anteriores ajuizadas por outros credores e encerradas quando da constituição do crédito fiscal.

Desse modo, em função de a Fazenda Pública se ver obrigada a dispor de medidas processuais menos eficientes a fim de defender seus interesses, o jurista enfatizava que a ação de falência poderia solucionar tais entraves. Conforme seu entendimento, a legitimidade do Fisco em postular a falência se daria pelo fato de ser certa a possibilidade de ela reclamar seus créditos no processo falimentar. Como o art. 1º, §2º, do Decreto-Lei nº 7.661/1945 somente estabelecia como ilegítimos para fundamentar requerimento de quebra os créditos que nela não podiam ser reclamados, restaria evidente a sua legitimidade.

Em seu estudo, Comparato afirma que o pedido de falência é, em última análise, também uma forma judicial de cobrança, e, por isso, não haveria nenhuma abusividade no procedimento escolhido pelo Fisco, quando o fundamento for a impontualidade.

Alerta, contudo, em seu parecer, que o pedido de falência feito pela Fazenda Pública, com base na impontualidade, atualmente disciplinado pelo Art. 94, inciso I, da Nova Lei Falimentar, deverá ser instruído com a certidão de dívida ativa – CDA, devidamente protestada, com o fito de atender ao determinado no parágrafo terceiro do mesmo artigo³⁸.

Argumentava-se, no entanto, que, dada a natureza *ex lege* da obrigação tributária, o protesto da CDA seria totalmente desnecessário. O protesto tem a serventia de provar a mora, que o credor não concedeu novo prazo ao devedor, o que é possível nas dívidas geradas pela vontade das partes. No caso da Certidão de Dívida Ativa, isso decorre de lei, pelo que, assim, não teria utilidade o protesto para este fim.

Muito embora não seja um consenso entre os operadores do direito a necessidade ou não de protesto da CDA, enfrentar-se-á em separado tal temática. (vide tópico 3.2.1). Destarte, a conclusão lógica seria a de que o credor privilegiado tem interesse e legitimidade para pedir a falência, pois somente nela é que o atributo do privilégio de seu crédito produziria efeitos jurídicos.

O caráter privilegiado do crédito tributário não implicaria falta de interesse para requerer a falência do devedor contribuinte, pois defendeu que tal interesse seria processual, e não o legítimo interesse econômico ou moral, que se confundiria com o próprio direito material invocado. O privilégio do crédito fiscal, por sua vez, não era o mesmo que garantia real.

³⁸ Art. 94. [...] §3º. Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fins falimentares nos termos da legislação específica.

Por conseguinte, não era aplicado à Fazenda o Art. 9º, III, “b”, do Decreto-Lei nº 7.661/45, que impedia o credor com garantia real de requerer a quebra de seu devedor se não renunciasse à garantia ou provasse que ela era insuficiente.

J. Netto Armando também se manifestou em posição favorável à legitimidade processual do Fisco para pedir a falência. Para ele, não havia nenhuma restrição imposta aos credores privilegiados, como a Fazenda Pública, visto que só havia referência aos credores com garantia real, quanto à necessidade de renúncia da garantia ou de prova da insuficiência desta para a satisfação do crédito.

No entendimento do jurista³⁹, a Fazenda Pública teria legitimidade para pleitear a execução concursal, com fundamento no Art. 2º do Decreto-lei de 1945, e, agora, nos incisos II e III do Art. 94 da Lei nº 11.101/2005, ponderando:

Apesar das garantias que o atual Código Tributário Nacional encerra no tocante à defesa do crédito fiscal, notadamente a partir do seu Título III, ou seja, dos arts. 139 e 193, ainda assim existem certos contribuintes cuja atividade é lesiva ao Erário Público e que não hesitam em utilizar-se dos meios mais escusos possíveis na prática da sonegação de impostos. [...] Vê-se, portanto e com refulgente clareza, que o Estado tem interesse econômico e social em requerer a falência de tais contribuintes.

Quanto à impontualidade, nos moldes do Art. 1º, caput, do Decreto-lei de 1945, Netto Armando defendeu que o Fisco preencheria os requisitos exigidos, visto que a certidão de dívida ativa representaria título que legitimava a ação falimentar, em face da obrigação líquida, certa e exigível decorrente da dívida regularmente inscrita. Bastaria, para isso, haver o protesto do seu título, para provar a impontualidade de seu devedor, conforme disposição do Art. 10 do Decreto-lei nº 7.661/45.

Para o jurista, haveria interesse do Fisco em peticionar a ação falimentar, uma vez que este não lograva êxito na penhora de bens do contribuinte por meio do procedimento judicial de execução fiscal, tendo em vista sua insuficiência constante.

J. Netto Armando anotou, também, que a Fazenda Pública deveria utilizar-se do procedimento falimentar para intentar que o devedor contribuinte cessasse suas atividades, a fim de evitar os efeitos negativos sobre o mercado com a concorrência desleal exercida em função do não pagamento dos tributos.

Posteriormente, no fim da década de 90, a Fazenda Pública de Minas Gerais submeteu mais uma vez a querela aos tribunais, justificando os pedidos de falência com base

³⁹ ARMANDO, J. Netto. Falência de contribuinte e Requerimento do Fisco. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 451, maio, 1973, p. 56.

na hipótese da tríplice omissão do devedor, quando o empresário executado não paga, não deposita o valor devido nem nomeia bens á penhora, dentro do prazo legal.

No julgamento do REsp nº 10.660/MG, o egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu por admitir o requerimento pela Fazenda Pública, conforme se vê da ementa do acórdão⁴⁰:

FALÊNCIA. FAZENDA PÚBLICA. INTERESSE. NÃO HÁ EMPEÇO LEGAL A QUE FAZENDA PÚBLICA REQUEIRA A FALÊNCIA 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 PRIVILÉGIO CREDITÓRIO NÃO SE CONFUNDEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp nº 10.660/MG, Rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 12.12.1995, DJ 10.06.1996, p.20319).

No entanto, a questão estava longe de restar pacificada, visto que o próprio STJ, por meio de sua Quarta Turma, em julgamento do Recurso Especial nº 138.868/MG, manifestou, por unanimidade, posicionamento diametralmente oposto⁴¹.

Em 2004, no julgamento do Recurso Especial nº 164.389, proposto mais uma vez pela Fazenda de Minas Gerais, a Quarta Turma confirmou seu posicionamento de que faleceria à Fazenda Pública a legitimidade ativa para pleitear a quebra do contribuinte, ainda que possuidor de título líquido e certo (CDA).⁴²

Vale ressaltar, no entanto, o voto vencido do Ministro Castro Filho, o qual defendeu a tese de que a Fazenda poderia ter o fim não somente de satisfazer seus créditos, mas também de paralisar as atividades daqueles contribuintes que, apesar de constantemente autuados, não saldaram suas dívidas através de uma execução fiscal por faltar-lhes bens a serem penhorados.

⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recuso especial Nº 10.660/MG**, Terceira Turma, Relator Ministro Costa Leite, Julgado em 12.12.1995; Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19974091/recurso-especial-resp-10660-mg-1991-0008532-4>> Acesso em: 31 out. 2015.

⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial Nº 138.868/MG**, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Julgado em 17.02.1998; Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19864790/recurso-especial-resp-138868-mg-1997-0046205-6>>. Acesso em: 31 out. 2015.

⁴² 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. (STJ. REsp nº 164389/MG, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, julgado em 13.08.2003, DJ 16.08.2004, p.130).

Caberia ao Fisco impedir os fraudadores de exercerem concorrência desleal com aqueles contribuintes fiéis, cumpridores de suas obrigações tributárias. A quebra, assim, teria, do mesmo modo, um objetivo moralizante, apesar de não precipuamente. Finaliza argumentando que não existiria nenhum óbice legal que pudesse impedir a Fazenda Pública de peticionar a falência do devedor contribuinte.

Em 2005, a temática fora novamente apreciada pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 287.824⁴³, também interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Decidiu-se, por unanimidade, pela ausência de legitimidade do Fisco para a proposição da quebra do devedor contribuinte.

Sustentava-se que a Fazenda Pública tinha um instrumento processual próprio e único para cobrança, posto que vinculado, isto é, a Execução Fiscal. Não poderia utilizar a falência, pois seria caracterizada como meio de coação indevida dos devedores⁴⁴, em razão do que disposto no Art. 29 da Lei nº 6830/1980.

No ano de 2010, já sob a salvaguarda da Lei nº 11.101/2005, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça reanalisou a complexa questão no julgamento do REsp nº 363.206/MG. A despeito das significativas alterações legislativas do regime falimentar brasileiro com o advento da Nova Lei de Recuperações e Falências, o citado Tribunal manteve sua jurisprudência, no sentido de que o Fisco não possui legitimação para postular a quebra do devedor contribuinte.

Segundo os argumentos de alguns ministros do Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁴⁵, não haveria interesse do Fisco na decretação da falência pelo fato de os créditos

⁴³ TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE, PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 204 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A FALÊNCIA DO COMERCIANTE CONTRIBUINTE. MEIO PRÓPRIO PARA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO REGIME DE CONCURSO UNIVERSAL PRÓPRIO DA FALÊNCIA. ARTS. 186 E 187 DO CTN. (STJ, REsp nº 287824, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 20.10.2005, DJ 20.02.2006, p. 205). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7176046/recurso-especial-resp-287824-mg-2000-0119099-7/inteiro-teor-12912621>>. Acesso em 01 nov. 2015.

⁴⁴ Lei nº 6.830/80. Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

⁴⁵ 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

fiscais não estarem sujeitos ao concurso de credores (artigos 5º, 29 e 31 da Lei nº 6380/80, a chamada Lei de Execuções Fiscais – LEF). Prevaleceria, amparados no novel panorama legislativo falimentar, o princípio da preservação da empresa sobre o interesse arrecadatário do Estado.

Sustentou-se que, nesse caso, o interesse público não deve ser confundido com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Legitimar, portanto, a Fazenda Pública para pedir a decretação de quebra inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor contribuinte, o que acarretaria o desestímulo à conservação da fonte produtora.

Ademais, recentemente, no ano de 2013, a I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF), sob coordenação científica do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar, e do Professor da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Paulo Penalva Santos, seguindo a mesma toada daquele Tribunal, publicou o enunciado nº 56⁴⁶, o qual afirma ter a Fazenda Pública ausência de legitimidade e de interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário.

Discorrendo sobre a falta de interesse da Fazenda Pública em requerer a quebra do devedor contribuinte, em razão do crédito tributário, o professor Rubens Requião afirmou⁴⁷:

De nossa parte, estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento da falência do devedor por tributos. Segundo o Código Tributário Nacional, os créditos fiscais não estão sujeitos ao processo concursal, e a declaração da falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum. À Fazenda Pública falece, ao nosso entender, legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor. A ação pretendida pela Fazenda Pública tem, isso sim, nítido sentido de coação moral, dadas as repercussões que um pedido de falência tem em relação às empresas solventes.

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, 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, embaixador da norma falimentar. Recurso especial improvido. (STJ, REsp nº 363.206/MG, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 04/05/2010, DJ 21/05/2010).

⁴⁶ BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Enunciado 56. “A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário”. Aprovado pela I Jornada de Direito Comercial da Justiça Federal. Crise da Empresa: Falência e Recuperação. Brasília, março de 2013, p. 56. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>>. Acesso em 01 nov. 2015>.

⁴⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, v. I. 17. ed. São Paulo, 1998, p. 72.

Sem embargo das considerações trazidas pela jurisprudência da referida Corte uniformizadora, o novo dispositivo falimentar apresenta em seu texto a inovação de legitimar qualquer credor a requerer a falência do devedor, nos moldes do Art. 97, inciso IV. Logo, *a priori*, a lei não nega a ninguém a legitimidade ativa de postular o requerimento da quebra, não havendo a distinção em relação à natureza dos créditos.

Mendes e Brígido, em artigo publicado na Revista da Procuradoria da Fazenda Nacional⁴⁸, ao comentarem sobre o atual posicionamento da jurisprudência sobre a questão, anotam que:

Da leitura dos votos vencedores dos Ministros no Superior Tribunal de Justiça, pode-se perceber que, sem qualquer previsão legal expressa, o ente Público é considerado um credor de menor importância dentro dos sistemas empresarial e de insolvência brasileiros. Não se está reconhecendo a verdadeira simbiose entre a empresa, o regime tributário e o desenvolvimento do país; e a importância dos instrumentos falimentares para a segurança jurídica tributária e para a manutenção da concorrência na ordem econômica, já que conferem efetividade ao dever constitucional de pagar tributos.

Klaus Tipke⁴⁹, renomado jurista alemão que marcou os estudos da justiça fiscal pós-positivista, fundamenta a existência do dever fundamental de pagar tributos como decorrência dos direitos constitucionais de liberdade e igualdade. Para Tipke, “o imposto não é meramente um sacrifício, mas sim uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos”.

De toda sorte, acredita-se que a intervenção do Estado ao requerer a falência é necessária à saúde do sistema econômico. A falência como instituto jurídico não mais significa a punição para o empresário inepto. É preciso que se compreenda a potencialidade dos danos que podem ser causados e que não apenas se resumem em prejuízos a direitos individuais concretos, mas também em abalos na própria sociedade, com a desproteção dos credores e dos assalariados, causando um pesado ônus econômico à coletividade⁵⁰.

A eliminação das empresas economicamente condenadas baseia-se no princípio do saneamento da atividade empresarial, ou melhor, da conservação da empresa, que constitui a verdadeira finalidade da falência. É fundamental asseverar que a empresa inviável tem a

⁴⁸ MENDES, Thayana Felix.; BRIGIDO, Thiago Ciocari. Legitimidade da Fazenda Pública para Postular a Falência do Devedor Tributário: a Função Social da Empresa e o Interesse Jurídico no Par Conditio Creditorium. Brasília: **Revista da PGFN**, vol. 2, n. 1, p. 232, jan./jul. 2012. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/O%2036%20ARTIGO%20-%20LEGITIMIDADE%20FP%20FALENCIA.PDF>> Acesso em 01 nov. 2015.

⁴⁹ TIPKE, Klaus; YAMACHITA, Douglas (trad.). **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 15.

⁵⁰ FILIPPI, Rejane Brasil. **Requerimento de falência pela Fazenda Pública**. Porto Alegre: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, nº 26, vol. 10, 1980, p. 126. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge26.pdf>> Acesso em: 01 nov. 2015.

capacidade de irradiar perturbações ao sistema econômico-financeiro de um país, trazendo desequilíbrios às relações negociais.

Deve-se rejeitar a ideia que visa manter sempre, a qualquer custo, o interesse pessoal do devedor de continuar o seu negócio, pois, configurada a inviabilidade de manutenção da empresa, o interesse geral deve prevalecer, com vistas a evitar liberalidades.

Quanto ao interesse processual, como condição ao exercício válido do direito de ação, temos que este diz respeito à aparente necessidade em que se encontra o autor de pedir aquele provimento judicial, a fim de fazer valer o direito substantivo de que se afirma titular. A existência ou não do interesse de agir decorre unicamente do sistema da lei, não da natureza das coisas.

É justamente diante da malícia sem escrúpulos de alguns contribuintes, que não pagam seus créditos tributários e ainda proporcionam concorrência desleal às empresas que funcionam regularmente, que se encontra a utilidade e necessidade da Fazenda Pública em pleitear o processo falimentar, o qual terá o escopo de retirar tais empresários do cenário econômico.

No Brasil, a concorrência desleal é combatida, atualmente, pelos preceitos da Lei nº 12.529/2011, a Nova Lei Anti-Truste, decorrentes do princípio constitucional da livre iniciativa.

Em artigo sobre o tema⁵¹, o professor Ivens Gandra da Silva Martins aponta que há descompetitividade empresarial e concorrência desleal sempre que ocorre a sonegação tributária, visto que a empresa que sonega leva incomensurável vantagem sobre seus concorrentes que pagam tributos. Segundo o tributarista, a questão mais grave acontece quando a empresa que sonega considera existir pequena possibilidade de ser fiscalizada, pela dificuldade de apuração de suas atividades, pela multiplicidade de contribuintes ou pelo tipo de produto que fabrica, de modo que o Fisco, com quadros reduzidos de agentes fiscais, torne-se impotente em combatê-la. Ainda completa afirmando que esta é a razão pela qual, conforme o ramo de atividade, não se pode negar a grave incidência do não recolhimento de tributos no regime concorrencial brasileiro, pelo que há a 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.

⁵¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Obrigações Acessórias Tributárias e a Disciplina Jurídica da Concorrência**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22753>> Acesso em 01 nov. 2015.

Com o não pagamento dos tributos, os empresários tendem a vender seus produtos ou a oferecer seus serviços abaixo do valor de mercado, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista, configurando o chamado preço predatório, regulado pela Resolução nº 20/1999 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Por isso, a Lei 12.529/11 prevê em seu art. 36, § 3º, inciso XV, a prática de preço predatório como uma conduta que caracteriza uma infração à ordem econômica⁵².

Ressalte-se que para restar configurada a prática de preço predatório há praticamente três premissas a serem adotadas: a prática seja capaz de ameaçar a existência ou a entrada de firmas que sejam tão eficientes quanto ou mais eficientes que aquela que pratica a predação; não haja propósito legítimo para sua escolha; e haja previsão razoável de recuperação do custo inicial da predação⁵³.

Ademais, com o não recolhimento dos tributos dos que deveriam fazê-lo, a tendência do Estado é aumentar a carga tributária sobre os demais, sobretudo por meio de tributos de mais fácil arrecadação. O fundamento material dos tributos, assim, que é a capacidade contributiva, acaba sendo violada.

A concorrência desleal pelo não cumprimento das obrigações tributárias é assunto importantíssimo aos agentes de mercado, caracterizando o interesse público, mormente no sistema de livre iniciativa esculpido na Constituição de 1988, em que a livre concorrência é a regra, e a intervenção do Estado na ordem econômica deve ser a exceção, ocorrendo apenas quando forem violados os princípios constitucionais da livre iniciativa e da repressão ao abuso do poder econômico, nos termos dos Arts. 170, IV e 173, §4º da Lex Magna.

É evidente que a legislação falimentar tem papel de destaque no âmbito econômico, pois sinaliza a situação financeira dos agentes, causando mudanças de estratégias de mercado e soluções para a recuperação e aumento de créditos. As influências, portanto, da insolvência das empresas, no momento de crise, têm presença impactante no funcionamento de toda a economia. Sob esse ponto de vista é que a ausência de legitimidade da Fazenda

⁵² Lei nº 12.529/2011. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 01 nov. 2015.

⁵³ RAMOS, Raul Nero Perius. **Infração à ordem econômica e a defesa da concorrência**. Out/2012. Atualizado em 13.10.2015. Disponível em: <<http://raulnero.com/2012/10/11/infracoes-a-ordem-economica-e-a-defesa-da-concorrancia-condutas-anticompetitivas/>> Acesso em: 01 nov. 2015.

Pública para requerer a quebra é considerada positiva para o mercado, pois se almeja a manutenção da empresa devedora de tributos.

Em verdade, admitir o requerimento de falência pela Fazenda Pública com base na mera impontualidade, nos termos do Art. 94, inciso I, da Lei de Recuperação e Falências, seria desproporcional⁵⁴ antes de se constatar infrutífera a Execução Fiscal, instrumento processual específico de cobrança, menos danoso à função social da empresa.

Nota-se, destarte, que considerar a ilegitimidade da Fazenda Pública para pleitear a quebra da empresa insolvente com base na execução frustrada e nos atos de falência, nos moldes dos incisos II e III, do Art. 94, traduz um desacordo com o dever fundamental de pagar tributos e com o próprio conceito de tributo.

A imposição do recolhimento de tributos trata-se de obrigação inafastável, visto que o Estado necessita de meios para suportar financeiramente as despesas públicas. Por isso, implica-se na cooperação social, como um “preço mínimo da liberdade”, como afirma José Casalta Nabais⁵⁵. Dada a complexidade inerente ao crescimento da vida em sociedade, o ato de recolher tributos é visto com rejeição entre os contribuintes, mormente num quadro de alta carga tributária, influenciada pela instabilidade político-financeira do país.

Não se pode olvidar que, no tocante à inexistência de bens dos devedores passíveis de penhora em Execução Fiscal, muitas vezes se justifica o não recolhimento de tributos pela escassez de consequências judiciais mais drásticas ao devedor, que age comumente com a intenção de dissolver de forma irregular sua empreitada negocial⁵⁶.

Ademais, a execução fiscal no Brasil apresenta-se como um sistema altamente moroso, caro e de baixa eficiência⁵⁷. É importante realçar, ainda, que tal ineficiência da cobrança forçada da dívida ativa não tem afetado apenas as contas do Fisco. Com efeito, a situação produz gravames ao mercado, sendo profundamente danoso à livre concorrência,

⁵⁴ O princípio da proporcionalidade, segundo a melhor doutrina, subdivide-se em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Infringiria a proporcionalidade em sentido estrito a postulação de falência pelo agente público sem ficar verificado o insucesso na Execução Fiscal. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. (SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, nº 798, São Paulo, 2002, p. 41.)

⁵⁵ NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**: Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal. Almedina, 2009, p. 175-185.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 434. “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”.

⁵⁷ GOMES, Marcus Lívio. **Perspectivas para a Execução Fiscal no Brasil**: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho?. Brasília: Revista CEJ, Ano XIII, n. 45, p. 86-101, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32652-40042-1-PB.pdf>> Acesso em 01 nov.2015.

uma vez que as sociedades empresárias que honram pontualmente suas obrigações fiscais veem-se, não poucas vezes, na contingência de concorrer com outras que, sabedoras da ineficácia dos procedimentos de cobrança em vigor, não pagam ou protraem no tempo o pagamento de tributos.

O processo de globalização em curso oferece novas oportunidades para a fraude e a sonegação fiscal, facilitando que vultosos recursos possam rapidamente ser postos fora do alcance da Administração Tributária. Essa questão tem motivado países como Portugal e Argentina à promoção de importantes reformas em seus sistemas de cobrança forçada de tributos, de maneira a obter o máximo de eficiência.

Desse modo, reconhecer a legitimidade de todo e qualquer credor que possa reclamar seu crédito na falência, exceto da Fazenda Pública, é penalizar o Estado por ter prerrogativas e dar benefício indevido ao devedor tributário, em prejuízo da sociedade. Deve ser conferido às leis tributárias efetividade, visando garantir os interesses da coletividade, como expressão da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pressuposto lógico do convívio social.

Exatamente pela presunção de constitucionalidade e de legalidade dos atos do Poder Público, não se pode conjecturar que o Fisco se utilizará da falência como forma de coação indevida e abusiva, mas sim em prol do interesse público que visa tutelar, posto que, idealmente, todos os órgãos públicos pautam sua conduta na conformidade da Constituição e agem na realização do bem comum.

Sendo o objetivo primordial da Lei nº 11.101/2005 preservar a empresa, nada mais lógico que, dentro de uma perspectiva comunitária de manutenção dos meios econômicos e dos postos de trabalho, a moral pública prevaleça sobre a privada. É o Estado, em verdade, que tem interesse na resolução célere e transparente da quebra, com a manutenção dos ativos da empresa e a geração de renda e de emprego. Saliente-se, por oportuno, que credores particulares e demais legitimados somente esperam o recebimento de seu crédito quando do requerimento da falência.

Muito embora se afaste a possibilidade de postulação da falência pela Fazenda Pública com base na impontualidade, seja pela necessidade de antes haver o meio vinculado de cobrança, a saber a Execução Fiscal, como também de protesto para o fim falimentar, não há óbice legal ou forma de interpretação jurídica que impeça a legitimidade do Fisco com base na execução frustrada ou comprovados os atos de falência, nos termos do Art. 94, incisos II e III, da Lei nº 11.101/2005.

Nesse diapasão, torna-se necessário entender primeiramente como se origina o crédito tributário, sua natureza jurídica, o conceito de dívida ativa e os seus meios de cobrança, nos ditames da Lei nº 6.830/1980 e do Código Tributário Nacional.

3.1 O crédito tributário: conceituação e natureza jurídica

O crédito tributário, nos dizeres de Hugo de Brito Machado, pode ser conceituado como “o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)”⁵⁸.

Inicialmente, é salutar a compreensão da obrigação tributária, tendo em vista que o crédito tributário tem, conforme aduz o Art. 139 do Código Tributário Nacional – CTN⁵⁹, a mesma natureza jurídica daquela.

A lei descreve a hipótese em que o tributo é devido. É a chamada hipótese de incidência. Esta, uma vez concretizada pela ocorrência do fato gerador, faz surgir a obrigação tributária, vale dizer, o vínculo jurídico por força do qual o particular se sujeita a ter contra ele feito um lançamento tributário. Conforme aponta Hugo de Brito Machado Segundo⁶⁰:

Quando norma contida na lei tributária incide sobre o fato nela previsto como ‘gerador’ do dever de pagar determinado tributo, ou determinada multa, surge uma relação com efeitos jurídicos mínimos, ainda em estágio embrionário, que o CTN chama de *obrigação tributária* (art. 113). Essa relação jurídica de grau mínimo dá ao Fisco apenas o direito potestativo de acertá-la e liquidá-la, e ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável), o dever de submeter-se a essa possibilidade de acerto.

Isto posto, a obrigação tributária comporta quatro elementos: sujeito ativo, sujeito passivo, objeto e causa. O sujeito ativo representado pelo Estado será sempre o credor da obrigação, a quem incumbe a tarefa de criar, fiscalizar e cobrar os tributos. Em contrapartida, no outro polo da relação jurídico-tributária, encontram-se os contribuintes ou responsáveis, que devem atender ao conteúdo da obrigação tributária principal ou acessória.

Em face da obrigação tributária, o Estado ainda não pode exigir o pagamento do tributo. Também em face das chamadas obrigações acessórias não pode exigir o comportamento a que está obrigado o particular.

⁵⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.181.

⁵⁹ Código Tributário Nacional. Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

⁶⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55.

Pode, isto sim, tanto diante de uma obrigação tributária principal como de uma obrigação acessória descumprida, fazer um lançamento, ou seja, constituir um crédito a seu favor. Só então poderá exigir o objeto da prestação obrigacional isto é, o pagamento. Em outros termos, o lançamento aperfeiçoa a relação tributária preexistente, tornando-a certa, líquida e exigível, passando a obrigação tributária a ser chamada de crédito tributário⁶¹.

A rigor, percebe-se que a natureza jurídica da obrigação tributária é a sujeição dos administrados de atender ao conteúdo da norma, em decorrência do direito potestativo do fisco de efetuar o lançamento e, por corolário, a constituição do crédito tributário⁶².

Uma vez constituído o crédito tributário, ele se distingue da obrigação que lhe deu fundamento, adquirindo autonomia, de modo que as alterações que eventualmente lhe serão impostas não atingirão a respectiva obrigação⁶³. Com efeito, este somente modifica-se, extingue-se ou suspende-se, nos casos definidos em lei, fora dos quais não é dado ao ente público dispensar, transacionar o seu pagamento, tendo em vista que o tributo há de ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, de acordo com o Art. 3º do CTN.

Frise-se que na concepção de créditos tributários não são alcançados outros créditos devidos ao Estado, mas com natureza diversa, visto que nem todo valor que ingressa nos cofres públicos é tributo. Há empréstimos que o Estado toma dos particulares, fundos de operações administrativas, onde permite, autoriza ou concede, onerosamente, a exploração de determinadas atividades por particulares, sanções pecuniárias, etc.

Sabe-se que os créditos públicos englobam os créditos fiscais (do Estado e seus desmembramentos) e os parafiscais (dos entes aos quais foram estendidas as garantias e prerrogativas do Estado). Dividem-se os créditos fiscais, por sua vez, em tributários e não tributários, ou seja, os direitos creditícios titularizados pelo Estado podem decorrer de inadimplemento pelo falido de obrigação relativa a tributo (impostos, taxas e contribuições) ou relacionada a qualquer outra causa, como, a título exemplificativo, na hipótese de indenização por acidente de trânsito, descumprimento de contrato de fornecimento de bens ou serviços, prejuízos derivados da má execução de obra, etc.

⁶¹ Código Tributário Nacional. Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

⁶² MACHADO, Hugo de Brito. *op. cit.*, p.132.

⁶³ *Ibidem*. p.181.

Os créditos fiscais podem ser inscritos na dívida ativa, nos termos da Lei nº 6.830/80, sendo irrelevante, para fins de aparelhamento da execução fiscal, a natureza do crédito do Estado. Uma vez inscrito na dívida ativa, pode-se promover a execução contra o contribuinte que não pagou o tributo (crédito fiscal tributário) e contra o motorista que danificou veículo do Estado em acidente de trânsito (crédito fiscal não tributário).

Quando o tributo não é pago no vencimento, a Administração Pública deve inscrever o correspondente crédito fiscal na dívida ativa, nos termos do Art. 201 do CTN, em razão de se tratar de ato administrativo vinculado.

Desse modo, no que concerne à falência, os créditos de natureza tributária, assim, sempre estarão inscritos na dívida ativa, devendo ser pagos pelo administrador judicial logo após os trabalhistas e equiparados e os credores com garantia real. Quanto aos créditos fiscais não tributários, o Poder Público pode optar por inscrevê-los ou não na dívida ativa.

Conclui-se, nesse espeque, que, se o crédito não tributário for inscrito em dívida ativa, este será classificado como tributário na ordem de classificação. Em contrapartida, quando não for inscrito, sua classificação correta é a dos quirografários, pelo que o administrador judicial deverá processar o pagamento junto com os demais credores dessa categoria.

O Estado, portanto, deverá requerer a satisfação do seu crédito na classe respectiva, e, conforme o caso, sofrerá variações de posição, a depender da natureza do respectivo crédito. Além do crédito tributário, poderão ser inscritos os créditos na classe dos quirografários, ou mesmo nas classes inferiores, como ocorre com as multas.

As penas pecuniárias por infração administrativa ou desrespeito à lei penal impostas por autoridade federal, estadual ou municipal, inclusive as multas tributárias, não gozam da mesma preferência do principal devido ao Fisco. Possuem, na verdade, natureza de crédito subquirografário. Seu pagamento apenas prefere aos credores subordinados, devendo ser atendidos após a satisfação dos quirografários.

3.2 Certidão de dívida ativa

O crédito tributário só nasce com sua formalização, que é o ato de aplicação da regra-matriz de incidência. Formalizar o crédito significa verter em linguagem jurídica

competente o fato e a respectiva relação tributária, objetivando o sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto da prestação, no bojo de norma individual e concreta⁶⁴.

Cumpre assinalar que a formalização e conseqüente constituição do crédito tributário podem ser feitas tanto pela autoridade administrativa, por meio do lançamento, nos termos do Art. 142 do CTN, quanto pelo próprio contribuinte, em cumprimento às normas que prescrevem deveres instrumentais, nos moldes do Art. 150 do CTN.

Como qualquer ato administrativo, o lançamento deve atender a determinados requisitos, tais como portar a devida fundamentação, sob pena de invalidade. Apesar de gozar de presunção de legitimidade, a Fazenda Pública não é dispensada de demonstrar, no correspondente auto de infração, a metodologia seguida para o arbitramento do imposto, indicando o dado fático, concreto e individualizado.

Pode-se afirmar, assim, que é requisito essencial à validade e completude do lançamento, a notificação do sujeito passivo, determinando-lhe um prazo para pagamento ou para impugnação administrativa, mormente para verificar a ocorrência de decadência do direito de lançar. Ressalte-se que, mesmo ocorrendo o lançamento antes de consumada a decadência, se o contribuinte é notificado depois, o lançamento é caduco.⁶⁵

Após a conclusão de um processo administrativo de controle de legalidade do lançamento, caso seja mantido, no todo ou em parte, o crédito tributário é considerado definitivamente constituído. Montantes lançados e não impugnados, uma vez não recolhidas em face da chamada cobrança amigável, na fase administrativa, devem ser inscritos em dívida ativa e executadas judicialmente.

Para que o crédito tributário inadimplido gere a Certidão de Dívida Ativa – CDA, deve-se seguir um rito que começa com a inscrição em dívida ativa. Procura-se dar publicidade a terceiros que venham a transacionar com o devedor tributário, de modo a influenciar as relações negociais.

Confere-se, com este procedimento, a liquidez e a certeza da dívida, a fim de formar o título executivo extrajudicial, a CDA, materializado por meio do Termo de Inscrição em Dívida Ativa, consoante liça do Art. 202 do CTN. A Certidão de Dívida Ativa deverá conter, sob pena de nulidade, a referência ao processo administrativo que a originou⁶⁶.

⁶⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2009, p. 503.

⁶⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *op. cit.*, p. 82.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 212.974/MG**, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27.9.1991, p. 58.

Em suma, o ato de inscrição em Dívida Ativa é o aquele pelo qual se cria o título executivo extrajudicial, isto é, a CDA, documento que lastreia a Execução Fiscal. Uma vez esta extraída, o título gozará de presunção relativa de liquidez e certeza, podendo ser elidida por prova em contrário. Não é suficiente a força executiva do título na hipótese de este ser revestido de vícios, seja pelo desrespeito aos requisitos do Art. 202 do CTN⁶⁷, seja pela omissão da origem da dívida e da natureza do crédito.

Desse modo, os elementos contidos no título executivo têm que ser suficientes para constatar a higidez necessária à formalização da CDA, de modo a não comprometer a ampla defesa do executado. Ressalte-se que a Fazenda Pública terá a oportunidade de apresentar emenda para suprir a falta dos requisitos, com o fito de trazer êxito à ação executiva. Nessa esteira, torna-se relevante abordar a questão do protesto da certidão de dívida de ativa.

3.2.1 Protesto da certidão da dívida ativa

Protesto, em singela definição, é um ato formal e solene de confirmação do inadimplemento de uma dívida, destinado, precipuamente, a conferir publicidade a terceiros do descumprimento da obrigação pelo devedor. A ineficiência do modelo atual de cobrança fiscal, representada pelo modelo de execução judicial fiscal, tem levado o Estado a buscar formas alternativas de cobrança. Dentre essas, surge como medida com resultados positivos o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa.

No entanto, em razão da característica de sanção política que lhe tem sido imputada, com base em precedentes judiciais existentes no Supremo Tribunal Federal - STF, torna-se imprescindível analisar com mais cautela tal temática. O protesto das Certidões de Dívida Ativa (CDA) tem papel destacado, tendo sido objeto de recente alteração legislativa realizada por meio da Lei nº 12.767/12, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9.492/97, prevendo, de forma expressa, a possibilidade do protesto.

⁶⁷ Código Tributário Nacional. Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente: I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado; IV - a data em que foi inscrita; V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito. Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 08 nov. 2015.

Todavia, existe no nosso Pretório Excelso a tese de que o protesto da CDA seria uma espécie de via oblíqua de cobrança, que coagiria os contribuintes ao pagamento de débitos unilateralmente formados, exigidos sem a apreciação do Judiciário, consistindo, assim, em verdadeira sanção política⁶⁸. Defende-se que este meio também seria coercitivo para a cobrança de débitos fiscais, cuja prática é rechaçada pelo STF, conforme se retira das Súmulas nº 70, 323 e 547.

Poder-se-ia alegar que o protesto de CDA tem a finalidade de, mediante constrangimento do devedor, fazê-lo, pela intimidação, pagar o débito fiscal sem a utilização dos mecanismos próprios de cobrança do crédito público. A utilização do protesto, além das restrições creditícias deletérias às atividades comerciais e civis das pessoas jurídicas e físicas, autoriza a inclusão do nome do devedor no Serasa e SPC (art. 29 da Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997), tudo sem se olvidar que a Fazenda Pública já tem o seu próprio cadastro de inadimplentes, o CADIN. Seriam, portanto, patentes os efeitos nefastos do protesto extrajudicial na vida comercial dos contribuintes, sob os mais diversos aspectos.

Ademais, sustenta-se que o protesto, no caso de certidão de dívida ativa, se mostra despiciendo, porquanto já está ínsito nela a inadimplência do contribuinte, contando a cártula, por força de lei, com a presunção de legitimidade, prescindindo do reforço do protesto para que esteja provado o inadimplemento.

Nesse espeque, ainda em relação ao assunto, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, por meio de sua Segunda Turma, no julgamento do REsp 1.126.515/PR⁶⁹, reformulou sua jurisprudência, que era a mesma supracitada, passando a admitir a possibilidade do protesto da CDA. Na ocasião, ficou consolidado que o Poder Judiciário não poderia determinar o que seria conveniente para a cobrança da dívida ativa fazendária, fazendo as vezes da administração pública. A partir de então, tem prevalecido nos Tribunais Regionais Federais o entendimento de que é possível a utilização do protesto extrajudicial de CDA⁷⁰.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 409.958**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 05. nov. 2004. Brasília, DF.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.126.515/PR**, 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 16 dez. 2013. Brasília, DF.

⁷⁰ Confira-se: **TRF da 2ª Região** – Apelação/Reexame Necessário nº 200851100035719, rel. Desembargador Federal José Antônio Neiva, julgado em 14.05.2014, DJe 29.05.2014; **TRF da 3ª Região** – Agravo de Instrumento 0002381-68.2014.4.03.0000/SP, rel. Desembargador Federal Nery Junior, julgado em 18.09.2014, DJe3 Judicial 1: 03.10.2014; **TRF da 4ª Região** – AC 5001549-43.2013.404.7214, Terceira Turma, relatora para acórdão Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 09.10.2014; AC 5028134-95.2013.404.7000, Terceira Turma, relator para acórdão Roger Raupp Rios, juntado aos autos em 11.07.2014; **TRF da 5ª Região** – APELREEX/PE 08002754620124058300, relator Desembargador Federal Rogério Roberto Gonçalves de Abreu (convocado), Quarta Turma, julgamento em 13 mai. 2014.

Contudo, com o devido respeito às opiniões em contrário, não se pode afirmar que o protesto extrajudicial de CDA tenha o condão de, aprioristicamente, ofender preceitos constitucionais e inviabilizar o exercício da atividade econômica. Da mesma forma, não se pode taxar de inconstitucional a medida, por afronta ao princípio da proporcionalidade, pelo só fato de a Fazenda Pública dispor de outros meios eficazes para a recuperação de seus créditos.

De fato, o Fisco dispõe da cobrança na forma da Lei de Execuções Fiscais, que disciplina exclusivamente acerca da cobrança judicial da dívida ativa. No entanto, não há qualquer imposição legal no sentido de que o ente estatal efetive a cobrança do crédito tão somente pela via da execução fiscal, deixando de adotar outros mecanismos para a satisfação dos seus créditos. E, tratando-se de política pública de recuperação de crédito, cabe à Administração Pública aferir a necessidade e a utilidade do ajuizamento da execução fiscal ou do protesto extrajudicial de CDA.

O protesto extrajudicial constitui-se, com efeito, em importante instrumento para a recuperação dos créditos fiscais, sobretudo os de pequeno valor, estando em perfeita sintonia com tendência de desjudicialização da cobrança dos créditos fiscais. Ao analisar a possibilidade de protesto da CDA, complementa a juíza federal substituta do TRF4, Priscilla Pinto de Azevedo⁷¹:

E não se pode desconsiderar que a coletividade precisa de uma arrecadação eficaz dos créditos públicos, a fim de que suas necessidades sejam atendidas, bem como sejam alcançadas as prestações sociais que a ordem constitucional garante aos cidadãos. Ainda que o recolhimento de tributos não tenha uma plena aceitação social – notadamente em virtude da insatisfatória contraprestação por parte do Estado, tal como a má qualidade dos serviços públicos, corrupção etc. –, não se pode olvidar que é a arrecadação dos tributos que viabiliza a vida em sociedade e permite que sejam atingidos os objetivos do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil. Logo, a análise não pode ser simplista a ponto de pensar que o benefício arrecadatário é somente da Fazenda.

Limitar o protesto apenas aos particulares, vedando à Fazenda Pública a efetivação do protesto, configuraria uma desigualdade de tratamento injustificável, uma vez que os serviços de protesto não têm por função tutelar exclusivamente interesses privados. Nesse sentido, assevera Daniel Melo Nunes de Carvalho⁷² que:

⁷¹ AZEVEDO, Priscilla Pinto de. O protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Priscilla_deAzevedo.html> Acesso em: 20. nov. 2015.

⁷² CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. Protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa: uma abordagem à luz da Lei nº 9.492/97, das questões atinentes ao sigilo fiscal e do princípio da proporcionalidade. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 8, n. 44, p. 81-98, mar./abr. 2010.

A doutrina especializada sustenta que, de certo modo, impedir a Fazenda Pública de efetivar o protesto da certidão de dívida ativa configuraria indesejado desequilíbrio, pois ele estaria sendo limitado apenas aos particulares. Ademais, os serviços de protestos não tutelam apenas interesses privados, razão pela qual a restrição de aplicação do instituto seria indevida.

Ademais, corroborando a relevância que a disponibilização da informação assumiu na sociedade moderna, bem como reconhecendo a publicidade e a transparência como os princípios norteadores da gestão pública, o protesto da Certidão de Dívida Ativa se mostra como um instrumento importante que possibilita, por medida de segurança e estabilidade, que a sociedade e o mercado sejam informados sobre os devedores do Fisco.

Logicamente que, destaque-se, tais informações não estão relacionadas à intimidade ou à vida privada do indivíduo e tampouco revelarão aspectos tutelados pelo sigilo fiscal, como a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. Frise-se, então, que a possibilidade de divulgação cingir-se-á somente ao débito fiscal vencido e não pago perante a Administração Pública Federal.

Conclui-se que, evidenciado que o protesto extrajudicial da CDA não consubstancia sanção política, não violando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como do devido processo legal, imprescindível salientar que, se ilegalidades e abusos forem cometidos com o protesto, o sujeito passivo da obrigação tributária tem garantido o acesso ao Poder Judiciário para postular o controle da validade dos créditos tributários, mediante o devido processo legal.

De toda sorte, o fato é que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, encontra-se pendente de julgamento a ADI nº 5135, da relatoria do Ministro Roberto Barroso, proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, onde são apontados vícios formais e materiais na Lei nº 12.767/2012, a qual autorizou, expressamente, o protesto em cartório por dívidas tributárias, pelo que a controvérsia ora enfocada segue.

3.3 A execução fiscal e o procedimento de falência

O processo de execução fiscal é disciplinado pela Lei nº 6.830/1980 e caracteriza-se como espécie de processo de execução por quantia certa, fundado em título extrajudicial. Não se busca por meio dela a cessação do litígio entre as partes, mas sim a satisfação do direito já posto, acertado, porém ainda não adimplido, representando pela Certidão de Dívida Ativa, que é o título executivo. No âmbito tributário, portanto, a União, os Estado-membros, o

Distrito Federal e os Municípios, bem como suas respectivas autarquias ou fundações, se utilizam da execução fiscal para obter o adimplemento do crédito tributário devidamente constituído, vencido, exigível e não pago.

Embora regulada pela lei acima referida, aplicam-se à execução fiscal as normas contidas no Código de Processo Civil, relativas às execuções em geral e às normas gerais do processo, caso em que não devem ser conflitantes com as disposições da LEF, nos termos do seu Art. 1º.

Em regra, decretada a falência pelo juízo competente, instaura-se o juízo universal da falência, que atrairá para si as ações que envolvam o devedor falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas na Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo, de acordo com o Art. 76 da LRE.

A Fazenda Pública, segundo o Art. 187 do Código Tributário Nacional, não se sujeita a nenhum tipo de concurso de credores, pelo que a execução fiscal contra massa falida não se suspende, podendo ocorrer normalmente perante o juízo no qual foi proposta, mesmo que o juízo falimentar seja em outra circunscrição. O crédito fiscal deve, no entanto, respeitar a ordem de classificação dos créditos prevista na legislação falimentar, conforme disposição do Art. 83 da Lei de Recuperação e Falências.

O art. 29 da mesma lei também adverte que a cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública não se sujeita à habilitação em falência, submetendo-se apenas à classificação dos créditos. De fato, a execução fiscal não deve ser suspensa em razão da decretação da falência do devedor, tendo em vista que a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário, nos termos do Art. 5º da Lei de Execuções Fiscais.

No que concerne à ordem de classificação dos créditos no procedimento falimentar, os tributários, decorrentes de impostos, taxas e contribuições, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias (art. 83, III, da LRE), serão pagos depois dos créditos alimentares, dos derivados da legislação trabalhista, até o limite de 150 salários mínimos por credor, e dos créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado. O Estado, por sua administração direta ou indireta, conserva-se credor e, por isso, poderá pedir que o crédito seja inscrito no quadro geral de credores.

No mérito da discussão sobre a legitimidade e interesse da Fazenda Pública na decretação de falência, parece-nos que o fato de o crédito tributário ser privilegiado, com a

possibilidade de ajuizamento e continuidade da execução fiscal no curso da falência, não deve servir de motivo para afastar a conveniência de, em certas circunstâncias, se pleitear a quebra.

É bem verdade que seria inadequado admitir a proposição da falência pelo Fisco com base na impontualidade. A insolvência somente restará comprovada para o Estado após o devido processo legal, decorrente de uma Execução Fiscal ou do Processo Administrativo Fiscal, oportunidade em que serão assegurados a ampla defesa e o contraditório.

No decorrer da Execução Fiscal, o devedor tributário poderá apresentar embargos à execução, exceção de pré-executividade e até ação ordinária própria, a fim de discutir o mérito da dívida judicialmente. Logicamente, com a garantia do juízo, necessária à apresentação dos Embargos, haverá a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Em relação ao ajuizamento de ação ordinária, tal como a ação anulatória de débito, ainda que posterior à Execução Fiscal e independente de garantia, apenas restará suspensa a exigibilidade da dívida ativa caso haja decisão judicial neste sentido, ainda que em sede de liminar.

Logicamente, uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não haverá interesse de agir para a Fazenda Pública em requerer a falência do devedor contribuinte. Em sendo exigível o crédito tributário e restando infrutífera a cobrança pela Execução Fiscal, não haveria nenhum óbice para se aplicar as hipóteses da execução frustrada e dos atos de falência, a fim de justificar a legitimidade ativa do Fisco em postular a quebra do devedor insolvente.

Não se deve sustentar, outrossim, a incompetência do Juízo falimentar para apreciar o mérito dos créditos tributários. Do mesmo modo que os créditos trabalhistas, discutidos em juízo especializado, caso haja no processo falimentar alguma impugnação legítima sobre a existência ou validade do crédito fiscal, o caminho será o ajuizamento de ação própria diretamente no juízo fazendário.

Destarte, poder-se-ia afirmar que não há quaisquer incompatibilidades procedimentais quanto à legitimidade da Fazenda Pública em requerer a falência de seus devedores com base na execução frustrada ou nos atos de falência, afinal o juízo competente para a Fazenda Pública, neste caso, seria o Juízo comum falimentar, nos termos do Art. 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, é lícito salientar que as execuções fiscais, no âmbito da União e dos Estados, sobressaem no quantitativo de casos pendentes de julgamentos, operando no aumento de demandas para além do aceitável. Conforme recente pesquisa realizada pelo

Conselho Nacional de Justiça - CNJ⁷³, no relatório “Justiça em Números 2012”, está cabalmente asseverado que “a maior causa da morosidade são os processos de execução de título extrajudicial fiscal”.

Essa realidade persiste até os dias atuais, conforme se verifica pelo relatório do CNJ de 2015, referente ao ano-base de 2014, no qual se afirma que os processos de execução de título extrajudicial fiscal são os grandes responsáveis pela morosidade dos processos de execução, tendo em vista que representam aproximadamente 75% do total dos casos pendentes de execução, com taxa de congestionamento de 91%, sendo que esta taxa se repete tanto no âmbito da Justiça Federal, quanto da Justiça Estadual.

Destaca-se, ainda sobre o estudo, que se fossem desconsiderados os referidos processos de execução fiscal, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário seria reduzida de 71,4% para 62,8% no ano de 2014⁷⁴.

Em artigo sobre o tema, retrata o advogado Thiago Nóbrega Tavares a ineficiência do procedimento das execuções fiscais⁷⁵:

No avesso da história, o Estado, que emprega um processualismo nocivo e exacerbado em sua rotina de defesa executória, é também refém de idêntica circunstância quando tenta receber ou cobrar tributos e multas de sua competência. Afinal, o cidadão contribuinte em débito, denominado sonegador, tendo conhecimento das falhas e das dificuldades com as quais se depara a Fazenda Nacional e as Varas de Fazenda Pública, bem como estando ciente da morosidade da Justiça Federal, enxerga no adiamento desses pagamentos uma oportunidade única e providencial de postergar o que sabe ser inevitável, ocasionando custos para a Administração e para os tribunais, arriscando com o tempo e com a baixa efetividade dos meios de cobrança.

Tornar-se-ia necessário traçar novas estratégias de cobrança, de modo a abarcar os óbices visualizados, sob pena de sinalizar à sociedade que a inadimplência seria mais vantajosa, ensejando a ideia de que, conhecedora da ineficácia dos métodos de cobrança vigentes, poderia insistir em retardar o pagamento de tributos, utilizando-se de manobras processuais, unicamente por lidar com aspectos relacionados à demora prestacional da esfera judicante.

⁷³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2012**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012, p. 448. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: 2015**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2015, p. 43. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁷⁵ TAVARES, Thiago Nóbrega. Ineficiência da execução fiscal perante a Justiça Federal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4189, 20 dez. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35056>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

Acrescenta o autor, nessa esteira:

Destarte, verifica-se que a morosidade do processo de execução fiscal, na Justiça Federal, tem causa, em parte, no modo como é gerenciado o trabalho desenvolvido pelos servidores públicos nas Varas da Fazenda Pública. E uma cultura organizacional burocrática e formalista não se coaduna com a modernidade legal, de maneira que não são apenas os prazos, ritos e fases recursais, prescritas à Lei nº 6.830/1980, os únicos culpados pelo aumento do tempo de processamento. As perdas temporais nas rotinas administrativas são tão prejudiciais quanto.

Nesse espeque, ante a ausência de uma razoável duração do processo de execução fiscal, que leva, em média, nas fases administrativa e judicial tomadas em conjunto, conforme estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, mais de 10 (dez) anos para surtir algum resultado quanto à quitação do crédito tributário⁷⁶, seria contraditório manter um sistema inoperante como o atual. A estrutura de cobrança pelo Erário precisa ser afeiçoada, bem como o funcionamento do Judiciário, a fim de que a arrecadação possa ser eficiente e eficaz. Consequentemente, buscar-se-á estimular o desenvolvimento do país, ao passo que se respeitará o usuário final, isto é, o próprio cidadão.

Notório que a existência de um Estado democrático e republicano comprometido com a efetivação dos direitos e garantias sociais abrigados em nossa carta fundamental depende, em grande medida, da eficiência de sua arrecadação e execução orçamentária⁷⁷.

Grande parte das execuções fiscais emperra-se na fase de citação do devedor contribuinte, e, quando muito, ainda que ocorrida, não são localizados bens sujeitos à penhora, pelo que a Fazenda Pública geralmente se socorre por meio da suspensão do processo pelo período de um ano, sem que se consuma a prescrição, conforme o Art. 40 da Lei de Execuções Fiscais.

No entanto, passado o período de cinco anos, segundo posicionamento dos nossos pretórios⁷⁸, as execuções paralisadas, por vezes, são alcançadas pela prescrição intercorrente, causando um congestionamento em razão do diminuto número de baixa de processos, aumentando o estoque de ações em trâmite sem nenhuma necessidade, visto que, a despeito disto, muitas ações não são extintas.

Com efeito, seria mais oportuno incrementar um novo modelo de cobrança de dívida ativa, no qual houvesse mais mecanismos para a arrecadação dos tributos, como a transação tributária, por meio da conciliação administrativa e judicial, inclusive em função da

⁷⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127, p. 14. Brasília: IPEA, jan. 2012.

⁷⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Estudo sobre execuções fiscais no Brasil**. São Paulo: Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007, p. 7.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª SEÇÃO, ED no REsp 97.328-PR, Rel. Min. Adhemar Maciel. Julgado em 12.8.1998. DJU de 15.5.2000, p. 114.

insolvência e falência do devedor contribuinte, visando a sua recuperação sem maiores prejuízos. A cobrança administrativa, ou melhor, a execução fiscal administrativa, com a garantia de defesa do executado seria fundamental para desafogar o Poder Judiciário, tornando mais ágil o processo. Logicamente, o melhor sistema deveria propor, dessa maneira, o equilíbrio entre o Fisco e contribuinte, de modo a incentivar o cumprimento voluntário das obrigações tributárias.

Nessa toada, enquanto medidas mais eficientes de arrecadação de tributos não são efetivamente editadas, em razão da dificuldade de se diminuir a litigiosidade entre a administração tributária e o contribuinte, e do extremo formalismo na aplicação da legislação tributária, vedar *a priori* a possibilidade de requerimento da falência pelo Fisco seria colocar o interesse do credor privado, individualmente considerado, em posição de superioridade aos interesses de custeio das despesas públicas. Não analisar especificamente o caso concreto, no qual se apresenta a inviabilidade do empresário ou da sociedade empresária, que se exime de suas responsabilidades tributárias, é tolher do credor público o seu direito de ter seu crédito adimplido como qualquer outro, por limitar sua atuação processual a um instrumento único, porém insuficiente e ineficiente.

Ademais, por determinação constitucional, o agente público deve prezar pela moralidade e pautar seus atos na estrita legalidade, de modo a atender o escopo legal, que é o interesse público. Ora, se o pedido de falência afrontar dolosamente a lei, poderá o Estado ser responsabilizado civilmente na própria sentença de improcedência, nos termos do Art. 101 da Lei nº 11.101/2005. E, caso haja alguma responsabilidade funcional, acrescente-se, poderá o Poder Público manejar ação de regresso, nos termos do Art. 37, §6º da CF/88. Além disso, comprovada conduta sujeita à Lei nº 8.429/2002, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, será o agente público também sancionado⁷⁹.

Visto que todo excesso é abuso e, portanto, comportamento inválido, deve o Judiciário fulminá-lo, a requerimento do interessado, em especial se esses atos forem provenientes do Poder Público. Em sentido contrário à possibilidade do requerimento de quebra pelo Fisco, poder-se-ia afirmar que, na Execução Fiscal, a Fazenda Pública pode se valer da decretação de indisponibilidade de bens do devedor, conforme estabelece o Art. 185-A do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 118/2005, na

⁷⁹ Lei nº 8.429/2002. [...] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; [...]

hipótese de o contribuinte devedor, após citação regular, não pagar nem apresentar bens à penhora, ou não serem encontrados bens penhoráveis, pelo que aquela já dispunha de meio para garantia da eficácia da execução fiscal. Ressalte-se que, anteriormente, já havia a medida cautelar fiscal como instrumento para garantir o mesmo objetivo, nos termos da Lei nº 8397/1992, porém esta estava limitada, em regra, aos bens do ativo imobilizado da pessoa jurídica, podendo ser estendida aos bens do acionista controlador e daqueles que, por força do contrato social ou do estatuto, tivessem poderes para fazer a sociedade cumprir suas obrigações fiscais.

Acontece que essa regra, editada com o propósito de dar maior efetividade à tutela executiva fiscal, alcunhada de “penhora *on line*”, não pode ser considerada como medida padrão, pelo contrário, deve-se examinar se a mesma, além de visar ao atendimento de um fim válido, é também meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para chegar a esse fim⁸⁰. Por ser deveras gravosa, só justificaria aplicar a indisponibilidade em casos extremos.

Verifica-se, portanto, que a indisponibilidade veiculada pelo Art. 185-A do CTN só poderá ser decretada depois do total insucesso em serem encontrados bens penhoráveis. Se não houver a tentativa frustrada de cumprimento de mandado de penhora e avaliação, ou se forem localizados bens, ainda que insuficientes, a indisponibilidade também não poderá ser decretada.

Desse modo, não obstante ter sido editada como mecanismo para evitar sobrecargas dos órgãos judiciários no processamento das ações executivas fiscais, a referida indisponibilidade não é facilmente atingida pela Fazenda Pública, o que ainda realça a ineficiência da execução fiscal, mormente pelo fato de a regra esculpida no Art. 185-A do Código Tributário Nacional, voltada à matéria tributária, ser divergente daquela prevista no Art. 655-A do Código de Processo Civil⁸¹, que admite a indisponibilidade “on line” com maior amplitude.

Por fim, depois de tecidas algumas considerações acerca do crédito tributário e da ineficiência da execução fiscal, passa-se ao cerne do presente estudo: a legitimidade ativa da Fazenda Pública para postular a decretação de falência do devedor contribuinte.

⁸⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *op. cit.* p.272.

⁸¹ Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. [...]

Em virtude de ser um tema bastante controvertido, torna-se assaz interessante a sua abordagem no meio jurídico, adentrando nos argumentos debatidos, favoráveis ou desfavoráveis, de modo a favorecer um enfoque na análise das posições doutrinárias mais relevantes, com o embasamento constitucional, tributário e hermenêutico, e, alfim, determinar nossa apreciação da matéria em apreço.

4 POSSIBILIDADE DE A FAZENDA PÚBLICA REQUERER A FALÊNCIA

Propõe-se, adentrando nosso estudo, tecer algumas considerações acerca da legitimidade ativa da Fazenda Pública para propor ação de falência com o objetivo de sanar seus créditos fiscais, trazendo os posicionamentos das duas correntes, sendo majoritária a que entende ser inaplicável o requerimento da falência por parte do Fisco em face do contribuinte, e outra, minoritária, entendendo ser possível tal requerimento por parte do Erário, tendo em vista que seu título (Certidão de Dívida Ativa) seria munido de todos os requisitos necessários para requerimento da referida quebra.

Empós, discutem-se fundamentos relevantes, com o fito de contrapor, por meio de uma interpretação constitucional da Lei nº 11.101/2005 e de alterações trazidas pela Lei complementar nº 118/2005 ao Código Tributário Nacional, a sedimentada jurisprudência que afasta a Fazenda Pública do rol de legitimados ativos para a promoção da falência de sociedades empresárias ou empresários individuais insolventes.

No mérito da controvérsia, debate-se acerca do dever fundamental de pagar tributos, da função social da empresa insolvente, da importância do regime falimentar para a efetividade do Sistema Tributário Nacional e da Livre Concorrência, de modo a esmiuçar os argumentos que serão elencados nos tópicos seguintes.

4.1 Corrente desfavorável

A divergência doutrinária e jurisprudencial, no tocante à legitimidade e ao interesse do Fisco no requerimento da falência do contribuinte devedor de tributos tem versado, há décadas, preponderantemente acerca da incompatibilidade entre as Leis falimentar e tributária. Segundo aqueles que consideram falecer ao Fisco a legitimidade ativa para requerer a quebra, argumenta-se que não haveria interesse da Fazenda Pública em razão de os créditos fiscais não estarem sujeitos ao concurso de credores (Artigos 5º, 29 e 31 da Lei de Execuções Fiscais).

Além disso, alegava-se que o instrumento processual próprio e único para cobrança dos débitos fiscais, posto que vinculado, era a execução fiscal, nos ditames da Lei nº 6.830/80, não podendo a Administração Fazendária utilizar-se de meio oblíquo para coagir indevidamente os devedores.

Por sua vez, o art. 187 do Código Tributário Nacional dispõe que o crédito tributário não se sujeita a qualquer modalidade de concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. Ademais, importante frisar que, em regra, o débito fiscal só é admissível em sede de execução, ressalvadas as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, nos moldes do Art. 38 da Lei de Execuções Fiscais⁸².

Nesse sentido, preconiza Trajano de Miranda Valverde⁸³:

A Fazenda só poderia requerer falência caso estivesse sujeita ao concurso universal do devedor comerciante. Assim, não se submetendo ao processo falimentar não haveria razão para o requerimento por parte da Fazenda, da quebra do contribuinte comerciante. É totalmente insensato que determinado credor requeria a falência de seu devedor, e em seguida à sua decretação, informe ao juízo competente que seu crédito não se sujeitaria de nenhuma forma ao processo de falência.

Além dos impasses legais, entende-se, desde a vigência do antigo diploma falimentar, que faltaria legítimo interesse econômico e moral para o Fisco postular a falência dos empresários ou sociedades empresárias, visto que deveria prevalecer o princípio da preservação da empresa sobre o interesse arrecadatário do Estado. O Superior Tribunal de Justiça também sustentava que se instalaria o caos econômico caso o Erário Público pudesse pleitear a falência de todos os seus devedores. Sem embargo, verifica-se que este argumento, de cunho “consequencialista”, parece carecer de fundamento jurídico e de comprovação empírica, de modo a declarar a ineficiência do sistema tributário brasileiro e estimular a sonegação e o calote a créditos públicos.

Luiz Fernando Schuartz⁸⁴ define a expressão “consequencialismo jurídico” como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à

⁸² Lei nº 6830/80. Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

⁸³ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. vol. 1, 4. ed, São Paulo: Forense, 1999, p. 43.

⁸⁴ SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem**. Biblioteca Digital FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1724>>. Acesso em 23 nov. 2015.

valoração das consequências associadas às mesmas e às suas alternativas. Noutras palavras, a sua graça consiste em assumir, para fins de argumentação, a ordem de preferências daquele contra quem o argumento se dirige, e mostrar que a decisão por este escolhida, em vez de promover a realização do estado das coisas desejado, resulta no seu oposto.

No que tange ao aspecto moral, o fato é que o entendimento dos doutos ministros é no sentido de que o juiz deve indeferir pedidos de falência que visam unicamente forçar o devedor impontual ao pagamento, visto que a ameaça da quebra não substitui o processo de execução ou a ação de cobrança.

Sacha Calmon Navarro Coelho⁸⁵, ao defender a impossibilidade de requerimento da quebra pelo Fisco, aduz que:

Falta à Fazenda Pública interesse público econômico para requerer a quebra de contribuinte. Permitir à Fazenda Pública requerer a falência, a não ser que pudesse renunciar a seus privilégios, que são irrenunciáveis, seria um abuso de direito, destinado a causar escândalo e coagir moral e psicologicamente o contribuinte, que tem o direito de ampla defesa no processo de execução.

Para o jurista, portanto, o requerimento da falência por parte da Fazenda Pública ultrapassaria limites de ordem ética, política e jurídica. Defendia que o empresariado não poderia ser intimidado com “ameaças de morte” da iniciativa empresarial, que serviriam apenas para atrair os devedores a um acordo. Com a ameaça e a pressão daí decorrentes, aqueles confessavam a dívida para fazer jus ao parcelamento, e, assim, a possibilidade de discutir o débito restava prejudicada. Do ponto de vista jurídico, em razão da unilateralidade da produção do título (certidão de dívida ativa) pela Fazenda, não seria justo falir quem não o emitiu.

Havia, em relação ao assunto, confusão entre o interesse substancial previsto no Código Civil e o interesse de agir. Aquele consistiria no núcleo do direito material alegado em juízo, ao passo que este seria sempre jurídico e processual. A falta de interesse jurídico manifestava-se, assim, na inexistência de uma das condições da ação: o interesse de agir, caracterizado pela utilidade e necessidade do processo como meio de solucionar um caso concreto.

Assim, se a Fazenda intentasse mover a máquina jurisdicional, seria julgada carecedora de ação, de acordo com o preceptivo processual gizado no Art. 3º do vigente Código de Processo Civil. Pregava-se a inconveniência do requerimento da falência do devedor por parte da Fazenda.

⁸⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1999, p. 754.

Nessa esteira, Paulo Penalva Santos afirma que a Fazenda Pública, credora privilegiada, teria interesse jurídico e legitimidade ativa, mas seu comportamento de requerer a falência do devedor seria incompatível com os princípios da razoabilidade e da função social da propriedade e dos bens de produção⁸⁶.

Outra tese defendida pelos juristas em desfavor da legitimidade ativa da Fazenda Pública em requerer a quebra com base na impontualidade era a de que esta só poderia ser provada por meio de protesto, o qual não se justificaria no caso da Certidão de Dívida Ativa. Embora possa juridicamente o título executivo ser levado a protesto, isso dificilmente ocorreu na prática, uma vez que o requerimento da falência com base em tal título ensejaria uma ampliação desnecessária da matéria de defesa do contribuinte, que poderia arguir, em suma, as exceções ligadas ao título protestado.

Na vigência do Decreto-lei nº 7.661/45, a única restrição existente era a o do credor com garantia real, que para pedir a quebra deveria renunciar à garantia, ou então, demonstrar ser a mesma insuficiente, nos termos do Art. 9º, II, b, daquele diploma falimentar.

Defendia-se, no entanto, que a Fazenda Pública, para requerer a falência do devedor contribuinte, deveria renunciar a seus privilégios, assim como os credores com garantia real. Dada a impossibilidade de isto ocorrer, uma vez que não havia previsão legislativa para isso, acabava-se concluindo que ao Fisco padecia realizar o requerimento de quebra.

Concernente aos privilégios fazendários, aponta Carvalho Neto⁸⁷:

No que tange à Fazenda Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, o veto persiste. Sendo como é, ex vi legis, credora privilegiada, gozando de privilégio geral, e preferente a todos os demais, a Fazenda Pública só poderia requerer a falência de seus devedores comerciantes, dentro da técnica da atual lei de falências, se renunciasse a esse privilégio. Ora, como isso não é possível, pois não é dado aos órgãos públicos abrirem mão das garantias que lhes outorga a lei, é lógico que não pode a Fazenda Pública requerer a falência dos seus devedores.

A Fazenda Pública, defronte aos privilégios e prerrogativas procedimentais em satisfazer seu crédito, teria de expurgá-las de todo o seu espectro quando da habilitação concursal. Conquanto, são os mesmos irrenunciáveis por se tratar de lei de ordem pública, decorrente do próprio princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ruben Ramalho, corroborando com o supracitado entendimento, aduz que a decretação de falência não tranca nem suspende o curso da execução singular em que haja interesse da Fazenda Pública, logo não haveria interesse dela em requerer a falência do seu

⁸⁶ SANTOS, Paulo Penalva. Falência requerida pela Fazenda Pública. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 343, julho/agosto/setembro, 1998, p. 176-177.

⁸⁷ NETO, Carvalho. *Tratado das Defesas Falimentares*. v. II, São Paulo: Ática, 1967, p. 81.

devedor. Aduz ainda que o Poder Público não teria interesse legítimo na decretação da quebra, uma vez que o seu crédito, em sendo de natureza tributária, prefere mesmo ao crédito assegurado com garantia real, conforme reza o Art. 184 do Código Tributário Nacional⁸⁸.

Com o advento da Lei nº 11.101/2005, permaneceram as mesmas discussões referentes à possibilidade ou não de o Fisco pedir a quebra do sujeito passivo da relação jurídico-tributária, visto que a sistemática da nova lei não vedou o requerimento da falência pelo Poder Público, mas, sim, conferiu a ele legitimidade, nos termos do Art. 97, IV, ao prever que qualquer credor poderá pedir a quebra.

Todavia, entende-se, em que pesem louváveis posições em contrário, que continua a faltar interesse de agir à Fazenda, posto que ausente o binômio necessidade-utilidade da falência como meio processual adequado para o recebimento dos créditos tributários. A quebra não seria útil à satisfação dos interesses do Fisco, uma vez que este não almeja o encerramento das atividades do devedor, mas tão-somente o recebimento de seus créditos inscritos em dívida ativa. Nessa esteira, não se pode olvidar que a falência não é meio de cobrança ou de execução de crédito, tanto é que se exige atualmente que haja obrigação líquida materializada em títulos executivos protestados que perfaçam um valor acima de quarenta salários mínimos para postular o pedido de quebra por impontualidade.

Além da confirmação da falta de interesse de agir, uma vez que ausente o elemento da utilidade, poderia parecer ainda desarrazoado que a Fazenda Pública, não se submetendo ao concurso de credores nem precisando se habilitar no processo falimentar, pudesse requerer a quebra do empresário ou sociedade empresária. Muito embora o juízo falimentar seja universal e indivisível, tem-se que as causas fiscais, assim como as trabalhistas e aquelas não reguladas pela nova Lei Falimentar, em que o devedor falido figurar como autor ou litisconsorte ativo, são exceções a essa regra conforme estabelece o *caput* do Art. 76 da Lei nº 11.101/2005⁸⁹, o qual está em consonância com a previsão do Art. 5º da Lei nº 6.830/1980⁹⁰.

Na linha deste entendimento, traduzir-se-ia em significativa coação moral favorecer a pretensão do Fisco em realizar o requerimento da falência, visto que fugiria ao bom senso permitir ao Erário Público, ao seu bom alvitre, sem qualquer critério legal,

⁸⁸ RAMALHO, Ruben. **Curso teórico e prático de falências e concordatas**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 96.

⁸⁹ Lei nº 11.101/2005. Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

⁹⁰ Lei nº 6.830/1980. Art. 5º. A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o de falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

selecionar quais empresas seriam executadas e quais seriam submetidas à falência, conforme afirma Ricardo Negrão⁹¹:

A entrega da decisão de requerer a falência ao funcionário do Estado, de forma discricionária, cabendo a ele decidir em que caso se requererá ou não a falência, implica violação ao princípio da impessoalidade do art. 37 da Constituição Federal, salvo se o pedido de falência pela Administração Pública se vinculasse a critérios objetivos fixados em lei, o que não se previu.

Por fim, resta examinar, à luz do entendimento dominante na doutrina e nos tribunais pátrios, o título executivo representativo de obrigação fiscal, ou seja, a certidão de dívida ativa. Consoante se verificou do Art. 187 do CTN, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 118 de 2005, os títulos executivos fiscais não legitimam pedido de falência, restando à Fazenda Pública exclusivamente o pedido de execução fiscal.

Entender o contrário criaria uma situação hermenêutica paradoxal: o crédito fiscal não é atraído para o juízo concursal (recuperação judicial ou extrajudicial e falência), porém poderia provocar a sua instauração, inaugurando o *par conditio creditorum*. Pior, a possibilidade de contestação do pedido falimentar acabaria por trazer a discussão sobre o crédito fiscal para o juízo especializado da falência, o que atentaria o dispositivo acima mencionado.

Em última análise, a utilização da ação falimentar pelo Poder Público poderia conferir-lhe uma medida judicial capaz de aniquilar os empresários e sociedades empresárias, contrariando princípios da ordem econômica no país. Para isto, bastaria observar o art. 170 da Lex Magna, donde se retira que a ordem econômica é pautada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, buscando a proteção da propriedade privada e o cumprimento de sua função social, a livre concorrência, bem como o tratamento favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte brasileiras.

O escopo estatal de arrecadar tributos, com vistas a garantir o interesse coletivo, não é o de insistir na empresa falida, mas, sim, na sobrevivência da atividade empresarial, posto que a extinção da empresa não afeta apenas interesses particulares. Desse modo, argumenta-se que a Fazenda não teria amparo na Teoria da Preservação da Empresa, uma vez que visa apenas seu interesse próprio no caso concreto, pondo de lado a justa medida dos interesses e contrariando o equilíbrio das relações jurídicas. Praticaria, igualmente, ato de abuso de direito por utilizar meio mais danoso para outrem, porém menos útil e adequado para si.

⁹¹ NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

Notório que o encerramento das atividades empresariais é um fato relevante não só em termos individuais e privados, mas também para a comunidade em que a empresa é inserida. Implica, entre outras consequências maléficas, no fechamento dos postos de trabalho, na perda de arrecadação por parte do Estado e no fim de investimentos naquele atividade.

No entanto, apesar de parecer óbvio o dever fundamental de pagar tributos, diante da moral tributária salvacionista vigente no Brasil, o tributo é visto como de grande repulsa social. Culturalmente, vive-se uma busca desenfreada de exoneração tributária. Nesse espeque, com a devida vênia, acredita-se que o Estado, a fim de sobrepujar essa realidade, deve encontrar meios de conferir efetividade às normas jurídicas tributárias. Desse modo, não pode ser cerceado do Fisco o direito de inaugurar o *par conditio creditorum* caso esteja diante da insolvência de empresa irrecuperável.

Procura-se estabelecer, portanto, os argumentos favoráveis ao requerimento da quebra pelo Poder Público do devedor contribuinte, em razão do crédito tributário inadimplido.

4.2 Corrente favorável

Com relação à legitimidade ativa da Fazenda Pública no processo falimentar, até a vigência do Decreto-lei nº 7.661/1945, somente as obrigações eminentemente comerciais ensejavam o pedido de falência. Por tal motivo, não havia maiores discussões doutrinárias sobre a matéria, diante da natureza tributária dos débitos. Após a sua promulgação, passou-se a considerar que apenas credores quirografários eram legitimados ao requerimento judicial da quebra. Isso porque, credores com garantia real só poderiam pedir a falência de seus devedores se renunciassem a essa garantia, ou se comprovassem sua insuficiência, conforme o Artigo 9º, III, b do Decreto-lei nº 7.661/1945.

Desse modo, sendo o credor tributário privilegiado, alguns doutrinadores como Amador Paes de Almeida entendiam que a Fazenda não estava sujeita às restrições do enunciado acima relatado, qual seja a renúncia do credor com garantia real ao seu privilégio, para a propositura da falência. Segundo o jurista, não haveria dúvida quanto à faculdade de a Fazenda Pública requerer a quebra do contribuinte comerciante, uma vez atendidas plenamente as exigências do Art. 1º da Lei Falimentar⁹².

⁹² ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 59.

Compreendia-se, nessa toada, que não haveria óbices para que a Fazenda Pública viesse a requerer a falência do empresário ou da sociedade empresária devedores de tributos, já que o crédito fiscal se revestia de liquidez, como estabelece o Art. 585 do Código de Processo Civil⁹³ e o Art. 204 do Código Tributário Nacional⁹⁴. Alegam tal liquidez ser decorrente da inscrição da dívida, enquanto a certidão da inscrição habilitava a Fazenda a ingressar em juízo.

Ademais, o Art. 9º, II, b restringia a renúncia do privilégio ao requerimento da quebra somente ao credor com garantia real, isto é, hipotecários, pignoratícios e anticréticos, não se admitindo interpretação extensiva. Desse modo, a Fazenda Pública seria parte legítima para propor em juízo a falência dos seus devedores, em razão de débitos fiscais.

A nova Lei de Recuperações e Falências, por seu turno, inovou ao não reproduzir tal disposição, utilizando a expressão “qualquer credor” ao enumerar aqueles que podem requerer a quebra do devedor. Conclui-se, então, que a lei não nega a ninguém a legitimidade ativa para requerer a falência, e, ao contrário, afirma expressamente que todos os credores podem instaurar o procedimento falimentar do devedor empresário, não fazendo qualquer distinção em relação à natureza do crédito.

Destaca-se, nessa linha, a opinião de Waldo Fazzio Júnior⁹⁵:

Também a Fazenda Pública pode requerer a falência do devedor empresário, embora não esteja sujeita ao concurso de credores para receber seu crédito. Em primeiro lugar, inexistente qualquer restrição legal. O fisco possui título executivo, e uma vez caracterizados os motivos legais que determinam a quebra, pode e deve a Fazenda Pública valer-se do direito que até a credores civis é garantido. [...] Depois, o art. 187 do CTN confere privilégio ao crédito fiscal, e não uma imposição.

O Ministro Castro Filho, voto vencido no julgamento do Recurso Especial nº 164.389/MG, afirmou nesse mesmo sentido⁹⁶:

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 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

⁹³ Código de Processo Civil. Art. 585, VI. São títulos executivos extrajudiciais: a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.

⁹⁴ Código Tributário Nacional. Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.

⁹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 638-639.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 164.389/MG. Relator para o acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 13 ago. 2003. Dje 16 ago. 2004.

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.

O doutro magistrado ressalta, ainda, que: “Ademais, como se disse e é conveniente reiterar, a lei não fornece óbices expressos a que a Fazenda Pública requeira a falência de seu devedor. Logo, se não proíbe, admite”.⁹⁷

A discussão acerca da legitimidade ativa do Fisco para requerer a quebra deve permear não só o direito de propriedade, mas principalmente a salvaguarda da função social da empresa e o dever fundamental de pagar tributos. O objetivo da Lei nº 11.101/2005 foi o de estimular a continuidade das atividades empresariais, desde que, logicamente, existam condições de viabilidade negocial, com vistas em coibir problemas de risco moral, de enriquecimentos ilícitos, de fraudes contra credores e de desrespeito à livre concorrência.

A despeito dos incentivos à iniciativa empresarial, em muitos casos não há condições veementes de recuperação, pelo que se torna inegável o interesse da Fazenda Pública em fazer iniciar o concurso formal de credores sob o juízo universal da falência, por meio do *par conditio creditorum* e das regras de controle de patrimônio e atividades do falido. Ademais, tal atuação seria, em verdade, necessária à segurança jurídica, visto que o empresário ou sociedade empresária que não consiga saldar com seus débitos fiscais, não deve ser admitida dentro do cenário econômico brasileiro, pelo papel negativo no livre mercado.

A função social da empresa denota essencialmente o pagamento de tributos, e a manutenção de empresa que deixa de recolher regularmente aos cofres públicos os tributos devidos configura concorrência desleal e, portanto, atinge os interesses dos demais atores privados.

Claro, a nosso entender, que deverá haver um sopesamento dos princípios constitucionais em razão do conflito entre o Fisco e o devedor contribuinte, no que concerne, de um lado, ao interesse público, decorrente do dever fundamental de pagar tributos, e, de outro, na garantia da livre iniciativa, de modo a se evitar o aniquilamento da empresa a pretexto de se cobra uma dívida fiscal. A solução dialética, qual seja, de hierarquização dos princípios no caso concreto, por meio de uma ponderação axiológica, é a pauta da hermenêutica moderna, no entanto, verifica-se, numa interpretação conforme a Constituição,

⁹⁷ *Idem.*

que a lei de falências não deve ser encarada, exclusivamente, de forma contrária aos interesses do Fisco.

Ora, é fato notável que, no Brasil, chega a ser frequente a dissolução irregular de empresas. Tanto é que este ato é tido como ruinoso, conforme previsão do Art. 94, III, g, da Lei nº 11.101/2005, de forma a evidenciar o legítimo interesse do Fisco em pleitear a quebra, ante à inexistência de atividade empresarial a ser preservada.

É lícito ressaltar, ainda, que mesmo diante de uma dissolução irregular, embora se possa presumir que os sócios são todos responsáveis tributários, o STJ possui julgados nos quais são excluídos do rol dos responsáveis os sócios sem poderes de gerência, e, mesmo em relação aos gerentes, dirigentes ou administradores, admite que provem não ter concorrido para tal dissolução⁹⁸.

Desse modo, os diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas apenas podem ser responsabilizados, nos termos do Art. 135 do CTN, quando atuem fora dos limites de sua competência, desrespeitando a lei societária, o contrato social ou o estatuto. A infração à lei capaz de responsabilizar o diretor ou sócio-gerente é uma só, em virtude de configurar-se com a violação das disposições de direito comercial que regem o exercício da função do órgão corporificam⁹⁹.

Com efeito, quem está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica, e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o diretor ou sócio-gerente, a obrigação tributária é daquela, e não destes. A jurisprudência do STJ é no sentido, então, de que sempre, portanto, que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do sócio-gerente ou diretor, que só responde pelo débito, frise-se, excepcionalmente, se resultar de atos praticados com excesso de mandato ou infração à lei.¹⁰⁰

Conclui-se que não ocorre a substituição tributária pela simples circunstância de a sociedade achar-se em débito para com o Fisco. A matéria hoje se encontra pacificada na Súmula nº 430 do STJ: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 656.860/RS. 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon. julgado em 7 mar. 2006, Dje de 4 mai. 2006, p. 165.

⁹⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *op. cit.* p. 237-238.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 100.739/SP. Ac. un. da 2ª Turma. Rel. Min. Ari Pargendler. DJ 1º fev. 1999, p. 138. RSTJ 117, p. 287.

Importante ressaltar, nesse diapasão, o que diz o professor Hugo de Brito Machado Segundo¹⁰¹:

Em nosso entendimento, para atribuir responsabilidade tributária às pessoas referidas no Artigo 135 do CTN é indispensável a instauração de processo administrativo específico. Trata-se, aliás, de um privilégio do Fisco, vez que os demais credores se têm de valer da ação judicial. O puro e simples ‘redirecionamento’ da execução fiscal para as pessoas referidas no Art. 135, III, do CTN, em regra, só é possível nas hipóteses em que, quando da busca de bens para penhora, constata-se o irregular e completo desaparecimento da pessoa jurídica. Essa hipótese, aliás, autoriza o redirecionamento de qualquer execução e, não apenas da promovida pela Fazenda Pública.

Consoante explana o tributarista, fundamental se mostra registrar que o desaparecimento da pessoa jurídica, o qual implica a sua dissolução irregular, em desatenção ao direito de seus credores, não se confunde com a impossibilidade de pagamento por parte de pessoa jurídica existente e em funcionamento, tampouco com liquidação regular, ou ainda com a falência da pessoa jurídica inadimplente.

Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilidade dos sócios, os quais podem provar não terem agido com dolo, culpa ou excesso de poder. Se não há extinção da sociedade, a prova em desfavor do sócio passa a ser do exequente.

Por fim, o pedido de falência, feito por qualquer credor com base na execução frustrada, pode ser ilidido por intermédio do depósito do valor total, nos termos do Art. 98 da Lei nº 11.101/2005. Também não será decretada a falência quando, nas hipóteses específicas, for postulado e deferido o plano de Recuperação Judicial, como dispõem os Arts. 57 e 95 do mesmo diploma falimentar.

Ressalte-se, por oportuno, que a inclusão do débito tributário em programa de parcelamento antes de decisão judicial, ilidiria, também, a decretação da falência, já que suspenderia a exigibilidade do crédito tributário^{102 103}. Desse modo, não merece prosperar o argumento que o pedido formulado pela Fazenda Pública atentaria a função social da empresa, tendo em vista que, uma vez não sendo efetivamente insolvente, haverá uma solução jurídica para afastar a quebra do devedor empresário, garantindo-se a manutenção dos ativos dos negócios, a fim de cumprir com sua função social.

¹⁰¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *op. cit.* p. 241.

¹⁰² Diante da necessidade de alteração por lei complementar a ser editada, ainda não é possível a participação do Fisco ou a inclusão dos débitos tributários na Recuperação Judicial. No entanto, atualmente, o parcelamento do débito tributário é sempre possível nos termos da Lei nº 10.522/2002.

¹⁰³ Lei nº 5.172/66. Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: VI – o parcelamento.

Diante de tais considerações, buscar-se-á, em tópicos separados, apresentar a compatibilidade da Teoria da Preservação da Empresa frente a posição da Fazenda em poder requerer a quebra do contribuinte em razão do crédito tributário.

Na mesma toada, analisaremos mais detalhadamente a matéria da legitimidade ativa do Fisco e suas implicações na livre concorrência, debatendo sobre o caso em discussão no Pretório Excelso, no RE nº 550.769, em que figura como parte a empresa de cigarros American Virgínia Indústria e Comércio Importação e Exportação de Tabacos de Ltda., devedora de expressivos montantes decorrentes de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, dentre outros tributos.

Empós, trataremos, em especial, do interesse público específico na decretação da falência, haja vista a limitação da preferência dos créditos trabalhistas a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos no curso do processo falimentar.

4.3 Relativização do princípio da conservação da empresa

O princípio da preservação da empresa, que tem entre seus vetores determinantes o princípio da função social e o princípio do pleno emprego, previstos no Art. 170, VIII, da Constituição Federal de 1988¹⁰⁴, possibilita a continuidade da atividade empresarial no contexto de seu exercício. Muitas vezes, o atendimento da função social da empresa far-se-á por meio de sua manutenção¹⁰⁵.

Manter a empresa em funcionamento denota a conservação do conjunto de relações que dela decorrem, visto que visa a proteger a manutenção dos postos de trabalho, resguardando o direito dos trabalhadores; a interação com a comunidade, isto é, de todo o ambiente social que circunda a empresa; a ampliação do abastecimento de bens e serviços, de modo a resguardar o interesse dos consumidores; a possibilidade de geração de recursos econômicos, a fim de garantir o interesse dos credores, etc.

Sob a égide da Constituição Federal, é inconteste que o Estado tem interesse no capital e na livre iniciativa, como base do desenvolvimento do País, pois, esse impulso econômico traz às pessoas a possibilidade de emprego, crescimento econômico, pagamento de

¹⁰⁴ Artigo 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: [...] VIII – pleno emprego.

¹⁰⁵ MATIAS, J. L. N. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. 2009. 323 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 97.

impostos, condições de diversidade na escolha dos serviços e produtos, essenciais e supérfluos.

A partir da década de 80, houve, portanto, uma reversão no processo de crescimento da intervenção estatal na atividade econômica, afastando-se o Estado da atividade econômica, deixando de ser um ente produtivo, incentivando a privatização de suas funções, abrindo cada vez mais a competitividade e a liberdade de mercado face às novas ideias sobre competitividade e globalização.

As leis, nessa toada, prestigiando o modelo neoliberal e globalizante, propugnaram uma concentração cada vez maior em torno da transparência dos negócios econômicos. Tendo em vista que o Decreto-Lei nº 7.661/45 não detinha mecanismos para gerir a recuperação da empresa, havia a necessidade de reforma normativa, bem como de se averiguar qual seria o papel do Estado liberal diante das empresas em crise.

Fran Martins¹⁰⁶, ao discorrer sobre a temática, afirma que:

Muito se debateu ao longo dos anos sobre o papel fundamental a ser preenchido pela empresa, cuja conotação disciplina uma função social constitucionalmente prevista, a tal ponto de se delimitar a ação do Estado, dos agentes no momento da eclosão de crise, visando assim sujeitar às leis concorrenciais, ou simplesmente dispor de aparato suficiente à salvaguarda do negócio empresarial.

Com o advento da Lei nº 11.101/2005, objetivou-se consubstanciar a estratégia de rever o instituto da concordata e remodelar a insolvência formatando preceitos de conservação dos ativos. Dentre as inovações de relevância trazidas pelo novel diploma falimentar, destaca-se a nítida separação entre a empresa e o empresário, com o sacrifício dos seus interesses em prestígio da manutenção da empresa.

Passou-se a visualizar a crise na empresa como um processo transitório, que implica em ajustes nas estruturas de produção e manutenção dos seus custos. Tornar-se-ia fundamental priorizar a instrumentalização da atividade, de modo a fomentar o rápido enfrentamento das consequências desastrosas da crise.

A recuperação, seja na modalidade judicial ou extrajudicial, tem a precípua finalidade de se evitar a drástica decretação de falência, mantendo os empregos, a arrecadação, os fornecedores, enfim, o respeito da empresa no mercado. Diversas mudanças são percebidas quando a empresa está em recuperação, dentre elas há a hipótese de substituição parcial ou total dos administradores, aumento do capital social, redução salarial, venda parcial de bens, emissão de valores mobiliários, etc.

¹⁰⁶ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 32. ed. rev. atual. e ampliada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro, Forense: 2009. p. 465.

A execução do plano de recuperação, todavia, baseia-se no estudo da viabilidade do negócio, levando-se em consideração a situação real da empresa e a relação custo/benefício, oportunidade em que o administrador judicial proporá soluções para a crise, encarregando-se de monitorar e apresentar relatórios das atividades ao juízo¹⁰⁷.

Num cenário socioeconômico em que a recuperação é aplicada principalmente às atividades de pequeno e médio porte, é lícito salientar que, muitas vezes, em função da dificuldade de se maximizar os ativos, torna-se custoso à atividade empresarial permanecer operante, em face das restrições impostas pelo mercado.

Muito embora, com a introdução da Lei Complementar nº 118/2005, a previsão da sucessão trabalhista tenha sido revista, de forma que os pilares da reforma inseriram diagramas distintos e favoráveis ao estado de recuperação da empresa em crise, é válido realçar que os encargos financeiros, incluídos os trabalhistas e tributários, inviabilizam grande parcela das empresas em prosseguir com seu estado de recuperação.

Nesse diapasão, em sendo inevitável a situação de quebra - decorrente de convocação, autofalência ou requerimento pelos interessados – a liquidação da empresa inviável deverá ser menos custosa possível, com maior rapidez, a fim de obstar dilapidação patrimonial. Vale evidenciar que o regime falimentar baseia-se na instrumentalidade e na economia processual.

Reestruturar a empresa em crise, procurando dar maior ênfase em potencializar os negócios, de modo a minorar os riscos, é desafio deveras árduo, nitidamente para pequenas e médias empresas, as quais, em razão das diversidades impostas, tendem a aderir a investimentos mais consentâneos com a realidade econômica do país, assegurando maiores possibilidades de sucesso no empreendimento.

Não obstante o desestímulo causado pela alta taxa de juros e pela elevada carga tributária, o Brasil, nos dias atuais, tem papel de destaque no empreendedorismo¹⁰⁸, com o aumento de 23% para 34,5% de empreendedores, no período de dez anos, segundo aponta pesquisa realizada pela Global Entrepreneurship Monitor (GEM), realizada no Brasil pelo SEBRAE e pelo Instituto Brasileiro de Qualidade e Produtividade (IBQP).

Conforme dados da pesquisa, os números demonstram crescimento mais relevantes no pequeno negócio, responsável por mais de 52% da geração de empregos formais

¹⁰⁷ Os autores franceses Phillippe Peyramaure e Pierre Sardet defendem que três mecanismos se mostram imperativos e inadiáveis, frente à crise da empresa, a fim de assegurar poder de recuperação à atividade: a rapidez da reação, o realismo e a descrição. (PEYRAMAURE, P.; SARDET, P. **L'entreprise en difficulté: Prévention- Restructuration- Redressement.**, 4ème éd, Paris: Delmas, 2006, p.20).

¹⁰⁸ Disponível em <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/04/campeao-em-empendedorismo-brasil-gera-52-de-empregos>. Acesso em: 02 dez. 2015.

e 40% da massa salarial do País. Cresceu, também, a quantidade de brasileiros de 18 a 64 anos que possuem empresa ou que pretendem abrir uma. Tal propulsão da livre iniciativa tem sido superior, inclusive, se comparado, no mesmo período, ao das nações mais empreendedoras, como Estados Unidos, Reino Unido, Japão, Itália e França.

É imprescindível desmistificar o Estado como o maior algoz das atividades negociais. Empreender é tarefa bastante penosa e exige conhecimentos diversos, que vão além da mera capacidade de avaliação do mercado. Ser empreendedor requer se tornar um vivaz leitor, ávido por descobertas acerca do que se quer vender, produzir ou construir. O momento de se investir numa atividade empresarial, que deve ser bem analisado pelos seus incentivadores, implica em definir bem as estratégias e os modelos negociais. Sem isso, dificilmente será possível averiguar a necessidade em potencial do mercado e, fatalmente, a empresa terá drásticas consequências.

Além disso, o empreendedor é por sua natureza diferenciado, dedicado e corajoso. Não significa dizer, todavia, que o sucesso empresarial sempre é definido pelos fatores acima relatados. A complexidade do empreendedorismo está exatamente no fato de que a abertura de uma empresa interfere na vida em sociedade, criando relações das mais diversas.

Temos a livre iniciativa como um dos princípios fundamentais da Constituição Federal, configurando verdadeiro incentivo à proteção do próprio capitalismo pautado no liberalismo de mercado sem deparar-se com as restrições a serem impostas pelo Estado.

José Cretella Júnior¹⁰⁹ traduz que “a livre iniciativa é um dos fundamentos da Constituição Federal para que o Estado de Direito ou Estado Democrático instituído possa construir uma sociedade aberta, justa e solidária”. Segundo o mesmo autor, justificando o princípio da livre iniciativa, admite-se a intervenção do Estado para promover a competição e o alto grau de qualidade do serviço a ser posto no mercado¹¹⁰:

A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da nação, representados pelo Estado.

É correto afirmar que a livre iniciativa é salutar para o desenvolvimento do Estado, desde que também observados os outros princípios da ordem econômica, que são a valorização do trabalho humano, para assegurar a existência digna, além daqueles expressos no capítulo da Ordem Econômica, estabelecidos no artigo 170 da Constituição. Dessa feita, a valorização do trabalho humano é a finalidade ou pressuposto necessário da existência digna.

¹⁰⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 248.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 247.

Em contrapartida, o Estado, com a arrecadação de tributos da iniciativa privada e de todos os demais cidadãos que contribuem, direta ou indiretamente, tem a obrigação de garantir a prestação que a ele foi incumbido pela Carta Magna. Para tanto, empenha-se em regulamentar os sistemas que abrangem as regras em prol do consumidor, do meio ambiente, da proteção da propriedade móvel e imóvel, bem como para combater a concorrência desleal e o abuso do poder.

Com o fito de estabelecer a justiça social e a proteção da livre iniciativa, o Estado vem proteger as empresas em busca da estabilidade econômica, regulando o mercado produtivo, a fim de equilibrar o interesse próprio da empresa em obter lucro e o bem-estar social. Seguindo essa seara, no que concerne ao regime de recuperações e falências, é mister asseverar que a quebra não é um fenômeno que interesse apenas aos credores privados, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado possui plena capacidade de interferência.

Desconsiderar seu interesse preponderante pode revelar factual incentivo às sonegações, ao não pagamento dos créditos tributários e aos demais ardis patrimoniais, os quais evidenciam o desrespeito à livre concorrência, com o conseqüente prejuízo à segurança jurídico-tributária.

Busca-se, destarte, relativizar o princípio da conservação da empresa, no sentido de demonstrar que o Estado não necessariamente deseja a cessação da atividade empresarial do devedor que não quita seus débitos tributários, mormente quando se trata de períodos temporários, uma vez que resta comprovado o maior número de benefícios em proveito da coletividade se houver a injeção de capitais e investimentos na economia, advindos de uma recuperação, desde que, por razões óbvias, esta realmente puder ser concretizada.

O Poder Público, pois, tem interesse na resolução célere e transparente da insolvência empresarial, de sorte que os ativos, tangíveis e intangíveis, sejam preservados e continuem cumprindo sua função social, corroborando com a geração de renda e a redistribuição da riqueza.

A preservação da empresa viável, tomada como instituto substancial ao desenvolvimento econômico, é o foco da evolução do sistema¹¹¹. Contudo, restada a impossibilidade de sobrevivência negocial, acredita-se que seja necessário estender à Fazenda Pública o direito de postular a falência do devedor tributário, inaugurando o *par conditio*

¹¹¹ RODRIGUES, Frederico Viana. A recuperação de empresas economicamente viáveis por intermédio da securitização de créditos no Brasil e no Direito Comparado. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, nº 29, jul./set. 2005, p. 153.

creditorum, sobretudo nas hipóteses de execução frustrada e quando comprovados os atos de falência, de maneira a preservar a ordem constitucional, em relação à efetivação dos direitos fundamentais ligados à igualdade, justiça e segurança jurídica.

A função social da empresa, como visto alhures, exprime o pagamento de tributos, aqui considerados os realmente devidos, sem a existência de vícios formais ou materiais. Em verdade, a legislação não deve ser, em regra, interpretada contrariamente ao Fisco.

Por fim, cabe sustentar o argumento de que, por conseguinte, o pedido de falência pela Fazenda Pública não impede que exista outra solução jurídica que tente afastá-la, visto que o empresário ou sociedade empresária que não cometeu atos de falência e possui capacidade de voltar ao mercado competitivo negocial, sendo, assim, não insolvente, terá o princípio da continuidade empresarial respeitado.

Para isso, bastará somente provar a viabilidade de manutenção das atividades, ilidindo a quebra por meio de depósito do valor total do crédito, ou pela suspensão de exigibilidade do crédito em razão da sua inclusão em parcelamento antes da decisão judicial, ou, ainda, quando for pleiteado e deferido o pedido de recuperação judicial.

Nesse esteio, no próximo tópico, tecer-se-ão alguns comentários sobre a livre concorrência e a atuação do Estado no controle mercadológico como meio de possibilitar maior equivalência entre a iniciativa e a necessidade de manejo estatal na ordem econômica, analisando o caso emblemático da empresa de cigarros American Virginia, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

4.4 O respaldo à livre concorrência como justificativa para a postulação de falência

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o direito de propriedade é um direito fundamental¹¹². Por seu turno, no capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional, também se apresenta dispositivo específico que garante o direito à propriedade e à liberdade por meio da proibição de instituição de tributo com efeito de confisco¹¹³.

¹¹² “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social [...]”.

¹¹³ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV – utilizar tributo com efeito de confisco [...]”.

A *Lex Magna* ainda instituiu a propriedade como um princípio geral da atividade econômica¹¹⁴, nos termos do Art. 170, incisos II e III. Denota-se, pela análise dos dispositivos mencionados, que os direitos de propriedade e liberdade detêm expressivo significado no ordenamento jurídico brasileiro, configurando, em sua essencialidade, verdadeira limitação ao poder de tributar. É sabido que a relação tributária possui efeitos patrimoniais, decorrentes da subtração de meios de pagamento, e comportamentais, em que a disponibilidade do direito à liberdade é afetada, em razão do encargo tributário.

Conforme lição de Humberto Bergmann Ávila¹¹⁵:

[...] A Constituição Brasileira contém uma série de dispositivos garantidores da liberdade e da propriedade. Esses direitos limitam diretamente o poder de tributar, já que o conteúdo essencial dos direitos à liberdade e à propriedade dos sujeitos passivos não pode ser violado por meio da tributação. O postulado da proibição de excesso tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, normalmente em associação com a proporcionalidade (art. 1º e art. 5º, LIV, CF/88) ou com a liberdade de comércio (art. 170, parágrafo único, CF/88). Ele se assenta na ideia de que todos os direitos e princípios fundamentais, ainda que possam ser restringíveis, não podem ser atingidos no seu núcleo essencial, sendo esse núcleo definido como aquela parte do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia e, por isso, deixa de ser reconhecível como um direito fundamental. Ainda que se admita que o Estado tenha competência para instituir tributos, o exercício dessa sua competência não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma.

O princípio da liberdade de exercício de atividade econômica, como todo princípio, pode ser objeto de restrição em razão da aplicação de outro princípio constitucional. Nos termos do Art. 146-A da CF/88, com alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 42/2003, fora introduzida a permissão para a lei complementar estabelecer critérios especiais de tributação em razão de possíveis desequilíbrios da concorrência¹¹⁶. É preciso enfatizar que deverá haver uma medida que institua tais critérios especiais de forma adequada, necessária e proporcional à realização do objetivo de prevenir os desequilíbrios da concorrência.

Nesse jaez, o princípio da livre concorrência é previsto no artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agente econômicos com poder de mercado. Se há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço, os preços praticados tendem a manter-se nos menores níveis possíveis e as empresas precisam manter constantemente o ímpeto de serem eficientes, com o intuito de aumentarem os lucros. Ao passo que tais ganhos de eficiência são

¹¹⁴ “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 [...]”.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 335.

¹¹⁶ “Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.”

conquistados e difundidos entre os produtores, surge uma readequação dos preços, que beneficia o consumidor. Dessa forma, a livre concorrência garante menores preços para os consumidores, estimulando a criatividade e a inovação das empresas¹¹⁷.

A livre concorrência deve ser interpretada como a liberdade inerente a todos os particulares de ingressar, permanecer e atuar em uma determinada atividade econômica. Assim, o sentido da livre concorrência sob o prisma da igualdade não significa a busca por um mercado extremamente paritário, uma vez que esta visão apresentar-se-ia contraditória em relação ao modelo econômico adotado, que prima pela competição e pela diferenciação entre os participantes com base na eficiência econômica apresentada por cada um. Noutros termos, a desigualdade é característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa, e que se processa por meio da livre concorrência.

O legislador constituinte, no § 4º do art. 173, dispôs que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros¹¹⁸. Note-se, a partir desta disposição, que a Constituição Federal não condena o exercício do poder econômico, mas sim seu abuso, o qual suscita a intervenção estatal, de forma a coibir excessos tais como os cartéis e monopólios que de fato venham a turbar o livre funcionamento das estruturas do mercado¹¹⁹.

José Afonso da Silva¹²⁰ argumenta que a livre concorrência é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e a Constituição, para garanti-la, estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Buscam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista.

A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Acontece que, não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial, pelo que cabe, então, ao Estado coibir este abuso. A ideia de livre concorrência, inicialmente concebida pelo liberalismo econômico, sustentava a existência de um concorrência perfeita, em que as forças do mercado se ajustariam sob o

¹¹⁷ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2015.

¹¹⁸ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. [...]”

¹¹⁹ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Direito Econômico**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 60.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.761.

comando de uma “mão invisível”¹²¹. Por ser impraticável tal modelo, tendo em vista a heterogeneidade da realidade negocial, tornou-se necessário um controle com a finalidade de evitar a concentração econômica em níveis inaceitáveis, a ser realizado pelo Estado.

A regulação pública de setores na economia serve para suprir as falhas de mercado, entendida dentro de um contexto em que determinadas condições permitem um possível abuso de poder econômico, como mercados concentrados com elevadas barreiras à entrada e demanda ineficiente e inelástica para a oferta de produtos. Além de ter utilidade para a persecução das políticas públicas, voltadas ao interesse coletivo.

A atuação estatal na economia, destarte, não deve ser considerada uma mazela, visto que sua atuação é inescapável à evolução do próprio sistema de mercado, pelo que, hodiernamente, sua condição é a de participante habitual do sistema econômico, sendo ultrapassada a compreensão de que seria apenas interventor aleatório¹²². A inexistência de concorrência, em termos macroeconômicos, gera a diminuição do nível de empregos e, conseqüentemente, de produção de riquezas, pois pode provocar o engessamento das tecnologias, em razão da diminuição da competitividade¹²³.

Seguindo essa linha, no que tange à necessidade do Estado de efetivar suas políticas públicas por meio da arrecadação de tributos, é válido afirmar que a prática da sonegação fiscal revela-se como problema que atinge negativamente não apenas o Estado, mas o mercado, os consumidores e a sociedade encarada como um todo, configurando potenciais danos à livre concorrência.

É inequívoco que as evasões fiscais devem ser combatidas, em respeito ao princípio da neutralidade, como forma de manter o equilíbrio competitivo de mercado. A ideia de neutralidade¹²⁴ pode ser compreendida, numa visão moderna, não como a interferência do tributo sobre a economia, mas, em acepção mais restrita, como a neutralidade da tributação em relação à livre concorrência, visando a garantir um ambiente de igualdade de condições competitivas.

A sonegação fiscal é um dos principais problemas enfrentados atualmente pelas Fazendas Públicas, de sorte que seu combate assume papel fundamental para que se obtenha uma arrecadação eficiente e, mais do que isso, um sistema tributário justo e equilibrado. Além

¹²¹ SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 119.

¹²² NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36.

¹²³ NASSIF, André. **Fundamentos Econômicos da Empresa**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Management – Cursos de Educação Continuada, 2003, p. 10.

¹²⁴ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre Concorrência e o Dever de Neutralidade Tributária**. 2005. 143f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2005. p. 69.

de problema de ordem arrecadatória, caracteriza-se, por conseguinte, como obstáculo para a concretização da prestação de políticas públicas, haja vista ser potencial causadora de graves distúrbios concorrenciais¹²⁵.

Suas causas estão, entre outros fatores, na instabilidade e na complexidade da legislação tributária, na carga tributária excessiva, nas deficiências e na falta de estrutura dos órgãos públicos (Receita Federal, Conselho de Contribuintes, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Poder Judiciário). Lícito analisar que, além dessas razões, o alto índice de economia informal e a falta de consciência tributária e de noção da função social do tributo, aliados ao descrédito do governo, que não evidencia o retorno dos valores arrecadados em prestação de serviços públicos de qualidade, também podem incluídas como motivos para a evasão fiscal.

A crescente preocupação referente à sonegação fiscal pode ser verificada pela criação de entidades civis com o objetivo de combater a sonegação e outros fatores que reflitam prejuízos à livre concorrência, como o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO), o qual vem assumindo a posição de *amicus curiae* em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN's) que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, concernentes ao tema da tributação e da livre concorrência.

A quebra na igualdade de condições de competir, propiciada pelo não adimplemento da obrigação tributária, faz surgir considerável desvantagem àquele contribuinte pagador de tributos, uma vez que este encontra maiores dificuldades em alcançar poder de mercado ao concorrer com o empresário sonegador, que inferioriza os preços de seus produtos sem ter a necessidade de diminuir a sua margem de lucro¹²⁶.

Como forma de inibir tais práticas, torna-se crucial a criação de obrigações tributárias acessórias¹²⁷ ou de regimes especiais de fiscalização. No entanto, tais medidas esbarram na ideia da proibição do uso de sanções políticas, repelidas pelo Supremo Tribunal Federal como meio coercitivo de se obter o pagamento de tributos.

¹²⁵ SANTOS, Luiz Fernando Barboza dos. **Sonegação fiscal e livre concorrência**. Tese apresentada no XXXIX Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/revistadigital/wp-content/uploads/2015/07/SONEGACAO_FISCAL_LIVRE_CONCORRENCIA.pdf> Acesso em: 02 dez. 2015.

¹²⁶ As práticas de evasão fiscal, ao suprimir ou reduzir tributos, não se limitam simplesmente a omitir ou falsear declarações, inserir dados incorretos em documentos fiscais ou fazer uso de nota-fiscal calçada e meia-nota. Atualmente, por meio das grandes fusões e incorporações societárias, por exemplo, mascara-se a utilização de meios ilícitos, a fim de dar a aparência de legalidade, servindo de sofisticado método para a sonegação fiscal.

¹²⁷ Cite-se a obrigação acessória consistente na instalação de equipamentos medidores de vazão e condutivímetros, bem como de aparelhos para o controle, registro e gravação dos quantitativos medidos, instituída pela Receita Federal, por meio da Medida Provisória nº 2.158-35 de 24/08/2001 e da Instrução Normativa nº 265, de 20/12/2002, para os estabelecimentos industriais produtores de bebidas classificados nas posições 2202 e 2203 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI.

Nessa esteira, ainda que em última análise, pode-se aduzir que a finalidade buscada pelo Estado é legítima ao procurar proteger a livre concorrência e, conseqüentemente, a ordem econômica. De fato, as restrições à liberdade de exercício de atividade empresarial deve ser realizada de forma proporcional, de modo que não se atinja o núcleo de inviabilizar ao particular de exercer sua atividade econômica.

No entanto, em se tratando de situações de inadimplemento fiscal contumaz, com vistas a buscar o equilíbrio concorrencial, revela-se importante fazer um exercício de ponderação de princípios, em que preservar a livre concorrência implique em restringir a livre iniciativa e a liberdade de exercício de atividade. Desse modo, no próximo tópico, analisar-se-á o paradigmático caso do fechamento da empresa de cigarros devedora de altíssimos montantes de IPI.

4.4.1 O caso American Virginia e o Supremo Tribunal Federal

Em meados do ano de 2006, a empresa fabricante de cigarros American Virginia Indústria e Comércio, Importação e Exportação de Tabacos Ltda sofreu a penalidade de suspensão de suas atividades pela Receita Federal, em razão do cancelamento de seu registro especial, requisito imprescindível para a manutenção dessa atividade empresarial, nos termos do artigo 1º, caput, do Decreto-Lei nº 1.593/77¹²⁸. Segundo a Receita, a citada fabricante de cigarros acumulava mais de R\$ 1 bilhão em dívidas, sendo sua maioria pelo não pagamento de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

Pela Ação Cautelar nº 1.657-6, com a qual se pedia a atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido na origem, a American Virginia atacou o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2, que considerou a legalidade da aplicação da penalidade de suspensão, em virtude da obrigação de pagar o IPI, conforme dispõe o Art. 2º, inciso II do mesmo decreto-lei¹²⁹.

¹²⁸ Art. 1º. A fabricação de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, aprovada pelo Decreto nº 2.092, de 10 de dezembro de 1996, será exercida exclusivamente pelas empresas que, dispoindo de instalações industriais adequadas, mantiveram registro especial na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001).

¹²⁹ Art 2º. O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2148-35, de 2001)
II – não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal; (Redação dada pela Lei nº 9.822, de 1999).

Em 2007, em apreciação em sede de liminar, o Supremo Tribunal Federal - STF manteve fechadas as fábricas de cigarro da American Virginia, indeferindo a cautelar, em razão do comportamento ofensivo à livre concorrência.

A tese vencedora no STF foi a do Ministro Cezar Peluso, primeiro a se posicionar contra a concessão da liminar (AC 1657), solicitada pela empresa para reverter a medida da Receita. Para Peluso, a regularidade fiscal é uma condição indispensável para o funcionamento de empresas que produzem cigarros, já que o não pagamento de tributos lhes confere grande vantagem competitiva no mercado¹³⁰.

Por sua vez, a corrente que se formou a favor da American Virginia alegou o grande risco de irreversibilidade dos efeitos da interdição das fábricas. O ministro Joaquim Barbosa, relator do processo, afirmou que a paralisação das atividades da American Virginia poderia comprometer a sua própria existência. Outros ministros que aderiram a esse argumento apontaram até o possível risco de impossibilidade de a empresa pagar os tributos devidos¹³¹.

Outra questão debatida no julgamento foi se a medida da Receita Federal teria configurado forma coercitiva para obrigar a American Virginia a pagar os tributos, ferindo o entendimento reiterado da Corte Suprema, que impede a utilização desse tipo de sanção, cerceadora da liberdade de iniciativa econômica, nos termos das Súmulas 70, 323 e 547. Os ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, votos vencidos no julgamento, reconheceram a plausibilidade dessa tese, que foi levantada pela empresa.

Cezar Peluso, no entanto, acompanhado pelos demais ministros à época, afirmou que a atuação fazendária não implicaria, à primeira vista, em violação de nenhum direito subjetivo da empresa, senão que antes a impediu de continuar a desfrutar posição de mercado conquistada à força de vantagem competitiva ilícita ou abusiva.

Em trecho de seu voto¹³², o douto magistrado ponderou que:

Dadas as características do mercado de cigarros, que encontra na tributação dirigida um dos fatores determinantes do preço do produto, parece-me de todo compatível com o ordenamento limitar a liberdade de iniciativa a bem outras finalidades jurídicas tão ou mais relevantes, como a defesa da livre concorrência e o exercício da vigilância estatal sobre setor particularmente crítico para a saúde pública.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC nº 1.657-6/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso. Julgado em 27.06.2007. Tribunal Pleno. DJ. 31.08.2007.

¹³¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70390>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Cautelar nº 1657-6/RJ. Voto Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484304>>. Acesso em 04 dez. 2015.

Asseverou ainda, amparado pelos pareceres dos eminentes professores Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Humberto Ávila e José Afonso da Silva, trazidos ao bojo dos autos pela União Federal, que, apesar de a empresa alegar não ser sonegadora e ter a maioria dos débitos tributários com a exigibilidade suspensa, estes correspondiam a valores ínfimos, se comparados ao total devido.

Desse modo, não estaria configurada a sanção política, tendo em vista a razoabilidade da medida imposta, pois coexistiriam os requisitos da necessidade, adequação e da proporcionalidade a tutelarem a livre concorrência. Sustentou, por fim, diante da singularidade do caso em tela, que o Art. 2º do Decreto-lei analisado não estabeleceria meio coercitivo para cobrança de tributo, mas sim sanções por práticas de atos ilícitos contra a ordem tributária.

Em 2013, o Plenário do STF negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 550.769 interposto por American Virginia Indústria e Comércio Importação e Exportação de Tabacos Ltda contra decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), que considerou constitucional o referido dispositivo que vincula a concessão de registro especial para a fabricação e comercialização de cigarros à regularidade da situação fiscal da empresa. Por maioria, o Plenário seguiu o voto do relator, ministro Joaquim Barbosa, que reviu seu pensamento, no sentido de que a cassação do registro não constitui sanção política¹³³.

A empresa tabagista sustentava que o artigo 2º, inciso II, do Decreto-lei 1.593/1977, com a redação dada pela Lei 9.822/1999, ao vincular a concessão ou manutenção de registro especial pela Secretaria da Receita Federal ao cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, violaria o direito constitucional à liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (artigos 5º, incisos XIII e LIV, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal)¹³⁴.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por seu turno, explanou que a inconstitucionalidade das sanções coercitivas para arrecadação de tributos, declarada pelo STF em outras ocasiões, não contemplava o desrespeito reiterado às regras tributárias no caso em apreço. Ele ressaltou que a empresa, ao insistir no descumprimento das normas fiscais, atua com vantagem indevida em relação às demais do mesmo segmento, o que afrontaria o princípio constitucional da livre concorrência. Lembrou, ainda, que a dívida da American

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 550.769/RJ. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 22.05.2013. Tribunal Pleno. DJ. 03.04.2014.

¹³⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239176>>. Acesso em 03 dez. 2015.

Virginia em tributos e obrigações acessórias já chegava à vultosa cifra de R\$ 2 bilhões, enquanto o patrimônio da empresa e dos sócios garantiria apenas 5% desse valor. É o que denominou de “uma macrodelinquência tributária”. O ministro considerou que a situação seria ainda mais grave porque a dívida principal dizia respeito ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), que incide em 70% da arrecadação do setor.

É sabido que o rigor fiscal na tributação incidente sobre o cigarro é amparado no inequívoco papel extrafiscal que ela possui no arrefecimento do consumo (aumento do preço) e no aparelhamento do Estado para combater a nocividade à saúde pública do produto industrializado. Além de ser supérfluo, apresenta-se como de consumo desaconselhável pelos danos comprovados à saúde decorrentes de seu uso, de sorte que, ao se tributar de forma especialmente pesada, o produto encarece, restringindo sua circulação.

Ressalte-se que a Constituição Federal, no inciso I do §3º do art. 153, é categórica ao determinar a observância da técnica da seletividade na instituição do IPI, a qual implica em tributação diferenciada, conforme a qualidade do que é objeto da tributação. As alíquotas, portanto, deverão variar em função da essencialidade do produto¹³⁵.

Nessa linha, entendimento diverso apresentou o Ministro Gilmar Mendes, o qual reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo legal, dando provimento ao recurso. Alegou o constitucionalista que a disposição do Decreto-lei serve apenas para onerar as regras tributárias de um segmento econômico específico e, por essa razão, teria natureza de sanção política, pelo que a utilização desse meio oblíquo deveria ser rechaçada, seguindo a jurisprudência consolidada nas Súmulas 70, 323 e 547.

No caso em comento, *data maxima venia*, acredita-se que não tenha havido sanção política, uma vez que a orientação firmada pelo Pretório Excelso não deve servir de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Conforme aduz o Ministro Joaquim Barbosa¹³⁶, em trecho de seu voto no julgamento do referido RE nº 550.769/RJ:

[...] Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser proporcional e não razoável.

¹³⁵ MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 87.

¹³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ. Voto Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569814>>. Acesso em 03 dez. 2015.

Guiando-se pelo parecer do ilustre jurista Humberto Ávila, quando do julgamento da Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, posicionou-se no sentido de que a preordenada e desleal inadimplência tributária teria profundo impacto negativo na livre concorrência.

Nessa esteira, complementa o Ministro Luiz Fux, ao discorrer pela inaplicabilidade, ao caso em epígrafe, das súmulas que assentam a repulsa às sanções políticas:

[...] Mas, na verdade, o que se pretende, aqui, é assumir uma prática ilícita para obter uma vantagem concorrencial, porque, ditos de forma solta, pode-se imaginar que a interdição do estabelecimento deu-se por falta de pagamento de um crédito tributário qualquer. Não. Aqui, há uma estratégia dolosa contra a administração tributária que já levou a empresa a um patamar de um débito de dois bilhões de reais, que é efetivamente um capital irrecuperável pelo poder público, que concede esse regime especial para uma atividade nociva ao Estado, tendo em vista as moléstias que acarretam. Então, é uma questão lindeira à ordem econômica e social. Daí o problema não poder ser resolvido com essas súmulas, que pressupõem uma dívida tributária normal. E a interdição do estabelecimento. Aqui, a hipótese é completamente diferente.

Resta aclarar que, à época, a American Virginia era a maior sonegadora do setor tabagista, respondendo por 36% de todas as dívidas da indústria de tabaco do Brasil. Apesar de corresponder a 8% do mercado, chegou a responder a mais de 140 processos por sonegação fiscal. Em 2004, seus sócios, inclusive, foram alvo de investigação pela Polícia Federal, na “CPI da Pirataria” e, no ano de 2007, na “Operação Hurricane”^{137 138 139}.

Em sentido divergente ao exposto, o Ministro Gilmar Mendes expôs o argumento que a cassação do registro configurar-se-ia como sanção política, afirmando que:

Rigorosamente, a mim não me parece que a disposição impugnada encontre outro sentido, no ordenamento jurídico vigente, a não ser o de reforçar a eficácia das normas tributárias que oneram o segmento econômico em questão. Por isso, não tenho dúvida em afirmar que se trata de regra com clara natureza de “sanção política”, estabelecida em benefício da arrecadação fiscal e em evidente descompasso com a jurisprudência desta Corte.

¹³⁷ Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/3760_O+LUCRO+DAS+SENTENCAS>. Acesso em 04 dez. 2015.

¹³⁸ O texto da “Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI da Pirataria” denunciou mais de 100 pessoas e pediu o indiciamento de mais de 55 fraudadores. Na entrega do relatório da CPI da Pirataria da Câmara ficou claro que a pirataria está associada à sonegação fiscal e à lavagem de dinheiro. Uma das medidas anunciadas para combate à pirataria foi a criação do Conselho Nacional da Defesa da Propriedade Intelectual e Combate à Pirataria. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/52548-CONFIRA-OS-DETALHES-DO-RELATORIO-DA-CPI-DA-PIRATARIA-.html>>. Acesso em 04 dez. 2015.

¹³⁹ Por sua vez, a operação Furacão, ou em inglês Hurricane, em 2007, mobilizou 360 homens da Polícia Federal para encontrar os acusados de envolvimento com a exploração de jogos ilegais, corrupção de agentes públicos, tráfico de influência e receptação. Foram cumpridos 70 mandados de busca e apreensão e 25 mandados de prisão contra chefes de grupos ligados a jogos ilegais, empresários, advogados, policiais civis e federais, magistrados e um membro do Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.muco.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=290:operacao-hurricane-&catid=37:operacoes-da-pf&Itemid=56>. Acesso em 04 dez. 2015.

Assim também assevera Hugo de Brito Machado Segundo¹⁴⁰, para o qual o fechamento do estabelecimento:

[...] implica desproporcional violação ao princípio da livre iniciativa, assegurado não só aos concorrentes, mas também àquele acusado de inadimplemento e vítima do compulsório encerramento de suas atividades. Ainda que, com ela, se consiga eficazmente cobrar tributo, prevenindo assim supostos abalos à livre concorrência, a ordem jurídica oferece outros caminhos para se chegar a esse mesmo fim. A medida, portanto, embora talvez seja adequada, é certamente, desnecessária para realizar o fim a que se destina.

Noutra oportunidade, o jurista, em parecer publicado em parceria com Hugo de Brito Machado, na Revista Dialética de Direito Tributário, afirmou que seria inaceitável o argumento fundado na função extrafiscal do tributo para justificar a interdição do estabelecimento comercial que desenvolve atividade lícita, a pretexto de que o não pagamento do tributo tornaria ilícita a atividade. Alegou ainda que tal possibilidade poderia ser utilizada como instrumento de eliminar a concorrência e favorecer o domínio de mercados.¹⁴¹

Com efeito, o fato de que o uso do cigarro e derivados traz prejuízos à saúde é inquestionável. No entanto, entende-se que este argumento, dada a extrafiscalidade da incidência tributária sobre estes produtos, não deve ser colocado, nem muito menos é suficiente, para justificar a interdição do estabelecimento, visto que, se considerado assim, as indústrias tabagistas e de bebidas alcólicas, por exemplo, não estariam funcionando em território nacional. A questão é averiguar o dano que a evasão fiscal realizada pela empresa causa à competitividade de mercado, e não a liberdade de iniciativa desse setor, que é regular e lícita.

A bem da verdade, a American Virginia representava pequena fatia do segmento, que é liderado nacionalmente pelas empresas Souza Cruz e Philip Morris. Assim, poderia lhes ser proveitoso o encerramento das atividades daquela empresa, a fim de dominar o mercado do tabaco. Todavia, com a devida vênia, não se deve pensar desta forma. A liderança de mercado, como visto, é normalmente controlada pelo CADE, que constantemente lança acordos em prol de evitar as práticas anticoncorrenciais, de modo que o interesse de ver cessada as atividades da empresa sonegadora é menos privado e mais de ordem pública. De fato, o argumento trazido é de todo válido, mas não deve servir para justificar a desleal atitude evasiva e temerária da American Virginia. Logicamente, as consequências drásticas daí

¹⁴⁰ FERRAZ, Roberto (coord). **Princípios e Limites da Tributação** 2- Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 417.

¹⁴¹ MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Sanções políticas como meio coercitivo na cobrança de tributo. Incompatibilidade com as garantias do contribuinte. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Requisitos da medida cautelar. **Revista dialética de direito tributário**. n. 150, São Paulo, mar. 2008, p.85-101.

decorrentes não seriam sentidas de imediato às referidas empresas dominantes, mas sim àqueles empreendedores que desejassem iniciar sua atividade neste mercado, e, por essa razão, estaria em extrema desvantagem em relação às demais, o que as leva, muitas vezes, a serem praticantes das mesmas ilegalidades.¹⁴²

Em que pese as ilustres opiniões em contrário, não se deve confundir o cancelamento do registro especial da empresa tabagista American Virginia como imposição de sanção política com escopo meramente arrecadatório. Dadas as peculiaridades que envolvem a atividade tabagista, a penalidade fora encarada como um efeito de inidoneidade manifesta por descumprimento reiterado de obrigação tributária principal. A medida *in casu*, de caráter excepcionalíssimo, tornou-se necessária a fim de evitar uma concorrência absolutamente predatória, visto que, conforme ressaltado pelos célebres ministros, a essência da empresa é sonegar, tanto é que seu débito fiscal chegou ao impressionante montante bilionário. Ademais, manter o registro especial da empresa tabagista conduziria a uma realidade iníqua e ilegal, que afrontaria os valores consagrados no âmbito da Carta Maior. Poder-se-ia instaurar situação anti-isonômica em relação aos demais agentes do mercado.

Machado Segundo entende, todavia, que a determinação constitucional da livre concorrência pode vir a ser indevidamente utilizada para invocar as intituladas razões de Estado, com o fito de justificar a cobrança de tributos, pelo que aponta¹⁴³:

Por outro lado, não se pode ignorar que a Fazenda Pública tem aproveitado a necessidade de se preservar a livre concorrência para tentar ampliar indevidamente seus poderes de tributação e fiscalização, procurando justificar atos seus que amesquinham direitos fundamentais do contribuinte. Isso porque, em certo sentido, em determinado caso concreto, pode em princípio ser contestada invocando-se a livre concorrência: os concorrentes daquele contribuinte estão, presumivelmente, se submetendo à mesma exigência, pelo que considerá-la ilegal ou inconstitucional apenas em relação àquele que a questiona poderia gerar um “desequilíbrio”.

Muitíssimo louvável tal ressalva feita pelo tributarista cearense, visto que não se deve preservar a livre concorrência nem promover meios para sua utilização sem haver ponderações pertinentes, a fim de que a conciliação de outros princípios seja clara e devidamente embasada. Nesse esboço, acrescenta que¹⁴⁴:

Não se deve, contudo, esquecer que o processo de conciliação de princípios há de ser transparente e racionalmente justificado. Não basta invocar dois ou mais princípios supostamente conflitantes, arguir a sua relatividade e, em seguida, escolher o que mais agrada para simplesmente ignorar o outro. É preciso apontar por

¹⁴² A Corte Suprema analisou caso semelhante da empresa Phoenix Indústria e Comércio de Tabacos Ltda., cuja dívida superava o montante de R\$ 359 milhões em débitos tributários. (STF, AC nº 3515/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/12/2013, DJU de 03/02/2014).

¹⁴³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Algumas notas sobre a invocação do princípio da ‘livre concorrência’ nas relações tributárias. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, v. 28, n. 2, p. 61-81, jul./dez. 2008, p. 62.

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 67.

que a medida tomada, que enseja a prevalência de um deles, é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para promover o outro. E isso nem sempre é feito.

Com acatado respeito, porém, acredita-se que, no caso vergastado, a livre iniciativa empresarial deve sofrer realmente a relativização, pois somente deve ser amparada quando exerce os ditames da ordem jurídica. Ora, a empresa é lídima sonegadora e contumaz devedora de tributos federais (valores bilionários), pelo que não deve merecer guarida a alegação de que sua liberdade empreendedora deve prevalecer ao equilíbrio da competição legal de mercado. É preciso salientar que a neutralidade concorrencial é ferida ao se desobrigar em arcar com os ônus tributários, infringindo verdadeira ordem econômico-constitucional. Desse modo, tal estratégia dolosa à sociedade em geral não poderia continuar a trazer malefícios outros, o que acarretaria em verdadeira ilegalidade e afronta ao dever fundamental de pagar tributos.

Conclui-se que a decisão da Corte Maior, em consonância com a hipótese narrada, fora acertada, com vistas a atender ao interesse público, tomado em sentido lato. Repita-se, no entanto, que não se quer aqui defender o enfoque uníssono ao princípio da livre concorrência, mas sim, atentar que, em situações de extremas irregularidades fiscais, que parecem mesmo tratar-se como debochantes, o Poder Público deve ser amparado e protegido. Entender o contrário seria institucionalizar, de certo modo, a ideia de que sonegar faz parte do sucesso empresarial.

Por fim, da análise da aludida quíziã, verifica-se que, *mutatis mutandis*, a depender da gravidade do feito em concreto, a invocação do princípio da livre concorrência, respeitando-se o devido processo legal e as suas especificidades, por óbvio, deve merecer acolhimento para justificar o interesse da Fazenda Pública em postular a falência de empresas sonegadoras, e, por conseguinte, nocivas ao Estado e à própria sociedade.

Passa-se, então, ao exame do último ponto do presente trabalho, qual seja: o interesse público na decretação de falência de devedor contribuinte empresário em razão da limitação dos créditos trabalhistas, com previsão introduzida pela Lei Complementar nº 118/2005.

4.5 O concurso material de credores e o interesse público na decretação de falência em razão da limitação dos créditos trabalhistas

A necessidade de solucionar o conflito multifacetado da insolvência fez surgir o concurso de credores como meio de harmonizar os interesses de todos que estão desejosos de

verem pagos os seus créditos. A formação do *concursum creditorum* é elemento essencial da falência. As obrigações e seus credores reúnem-se pela verificação e habilitação de créditos, da qual resulta o quadro geral de credores.¹⁴⁵

A partir daí, instaura-se um procedimento universal de liquidação do patrimônio do devedor, assumindo os credores condição paritária (*par conditio creditorum*). No entanto, como condição ao princípio da isonomia, em que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida em que se desigalam, os créditos sofrem diferenças por sua origem e natureza jurídica. A Lei nº 11.101/2005 procurou, outrossim, preferir aqueles provenientes do trabalho, que têm por finalidade promover subsistência e dignidade a quem o presta, em respeito ao valor social do trabalho, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Essas preferências são legalmente postas nos termos do Artigo 83 da Lei de Recuperações e Falências. Dessa maneira, por comando legislativo soberano, o juízo universal efetuará o pagamento dos credores por classes. Os créditos derivados da legislação do trabalho, entretanto, sofrem limitação ao valor equivalente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor. Foi pela constatação das fraudes cometidas pelos empregadores no intuito de prejudicar seus credores que o legislador ordinário, justificadamente, limitou o recebimento preferencial dos créditos trabalhistas.^{146 147}

Poder-se-ia afirmar, assim, que além do interesse geral de cessar a atividade empresarial insolvente, existe um interesse específico da Fazenda Pública em inaugurar o concurso sob o Juízo universal da falência, diante da limitação da preferência dos créditos trabalhistas e da possibilidade de maior controle sobre os demais créditos¹⁴⁸.

Válido ressaltar que, nos termos do Art. 76 da LRF, as execuções fiscais não se suspendem quando da decretação de quebra. Contudo, o produto do bem penhorado e levado à hasta pública pelo Juízo Fazendário deve ser arrecadado no Juízo Falimentar e submetido à

¹⁴⁵ MAMEDE, Gladston. *op. cit.* p. 404-405.

¹⁴⁶ O Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3934-2 que discute a limitação da preferência dos créditos trabalhistas na ação de falência, discorreu em seu voto de improcedência do pedido, que a lei 11.101/2005 busca assegurar que esta proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários. Ressaltou que a Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho dispõe no seguinte modo: “a legislação nacional poderá limitar o alcance dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável”.

¹⁴⁷ Durante a tramitação do Projeto de Lei 4376, o Senador Ramez Tebet pontuou que o objetivo seria impedir a corriqueira fraude utilizada por alguns empresários de má-fé, que, ao se verem na iminência de decretação de falência, forjavam créditos trabalhistas, sobretudo com a convivência dos administradores das sociedades.

¹⁴⁸ MENDES, Thayana Felix.; BRÍGIDO, Thiago Cioccarri. *op. cit.* p. 250.

ordem de classificação dos créditos para fins de pagamento. Então, é no processo falimentar que ocorre, sempre que possível, a sua liquidação.

A interpretação sistemática da Lei nº 11.101/2005 e das alterações provocadas pela Lei Complementar nº 118/2005 no Código Tributário Nacional traz à evidência que a Fazenda Pública, ainda que formalmente não esteja sujeita ao concurso de credores, participe dele no plano material. A determinação do Art. 187 do CTN é da que a cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública não se sujeita à habilitação em falência, submetendo-se apenas à classificação dos créditos. Em suma, decretada a falência, a execução de quaisquer créditos contra o devedor falido deve ser feita no juízo falimentar, ainda que se trate de crédito trabalhista ou tributário.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a Fazenda Pública pode, se quiser, optar por habilitar o crédito como os demais credores¹⁴⁹. Na oportunidade, os ministros entenderam que os art. 187 da Lei nº 5.172/66 e Art. 29 da Lei nº 6.830/80 não representam um óbice à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência, pois tratam, na verdade, de uma prerrogativa da entidade pública em poder optar entre o pagamento do crédito pelo rito da execução fiscal ou mediante habilitação do crédito. Logicamente, escolhendo um rito, ocorre a renúncia da utilização do outro, não se admitindo garantia dúplice. Não se pode negar que, fora do *par conditio creditorum*, os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente do trabalho preferem ilimitadamente os tributários, nos moldes do Art. 186, caput, do CTN¹⁵⁰.

Acontece que, no curso da execução fiscal, ainda que penhorados bens suficientes para garantir o crédito, o Juízo Trabalhista poderá penhorar os mesmos bens e oficiar ao Juízo Fiscal sobre a prevalência daqueles credores, sem qualquer limite de valor. Ora, ao se vedar a legitimidade ao credor fiscal de postular a quebra do devedor empresário, não se deveria impor a ele discutir o recebimento de seu crédito em outro juízo que não fosse o especializado. Assim, caso não haja a decretação de falência, se houver reclamações trabalhistas cumuladas de forma a impossibilitar a existência de patrimônio suficiente para quitar os débitos apurados na Justiça do Trabalho, conseqüentemente, os débitos tributários também deixarão de ser adimplidos, tornando a execução fiscal totalmente ineficaz.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.103.405/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 02/04/2009, Dje 27/04/2009.

¹⁵⁰ Código Tributário Nacional. 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).

Nessa seara, ressaltam os procuradores da Fazenda Nacional Thayana Felix Mendes e Thiago Cioccarri Brígido¹⁵¹:

Ademais, ressalta-se que, apesar de, fora do par conditio creditorum, o crédito com garantia real não obstar o prosseguimento da Execução Fiscal até a satisfação do débito, é cada vez mais comum a utilização pelas instituições financeiras de contratos de arrendamento mercantil e alienação fiduciária em garantia, de modo a evitar a perda do bem para credores privilegiados, como são os tributários.

Para os autores, há uma dificuldade para a Fazenda Pública credora, num contexto em que não se configure o concurso de credores, de ter ciência do trâmite das ações nas quais são requeridos créditos de uma empresa¹⁵²:

Além do que, fora do Juízo universal da falência, no trâmite de eventuais ações trabalhistas, acidentárias e que envolvam direitos bancários, não há a intimação da Fazenda Pública credora como terceira interessada, dificultando a impugnação de eventuais acordos mesmo do próprio contrato.

Desse modo, em razão do crédito tributário ser privilegiado e estar na terceira ordem de preferência, nos termos do Art. 83, III, da Lei nº 11.101/2005, seria preferível ao Fisco ajuizar o pedido de decretação de falência, em razão da limitação legal imposta, que seguir com a execução fiscal, fadada ao insucesso¹⁵³.

Em sentido contrário, poder-se-ia afirmar que a quebra seria via menos útil para a Fazenda pelo fato de que, mesmo com a limitação de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, ainda teriam de ser pagos os créditos com garantia real, cujos titulares são, em geral, os bancos, pelo que dificilmente restariam valores suficientes para satisfazer os créditos fiscais.

No entanto, acredita-se que a nova sistemática da Lei nº 11.101/2005, que modificou o entendimento do vetusto Decreto-lei nº 7.661/1945, o qual não impunha limitação de valor aos créditos trabalhistas, faz que as chances de adimplemento do crédito fiscal sejam, de certa forma, aumentadas. Assim, a Fazenda Pública, por meio da falência, teria maior possibilidade de controle sobre os demais créditos.

Dessarte, em função do princípio da supremacia do interesse público, não se pode excluir a Fazenda Pública do rol de legitimados ativos para pleitear a quebra do devedor, sob pena de inverter as prerrogativas em desfavor do Estado.

¹⁵¹ MENDES, Thayana Felix.; BRÍGIDO, Thiago Cioccarri. *op. cit.* p. 249.

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ Lei nº 11.101/05. 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; [...]

Mister notar, todavia, que há diferença entre o interesse público propriamente dito e interesse das pessoas estatais, isto é, secundário. Nessa toada, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁴:

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada [...] Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo que tal considerado, e muito menos dos agentes estatais.

Podemos concluir, conforme o constitucionalista, que a atuação do agente público, para ser válido, deve ser exercido com intensidade e extensão com vistas a respeitar a proporcionalidade do ato, para atender o escopo legal e evitar abusos ou excessos.

Nessa linha, não se deve considerar que o Estado, com a possibilidade de requerimento da quebra, estaria interessado no interesse secundário, ao invés do interesse propriamente dito, sem considerar o caso concreto a ser analisado. Pelo contrário, o Fisco necessita dos tributos como meio custear as despesas públicas, a fim de preservar a defesa aos direitos fundamentais e à ordem econômica. Não tem, então, objetivos escusos em se enriquecer ou aumentar de patrimônio, de modo que arrecada para atingir objetivos de ordem política, econômica e administrativa.¹⁵⁵

Dessa forma, a Fazenda Pública sofre os efeitos materiais da Lei nº 11.101/2005, sujeitando-se, por exemplo, à norma que estabelece a ordem de pagamento dos credores, nos termos do Art. 83 da LRF. Ademais, na II Jornada de Direito Comercial, realizada em 2015, foram aprovados os enunciados de nº 72 ao 81, referente à crise da empresa. O enunciado nº 74¹⁵⁶ assim exprime:

Embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio do devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa.

O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de execução devem-se submeter ao juízo universal. Isso porque a Lei n. 11.101/2005 visa à preservação da empresa, a garantir sua função social e ao estímulo à atividade econômica, a

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros, 2004, p. 90.

¹⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 05.

¹⁵⁶ BRASIL. Justiça Federal. Conselho de Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Enunciado 74. Aprovado pela II Jornada de Direito Comercial da Justiça Federal. Crise da Empresa. Brasília, fevereiro de 2015. p.9. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/Enunciados_aprovados>. Acesso em 05 dez. 2015.

teor de seu art. 47, devendo o patrimônio da empresa em processo de recuperação judicial ficar sob a jurisdição da autoridade judiciária competente para o processo de falência.

Dessa forma, embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio da sociedade empresarial devem ser analisados pelo Juízo Universal, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa.

Isso demonstra que a Fazenda Pública está cada vez mais diretamente relacionada ao procedimento falimentar, mormente pelo fato de que a falência pode ser requerida, mas não obrigatoriamente será decretada. A empresa pode, como resposta, exatamente apresentar um plano recuperacional, demonstrando que tem condições de manter-se em atividade. Defende-se, então, o direito de a Fazenda requerer a quebra, também como corolário do direito de livre acesso ao Judiciário (Art. 5º, inciso XXXV, da CF/88) como pessoa jurídica de direito público (União, Estados-federados e Municípios), interessada na resolução célere, clara e efetiva da prestação jurisdicional.

Nesse esteio, o enunciado de nº 78 também afirma que¹⁵⁷:

O pedido de recuperação judicial deve ser instruído com a relação completa de todos os credores do devedor, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive fiscais, para um completo e adequado conhecimento da situação econômico-financeira do devedor.

Nada obstante, a observância desta exigência legal não tem sido prática constante em boa parte das recuperações judiciais, tornando precárias as informações disponíveis a respeito do devedor, comprometendo-se a racionalidade das deliberações dos credores. É essencial, para uma adequada deliberação do credor quanto ao plano de recuperação judicial, que o devedor assegure o pleno conhecimento de sua situação econômico-financeira. Trata-se de uma decorrência natural do princípio da boa-fé objetiva, a exigir a transparência do devedor para a perfeita compreensão de sua condição econômico-financeira pelos credores.

Verifica-se, da aprovação dos enunciados acima narrados, que o credor fiscal, como não poderia ser diferente, deve ser considerado importante dentro do sistema empresarial e de insolvência brasileiros. Com vistas a respeitar o regime tributário, o desenvolvimento do País, a importância dos instrumentos para a segurança jurídica tributária e a manutenção na ordem econômica, torna-se necessário uma modificação na ordem jurídica, para que a Fazenda Pública participe do concurso de credores, tendo em vista que lhe falta apenas o aspecto formal para isso.

¹⁵⁷ *Ibidem.* p. 12.

Considerando que o modelo da execução fiscal atual não tem trazido retornos convincentes e que o Estado deve encontrar meios de conferir efetividade às normas jurídicas tributárias, verifica-se que ela não pode ser encarada pela jurisprudência como único e exclusivo meio idôneo de cobrança dos débitos públicos, uma vez que não existe qualquer garantia de sua eficácia nem qualquer previsão legal expressa que retire ao Fisco utilizar-se de meios constitucionalmente compatíveis com suas prerrogativas. Em contrapartida, lembre-se, a legitimidade é expressamente permitida no inciso IV, Art. 97 da LRF, ao prever que qualquer credor poderá requerer a falência.

Destarte, levando em conta que a Fazenda Pública, mesmo no juízo fazendário, está submetida a um concurso material de credores, posto que preterida por eventual penhora de créditos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho, destaque-se, sem limites de valores, torna-se palpável que possa haver interesse específico em iniciar o concurso formal de credores, já que a Lei nº 11.101/05 prevê a limitação a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos na falência para os créditos trabalhistas.

Por fim, resta imperiosa a modificação jurisprudencial para reconhecer a legitimidade ativa da Fazenda Pública para pleitear a decretação da quebra das empresas e sociedades empresárias que não puderem cumprir com sua função social por meio da interpretação da Lei de Recuperações e Falências em conformidade com os valores e princípios estampados na Lex Magna de 1988.

5 CONCLUSÃO

A Fazenda Pública é identificada tradicionalmente como a área da Administração que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas. É expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando diretamente associada ao aspecto financeiro do ente público¹⁵⁸.

Por ser o complexo de recursos e obrigações financeiras do Estado, é válido ressaltar que o Fisco tem como finalidade precípua atingir os objetivos de caráter político, econômico e administrativo, a fim de suprir as necessidades públicas, isto é, da coletividade, com vistas a prestar serviços essenciais e defender os direitos fundamentais.

A obtenção de receitas não visa, afirma-se, por oportuno, a enriquecer os cofres públicos, como um fim em si mesmo. A arrecadação tributária denota a responsabilidade estatal de gerir a receita acumulada numa atividade financeira voltada às políticas socioeconômicas de interesse público primário, procurando-se atingir o bem-comum¹⁵⁹. Pautada no princípio da legalidade e moralidade tributárias, a nova feição do dever constitucional de pagar tributos demonstra a necessidade de um pluralismo jurídico-interpretativo no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito.

O Art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a livre iniciativa. Imperioso se faz destacar que a liberdade de mercado das sociedades empresárias e dos demais atores do setor privado é deveras importante para o desenvolvimento econômico, mas depende da estrutura e controle do Estado para que, respeitadas a supremacia do interesse público e a livre concorrência, haja a redistribuição de riquezas.

O princípio da capacidade contributiva, apesar de se amparar na isonomia entre os contribuintes, ainda não é suficiente para evitar a grande repulsa social em sonegar tributos, principalmente no Brasil, cuja carga tributária exorbitante torna dificultosa a atividade empresarial, notadamente nas microempresas e as de pequeno porte, que, apesar dos incentivos legais, muitas vezes não suportam as exigências impostas pela intervenção fiscal. Por óbvio, os incentivos fiscais, ainda que definam limitações ao poder de tributar do Poder Público, não devem impedi-lo de buscar meios alternativos a conferir efetividade à norma tributária.

¹⁵⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética: 2010, p. 15.

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 63.

A Execução Fiscal, bem como a utilização de medidas cautelares específicas, com suas consequências administrativas, nem sempre são suficientes para garantir a quitação do crédito tributário, mostrando-se como ferramenta ineficaz, em razão da elevada sobrecarga do Poder Judiciário nacional. Nesse espeque, a jurisprudência, em particular do Egrégio Superior Tribunal de Justiça deve ser reanalisada e superada com o fito de se perceber que a execução fiscal não deve ser o meio idôneo único e exclusivo para o retorno dos créditos tributários, até porque não há nenhuma previsão legal para retirar da Fazenda Pública outros meios compatíveis de saldá-los.

O privilégio do juízo executório próprio e especializado, com base na Certidão de Dívida Ativa, não deve servir de óbice para o Estado utilizar-se de outros instrumentos de efetividades das normas tributárias. O corolário da supremacia do interesse público possibilita ao Fisco usar suas prerrogativas em prol da coletividade, não devendo caracterizar excessos ou dupla-garantia, por exemplo, o fato de se poder pleitear em juízo o pedido de decretação da falência de devedores tributários insolventes, à vista do caso concreto.

A decretação de falência das sociedades empresárias e dos empresários individuais em situação de inviabilidade negocial, isto é, que não tenham condições de recuperação, de modo a exercer sua função social, torna-se fundamental para a estabilidade da ordem econômica e social do País, de forma a equilibrar a competitividade do mercado. Assim, não pode ser cerceado ao Estado o direito de inaugurar o *par conditio creditorum*, caso esteja diante de um devedor empresário em estado irrecuperável.

Com efeito, resta afastado o interesse de agir em pedir a decretação com base na mera impontualidade pela Fazenda Pública. Inegável, entretanto, o interesse geral jurídico do Fisco em pleiteá-la com base na execução frustrada e caso comprovados atos de falências, extremamente danosos à ordem econômica e social. Seja para fazer cessar as atividades e proteger o mercado contra o abuso econômico dos devedores tributários, seja para preservar a isonomia dos credores em concurso junto ao juízo universal. O que se quer, em verdade, é apenas estender o direito à Fazenda Pública de requerer o pedido de decretação de quebra, visto que não há vedação legal expressa ou implícita à sua legitimidade ativa nem há incompatibilidade entre os procedimentos da Execução Fiscal e o processo falimentar.

Por fim, considerando que, mesmo no juízo fazendário, a Fazenda está sujeita ao concurso material de credores, visto que preterida por eventual penhora de créditos trabalhistas, sem qualquer limite de valor, resta evidente que pode haver interesse jurídico em iniciar o concurso formal de credores, pelo fato de ter sido prevista a limitação dos créditos trabalhistas na quebra.

Pelos motivos acima delineados, torna-se necessária a alteração jurisprudencial para, mediante a interpretação da Lei nº 11.101/2005 conforme os valores e princípios estampados na Carta da República de 1988, reconhecer a legitimidade ativa da Fazenda Pública para o pedido de decretação de falência das empresas que não possuam mais condições com a função social que lhes é ínsita.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito falimentar**. 4. ed. São Paulo: RT, 1993.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Direito Econômico**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

ARMANDO, J. Netto. **Falência de contribuinte e Requerimento do Fisco**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 451, maio, 1973.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Priscilla Pinto de. O protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Priscilla_deAzevedo.html> Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>> Acesso em 05 dez. 2015.

_____. Justiça Federal. **Conselho da Justiça Federal**. Centro de Estudos Judiciários. Enunciado 56. “A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário”. Aprovado pela I Jornada de Direito Comercial da Justiça Federal. Crise da Empresa: Falência e Recuperação. Brasília, março de 2013, p. 56. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>> Acesso em 01 nov. 2015.

_____. Justiça Federal. **Conselho de Justiça Federal**. Centro de Estudos Judiciários. Enunciado 74. Aprovado pela II Jornada de Direito Comercial da Justiça Federal. Crise da Empresa. Brasília, fevereiro de 2015. p.9. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/Enunciados_aprovados>. Acesso em 05 dez. 2015.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números: 2012. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012, p. 448. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cidadao/publicacoes>> Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números: 2015. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2015, p. 43. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19/11/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial Nº 10.660/MG**, Terceira Turma, Relator Ministro Costa Leite, Julgado em 12/12/1995; DJ 10/06/1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial Nº 138.868/MG**, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Julgado em 17/02/1998, Dje 30/03/1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 212.974/MG**, Rel. Min. Garcia Vieira, Julgado em 17/08/1999, DJU 27.9.1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial Nº 399644/SP**, Terceira Turma, Relator: Ministro Castro Filho; Julgado em 30/04/2002, DJ de 17/06/2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 683.230/MG**, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 26/04/2005, DJe 16/05/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 363.206/MG**, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 1657-6/RJ**. Voto Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484304>>. Acesso em 04 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ**. Voto Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569814>>. Acesso em 03 dez. 2015.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa** – O novo regime de insolvência empresarial. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. Protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa: uma abordagem à luz da Lei nº 9.492/97, das questões atinentes ao sigilo fiscal e do princípio da proporcionalidade. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 8, n. 44, p. 81-98, mar./abr. 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Falência – legitimidade da fazenda pública para requerê-la. **Revista dos Tribunais**, nº 442, agosto, 1972.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética: 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**; 5. ed; São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Manual de Direito Comercial**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ, Roberto (coord). **Princípios e Limites da Tributação 2- Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 1965.

FILIPPI, Rejane Brasil. **Requerimento de falência pela Fazenda Pública**. Porto Alegre: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, nº 26, vol. 10, 1980, p. 126. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge26.pdf>.> Acesso em: 01 nov. 2015.

GOMES, Marcus Lívio. **Perspectivas para a Execução Fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho?**. Brasília: Revista CEJ, Ano XIII, n. 45, p. 86-101, abr./jun. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. vol. 2. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). **Comunicados do IPEA**. nº 127, p. 14. Brasília: IPEA, jan. 2012.

LACERDA, J. C. Sampaio. **Manual de direito falimentar**. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre Concorrência e o Dever de Neutralidade Tributária**. 2005. 143f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Sanções políticas como meio coercitivo na cobrança de tributo. Incompatibilidade com as garantias do

contribuinte. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Requisitos da medida cautelar. **Revista dialética de direito tributário.** n. 150, São Paulo, mar. 2008, p.85-101.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Algumas notas sobre a invocação do princípio da 'livre concorrência' nas relações tributárias. **Nomos:** Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, v. 28, n. 2, p. 61-81, jul./dez. 2008.

_____. **Processo Tributário.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro:** falência e recuperação de empresas. vol. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial:** empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 32. ed. rev. atual. e ampliada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro, Forense: 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Obrigações Acessórias Tributárias e a Disciplina Jurídica da Concorrência.** Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22753>> Acesso em 01 nov. 2015.

MATIAS, J. L. N. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada.** 2009. 323 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** Malheiros, 2004.

MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais.** 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MENDES, Thayana Felix.; BRIGIDO, Thiago Cioccarì. Legitimidade da Fazenda Pública para Postular a Falência do Devedor Tributário: a Função Social da Empresa e o Interesse Jurídico no Par Conditio Creditorium. Brasília: **Revista da PGFN**, vol. 2, n. 1, p. 232, jan./jul. 2012. Disponível em: < <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/O%2036%20ARTIGO%20-%20LEGITIMIDADE%20FP%20FALENCIA.PDF>> Acesso em 01 nov. 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Estudo sobre execuções fiscais no Brasil.** São Paulo: Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos:** Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal. Almedina, 2009.

NASSIF, André. **Fundamentos Econômicos da Empresa.** 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Management – Cursos de Educação Continuada, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências,** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Manual de direito comercial e de empresa:** recuperação de empresas e falência. vol. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Carvalho. **Tratado das Defesas Falimentares**. v. II, São Paulo: Ática, 1967.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de falência**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PERIM JÚNIOR, Écio. **Curso de Direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.

PEYRAMAURE, P.; SARDET, P. **L'entreprise en difficulté: Prévention- Restructuration- Redressement**, 4ème éd, Paris: Delmas, 2006.

RAMALHO, Ruben. **Curso teórico e prático de falências e concordatas**. São Paulo: Saraiva, 1984.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial**. 2. ed. São Paulo: Jus Podium, 2008.

RAMOS, Raul Nero Perius. **Infração à ordem econômica e a defesa da concorrência**. Out/2012. Atualizado em 13.10.2015. Disponível em: <<http://raulnero.com/2012/10/11/infracoes-a-ordem-economica-e-a-defesa-da-concorrencia-condutas-anticompetitivas/>> Acesso em: 01 nov. 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, v. I. 17. ed. São Paulo, 1998.

RODRIGUES, Frederico Viana. A recuperação de empresas economicamente viáveis por intermédio da securitização de créditos no Brasil e no Direito Comparado. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, nº 29, jul./set. 2005.

RODRIGUES, Luiz Antônio Barroso. **Direito empresarial**. 2. ed. Florianópolis: UFSC; CAPES, 2012.

SANTOS, Luiz Fernando Barboza dos. **Sonegação fiscal e livre concorrência**. Tese apresentada no XXXIX Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/revistadigital/wp-content/uploads/2015/07/SONEGACAO_FISCAL_LIVRE_CONCORRENCIA.pdf> Acesso em: 02 dez. 2015.

SANTOS, Paulo Penalva. Falência requerida pela Fazenda Pública. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 343, julho/agosto/setembro, 1998.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem**. Biblioteca Digital FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1724>> Acesso em 23 nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, nº 798, São Paulo, 2002.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

TAVARES, Thiago Nóbrega. Ineficiência da execução fiscal perante a Justiça Federal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4189, 20 dez. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35056>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

TIPKE, Klaus; YAMACHITA, Douglas (trad.). **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. vol. 1, 4. ed, São Paulo: Forense, 1999.