



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO

GUSTAVO ALENCAR DE ANDRADE GONDIM

**DA LEGITIMIDADE FAZENDÁRIA PARA REQUERER A FALÊNCIA: ANÁLISE
PRINCIPIÓLOGICA CENTRADA NO PRISMA DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA E DEMAIS PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

FORTALEZA

2023

GUSTAVO ALENCAR DE ANDRADE GONDIM

DA LEGITIMIDADE FAZENDÁRIA PARA REQUERER A FALÊNCIA: ANÁLISE
PRINCIPIÓLOGICA CENTRADA NO PRISMA DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA
E DEMAIS PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso que
objetiva o alcance do bacharelado em
Direito pela Universidade Federal do
Ceará.

Orientador: Prof. Dr. Carlos César Sousa
Cintra.

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

G6351 Gondim, Gustavo Alencar de Andrade.

Da legitimidade fazendária para requerer a falência: análise principiológica centrada no prisma da preservação da empresa e demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro / Gustavo Alencar de Andrade Gondim. – 2023.

48 f. : il. color.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra.

1. fazenda pública. 2. falência. 3. crédito tributário. 4. legitimidade. I. Título.

CDD 340

GUSTAVO ALENCAR DE ANDRADE GONDIM

DA LEGITIMIDADE FAZENDÁRIA PARA REQUERER A FALÊNCIA: ANÁLISE
PRINCIPIÓLOGICA CENTRADA NO PRISMA DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA
E DEMAIS PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso que
objetiva o alcance do bacharelado em
Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Aprovado em 04/12/2023

BANCA AVALIADORA

Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra(Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dra. Beatriz Rego Xavier
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dra. Theresa Rachel Couto Correia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

FORTALEZA/CE

2023

“Pois esses disfarces não disfarçavam, mas revelavam”.

(Gilbert Keith Chesterton)

RESUMO

A falência é a execução concursal por meio da qual credores podem saldar seus créditos a partir da liquidação do patrimônio do devedor empresário insolvente. A Lei n. 11.101/2005, em seu art. 97, IV, determina que qualquer credor terá legitimidade para requerer a falência. Diante desse cenário, o presente trabalho investigou a possibilidade de a Fazenda Pública se amoldar à hipótese descrita. Tal investigação, além de expor as bases doutrinárias e jurisprudenciais das teses que se confrontam a respeito da temática, também investiga a formação histórica da sistemática do problema, sendo esta última feita a partir da demonstração da evolução histórica tanto da Fazenda Pública como da compreensão do direito falimentar. Tem-se ainda no centro da análise o estudo do crédito tributário enquanto dívida que estará almejando o requerimento falimentar, estudando cada um de seus privilégios para analisar a sua compatibilidade com o feito executivo falimentar. Por fim, o trabalho conclui pela ilegitimidade da Fazenda Pública para requerer a falência, tendo em vista a incompatibilidade dessa pretensão com diversos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, como a preservação da empresa, isonomia, impessoalidade, além de tal pretensão eventualmente ocasionar diversos impasses processuais.

Palavras-chave: fazenda pública; falência; crédito tributário; legitimidade.

ABSTRACT

The bankruptcy is the plural execution by which the creditors can receive their credits by liquidating the patrimony of the insolvent business debtor. The Law n. 11.101/2005, in its article 97, IV, establishes that any creditor has legitimacy to require the bankruptcy. Through this scenario, the present paper investigates the possibility of the Public Treasury to fill the hypothesis described up. That investigation, in addition of exposing the doutrinary and jurisprudential bases of both opposite thesis about this theme, also investigates the historical formation of the problem as a whole, doing this last thing through the presentation of the historical evolution both of the Public Treasury as the comprehension of the bankruptcy law. There is also in the center of this analysis the study about the tax credit while the debt that is fundamenting the bankruptcy requirement, investigating each one of its privileges to investigate its compatibility with bankruptcy's execution. In the end, the paper concludes in favor of the Public Treasury's illegitimacy to require the bankruptcy, doing that while looking to the incompatibility of this pretensions with several principles of brazilians juridical order, such as the business preservation, isonomy, impessoality, besides this pretension also eventually cause several processual problems.

Keywords: public treasury; bankruptcy; tax credit; legitimacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 EVOLUÇÃO DA FALÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	3
2.1 REGIMES JURÍDICOS FALIMENTARES NO DIREITO BRASILEIRO	5
2.2 FALÊNCIA SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	8
3 PARADIGMAS HISTÓRICOS DA ATIVIDADE FAZENDÁRIA PÁTRIA.....	12
3.1 PERÍODO COLONIAL	12
3.2 PERÍODO IMPERIAL	15
3.3 DA REPÚBLICA À CONTEMPORANEIDADE E A PRIMAZIA DA DESCENTRALIZAÇÃO	16
4 DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SEUS PRIVILÉGIOS, PREFERÊNCIAS E COBRANÇA JUDICIAL.....	19
4.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	19
4.2 DOS PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....	21
4.3 EXPANSÃO DAS AÇÕES FAZENDÁRIAS PARA A COBRANÇA DE CRÉDITOS .	24
5 ESTUDO DA LEGITIMIDADE FAZENDÁRIA PARA O REQUERIMENTO FALIMENTAR: EXPOSIÇÃO DAS TESES DIVERGENTES	29
5.1 DA TESE DA LEGITIMIDADE FAZENDÁRIA PARA REQUERER A FALÊNCIA ..	29
5.2 DA TESE DA ILEGITIMIDADE FAZENDÁRIA PARA REQUERER A FALÊNCIA .	32
6 DA PRIMAZIA DA TESE DA ILEGITIMIDADE FAZENDÁRIA COMO FATOR ASSEGURADOR DOS COROLÁRIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, DA ISONOMIA E SOLUCIONADOR DE POTENCIAIS PROBLEMÁTICAS PROCESSUAIS	38
6.1 DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	38
6.2 DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE	40
6.3 DAS POSSÍVEIS PROBLEMÁTICAS PROCESSUAIS	42
6.4 DO CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS À LUZ DA HERMENÊUTICA.....	43
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS	47

1 – INTRODUÇÃO

A falência é o feito executivo concursal no qual os credores, a partir da liquidação do patrimônio da empresa falida terão o seu crédito satisfeito. Tal procedimento de quebra abrange exclusivamente os devedores empresários, sendo possível pleitear judicialmente a decretação da sua falência sempre que um destes incorre nas condutas descritas nos incisos do art. 94 da Lei n. 11.101/2005.

Os sujeitos que possuem a legitimidade processual ativa para requerer a falência do devedor insolvente estão listados no art. 97 da supracitada Lei, que prevê em seu inciso IV que qualquer credor a possuiria para requerer a falência.

Diante do emprego dessa expressão, evidente que o artigo empregou termo de alcance amplo, podendo-se, ao menos à primeira vista, compreender a mais diversa gama de credores, como titulares de verbas trabalhistas ou até mesmo entes públicos na condição de sujeitos ativos de obrigações tributárias formalizadas e quantificadas enquanto crédito tributário. Dessa forma, sobre estes últimos, se situa a temática abordada no presente trabalho, isto é, quanto a investigação da legitimidade processual fazendária para requerer a falência do devedor insolvente.

Logo, diante do questionamento trazido à tona, a Fazenda Pública que a partir da configuração histórica de um paradigma de descentralização na sistemática jurídica pátria tem exercido sua atividade arrecadatória a partir de uma ampla gama de estratégias visando a potencializá-la, pretendeu desde anteriores legislações explorar a referida possibilidade interpretativa com o fim de poder arrecadar tributos a partir do ajuizamento por si de requerimentos de quebra, sempre se deparando tal pretensão com o seu contraponto, isto é, a tese da ilegitimidade fazendária para o requerimento falimentar.

Desse modo, o presente trabalho, a partir da investigação histórica, doutrinária e jurisprudencial investiga não só a origem e desenvolvimento de ambas as teses que se confrontam, como também da influência que historicamente foi exercida pelo cenário fático sobre a atividade fazendária de modo a configurar que na contemporaneidade diversas estratégias sejam adotadas pelas Fazendas Públicas para aumentar a sua arrecadação, dentre as quais se encontram as apostas interpretativas no âmbito jurídico.

Por fim, o trabalho busca ao final indicar a tese que, ao mesmo tempo, é a compatível tanto com diversos dos princípios fundadores do ordenamento jurídico pátrio, tais quais a preservação da empresa, a isonomia, a impessoalidade da Administração e vários dos corolários processuais, como com a manutenção do cenário econômico viável para a arrecadação

permanente de tributos de modo a proporcionar o financiamento dos serviços essenciais proporcionados pelos entes públicos para o exercício dos direitos constitucionais.

2 – EVOLUÇÃO DA FALÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Primeiramente é necessário expor o panorama jurídico atual acerca do principal objeto da exposição do presente artigo. Tal exposição se faz a partir da análise da evolução histórica da falência, bem como das diferentes perspectivas com as quais esta foi concebida até que se configurasse o paradigma atual.

A partir da exposição desse tema como pressuposto propedêutico, somado à exposição do capítulo seguinte acerca da história da atividade fazendária, será então permitido que se inicie a análise jurídica com o devido embasamento, a fim de permitir que obtenção da melhor solução para o tema explorado diante da sistemática jurídica vigente.

A princípio, será feito um breve estudo da evolução histórica acerca do instituto da falência. Para tanto, inicialmente, será apresentada a forma como se tratava a insolvência do devedor e como esta evoluiu de uma punição que recaía sobre o próprio corpo físico do insolvente para uma modalidade de sanção que atinge apenas o patrimônio deste.

Quanto às divisões metodológicas possíveis para a análise histórica da falência no direito brasileiro, a segmentação pode ser feita de maneira a partir mais didática e detalhada ao se dividir a falência historicamente em cinco diferentes períodos, desde o ordenamento jurídico romano até a consolidação de sua herança na fundação da sistemática jurídica brasileira.

Dessa forma, a abordagem pode ser dividida com as seguintes etapas: 1) o período romano e posterior período português; 2) o período inaugurado com o Código Comercial de 1850; 3) o período republicano; 4) a fase pré-empresarial; e 5) A vigência da Lei 11.101/2005.

Uma vez que existem peculiaridades próprias de cada uma dessas etapas, evidente que umas se sobrepuseram em relevância em relação às outras.

Por fim, toda a segmentação proposta culmina com a atual fase do direito falimentar, caracterizada pela preponderância do princípio da preservação da empresa, corolário que será amplamente discutido ao longo do trabalho.

Ademais, faz-se necessária a comparação do sistema antigo com o atual diploma legal, a fim de demonstrar a reformulação dos objetivos do sistema falimentar pátrio.

Inicialmente, a evolução da abordagem à insolvência ao longo da história reflete uma mudança significativa na perspectiva do tratamento do devedor insolvente. No Império Romano, assim como nas demais sociedades da Antiguidade como um todo (Tzirulnik, 2005), a abordagem era extremamente punitiva e envolvia penalidades físicas e até mesmo a escravização do devedor, que poderia, pelo menos em tese, ser morto em razão de sua vida, muito embora seja controversa a existência de registros quanto à aplicação dessa espécie de

penalidade, conforme leciona Dílson Dória (1991, p.156):

Semelhante poder de vida e morte sobre o devedor é, no entanto, contestado por muitos romanistas que não viam na faculdade senão o caráter místico de que se revestia. Outros, porém, entenderiam que o poder traduzido em lei era para ser aplicado em toda a sua amplitude. Mas tanto um quanto outro asseverariam que a história não registra caso de incidência de tão cruel norma.

No entanto, uma vez que se trata de período no qual era admitido o referido poder, ao menos enquanto no plano hipotético, nota-se que, ao longo do tempo, houve uma transição evidente e gradual para abordagens mais civilizadas e baseadas em princípios legais e financeiros.

Isto pois a moderna legislação de insolvência visa equilibrar os interesses dos credores, que buscam a recuperação de seus créditos, com os interesses do devedor insolvente, permitindo-lhe uma chance de reorganização e, em alguns casos, recuperação de seus ativos. O processo de falência, como mencionado, é um desses mecanismos que visa tratar a insolvência de maneira mais justa e ordenada.

Nesse contexto, os sistemas jurídicos estabelecem regras e procedimentos para a administração dos ativos do devedor, a fim de pagar os credores de acordo com uma ordem de prioridade definida. Esse regime jurídico falimentar, do mesmo modo, pode ainda antever instrumentos para a reestruturação do empreendimento, evitando que haja a liquidação total. O objetivo é manter a estabilidade financeira e econômica, especialmente em sociedades empresariais, onde a insolvência de uma empresa pode ter impactos significativos na economia, no emprego e até mesmo na sociedade como um todo.

Além disso, as leis de insolvência modernas frequentemente buscam preservar a dignidade do devedor, evitando penalidades físicas ou prisão, e em vez disso, focam na resolução financeira e na satisfação dos credores dentro dos limites da lei.

Em resumo, a abordagem da insolvência evoluiu ao longo da história, passando de punições físicas severas para sistemas legais e financeiros mais equitativos, com o objetivo de proteger os interesses dos credores e, ao mesmo tempo, permitir a reorganização e a recuperação do devedor insolvente, contribuindo para a estabilidade econômica e financeira da sociedade.

O surgimento histórico da sistemática jurídica acerca do instituto da falência tal qual conhecemos hoje, conforme abordado por Negrão (2017, p. 37), ao citar Carvalho de Mendonça (1963), elenca que os aspectos gerais que atualmente possui a falência têm, ao menos no que diz respeito aos caracteres formais gerais, origem na sistemática trazida pela última fase do Direito Romano.

O tratamento da insolvência no Direito Romano, ao evoluir do uso de punições físicas

para a apreensão e venda de bens do devedor, marcou uma transição importante na história da legislação de insolvência.

Esse sistema introduziu o conceito de responsabilidade patrimonial, um avanço em comparação com as punições corporais antigas que responsabilizavam pessoalmente o devedor pelas suas dívidas. A transição de paradigma no Direito Romano é bem detalhada por André Luiz Santa Cruz Ramos (2020, p.1169) sob os seguintes dizeres:

Somente com a edição da Lex Poetelia Papiria em 428 a.C., a qual proibiu o encarceramento, a venda como escravo e a morte do devedor, o direito romano passou a conter regras que consagravam a sua responsabilidade patrimonial, em contraposição às regras de outrora, que o puniam com a pena de responsabilidade pessoal por suas dívidas. Enfim, passou-se a entender que os bens do devedor, e não a sua pessoa, deveriam servir de garantia aos seus credores.

No entanto, essa abordagem ainda mantinha a perspectiva da infâmia social como uma forma de sanção para o devedor insolvente, que só poderia ser superada com o pagamento de todos os credores.

Ressalte-se ainda que o sistema romano não fazia a principal distinção atualmente feita na abordagem jurídica do instituto da falência que é a distinção entre devedores comerciantes e não-comerciantes, só vindo a diferenciá-los mais tarde com o desenvolvimento do Direito Empresarial e a criação de corporações de arte e ofício. Essa evolução histórica destaca a complexa relação entre o direito comercial e a insolvência ao longo dos tempos.

Desse modo, com a criação das referidas corporações, segundo leciona Dos Santos Júnior (2010, p. 29), são estabelecidas duas modalidades para concretização do instituto da falência, uma aplicável ao comerciante profissional, e outra aplicada àqueles que não desenvolvessem atividades de comércio.

Esse modelo dualista predomina na sistemática jurídica pátria e é expresso tanto no Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/02) quanto na Lei de Recuperações e Falências (Lei n. 11.101/05).

Dessa forma, percebe-se que a evolução do procedimento falimentar encontra-se intrínseca à própria noção da evolução do Direito Comercial.

2.1 – REGIMES JURÍDICOS FALIMENTARES NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com a exposição do tópico anterior, no Brasil o Direito Falimentar passou pelas etapas do período português, do período regido pelo Código Comercial de 1850, o período republicano, a fase prévia ao direito estritamente empresarial e àquela inaugurada com a vigência da Lei 11.101/2005.

Na fase inicial, chamada de período português, o processo de falência era regulado pelas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. André Luiz Santa Cruz Ramos (2020, p.1172) As Ordenações Afonsinas não faziam uma clara distinção entre questões comerciais e civis, mas permitiam a prisão do devedor em caso de insolvência e até mesmo concediam moratória em alguns casos. Em contraste, as Ordenações Manuelinas raramente abordavam as consequências das dívidas não pagas, sendo frequentemente omissas sobre as questões.

No entanto, as Ordenações Filipinas, se caracterizam por abordar o procedimento de falência de maneira mais detalhada, a partir da configuração e introdução do regime jurídico pertinente a vários institutos e suas respectivas regras procedimentais, como o inventário de bens, penalidades para falência culposa e autorização para apreensão e arrecadação de bens do falido.

Posteriormente, com a promulgação do Código Comercial de 1850 houve uma expressiva mudança no regime jurídico aplicável às quebras, especialmente no que diz respeito à superação da prática de aplicação do Direito Comercial em Portugal, iniciando-se a segunda etapa do Direito Falimentar no Brasil.

No momento de sua promulgação o Código estava em sintonia com as tendências estabelecidas pelo Código Napoleônico Francês de trazer uma regulamentação jurídica plena e completa do direito para o mundo fático. No entanto, durante sua vigência o Código Comercial Brasileiro, precisou passar por várias revisões com a intenção de aprimorar seu conteúdo em meios a diversas críticas de lentidão, desatualização e falta de celeridade, vício que prejudicava ambos credores e devedores, introduzindo conceitos como o curador fiscal, a falência de bancos e a concordata por abono.

Assim, como tentativa de suplementar as lacunas do sistema anterior, passa-se à terceira fase com a edição do Decreto-Lei n. 917 de 1890, marco do início do Período Republicano, que, contudo, não trouxe mudanças significativas em relação à legislação anterior.

Ressalte-se que até 1908, o ordenamento jurídico brasileiro consistia em várias leis esparsas de falência, que muitas vezes eram consideradas insuficientes.

No entanto, o paradigma sofreu considerável mudança com a edição da Lei n. 2.024 de 1908, havendo uma verdadeira transformação no sistema falimentar, com o reconhecimento da falência de sociedades anônimas, cessionárias de obras públicas e a proibição do Ministério Público de solicitar a falência, entre outras medidas.

Esse conjunto de novas sistemáticas introduzidas culmina então com o início da quarta fase através da edição do Decreto-Lei n. 7.661/45, vigorando por mais de meio século, sendo posteriormente, no entanto, objeto de tantas disposições em contrário que foi praticamente

revogado pela atual Lei de Recuperação e Falências (Lei n. 11.101/05). Tal espécie de disposições no contrário permitiu que se mantivesse tão somente a permanência da legislação quanto a processos iniciados durante a vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45 e não concluídos até a promulgação da Lei 11.101/05.

Dentre as inovações trazidas pelo diploma da década de 40, evidencia-se que inovou com a ampliação os poderes do magistrado e restrição aos poderes dos credores (Mamede, 2022), sob o qual cita-se o específico feito de abolir a assembleia na qual estes decidiam sobre os procedimentos de falência e reformulando a concordata, tanto na forma preventiva quanto na forma repressiva, desse modo privilegiando a supremacia da jurisdição estatal em detrimento da autonomia dos particulares.

Por fim, a quinta fase teve início com o Projeto de Lei n. 4.376 de 1993 que, após mais de uma década de debates no âmbito legislativo nacional, tornou-se a atual Lei de Recuperação e Falências (Lei n. 11.101/05).

Dentre os feitos da atual legislação, sobreveio a recuperação judicial e extrajudicial, a remoção da concordata, a reformulação profunda dos procedimentos de falência, além da adoção de uma nova abordagem baseada, não mais apenas na proteção dos interesses dos credores, mas também em princípios como a proteção dos trabalhadores, preservação da empresa e da sociedade como um todo, o que se denominara então como o princípio da função social da empresa.

Ademais, o novo diploma falimentar é responsável por estabelecer três hipóteses para a declaração de falência do empresário inadimplente, incluindo insolvência baseada na falta de pagamento de uma obrigação líquida representada por um título executivo protestado, insolvência baseada na execução dita frustrada do devedor e a insolvência resultante de atos de falência listados no próprio artigo 94 da Lei 11.101/2005 (Brasil, 2005)

Ressalte-se ainda que, embora a Lei de Falências não defina o que seria o empresário que poderia se beneficiar de seu regime jurídico, ela busca o sentido desse conceito naquilo expresso no Código Civil de 2002 (Brasil, 2002), que considera empresário aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Logo, para estar sujeito ao processo de falência, é necessário ter uma atuação organizada e coordenada dos fatores de produção, sendo estes os critérios objetivos estabelecidos pela Lei n. 11.101/05.

Por fim, ressalta-se no presente trabalho que há alguns autores que ainda acrescentam à análise uma sexta etapa do direito falimentar brasileiro iniciada com a publicação da Lei

14.112/2020, em razão das expressivas alterações que conferem ao diploma anterior. Não se traz apenas a exposição da discussão a título de conhecimento para o presente trabalho, uma vez que adentrá-la inauguraria um distanciamento significativo da discussão que se pretende realmente abordar nos próximos tópicos.

2.2 – FALÊNCIA SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A Lei 11.101/2005, que atualmente estabeleceu o regime jurídico falimentar brasileiro, torna-se o mais recente marco na manifestação do princípio da preservação da empresa em meio à sistemática jurídica brasileira.

A referida legislação, dentre diversas mudanças expressivas, introduziu a recuperação judicial como um mecanismo mais eficiente e flexível em comparação com a antiga concordata, visto que esta última estava em desuso e não atendia às necessidades das empresas em dificuldades financeiras.

Ademais, O art. 47 da referida Lei (Brasil, 2005) é de suma importância para expor a consolidação do referido corolário da preservação da empresa, sendo publicado com o seguinte enunciado:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Isso reflete o equilíbrio entre a preservação da empresa e o interesse dos credores, contribuindo para o desenvolvimento econômico saudável e a manutenção da unidade produtiva de modo a servir a sociedade como um todo.

No entanto, o princípio da preservação da empresa não se limita apenas à recuperação judicial. Ele também é aplicado no âmbito da falência, embora de maneira diferente. Desse modo, sua implementação importou na renovação do sistema vigente anteriormente, uma vez que o Decreto-Lei n. 7.661/45, que regia a falência antes da Lei 11.101/2005, possuía um processo falimentar que se dava do modo exposto adiante.

Primeiramente haveria a fase do processo pré-falimentar: Essa fase consistia na apresentação do pedido de falência, que, se aprovado pelo magistrado, levava à decretação da falência. No entanto, essa etapa era apenas formal, focada na análise dos pressupostos, conforme menciona Clélio Gomes dos Santos Júnior (2010).

Em seguida, haveria uma etapa de Sindicância na qual ocorreriam diversos processos simultâneos, incluindo a arrecadação dos bens do falido, julgamento de ações de restituição,

verificação e habilitação de créditos, formação do quadro geral de credores e inquérito judicial para apurar crimes falimentares. Era uma fase crucial para o bom desenvolvimento do processo falimentar.

Por fim, haveria a liquidação e realização do ativo: Nessa etapa, o objetivo era a liquidação dos ativos da empresa a fim de que se viabilizasse economicamente o pagamento dos credores.

O antigo sistema tinha falhas, como lentidão e altos custos, que dificultavam a preservação da empresa. A concordata suspensiva, por exemplo, era uma das poucas opções para a preservação, mas dependia da aprovação do pedido e da ausência de denúncia por crime falimentar. A Lei 11.101/2005 trouxe uma abordagem mais moderna, com foco na recuperação da empresa, permitindo uma maior flexibilidade e adaptabilidade às circunstâncias econômicas. Ela buscou encontrar um equilíbrio entre a preservação da empresa e a satisfação dos credores, tornando o processo mais eficiente e compatível com os objetivos econômicos.

Dentre as principais problemáticas vivenciadas pelas empresas e operadores de direito na vigência da legislação anterior, pode-se mencionar o insuficiente amparo jurídico conferido ao direito dos credores uma vez que há evidente preferência conferida a demais espécies de crédito, como os trabalhistas, a ausência de mecanismos aptos a proporcionar a reestruturação da empresa, bem como também a redução do valor dos empreendimentos em razão da mora e dos gastos despendidos com o processo falimentar, conforme ensinam Aloisio Araújo e Bruno Funchal (2009)

A introdução de novos princípios orientadores no tratamento de empresas em dificuldades financeiras representou uma expressiva mudança de paradigma, especialmente após a promulgação da Lei n. 11.101/05, trazendo uma nova sistemática, hermenêutica e inclusive institutos tanto no contexto da recuperação quanto da falência de empresas.

Some-se a isso que pode-se perceber a influência do princípio da preservação da empresa a partir da constatação de que este foi expressamente incorporado também a partir do enunciado do artigo 75 da Lei n. 11.101/05, o qual permite sua aplicabilidade ao processo de falência, sob o seguinte dizer:

Segundo o dispositivo e conforme a atual redação da Lei n. 14.112/20, o processo falimentar tem como metas a preservação e otimização dos bens, tangíveis e intangíveis, da empresa falida, a liquidação eficiente de empresas inviáveis, a realocação eficaz de recursos na economia e o estímulo ao empreendedorismo, incluindo a reintegração ágil do empreendedor falido na atividade econômica.

A Lei, a partir da distinção de perspectiva entre a figura do empresário e a da empresa,

contribui para a concretização e reforço do princípio da preservação da empresa no âmbito do processo falimentar, além da continuidade de uma tratamento humanístico ao devedor então insolvente

Além da preservação da empresa, foram ainda adicionados como princípios inaugurais à referida Lei dos corolários da celeridade e a maximização dos ativos na economia, consolidados com a seguinte redação:

Outro aspecto importante é a medida que prevê o afastamento do dirigente da empresa falida. Essa ação se baseia na premissa de que a empresa é uma entidade distinta do empresário, de modo que não se deve responsabilizar um empreendedor pela incapacidade de outro. A intenção não é simplesmente eliminar empresas arruinadas, mas otimizar os recursos produtivos, permitindo a continuação da atividade por outros sujeitos, conforme interpreta Tomazette (2017).

Em contraste com a legislação anterior, a Lei n. 11.101/05 determina que a alienação dos ativos ocorra no início do processo, além de estabelecer uma ordem preferencial para essa alienação, conforme descrito no artigo 140, incisos I a IV. Essa abordagem de venda precoce dos ativos acelera o desenvolvimento do processo falimentar, reduz os custos para a massa falida, evita a desvalorização dos bens e diminui as despesas relacionadas à manutenção e guarda.

A justificativa subjacente à preferência na alienação é simples: busca-se maximizar os ativos na economia e concretizar o princípio da preservação. Isso é alcançado ao tentar vender a empresa como um todo, ou, na impossibilidade disso, suas filiais ou unidades produtivas, que seja alienada em partes e eventualmente haja a descaracterização de seu potencial produtivo.

A venda em bloco garante que haja a manutenção da atividade econômica quando esta for viável, preservando assim a produção e a geração de riqueza e demais interesses que se conjugam no exercício da atividade empresária exercida.

Mesmo se a venda da empresa como um todo não for possível, a Lei permite a venda dos ativos em bloco, e, em última instância, dos ativos individualmente. Percebe-se assim que deve ser abordada a venda de modo sobremaneira sistemático, pois uma vez que se opta pela venda dos ativos de forma isolada, não se está mais vendendo a empresa como um conjunto de bens e direitos, mas simplesmente os bens, desintegrando a unidade produtiva ao obstar que o adquirente continue a operação econômica do falido, o que é uma característica essencial das duas opções anteriores (Ricardo Bernardi, 2018).

Além disso, a Lei possibilita a continuidade das atividades da empresa mesmo após a declaração de falência, desde que essa continuidade traga mais benefícios do que prejuízos ao

processo e aos credores. Do mesmo modo conforme já destacado anteriormente, essa possibilidade assegurada pela Lei entende a atividade empresária exercida como uma conjugação de interesses sociais estando assim essa noção intimamente relacionada ao princípio da preservação, uma vez que a continuidade das atividades pode ser vantajosa para a venda da empresa e permitir uma maior arrecadação de créditos, potencializando um maior crédito a ser adimplido para um número maior de credores.

Portanto, é inegável que a ideia de preservação da empresa no contexto falimentar envolve a manutenção da unidade produtiva que é a empresa, o que permite a continuidade da produção e a geração de riqueza para o mercado.

Nesse sentido, é evidente que tanto no processo de recuperação judicial quanto na falência, o princípio da preservação da empresa deve ser observado como principal fundamento, sendo este o cerne da Lei de Recuperação e Falência. Negar esse princípio resultaria em um retorno ao sistema falimentar anterior, lento e dispendioso, o que desvirtuaria completamente o propósito da reforma legislativa.

Desse modo, o direcionamento do presente trabalho visa a potencializar ao máximo que se leve em consideração a manutenção da unidade produtiva para a resolução do imbróglio que será exposto em detalhes e tratado ulteriormente.

3 – PARADIGMAS HISTÓRICOS DA ATIVIDADE FAZENDÁRIA PÁTRIA

Adicionalmente ao abordado no tópico anterior, visando a atender o propósito do presente artigo de explorar a relação da legitimidade da Fazenda Pública para postular judicialmente o início processo falimentar, faz-se necessário detalhar, ainda que brevemente, também o progresso histórico da instituição atualmente compreendida como Fazenda.

A análise em questão tem a abordagem adequada quando se dá a partir da evolução histórica da própria atividade precípua que a Fazenda exerce, uma vez que possível, com a análise da parte, que é a atividade fazendária, através da via indutiva, se conhecer o todo, dessa forma delineando as respectivas finalidades e prerrogativas dos entes fazendários na sistemática jurídica pátria, para então avaliar a compatibilidade da instituição que as exercem com o trâmite falimentar inaugural.

3.1 – PERÍODO COLONIAL

No âmbito pátrio, apesar de por um longo período da história sequer haver órgão político específico regido por sistemática jurídica nacional própria pelo qual seja possível associar o exercício da atividade fazendária, tal atividade inequivocamente já se configura desde a colonização lusa do território brasileiro, a partir do século XVI, inaugurada pela exploração de matéria prima das espécies nativas, das quais pode-se destacar a *Paubrasilia echinata*, conhecida popularmente como pau-brasil.

Uma vez que o território brasileiro correspondia a uma colônia lusa, a retirada dessa espécie e seu respectivo comércio obrigavam os mercadores ao pagamento do **quinto** para a coroa portuguesa, correspondendo este a 20% da própria matéria prima extraída com a atividade comercial correspondente.

A cobrança dessa espécie de tributo *in natura* difere diametralmente da sistemática tributária atual e é melhor detalhada por Karla Borges e Fabrizio Sardelli Panzini (2010, p. 102):

O primeiro tributo cobrado no Brasil foi o quinto do pau-brasil – de todas as riquezas extraídas no país, a quinta parte era o tributo a ser pago compulsoriamente à Coroa Portuguesa. Como não havia à época uma moeda corrente entre colônia e metrópole, o pagamento era feito em pau-brasil.

Desse modo, desde o primeiro contato dos colonos portugueses com a terra nativa pátria em 1500, foram estabelecidos entrepostos comerciais que, dentre as suas atribuições, tinham o objetivo de recolher o respectivo tributo para o erário luso. Tais entrepostos foram

popularmente conhecidos como feitorias.

Posteriormente, com a segmentação da colonização do território brasileiro através da adoção do sistema de Capitâneas hereditárias em 1534, foram criadas as Alfândegas nacionais, estas subordinadas às Provedorias, órgão responsável pelo recolhimento e administração de tributos da Fazenda Pública Portuguesa.

Nessa senda, se buscou proporcionar maior centralização à colonização do território brasileiro, bem como estabelecer diretrizes gerais para o processo que se desenvolvia nas capitâneas hereditárias em meio a expressivas diferenças geográficas, econômicas e culturais entre estas.

Com essa finalidade, foi estabelecido o Governo-Geral, incorporando o comando das provedorias em uma estrutura centralizada denominada de Provedoria-Mor, sediada em Salvador, sendo esta fator que proporcionou grande desenvolvimento político e econômico para a cidade que posteriormente viria inclusive a se tornar a capital do império português.

Destaca-se que até 1696 a estrutura fazendária centralizada presente no território brasileiro se dedicava precipuamente à arrecadação de impostos e sua remessa para o erário português, tendo até então os litígios relativos a matéria fazendária sido abordados predominantemente de maneira descentralizada ou extraterritorial nos tribunais administrativos portugueses.

No entanto, no referido ano a situação muda com a inauguração do primeiro Tribunal administrativo centralizado no território brasileiro, o Conselho da Fazenda, sendo este presidido pelo Vice-rei e tendo assumido papel importante na resolução de demandas fazendárias na colônia e conseqüentemente atribuindo maior autonomia política ao Brasil enquanto colônia.

Em seguida, a partir do século XVIII, foram criadas diversas células fazendárias de forma a intensificar a fiscalização da arrecadação de impostos incidentes sobre a exploração do ouro e demais metais preciosos descobertos na região de Minas Gerais.

Tais células eram denominadas de Registros, sendo criadas a partir de 1718 com a intenção de contrabalancear a sonegação por parte dos mineradores e comerciantes no decorrer da exploração econômica do ouro, pretendendo assim a Coroa Portuguesa frear o respectivo ilícito e resguardar a sua arrecadação e hegemonia na colônia.

Desse modo, as sucessivas mudanças delineadas anteriormente na atividade fazendária, cujo registro histórico é amplamente documentado (Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, 2023), aproximaram a configuração erária da então colônia, do caráter que assume atualmente.

No entanto, a mais expressiva mudança em direção ao paradigma atual se configura

durante o Século XVIII. No período, conforme nos demonstra João Paulo G.Pimenta (2002. Pg. 65) “a crítica política progressivamente empreendida na Europa desde o século XVII, formulada nos padrões do Antigo Regime e trazia em si reflexões indicativas de lentas mudanças”.

Nesse sentido, diversas revoluções liberais eclodiram no continente europeu. Tais revoluções, comumente lideradas por integrantes das camadas dos comerciantes da burguesia europeia, reivindicavam a limitação do poder monárquico, a secularização do Estado, bem como menores impostos e restrições alfandegárias para que fossem exercidas suas atividades comerciais.

No Brasil, o expoente da dominação monárquica foi transferido da figura do Rei para seu então Secretário de Estado do Reino, figura esta que possuía atribuições semelhantes àquelas do primeiro-ministro em sistemas parlamentares. No decurso da história brasileira o ocupante simbólico do exercício desse cargo o português Sebastião José de Carvalho e Melo, popularmente conhecido como o Marquês de Pombal, partidário das supracitadas revoluções liberais e defensor ferrenho da primazia da razão humana (Brasil Paralelo, 2023).

No entanto, em que pese ter sido fortemente influenciado pelas revoluções liberais que eclodiram na Europa, no território da colônia brasileira, Sebastião José de Carvalho e Melo impôs a lei portuguesa com controle rígido à fiscalização e cobrança de impostos sobre a atividade econômica, bem como retomando a subordinação da atividade fazendária à centralização em órgãos portugueses, extinguindo a Provedoria-Mor, bem como o Conselho da Fazenda.

Desse modo, a autonomia político fazendária da colônia foi refreada, somente se tornando possível o seu retorno a partir de 1808 com a vinda da família real lusa para o Brasil em decorrência do ápice das guerras napoleônicas no qual as forças francesas adentraram Portugal em busca de Dom João VI, visando a reprimir a manutenção do comércio português com a Inglaterra que se dava marginalmente à imposição do bloqueio continental europeu.

Com a presença da realeza, não só foi atribuída maior autonomia política à colônia, como também toda a sistemática administrativo-fiscal portuguesa foi transferida para o território brasileiro, da qual destaca-se o próprio Erário Régio português no Brasil.

Em decorrência disso, a colônia rapidamente se modernizava, tendo ao mesmo tempo se assemelhado cada vez mais com a metrópole portuguesa, semelhança esta que culminou na elevação do Brasil a Reino Unido de Portugal e Algarves. Não se tratava mais de uma colônia de exploração que visava à manutenção e subsistência do reinado português, mas fora então atribuída a legitimidade de compor o Reino em si.

Em seguida, com o fim das guerras napoleônicas, as cortes portuguesas demandam o retorno de Dom João VI à Lisboa, bem como que se iniciasse um processo de restabelecimento do domínio português sobre o território brasileiro como colônia, motivo pelo qual, após a permanência de seu filho Dom Pedro I no Brasil e diversos entraves diplomáticos, proclamou-se a independência no ano de 1822.

3.2 – PERÍODO IMPERIAL

No primeiro reinado foram elaboradas reformas fazendárias notórias, nas quais o Brasil, enquanto país soberano, começou a exercer a atividade de fiscalização e recolhimento de impostos como função própria, não mais subordinado a uma monarquia estrangeira. Continha-se nessa atividade a gênese cabal para o modelo de atividade fazendária que seria seguido atualmente.

Com o reinado, as Capitâneas se converteram em Províncias, sendo nestas convertidas as Juntas da Fazenda Pública posteriormente em Tesourarias das Províncias. Tais tesourarias subordinadas ao Tesouro Nacional, órgão criado em 1831. Posteriormente, com a finalidade de aumentar a eficiência na administração das receitas públicas, foi criada em 1850 a Diretoria Geral de Receitas Públicas, centralizando a atividade das Tesourarias Provinciais e, conseqüentemente, o Poder do Império do Brasil sobre a arrecadação e repartição das rendas públicas.

Tal centralização, em que pese não se expressar a partir de um caráter monárquico, uma vez que era o próprio Poder Legislativo, e não o Imperador, que possuía a competência privativa para deliberar sobre a matéria fazendária, predominava em caráter geográfico uma vez que todas as decisões quanto à atividade fazendária eram estabelecidas afastadas das Províncias, sem que pudessem ser estabelecidas por seus Conselhos Gerais.

Esse panorama pode ser explicado em razão de tal sistemática ter sido criada sob a égide da Constituição Imperial de 1824 (Brasil, 1824), diploma este que, tornava necessário o estabelecimento tanto de um erário sólido, de forma a melhor assegurar o exercício das funções do Império diante do papel institucional do Imperador e dos demais poderes, como também da necessidade de proporcionar as condições materiais essenciais para o alcance dos objetivos do recém formado país, além de assegurar a sua independência.

Não à toa, o referido diploma constitucional reserva à Câmara dos Deputados, uma das casas do Poder Legislativo à época, a Iniciativa sobre impostos em seu art. 36, I, veja-se:

“Art. 36. É privativa da Camara dos Deputados a Iniciativa.
I. Sobre Impostos.”

Desse modo, apesar de assegurar a participação cidadã nos Conselhos Provinciais, conforme pode ser apurado pela leitura do art. 71 do diploma constitucional, era vedado aos Conselhos Gerais de Província que deliberassem sobre a atividade fazendária, conforme denota-se a partir da leitura do art. 83, III da Carta Magna. Cita-se:

Art. 83. Não se podem propôr, nem deliberar nestes Conselhos Projectos.
III. Sobre imposições, cuja iniciativa é da competencia particular da Camara dos Deputados. Art. 36.

Compreende-se assim a predominância de uma atividade fazendária cuja instituição a partir da lei, bem como o seu exercício no campo fático pela Administração, ocorria em caráter majoritariamente centralizado.

3.3 – DA REPÚBLICA À CONTEMPORANEIDADE E A PRIMAZIA DA DESCENTRALIZAÇÃO

Apesar do desenvolvimento da atividade fazendária no país com o predomínio do paradigma da centralização presenciado durante o período imperial, com o declínio da Monarquia e sua conseqüente queda em 1889 decorrente da proclamação da República, iniciou-se um período de significativa maior autonomia para as então províncias.

Em verdade, pode-se aferir que o crescimento da retromencionada autonomia teve seu princípio já no evento inaugural republicano, quando as então Províncias foram elevadas à condição de Estados da Federação.

Tal implementação de um novo panorama de autonomia política e econômica foi significativamente consolidada com a promulgação da Constituição Republicana de 1891 que em seu art. 2º trouxe disposição literal quanto à elevação das antigas Províncias Imperiais para a categoria de Estado (Brasil, 1891).

É relevante ressaltar ainda que os avanços no sentido da descentralização não se restringiam às questões políticas e econômicas, expandindo-se também para as atividades de instituir, fiscalizar e cobrar impostos, atividades tipicamente fazendárias e cuja positivação no então texto constitucional pode ser observada em vários dispositivos, tal como o seu art. 9º, no qual era fixada a competência tributária dos Estados.

Desse modo, inaugurou-se período de verdadeira primazia da autonomia no exercício da atividade fazendária pelos Estados membros, autonomia esta que muitas vezes ocorria até mesmo em detrimento dos interesses da União. O detalhamento dessa questão é devidamente

delineado por Lassance (IPEA, 2012) ao citar Linhares nos seguinte termos:

A questão tributária foi uma das que melhor materializaram as divergências entre União e estados. O resultado final beneficiou os estados, que conquistaram grande vantagem em matéria tributária e passaram a receber recursos significativos, inclusive dos impostos arrecadados pela União. Foi o caso do imposto de importação, desde sempre arrecadado pela União, que passou a ser todo destinado aos estados. Anteriormente, dos 11% cobrados pelo imposto, a fazenda do Império ficava com 7% e destinava 4% às províncias. Dois impostos importantes surgiram em 1891 e passaram a beneficiar prioritariamente os estados: o Imposto sobre a Propriedade Rural (atual Imposto Territorial Rural); e o Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF), que era de competência cumulativa da União, dos estados e dos municípios. Como se não bastasse a vitória pela letra da lei, O estado federativo e a autonomia dos estados-membros Caderno da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança. Curitiba, v. 5, n. 2, p. 77-98, jul./dez.2022 80 as justiças estaduais imporiam inúmeras derrotas à União, favorecendo os estados, às vezes até em detrimento da própria legislação federal.

Desse modo, desde a proclamação da República, em que pese a existência de períodos em que as instituições se configuraram em sentido oposto, como o estabelecimento do Estado Novo em 1934 e a Constituição de 1967 que inaugurou o Regime Militar, a atividade fazendária no Brasil se desenvolveu rumo à predominância do referido panorama de descentralização da atividade fazendária.

Em que pese a posição de diversos autores (Thiago Fernando Silva Maya, 2022) de considerar que na Constituição Federal de 1988 há a concentração excessiva de prerrogativas na União, ou pelo menos dos recursos necessários para que sejam exercidas essas prerrogativas (Michel Temer, 2019) em detrimento da autonomia dos demais entes, não há fundamento para sustentar que a referida concentração prevaleceu no campo da atividade fazendária

Na verdade, na presente sistemática constitucional, a atividade fazendária se consolida a partir da compreensão de que pode ser exercida com fundamento em uma legitimidade que abrange qualquer dos entes da federação, desde a etapa da arrecadação de tributos até a execução judicial das dívidas tributárias quando tais entes atuam em nome próprio, recebendo assim a denominação de Fazenda Pública.

Tal constatação se percebe plenamente válida ao analisar dispositivos vigentes da Constituição Federal de 1988, como o art. 24, I, que estabelece a competência concorrente da União com os Estados da federação e Distrito Federal para legislar sobre direito tributário, bem como o art. 155, que estabelece a competência tributária dos Estados, além de seu art. 156, que expressa a competência também para os Municípios.

Além disso, em que pese a Carta Magna vigente reservar à União determinados poderes como a competência para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária através de lei complementar, conforme se observa pelo seu art. 146, *caput* e inciso III, tal lei

complementar, na forma do Código Tributário Nacional, reconhece expressamente a autonomia dos demais entes da federação no exercício da atividade fazendária assegurando-lhe a competência para instituir impostos conforme distribuída na Constituição.

Some-se a isso que tal lei complementar, na verdade prestigia e consolida tal autonomia ao assegurar aos demais entes da federação no exercício de sua atividade fazendária diversas prerrogativas para que seja efetivado o interesse da administração, conforme se denota a partir da compreensão de diversos dispositivos constantes no título IV do Capítulo VI do Código Tributário Nacional.

Desse modo, conclui-se que historicamente a atividade fazendária evoluiu para, no sistema constitucional vigente, ser compreendida a partir do conceito de atividade descentralizada desenvolvida pelos entes da federação na cobrança, fiscalização, e execução judicial de tributos.

Assim, percebe-se que a Fazenda Pública de cada ente federativo possui a prerrogativa de, nos termos das limitações legais, estabelecer estratégias específicas para corresponder ao seu interesse no exercício das funções arrecadatórias.

Dessa forma, havendo múltiplos entes federativos na sistemática pátria, do mesmo modo se seguirão múltiplas Fazendas Públicas, com igualmente múltiplos interesses e múltiplas estratégias a serem traçadas para o seu alcance, dentre as quais se encontraria a aposta na tese da legitimidade para apresentar o requerimento falimentar.

Logo, a partir do conceito estabelecido, compreende-se que este é o panorama que coexiste com àquele firmado no tópico anterior no que diz respeito à sistemática falimentar, isto é, da primazia da preservação da empresa como princípio a ser atingido e preservado em toda a extensão do trâmite falimentar.

Ocorre que a multiplicidade de estratégias fazendárias, caso expandida à pretensão da tese de possibilidade de ajuizamento do pleito falimentar, colidiria desde já com a preservação da empresa visto que intensificaria a cobrança de empresas em situação de instabilidade financeira por um credor que inclusive já possui a via própria em razão da natureza de seus créditos, assim potencialmente pondo óbice a sua continuidade, entrando em conflito direto os interesses sociais diversos que na empresa se conjugam.

Estabelecidas as premissas históricas para o embate em questão, será analisado adiante o conflito a partir da perspectiva jurídica, a fim de ponderar a fundamentação adequada para que se elucide a devida solução.

4 – DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SEUS PRIVILÉGIOS, PREFERÊNCIAS E COBRANÇA JUDICIAL

Explanados os alicerces iniciais para o debate do tema abordado no presente trabalho por meio da abordagem meramente introdutória que consiste na via factual e histórica, passa-se a detalhá-lo a partir da específica e objetiva perspectiva jurídica, através da utilização de todos os instrumentos técnicos, axiológicos e hermenêuticos que lhe são cabíveis.

Uma vez que o tema abordado consiste na possibilidade da participação inaugural da fazenda pública no processo falimentar, bem como que tal participação visa a obter do devedor falido o montante devido por este a título de tributos, para a análise precisa do objeto de estudo deve-se anteriormente analisar a natureza jurídica que assume a referida dívida, isto é, de crédito tributário, bem como as prerrogativas conferidas a essa espécie de crédito em razão do regime jurídico que lhe é aplicável, além do cenário fático que permeia a sua cobrança judicial.

Passa-se a demonstrar.

4.1 – DA NATUREZA JURÍDICA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A fim de expor a natureza jurídica do crédito tributário, faz-se necessário primeiramente explicar, ainda que em linhas gerais o trâmite pelo qual os tributos perpassam desde a sua constituição no mundo fático por uma atitude do sujeito passivo da obrigação tributária, até a sua efetiva execução judicial, ou ao menos desta possibilidade ainda que em abstrato.

A doutrina tributária estabelece como primeiro estágio na sistemática tributária a necessidade do instituto denominado de hipótese de incidência, isto é, a existência de uma norma abstrata prevendo determinadas condutas sob as quais tal norma produzirá o efeito de gerar a obrigação de pagar tributos por parte de um determinado contribuinte.

Trata-se a hipótese de incidência de uma verdadeira expressão do princípio da legalidade uma vez que tal princípio elenca que, no ordenamento jurídico pátrio, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Desse modo, uma vez que o referido corolário denota-se importante para a manutenção da segurança e previsibilidade das relações jurídicas em geral, deve-se sobretudo ser aplicado à cobrança e âmbito tributário, posto que o contribuinte lida nesse caso com o Estado que, com todo seu expressivo poder de tributar, não deve exercê-lo de modo discricionário mas sim vinculado à Lei, a fim de se estabelecer relação mais equânime entre este e o sujeito passivo.

Posteriormente à hipótese de incidência tem-se a etapa do fato gerador, sendo esta como

aquela conduta externa por parte do contribuinte por meio da qual, amoldando-se à hipótese de incidência, faz nascer a obrigação tributária respectiva.

Assim, percebe-se que a relação entre a hipótese de incidência e o fato gerador assemelha-se com a relação silogística entre a premissa maior e a premissa menor, respectivamente, por meio da qual se extrai a conclusão que é a consequente obrigação tributária.

Ressalte-se ainda a importante diferenciação entre os dois institutos de que, enquanto a hipótese de incidência reside abstratamente, na seara hipotética e de acepção ampla e genérica, o fato gerador diz respeito àquilo que é factual, concreto e restrito a determinado comportamento do contribuinte.

Apenas à título de exemplo para consolidar a importante distinção entre os institutos, no caso da incidência do imposto predial e territorial urbano, enquanto o art. 32 do CTN estabelece a hipótese de incidência como sendo a propriedade, domínio útil ou posse a qualquer título de bem imóvel em zona urbana, aquele que possui a propriedade de bem imóvel na zona respectiva durante o primeiro dia do exercício configura o seu fato gerador.

Nesse sentido, ocorrendo o fato gerador concreto previsto pela norma de incidência abstrata, nasce a obrigação tributária correspondente, que pode ser acessória, no que diz respeito ao cumprimento de condutas positivas ou negativas impostas ao contribuinte no interesse da arrecadação de tributos, ou principal, no que diz respeito ao pagamento do valor correspondente ao crédito tributário decorrente do tributo ou da penalidade pecuniária imposta em razão do descumprimento de uma obrigação acessória que se converteu em principal, conforme ensina o art. 113, §1º do CTN (Brasil, 1966).

Tais obrigações tributárias então passariam pelo rigoroso crivo do procedimento, ou ato como defendem certos autores, administrativo do lançamento tributário, tido como o percurso pelo qual a referida obrigação será devidamente quantificada, bem como identificado seu devedor. O referido lançamento demonstra nessa etapa sua natureza declaratória, proclamando assim a existência da obrigação acima descrita

Ademais, o procedimento do lançamento tributário é detalhado pelo art. 142 do CTN e finda com a formalização do crédito tributário que, após a notificação do sujeito passivo, findo o prazo para apresentação de defesa administrativa nos termos do art. 151, VI do CTN e não havendo seu pagamento, já gozará de todas as suas prerrogativas. Nesse sentido, o lançamento demonstra sua natureza constitutiva ao constituir o crédito tributário.

Ressalte-se, no entanto, um importante adendo para a compreensão da obrigação tributária e o crédito analisado no presente trabalho: em que pese os arts. 113, §1º e 139 do

CTN tratarem a obrigação tributária e o respectivo crédito como institutos distintos, decorrendo o segundo do primeiro, a diferenciação adotada pelo legislador se fez apenas para que, didaticamente, se entendesse o crédito tributário como a obrigação tributária principal formalizada em razão do lançamento (Segundo, Hugo de Brito Machado, 2018) .

Desse modo, os conceitos de obrigação e crédito tributário permanecem em verdadeira consonância com a teoria dualista adotada no âmbito obrigacional, uma vez que o crédito tecnicamente não decorre da obrigação, mas na verdade a compõe, mantendo a unidade da seara tributária com o restante do ordenamento obrigacional nesse aspecto.

Assim percebe-se que o crédito tributário está intrinsecamente ligado à obrigação tributária e que, se de um lado estabelece para o contribuinte o dever formalizado de pagar um montante exato, de outro estabelece para a Fazenda Pública verdadeiro direito subjetivo sobre esse montante, podendo inclusive, caso necessário, executá-lo em juízo.

Tal constatação é corroborada a partir do léxico de Paulo Barros de Carvalho (1996) que constata que o crédito tributário tem a natureza jurídica de um direito subjetivo do sujeito ativo da referida obrigação de exigir a importância em dinheiro que lhe cabe. Uma vez que se tem conhecimento de que o sujeito ativo é a Fazenda Pública, é esse o titular do direito estudado na presente exposição.

Adicionalmente, percebe-se que a compreensão trazida acima encontra amparo na noção do célebre tributarista Hugo de Brito Machado (2020) acerca do crédito tributário quanto ao caráter bilateral da relação jurídica entre Fisco e Contribuinte que o crédito compõe, qualificando este como o vínculo obrigacional pelo qual o Estado possui a faculdade de impor ao contribuinte ou responsável o pagamento do tributo devido

Logo, uma vez formalizado esse direito subjetivo que é o crédito tributário, devem ser analisadas as prerrogativas que lhe são conferidas pelo ordenamento jurídico, a fim de possibilitar entender se o exercício desse direito pela Fazenda através da apresentação do requerimento falimentar em face do devedor empresário insolvente não se mostraria incompatível com os institutos e corolários de direito público.

4.2 – DOS PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O crédito tributário é de suma importância para a Administração Pública, uma vez que, incidindo sobre a riqueza dos contribuintes, resulta no conceito de receita derivada, sendo esta a principal fonte material de subsistência do Estado, de seus serviços e suas atividades

precípuas, sendo expressivamente maior do que aquela renda obtida a partir de sua receita originária. Não à toa, a cobrança do tributo constante nesse crédito deve se dar por meio de atividade plenamente vinculada, sem qualquer discricionariedade por parte da Administração conforme determina o art. 3º do CTN.

Desse modo, em razão de sua essencialidade para o custeio da atividade estatal, diversos atributos, como privilégios e preferências, são atribuídos pela Lei a essa espécie de crédito com relação às demais, a fim de que seja facilitada a sua satisfação, cabendo no presente subtópico demonstrá-los sucintamente como será feito a seguir.

Primeiramente, uma vez que o crédito é lançado e findo o prazo para apresentação de defesa administrativa sem que haja seu pagamento, este deverá ser inscrito na Dívida Ativa da pessoa jurídica de direito público titular da capacidade tributária ativa. Inscrito o crédito, este passará a se enquadrar através da Certidão de Dívida Ativa como título executivo extrajudicial e gozará automaticamente dos atributos de Certeza, Liquidez e Exigibilidade. Analisemos cada um destes a seguir.

O atributo da Certeza consiste em uma presunção de veracidade acerca da existência da obrigação tributária lançada, afinal, analisando que tal obrigação passou pelo crivo da Administração durante o procedimento do lançamento tributário, sendo ainda proporcionado prazo para que fosse impugnada pelo contribuinte, e a obrigação ainda subsiste após findo o prazo ou improcedência da impugnação, percebe-se que o ordenamento considerou razoável lhe considerar um paradigma de certeza quanto a sua existência, cuja principal repercussão jurídica consiste na desnecessidade de investigação através de um processo de conhecimento quanto a sua existência, sendo permitida a sua cobrança se iniciar já a partir do feito executivo.

Destaca-se, no entanto, que tal presunção é relativa, podendo ser afastada caso o contribuinte apresente prova satisfatória em sentido de sua inexistência. Nesse sentido, o art. 3º da Lei de Execuções Fiscais denota exatamente como se configura esse presunção relativa. Veja-se:

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.
Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Ademais, o crédito tributário também goza de liquidez inequívoca, isto é, da desnecessidade que seja quantificado seu montante em juízo, bastando que na certidão de dívida ativa estejam constantes os elementos enunciados no art. 2º, §5º, da Lei de Execuções fiscais.

Por fim, a exigibilidade que possui o referido crédito consiste na possibilidade de acionar em juízo o sujeito passivo, responsável ou contribuinte, daquela obrigação, podendo

desde então serem requeridas ao juízo sanções coercitivas ao contribuinte para o pagamento da dívida, como a realização de penhora e indisponibilização de ativos financeiros de suas contas.

Além dos três atributos mencionados acima, a Lei também confere diversos privilégios e garantias ao crédito tributário para as mais diversas situações fático-processuais, como a presunção de fraude na alienação de bens por sujeito passivo em débito com a Fazenda inscrito em dívida ativa do art. 185 do CTN, a indisponibilidade de bens de devedor inadimplente após sua citação regular, conforme o art. 185-A do Código Tributário, ou ainda a sua preferência em relação às demais espécies de crédito que não trabalhistas, conforme o *caput* do art. 186 do retromencionado diploma.

No que diz respeito ao trâmite objeto de estudo no presente trabalho, isto é, o trâmite falimentar, o tratamento atribuído ao crédito tributário se dá de maneira extremamente peculiar, uma vez que a unidade do montante do crédito é transposta, resultando na atribuição de três diferentes tratamentos à certas parcelas do crédito em cobrança pela via executória concursal. Explica-se.

A parcela devida a título de tributo somada à correção monetária e juros até a data da declaração da falência retém sua preferência situada anteriormente aos créditos extraconcursais, aos valores sujeitos a restituição conforme a lei, aos créditos garantidos por bens específicos com o limite do valor do bem em questão, conforme art. 186, parágrafo único, I, do CTN, e também anteriormente aos créditos originados pela legislação trabalhista ou acidente de trabalho, nos limites estabelecidos pela legislação, conforme mencionado sobre o *caput* do dispositivo do art. 186.

Já a fração da multa tributária tem atribuído a si uma preferência significativamente menor, uma vez que o art. 186, parágrafo único, III, do CTN determina que esta prefere tão somente aos créditos subordinados, isto é, aqueles listados no art. 83, VIII, da Lei de Falências. Por fim, quanto à parcela correspondente aos juros vencidos após a falência, percebe-se que estes correspondem ao montante que menos detém privilégio, pois o art. 124 do diploma falimentar determina que somente serão pagos se apenas todos os credores subordinados sejam satisfeitos anteriormente, sendo evidente a dificuldade empírica.

Em que pese os privilégios e preferências demonstrados até então, aquele que resulta em mais expressivo impacto na discussão ora proposta é o elencado no art. 187 do Código Tributário Nacional. Veja-se como é disposto no artigo:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

Tal impacto se justifica pois o dispositivo, ao estabelecer que o crédito tributário teria o privilégio de não se sujeitar ao juízo universal da falência na sua cobrança judicial, estabeleceu as bases para que houvesse notório embate hermenêutico quanto ao significado e alcance da referida “não-sujeição”, estabelecendo terreno propício para o florescimento das duas teses que ora são objeto de discussão quanto à legitimidade da fazenda pública para requerer a falência e que serão expostas no capítulo seguinte do presente trabalho.

4.3 - EXPANSÃO DAS AÇÕES FAZENDÁRIAS PARA A COBRANÇA DE CRÉDITOS

Conforme abordado anteriormente, o crédito tributário consiste na formalização da obrigação tributária que gera o direito subjetivo do Estado de, em sua posição de credor, cobrar aos contribuintes o pagamento pela prestação pecuniária correspondente à quantificação dessa obrigação, podendo proceder à tal cobrança pela via administrativa do lançamento e, no caso de não pagamento ou apresentação de defesa pelo particular, ingressar judicialmente visando a ver satisfeita essa dívida.

Resta agora necessário, como último pressuposto para o início da discussão, analisar o conturbado contexto fático-processual que subsiste contribuindo para que, no âmbito fazendário, haja o interesse nessa tese enquanto estratégia viável.

O presente trabalho já explanou em seus dois primeiros capítulos introdutórios como o paradigma jurídico fazendário brasileiro evoluiu até que se configurar atualmente como a expressão da descentralização da atividade fazendária. Isto acontece precipuamente porque quando se menciona a “Fazenda”, pretende-se fazer referência à dimensão econômica do Estado, e nesse contexto, é possível considerá-lo, inclusive, como uma alternativa para o termo erário.

Corroborando com essa linha de pensamento, Leonardo Carneiro Cunha preleciona com os seguintes dizeres:

“Na verdade, a palavra Fazenda Pública representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público. No processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada genericamente por Fazenda Pública.”

Portanto, ao mencionar a Fazenda Pública, estamos lidando com o setor da administração pública encarregado das finanças públicas e da estratégia econômica do governo exercida por determinada pessoa jurídica de direito público. Desse modo, uma vez que a dinâmica constitucional reparte as competências administrativas entre diversos entes federativos, isto é, pessoas jurídicas de direito público, do mesmo modo subsistirão

equivalentes atividades fazendárias de modo a financiar cada um desses entes.

Desse modo, em que pese tais entes possuam autonomia para definir quais estratégias são mais adequadas para o atendimento de seus interesses fazendários, devem exercê-la observando os princípios constitucionais vigentes, como a isonomia, preservação da empresa e efetividade processual, como será pautado ao fim desse trabalho.

Além disso, tal autonomia deve ser exercida através das vias específicas que o ordenamento jurídico confere à dinâmica processual para o seu exercício. Explica-se a seguir.

Na sistemática jurídica vigente, subsiste uma ampla gama de instrumentos para que determinado credor tenha por satisfeita a dívida daquele que seja seu devedor, consistindo cada uma dessas vias processuais como a mais adequada para cada caso que se configure na dinâmica cotidiana. Considerando a quase infinita extensão de casos que potencialmente podem ocorrer no mundo fático, diversas vias processuais podem ser adotadas, desde ações de conhecimento, quando não há ainda configurado o título executivo, até execuções fundadas nas mais diversas modalidades de título judiciais ou extrajudiciais.

Ocorre que, nos casos envolvendo a pretensão da fazenda pública de ver satisfeitos os seus créditos tributários, há uma restrição significativa do universo de vias judiciais para que haja a referida satisfação.

Isto se demonstra ao observar que, em que pese no âmbito administrativo se manter uma diversidade ampla de modos pelos quais pode haver a extinção do crédito tributário de em substituição ao mero pagamento pecuniário, como aquelas exemplificadas no art. 156 do CTN (Luciano Amaro, 1998), as potencialidades de execução judicial se resumem, na prática, à via da execução judicial.

Isto ocorre em síntese porque, uma vez que o crédito tributário não é satisfeito por parte do contribuinte, a autoridade administrativa deve sem sombra de dúvidas proceder a sua inscrição em dívida ativa. Assim, tal crédito inscrito gera uma certidão de dívida ativa, título executivo extrajudicial, na forma do art. 784, IX do CPC (Brasil, 2015), o que já descarta qualquer possibilidade de ingresso de ações de conhecimento para a cobrança de crédito tributário

Ademais, em que pese a já demonstrada diversidade e autonomia da atividade fazendária entre as pessoas jurídicas de direito público, subsiste para cada uma destas, inclusive para suas autarquias, a mesma e única disposição da necessidade de utilizar a execução fiscal para a cobrança da referida dívida ativa.

Não à toa, o art. 1º da lei de execuções fiscais (Brasil, 1980) traz com eloquência a referida vinculação da cobrança judicial da dívida ativa na qual estão inscritos os créditos

tributários, sob os seguintes dizeres de que “*A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil*”.

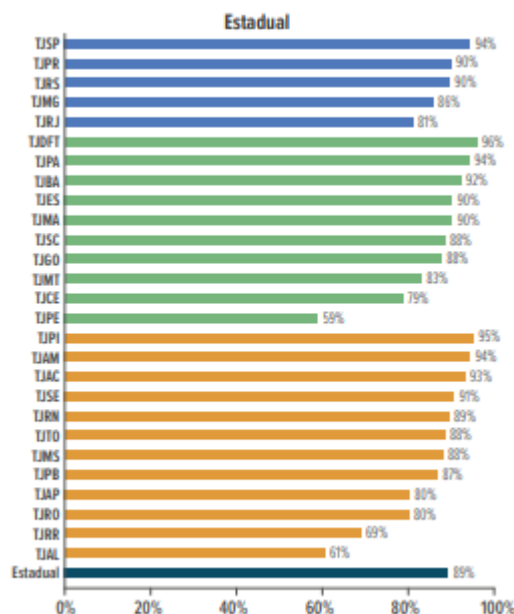
Nessa senda, impondo a sistemática jurídica uma via processual própria para a execução do crédito tributário, surge, em sentido oposto, a tese da legitimidade da Fazenda Pública para buscar a satisfação de seus créditos tributários através do requerimento falimentar em face de determinados devedores empresários insolventes.

No âmbito fazendário, a aposta em tal tese ganha força uma vez que poderia proporcionar às pessoas jurídicas de direito público uma alternativa a seu único e isolado instrumento executório.

Some-se a isso que esse posicionamento também encontra a simpatia de tribunais pelo país, visto que atualmente, após o ajuizamento de determinada execução fiscal, predomina um cenário fático de extensa demora no trâmite processual, quer seja quando isoladamente considerados, quer seja quando comparada às demais execuções.

Exemplificando a problemática, colaciona-se o gráfico produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (2022), no qual é possível perceber a elevada taxa de congestionamento das execuções fiscais nos tribunais estaduais, isto é, dos feitos executivos que permanecem pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Veja-se:

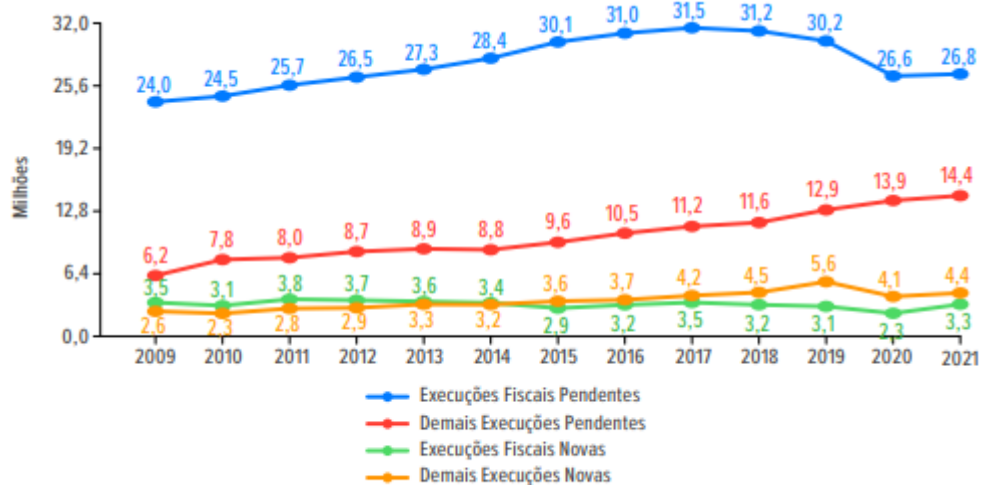
Imagem 1 - Taxa de congestionamento na execução fiscal, por tribunal.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, Revista Justiça em Números (2022)

Além disso, a mesma fonte também demonstra como o montante de execuções fiscais se destaca expressivamente em relação aos demais feitos executórios, uma vez que seu montante representa praticamente o dobro daqueles. Veja-se:

Imagem 2 - Impacto da execução fiscal nos processos novos e pendentes



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, Revista Justiça em Números (2022)

Sendo assim, avaliando em termos utilitários e pragmáticos, é perfeitamente plausível que se configure um panorama de interesse não só das fazendas públicas como também dos próprios tribunais de que alternativas diversas à execução fiscal possam ser utilizadas para a cobrança judicial do crédito tributário inscrito em dívida ativa.

No caso da tese da legitimidade fazendária para o ingresso do requerimento falimentar, percebe-se que este se amolda à hipótese uma vez que claramente permitiria que varas de direito privado, como as varas de recuperações e falências, pudessem deliberar quanto à satisfação do crédito tributário por meio do trâmite falimentar da Lei 11.101/2005.

Demonstrado o enquadramento jurídico do crédito tributário que ensejaria o requerimento falimentar, seus privilégios e preferências, bem como a realidade fática processual relativa às execuções fiscais no âmbito pátrio, passa-se ao ponto central do presente trabalho, isto é, a análise jurídica das teses que se confrontam no que diz respeito à discussão em questão.

5 – ESTUDO DA LEGITIMIDADE FAZENDÁRIA PARA O REQUERIMENTO FALIMENTAR: EXPOSIÇÃO DAS TESES DIVERGENTES

Demonstrados todos os pressupostos fáticos e jurídicos para a presente discussão, permite-se a compreensão plena, pelo leitor, do tema central do trabalho que se inicia no presente capítulo, a partir da exposição das teses que se confrontam, bem como da conclusão e posicionamento adotados pelo trabalho acerca dessa celeuma, como será abordado no capítulo seguinte.

Passa-se à demonstração e análise:

5.1 - DA TESE DA LEGITIMIDADE FAZENDÁRIA PARA REQUERER A FALÊNCIA

Primeiramente importa delimitar o escopo da tese quanto à legitimidade fazendária para o pleito falimentar inaugural, devendo-se fazer a devida diferenciação de que não consiste na mera possibilidade de a Fazenda Pública ter seus créditos satisfeitos por meio da habilitação em falência, visto que esta é plenamente admitida uma vez que o próprio Superior Tribunal de Justiça tem esse entendimento pacificado para hipóteses em que há inclusive Execução Fiscal em curso, desde que não haja qualquer penhora ou garantia no feito executivo fiscal de modo a evitar a dúplice garantia, conforme se observa a partir de julgados como o Recurso Especial n. 1.831.186/SP.

Na verdade a tese em comento busca a legitimidade para que o ente fazendário, na posição de credor daquele insolvente sobre o qual será pleiteada a falência, tenha legitimidade ativa para acionar esse devedor judicialmente, isto é, para a propositura da ação falimentar.

Dessa forma, a presente exposição se inicia com a tese que afirma a possibilidade fazendária para requerer a falência do devedor tributário insolvente. O referido entendimento fundamenta-se precipuamente nas disposições da Lei 11.101/2005 acerca dos legitimados a requerer a falência. Veja-se como dispõe o diploma em seu art. 97:

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.

Tendo em vista que a Fazenda Pública não se amoldaria às hipóteses dos incisos I ao III, os partidários da tese ora exposta sustentam que o inciso “IV” se trata de comando

permissivo geral que não impõe qualquer restrição à personalidade jurídica do credor mencionado, podendo a falência ser requerida tanto por pessoas físicas, como também jurídicas, e dentre estas tanto as de direito privado como também as de direito público, dessa forma, legitimando-se os entes fazendários.

Ademais, quanto às disposições normativas que dispõem sobre particularidades da cobrança judicial do crédito tributário, essa posição lhes atribuí uma interpretação que não é restritiva, isto é, que a referida cobrança deve unicamente estar vinculada a tais particularidades, mas tão somente expositiva e autorizativa, sem, no entanto, excluir outras vias além daquelas elencadas na Lei.

Exemplificando a ótica sustentada pela tese, ao analisar o art. 187 do CTN, como já exposto anteriormente, é trazido pela Lei a ideia de “não sujeição” do crédito tributário ao concurso de credores. Segundo Comparato, ilustre professor que inclusive elaborou parecer à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo sobre o tema na década de 70, a legislação em questão não pretendeu consolidar a imposição de qualquer restrição à maneira pela qual a Fazenda Pública poderia buscar a execução judicial dos créditos registrados em dívida ativa.

Na verdade, o autor defende que o propósito dessas normas foi ampliar explicitamente as opções de ação judicial disponíveis para o fisco, indicando que não existiria impedimento algum para a apresentação de um pedido de falência pela Fazenda Pública. Veja-se a posição do professor a respeito (Comparato, Fábio Konder, 1995, p 32):

Por outro lado, criando o privilégio da incolumidade concursal para a dívida ativa do Estado, o legislador brasileiro não pretendeu obviamente coartar as possibilidades de sua cobrança judicial, mas antes ampliá-las. Não existe regra nem princípio jurídico que impeça o Estado de abrir mão de seus privilégios (no sentido de *priva lex*) diante do particular, se tal decisão colima justamente um melhor exercício dos seus poderes. No caso, aliás, haveria o abandono de um privilégio processual para melhor fazer valer um privilégio creditório.

Conforme a interpretação de Comparato, a legislação de fato introduziu a opção para a Fazenda Pública abrir mão de uma vantagem processual, que consiste na especificidade e rapidez da execução fiscal, em troca da adoção de um procedimento substancialmente mais demorado e complexo para a quitação do crédito tributário não pago que é a falência. Corroborando ainda com essa interpretação, o ilustre Amador Paes de Almeida (2017), denota que a legislação a partir do disposto estabelece uma benesse processual ao invés de uma vinculação ou restrição.

Tal sustentação exposta acima, aplicaria-se ainda da mesma forma ao disposto no art. 29 da Lei de Execuções Fiscais, cuja redação é expressivamente semelhante ao art. 187 do CTN,

podendo dessa forma ser suscitada a mesma questão quanto ao seu alcance.

Ademais, a referida tese também argumenta sobre a interpretação de outros dispositivos acerca da cobrança judicial do crédito tributário. Veja-se, por exemplo, a disposição do art. 38 da Lei de Execuções Fiscais:

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.

Quanto ao impeditivo trazido à discussão pelo comando legal acima, os adeptos à legitimidade fazendária sustentam que o dispositivo não tem qualquer condão de vincular a cobrança judicial do crédito tributário à execução fiscal, visto que, inclusive, nem a própria discussão estaria vinculada ao feito executivo, uma vez que resta há muito superado o entendimento de que tal discussão só poderia se dar por esta via, o que constatamos ser bastante razoável tendo esta atualmente pode ocorrer, praticamente sem oposição, por uma diversa gama de vias processuais, como o mandado de segurança, a exceção de pré-executividade e a ação anulatória.

Fundando ainda a referida tese, é necessário destacar o fundamento de seus defensores de que a antiga Lei de falências, isto é, o Decreto-Lei 7661/1945, embora já revogado, não trazia consigo quaisquer vedações ao requerimento fazendário, embasando assim uma base histórica para que prosperasse o entendimento de sua legitimidade.

Afora os já amplamente demonstrados fundamentos jurídicos a favor da Fazenda, a referida tese de modo algum carece de pretensões de realizar a sua defesa por meio de alicerces fáticos e pragmáticos, argumentando os seus defensores, conforme já delineado anteriormente, que sua implementação seria de grande ajuda não só para os entes fazendários como também para os tribunais, tendo em visto o amplo congestionamento destes no que diz respeito à tramitação dos executivos fiscais.

Ademais é sustentado ainda que a sua implementação favorece a livre-concorrência, uma vez que o insolvente tributário contumaz, com a sua efetiva retirada do mercado seria efetivamente privado de manter a concorrência desleal com os demais participantes do mercado que zelam por suas obrigações, quer sejam tributárias ou não.

Ressalte-se por fim que há ainda partidários de que a referida tese não se aplique em todas as hipóteses falimentares do art. 94 da Lei 11.101/2005, obstando a sua aplicação no caso de mera impontualidade injustificada, justificando-se em relação aos demais casos de execução frustrada e condutas falimentares.

Desse modo, a posição esposada no presente tópico, além de encontrar aderência tanto dos entes fazendários como de certos doutrinadores, ressoou ainda em decisões de tribunais estaduais, como foi o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar a Apelação Cível n. 1001975-61.2019.8.26.0491 (São Paulo, 2020), admitindo a legitimidade fazendária nas hipóteses do art. 94, II da Lei falimentar, isto é, quando efetivamente frustrada a cobrança pela via executória fiscal, ressaltando que o mesmo entendimento não se aplicava às hipóteses de impontualidade injustificada do devedor insolvente.

Tal decisão se deu em dissonância com precedentes julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo sustentado pelo Relator que a divergência de entendimento se daria em razão de os precedentes da Corte Cidadã terem reproduzido entendimento elencado sob a vigência da antiga Lei de Falências, não havendo tais julgados se atentado em modificar o entendimento ante às mudanças legislativas introduzidas no ordenamento.

Ademais, em seu voto o Desembargador Relator Alexandre Lazzarini fundou a aplicação do art. 187 do CTN a partir da diferenciação entre concurso material e formal de credores, elucidando qual destes estaria a Fazenda vinculada à observância. Veja-se:

Por conseguinte, quanto ao fato do crédito da Fazenda Pública não estar sujeito ao concurso, é importante lembrar que, na classificação do concurso de credores, existe o chamado CONCURSO FORMAL (isto é, procedimental), e o CONCURSO MATERIAL, ou seja, a inclusão do crédito tributário na ordem de credores, na forma do art. 83, da Lei nº 11.101/05: [...] Ou seja, a Fazenda Pública não está sujeita ao concurso formal, porque pode continuar com a execução fiscal, a fim de buscar a satisfação de seu crédito. Mas está ela sujeita ao CONCURSO MATERIAL, pois está sujeita à fila de pagamentos. [...] Por tais razões é que, estando a Fazenda Pública sujeita ao concurso material, e, uma vez frustrada a execução do crédito pelas vias próprias, não há porque se inadmitir o requerimento de quebra pelo ente público, lembrando-se, inclusive, que o interesse público é indisponível, e que o devedor tem meios para obstar a falência, como o pagamento do débito, efetuando pedido de recuperação judicial ou aderindo a eventual parcelamento dos débitos fiscais.

Todavia, demonstrando o persistente embate quanto à questão da legitimidade fazendária, o julgamento não se deu sem oposição, uma vez que houve voto divergente pelo Desembargador Fortes Barbosa, sendo, no entanto, voto vencido em razão de o Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças ter convergido com o entendimento trazido pelo Relator.

Demonstrada a primeira das teses objeto do presente estudo, passemos à análise de seu contraponto, analisando cada um de seus fundamentos em face daqueles ora apresentados, viabilizando assim o futuro embate dialético.

5.2 - DA TESE DA ILEGITIMIDADE FAZENDÁRIA PARA REQUERER A FALÊNCIA

Opondo-se à tentativa de atualizar as potências fazendárias para ter satisfeitos seus créditos através do requerimento falimentar inaugural se encontra a tese da ilegitimidade fazendária para o referido requerimento.

Sumariamente, a referida tese elenca que inexistente qualquer prerrogativa processual conferida à Fazenda Pública de modo que seja permitido ao ente requerer que se inicie o processo de falência do devedor. A prerrogativa existente se manifesta, na verdade, apenas na eventualidade de a falência do devedor ser decretada, momento em que a Fazenda Pública poderá realizar a habilitação perante o juízo falimentar para reivindicar os valores que lhe são devidos, durante a fase procedimental.

Dentre os adeptos ao posicionamento esposado acima, situa-se o professor Rubens Requião (1998, p. 72), tratando a problemática a partir da seguinte perspectiva:

De nossa parte, estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento de 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.

Somado ao exposto acima, é evidente que o eventual requerimento de falência pela fazenda pública acarreta diversos óbices, devendo a sua impossibilidade ser destacada a partir da incompatibilidade com dispositivos acerca dos privilégios do crédito tributário, por se tratarem de privilégios públicos, como, além da não sujeição do art. 187 do CTN, a compreensão do art. 1º da Lei de Execuções Fiscais como uma vinculação da cobrança judicial de tributos a esse procedimento, ao invés do entendimento desse comando normativo enquanto um mero autorizativo, como entendem os partidários da tese oposta.

Além disso, vale mencionar que os partidários da referida tese também amparam a ilegitimidade fazendária a partir do art. 38 da Lei de Execuções Fiscais. Confrontando o argumento da tese oposta de que o referido dispositivo não seria restritivo uma vez que outras ações podem discutir a validade do crédito tributário, os defensores da ilegitimidade fazendária sustentam que unicamente a discussão do crédito pode ser feita por qualquer tipo de ação devendo, no entanto, a cobrança ocorrer estritamente por meio do feito executivo fiscal.

Ademais, é necessário ressaltar que a referida tese conta com bases que extrapolam a esfera estritamente jurídica, se ampliando ao demonstrar também óbices éticos e políticos que

inevitavelmente são trazidos para a análise da discussão. Exemplifica-se esses argumentos a partir das palavras de Sacha Calmon Navarro Coelho (1996):

O requerimento da falência por parte da Fazenda Pública ultrapassa certos limites, sendo o primeiro de ordem ética, não podendo o empresariado ser intimado com ameaças de morte empresarial; e o segundo de ordem política, onde a ameaça seria apenas para atrair os devedores a um acordo. Onde a ameaça e a confissão de dívida, que precede o parcelamento, a democrática possibilidade de se discutir o débito, direto, de resto, de fundo constitucional, fica prejudicada. O terceiro é de ordem jurídica. Penso que os privilégios da Fazenda Pública não lhe permitem pedir a falência de ninguém. Ora, a Fazenda não cobra a título emitido e não honrado pelo devedor: cheque, nota promissória, letra de câmbio, contrato firma, etc. Ao contrário, cobra título por ela própria produzido unilateralmente, sem controle judicial: a certidão de dívida ativa. Será justo constituir o título e falir quem não o emitiu? Por isso, o Código Tributário Nacional, a contrário sensu, sabendo que a Fazenda não entra na falência, retira-a do rol dos credores, dispondo que o juiz separará bens da massa que sejam necessários para satisfazer a execuções de créditos da Fazenda. Há coisa melhor do que isso? Se a Fazenda já é credora privilegiada, que sequer entrar no juízo concentracionário da falência e prefere a todos os credores, exceto os detentores de créditos trabalhistas, ou que, ao cabo, admitir possa a Fazenda pedir a Falência da empresa? Será que ela vai dividir pro rata seus créditos com os quirografários, atrás dos que possuem garantia real? Tenhamos juízo, nos dois sentidos. A seriedade faz parte do espírito de Minas. A Fazenda não pode renunciar aos seus privilégios, que são públicos. Em suma, não pode ir para o juízo da falência.

Além disso, pode-se atribuir à tese da ilegitimidade um notório amparo principiológico que sustenta a rejeição da tese oposta, uma vez que, caso eventualmente fosse aceita, estaria na verdade se admitindo que a Fazenda Pública renunciasse aos privilégios do crédito tributário, se configurando assim clara violação do corolário da supremacia do interesse público. Nesse sentido, dispõe Carvalho Neto (1967, p.81):

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.

Na hipótese acima, seria possível demonstrar ainda a contrariedade principiológica da posição oposta a partir da constatação de que a Fazenda se encontraria em um impasse significativo e potencialmente insanável uma vez que, caso não procedesse ao requerimento da falência de todos os devedores que se amoldem às hipóteses legais em que teve sua legitimidade reconhecida, macularia o princípio norteador da Administração Pública que é a impessoalidade. E caso efetivamente o fizesse, seria responsável pela declaração de falência de milhares de empresas simultaneamente ao redor do país, maculando o princípio da preservação da empresa, principal fundamento do direito falimentar atual, além de causar prejuízos econômicos, trabalhistas e sociais extremamente expressivos e potencialmente insanáveis no país.

Por fim, destaca-se que a referida posição, em oposição ao seu contraponto que se configura como tese cuja relevância tem se demonstrado mais recentemente, é a mais tradicionalmente concebida no ordenamento jurídico pátrio, motivo pelo qual diversos tribunais, ao terem sua jurisdição requerida quanto à referida problemática, tem apontado a prevalência da ilegitimidade da Fazenda Pública para requerer a falência.

Embasando a afirmação anterior, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça reitera, há mais de duas décadas, o seu entendimento pela ilegitimidade fazendária para requerer a falência ante a sua incompatibilidade com a referida execução concursal inaugural.

Em que pese haver decidido no julgamento do Recurso Especial n. 10.660/MG (Brasil, 1995) pela legitimidade da Fazenda Pública em 12 de dezembro de 1995, tal decisão se deu em julgamento expressivamente conturbado, se dando por meio de maioria de votos com o voto vencido do Ministro Cláudio Santos, além de que o entendimento adotado rapidamente se desfez nas decisões seguintes da Corte.

A consolidação do entendimento pela ilegitimidade restou se configurando a partir do emblemático julgamento do Recurso Especial n. 138.868/MG (Brasil, 1998) em 17 de fevereiro de 1998, no qual o Ministro Ruy Rosado Aguiar rejeitou a pretensão fazendária, utilizando-se do fundamento de que esta carecia de sua pretensão vez que não albergada pelos arts. 8º e 9º do Decreto-Lei n. 7.661/45, além de tal requerimento possuir caráter nitidamente coercitivo. Veja-se como pontuou o Ministro:

No caso dos autos, a credora deixou de lado execuções fiscais que promovera para a cobrança dos mesmos créditos e veio requerer a falência. Pergunta-se: teria esse pedido outra finalidade que não a de coagir a devedora ao pagamento, transformando o processo de falência em balcão para cobrança de dívidas? Não se trata, portanto, de equiparar a Fazenda Pública ao credor com garantia real, o qual somente poderá requerer falência se àquela renunciar (art. 9, III, b), pois inexistente essa similitude como longamente ficou demonstrado pelo Prof. Fábio Comparato no parecer publicado na RT 422/48, mas sim de constatar que o nosso sistema legal não permite ao titular do crédito fiscal a iniciativa da decretação da falência do seu devedor.

Desse modo, cada vez mais se consolidou no Superior Tribunal de Justiça o entendimento não só de que a Fazenda careceria de legitimidade para requerer a falência, como também que a sua pretensão consistiria em clara desvirtuação do processo de quebra a partir da já exposta coercividade intrínseca que haveria no requerimento.

Ressalte-se que, transcorridos anos da adoção do referido entendimento, o tema foi novamente objeto de debate junto à Corte Cidadã, agora sob o julgamento do Recurso Especial n. 164.389/MG (Brasil, 2003), pela Segunda Seção do STJ, visando a se acautelar a possibilidade de divergência interpretativa quanto à questão.

Na ocasião, novamente houve conturbado e extenso julgamento, no qual o Relator,

Ministro Castro Filho, após fazer uma ampla exposição das duas teses divergentes exploradas no presente trabalho, se posicionou a favor da legitimidade trazendo em seu voto o fundamento inédito do denominado “efeito moralizante” de que a tese fazendária deveria ser permitida para que se propicia a remoção de devedores contumazes do mercado visando a preservar a livre concorrência.

No entanto, foi voto vencido Ministro Ruy Rosado Aguiar, que rebateu o dito “efeito moralizante” a partir dos seguintes dizeres:

De um modo geral, no País, dificilmente encontraremos empresas que não tenham débitos com a Fazenda Pública, seja estadual, federal ou municipal, seja com relação às outras entidades que também cobram tributos. Se ao Estado é dado requerer falência, isso não é uma possibilidade, é um dever. Se o Estado requerer a falência de todos os seus devedores, será o caos; se tiver o direito de escolher uns devedores e não outros, será um caos pior. A ideia de transformar a falência em uma via de saneamento do mercado não é um objetivo da Lei de Falência, mesmo porque o Estado tem outros meios para sanear o mercado. Se quiser punir o crime de falência, essa é uma consequência, e não um objetivo da falência. Nenhum juiz decreta a falência para punir o autor dos crimes de falência; ele a decreta para resolver o problema da quebra e para que os credores sejam pagos. Punir o crime de falência não pode ser o fator determinante desta ação estatal. O Estado, se quiser, tem a possibilidade de punir pela sonegação fiscal. E, se a Lei de Falência permite ação revocatória, essa mesma ação é concedida a todos os credores iludidos pelos seus devedores, independentemente da falência. Por fim, a desconsideração da pessoa jurídica existe tanto para esse caso como para qualquer outro.

Desse modo, o entendimento da corrente doutrinária que advoga pela ilegitimidade Fazendária encontrou sólido amparo nas decisões do Superior Tribunal de Justiça desde a referida época até a atualidade, havendo desde então sucessivas decisões nesse sentido, como o julgamento do mais recente Recurso Especial n. 363.206/MG.

Expostas detalhadamente ambas as teses, a fim de potencializar a didática do presente trabalho, traz-se em seguida comparativo elaborado pelo Mestre Diogo Luiz Araújo Benevides Covêllo dos fundamentos que se opõem entre ambas, a fim de facilitar que o leitor consolide a compreensão da diferença entre as teses para cada um dos pontos em que estas se contrapõem.

Tabela 1 – Compilação sumária de argumentos das correntes opostas (Covêllo, 2022, p.58-59)

Argumentos	A favor do reconhecimento da legitimidade	Contrário ao reconhecimento da legitimidade
Art. 186 e ss, do CTN; e Interesse de agir	<p>1) A criação de privilégios como o da incomunicabilidade concursal configura mais uma hipótese de cobrança além daquelas já disponibilizadas pelo ordenamento jurídico pátrio;</p> <p>2) O interesse processual não se confunde com interesse econômico ou moral, pois, aquele almeja um determinado provimento judicial, a fim de fazer valer o direito substantivo de que se afirma ser titular, lado outro, o interesse econômico ou moral seria o próprio direito material; e</p> <p>3) A retirada do mercado de comerciantes devedores costumeiros do fisco detém propósito moralizante, por isso, há uma certa utilidade e necessidade no processo falimentar.</p>	<p>1) Há expressa vedação legal à sujeição do crédito tributário ao procedimento concursal, ademais, o privilégio a ele conferido é irrenunciável; e</p> <p>2) O reconhecimento de tal possibilidade configuraria um verdadeiro instrumento de coação moral, visto que o pedido não teria outra finalidade que não a de coagir a devedora ao pagamento, transformando o processo de falência em balcão para cobrança de dívidas. Ademais, a ideia de transformar a falência numa via de saneamento do mercado não é um objetivo da Lei, mesmo porque o Estado tem outros meios para sanear o mercado. Se quiser punir o crime de falência, essa é uma consequência, e não um objetivo da falência.</p>
Art. 38, da LEF	<p>1) O rigor já foi há muito superado, tendo em vista que inclusive pode discutir o crédito tributário, via outras ações. Ou seja, o objetivo da LEF foi conferir uma maior garantia à Fazenda Pública e não um engessamento da cobrança</p>	<p>1) A lei é clara quanto a possibilidade de cobrança do crédito tributário, via execução fiscal.</p>
Discricionariedade do agente em requerer ou não a falência (Interesse público)	<p>1) Princípio da Isonomia, pois, a Fazenda Pública não poderia ser a única impedida de requerer.</p>	<p>1) Reconhecida a legitimidade o credor seria obrigado a requerer a falência de todos os seus devedores, portanto, existindo tal possibilidade seria um caos, já que as empresas em crise via de regra também são devedoras de crédito tributário;</p> <p>2) O processo de falência não pode ser utilizado em substituição aos meios ordinários de cobrança, pois, se assim o fosse estaria desvirtuando o propósito da falência gerando por conseguinte um abuso de direito;</p> <p>3) Não há interesse público e sim interesse em cobrar a dívida.</p>
Ordem econômica	<p>1) Impede que o devedor contumaz realize concorrência desleal com os demais participantes do mercado, consequentemente, a retirada desses é salutar.</p>	<p>1) Reconhecer a possibilidade iria de encontro com os princípios da ordem econômica</p>
Art. 29, da LEF	-----	<p>1) Exclui a Fazenda Pública do concurso de credores</p>
Arts. 8º e 9º, da Lei da Concordata	<p>1) A lei não veda a possibilidade do pedido pela Fazenda Pública, logo, seria permitido.</p>	<p>1) Não prevê dentre os legitimados à Fazenda Pública</p>

Esclarecidas as diferenças, passa-se à construção do entendimento acerca de qual tese encontra-se em real consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

6 – DA PRIMAZIA DA TESE DA ILEGITIMIDADE FAZENDÁRIA COMO FATOR ASSEGURADOR DOS COROLÁRIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, DA ISONOMIA, DA IMPESSOALIDADE E SOLUCIONADOR DE POTENCIAIS PROBLEMÁTICAS PROCESSUAIS

Diante das teses expostas ao longo do trabalho, o autor, através de toda a análise quanto à fundamentação de ambas, utilizando-se da investigação dialética, hermenêutica e o fazendo com o amparo jurídico e principiológico proporcionado pelo ordenamento pátrio, preceitua a primazia da ilegitimidade da Fazenda Pública para requerer a falência, delineando cada um dos fundamentos que embasaram a sua conclusão a partir dos tópicos que serão expostos adiante.

6.1 - DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Primeiramente, a questão deve ser analisada a partir do princípio fundador do direito falimentar brasileiro na atualidade, isto é, a preservação da empresa. Tal princípio, como já exposto anteriormente, entende a empresa não somente como uma propriedade privada exercida unilateralmente por determinado gestor visando retornos materiais para o seu capital a partir do lucro, mas que tal propriedade, na verdade, seria exercida em uma indissociável comunhão de interesses com os trabalhadores que buscam no emprego proporcionado pela empresa como uma fonte de subsistência, bem como com a sociedade que é beneficiada como um todo pela riqueza produzida pela atividade empresária.

Desse modo, uma vez existindo débitos por parte do devedor empresário insolvente, a execução concursal falimentar não deve se pautar num paradigma exclusivo de saldar as dívidas dos seus credores, mas também de preservar, sempre que possível, todos os demais interesses que se conjugam em torno da unidade produtiva empresarial.

Diante dessa ótica, alternativa diversa à ilegitimidade fazendária não poderia prosperar, uma vez que aceitar a tese oposta resultaria num aumento expressivo de ações fazendárias visando a falência de uma soma expressiva de empresas. Tal afirmativa pode ser facilmente comprovada ao se observar que as execuções fiscais, instrumento processual por excelência destinado à cobrança do crédito tributário, são as espécies de processos mais numerosas nos tribunais.

Em que pese o argumento dos partidários da legitimidade fazendária de que o seu reconhecimento daria vazão no judiciário à cobrança dos créditos tributários nas execuções fiscais, visto que muitos deles poderiam ser direcionados á cobrança por meio do requerimento

de falência em varas diversas às fazendárias, é deveras limitado tratar a questão tão somente a partir da repercussão processual, principalmente em um processo como o falimentar em que se coloca em discussão tanto a continuidade da atividade empresarial, como todos os interesses trabalhistas e sociais que se conjugam em torno desta.

A matéria deve ser analisada de maneira mais ampla do que apenas pelo critério de potencializar a satisfação dos créditos tributários, até porque no processo falimentar propriamente dito, há muito o paradigma da satisfação dos credores não subsiste sozinho.

A respeito da necessidade de prestígio do corolário da preservação da empresa, o ilustre professor já elencado, Amador Paes de Almeida, elenca seu entendimento sobre a multiplicidade de interesses que se conjugam na empresa. Veja-se:

em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria empregos e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

Além disso, a jurisprudência corrobora com o pensamento do presente trabalho acerca da incompatibilidade fazendária, conforme é possível perceber a partir da brilhante fundamentação do voto do Ministro Humberto Martins quando do julgamento do Recurso Especial n. 363.206/MG. Veja-se o trecho em que o autor menciona especificamente a preservação da empresa:

Com efeito, tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata 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. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante. 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. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública para requerer a 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.

Conforme já mencionado anteriormente, o requerimento falimentar, além de desvirtuar certos privilégios indisponíveis do crédito tributário, desvirtua a falência de seu real paradigma jurídico de preservação da empresa, confundindo o interesse público, que deveria ser entendido

a partir de uma supremacia, com o interesse da Fazenda, a partir de seu uso como ferramenta coercitiva

Logo, é evidente que a posição adotada, quando considerada a partir da ótica da preservação da empresa, visto que este é o princípio fundador da matéria em questão, comprovando-se sua consonância com o ordenamento pátrio, conforme avaliação do autor, bem como a partir dos ensinamentos da doutrina e jurisprudência, deve ser da ilegitimidade fazendária para o referido requerimento.

6.2 - DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE

Além da incompatibilidade do requerimento falimentar fazendário com o corolário da preservação da empresa, a posição adotada ao fim do presente trabalho também se faz ante a evidente dissonância do referido requerimento dos princípios da isonomia e da impessoalidade. Explica-se.

O princípio da isonomia se encontra positivado no *caput* do art. 5º da Constituição vigente, denotando em nosso ordenamento jurídico a igualdade de todos perante a lei. Além disso, tal igualdade não pode ser entendida tão somente a partir de caracteres formais, isto é, da não discriminação trazida pela Lei abstratamente, mas também a partir do prestígio de uma igualdade material que se proporciona ao tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, sendo tais desigualdades passíveis de verificação a partir das condições fáticas que permeiam cada processo.

Desse modo, a dissonância da tese da legitimidade fazendária do referido princípio pode ser observada ao se elencar que, no almejado procedimento falimentar, regido pelo princípio do *par conditio creditorum*, haveria um concurso de todos os credores do devedor insolvente com a própria Fazenda Pública, cujo crédito possui privilégios significativamente maiores que os demais.

Assim, evidente que haveria notória desproporcionalidade ante a primazia fazendária, visto que esta possui um aparato tanto fático como jurídico expressivamente maior para lidar com o procedimento falimentar e assumir o protagonismo do feito falimentar.

Logo, em que pese se admitir a sua possibilidade de habilitação em falências já em curso, a sua ilegitimidade visa a prevenir o ajuizamento de uma expressiva quantia de processos em que seu protagonismo consequentemente esvaziaria a participação dos demais credores.

Ademais, a Fazenda Pública enquanto ente da Administração é regida especificamente pelo princípio da impessoalidade, isto é, deve sempre agir perante os seus administrados, nesse

caso os devedores empresários insolventes enquanto contribuintes de tributos, de forma impessoal, proporcionando o mesmo tratamento apesar de quaisquer eventuais prestígios que cada um destes possa ter.

A expressão desse princípio se faz de modo ainda mais necessário para a temática explorada uma vez que diz respeito à pretensão da Fazenda Pública de arrecadar tributos, logo, por força do próprio conceito de tributo trazido pelo art. 3º do CTN, sua cobrança deve ser exercida pela autoridade administrativa de maneira plenamente vinculada, não havendo qualquer margem para a discricionariedade.

Ocorre que, caso se adotasse em nosso ordenamento a tese da legitimidade fazendária para o requerimento falimentar, não haveria alternativa senão que o princípio da impessoalidade regesse a atividade fazendária da cobrança de tributos por meio desta via, visto que é vedado à Administração exercer tal atividade precípua a partir de uma ótica pessoal.

Assim, havendo conhecimento da existência de um devedor empresário insolvente cuja situação fática se amolde às hipóteses do art. 94 da Lei 11.101/2005, a Fazenda Pública seria obrigada a requerer a sua falência, não lhe cabendo qualquer discricionariedade para não fazê-lo ante a considerações subjetivas relativas ao devedor, visto que esta cobra tributos de maneira expressivamente vinculada.

Nesse sentido, o professor Ricardo Negrão (2005, p.13) corrobora o entendimento esposado de que a decisão de requerer a falência não poderia ser feita de maneira discricionária, sobretudo porque inexistem quaisquer outros critérios fixados em Lei para que a Administração formulasse seu requerimento para certos devedores e o deixasse de fazê-lo com relação a outros. Veja-se:

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.

Logo, inequivocamente seriam geradas consequências expressivamente nefastas visto que a Fazenda, que tem acesso à informação de dezenas de milhares de empresários ao redor do país, possuindo vastos meios para saber precisamente quando estes estariam insolventes e passíveis das hipóteses do art. 94 da Lei falimentar, deveria ajuizar o requerimento falimentar tão logo tivesse conhecimento da situação fática descrita na norma legal, sob pena de macular a sua própria impessoalidade, ocasionando a quebra de milhares de empresas ao redor do país em um curto período de tempo, maculando não só tais empresários mas também todos os demais

interesses sociais que se conjugam na atividade empresarial, e novamente afrontando a preservação da empresa, agora em larga escala.

6.3 - DAS POSSÍVEIS PROBLEMÁTICAS PROCESSUAIS

Ademais, a possibilidade de requerimento falimentar por parte da Fazenda Pública também acarreta notórias preocupações sobre certas problemáticas processuais, como a compatibilidade com o devido processo legal, bem como a inexistência dos pressupostos processuais para o uso da referida via.

Isto ocorre primeiramente porque haveria inequívoca discrepância no desenrolar do processo executivo concursal quando ajuizado pela Fazenda em contraste com a hipótese de seu ajuizamento por qualquer outro credor pois, devido às inequívocas prerrogativas processuais adicionais que possui o ente público, este se encontraria em vantagem com relação aos demais credores, resultando na evidente a desvirtuação de uma via processual específica para credores de direito privado, em um instrumento de primazia de cobrança fazendária.

A título de exemplo da problemática suscitada acima, tem-se a preocupação com a prerrogativa de contagem dos prazos em dobro atribuída à Fazenda Pública, estabelecida por força do art. 183 do CPC. Explica-se.

Apenas elencando uma das possíveis hipóteses de conflito, no caso de requerimento de falência julgado improcedente, há inequívoca primazia da Fazenda em detrimento dos demais credores pois esta teria um prazo duas vezes maior para apelar em relação àqueles, uma vez que o art. 100 da Lei de Falências não determina prazo específico e subsidiariamente se aplica o CPC. Apesar de não ser possível determinar em absoluto que o tempo disponibilizado para a realização de um ato processual resultará no aumento da probabilidade de seu provimento, a prática forense induz ao menos à razoável correlação de que em uma parte significativa de casos assim acontecerá, configurando-se privilégio da Fazenda em desvantagem dos demais credores.

Por fim, aproveitando o ensejo da discussão sobre incompatibilidades processuais, também há preocupação quanto à dissonância do requerimento falimentar do pressuposto processual do interesse de agir, pois questiona-se até mesmo a existência de interesse econômico fazendário na causa. Tal questionamento encontra inclusive amparo nas palavras de Sacha Calmon Navarro Coelho. Veja-se:

Falta a Fazenda Pública interesse econômico para requerer a quebra de contribuinte. Permitir à Fazenda 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.

Logo, a fim de resguardar o devido processo legal a partir da vedação à possibilidade de desvirtuação da via processual falimentar, bem como de se manter a coerência processual e coibir o uso do processo como instrumento para eventual abuso de direito, resta acolher a tese da ilegitimidade fazendária para ajuizamento do requerimento falimentar.

6.4 - DO CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS À LUZ DA HERMENÊUTICA

Por fim, a posição em favor da tese da ilegitimidade fazendária para requerer a falência também pode ser sustentada a partir de uma análise hermenêutica.

Na Constituição, diversos princípios enunciam valores abstratos que devem orientar tanto a elaboração das leis como a sua aplicação específica ao caso concreto. Tais princípios coexistem no ordenamento constitucional, lecionando a hermenêutica pátria que, na hipótese de contrariedade entre dois ou mais destes princípios, o conflito é apenas aparente não havendo, de fato, configurada uma antinomia, tendo em vista que o propósito da Constituição é conciliar a aplicação plena destes à realidade, em grau máximo, dentro do fático e juridicamente possível.

Desse modo, em situações em que há um aparente conflito de normas principiológicas, resta ao operador do direito sopesar, através de uma investigativa ponderação axiológica, os princípios, hierarquizando o seu alcance para a situação factual analisada.

No caso concreto, haveria um suposto conflito entre o corolário da supremacia do interesse público, expresso a partir da pretensão fazendária de arrecadar tributos com o requerimento de falência, com os princípios da preservação da empresa da isonomia e da impessoalidade, expressos na necessidade de vedação ao requerimento falimentar.

Ocorre que a solução apresentada não descarta a supremacia do interesse público, mas tão somente faz a correta associação para o caso concreto a seu respeito, isto é, ao compreendê-lo como a própria preservação da empresa pois, como já explanado, esta conjuga diversos interesses sociais em si.

Desse modo, o interesse público, longe de corresponder a uma pretensão imediatista fazendária de aumentar sua arrecadação de tributos a curto prazo, é identificado com a manutenção da unidade produtiva a longo prazo, no qual diversos interesses sociais serão atendidos, dentre os quais se encontrará a própria arrecadação de tributos pelo erário que o fará tanto a partir da atividade empresarial, como de seu faturamento, bem como da remuneração de seus funcionários.

Isto posto, é possível observar que o uso da técnica hermenêutica sopesa a supremacia do interesse público como subordinada à preservação da empresa para que corretamente tal primazia atinja a sua finalidade, o que só o fará a partir da manutenção da ilegitimidade fazendária para requerer a falência.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Havendo o presente trabalho cumprido o seu objetivo ao elencar as teses contrapostas para a temática em questão e sustentar aquela que se encontra em consonância com as bases principiológicas do ordenamento jurídico pátrio, é de suma importância que o leitor da análise se atente para a necessidade fática de primazia dessa tese na temática falimentar.

Isto ocorre porque, muito embora o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça tenha se configurado a favor da ilegitimidade fazendária, a discussão encontra-se longe de seu fim, havendo forte tendência no âmbito fazendário para formar e reformular teses viabilizando a sua pretensão, sendo o esforço fazendário acompanhado de seus primeiros reflexos, como se observa em decisões como a APL N.º 1001975-61.2019.8.26.0491 no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Desse modo, uma vez que o acolhimento dessa tese pode, como já demonstrado, causar implicações nefastas em todos os interesses sociais que se conjugam na empresa, e conseqüentemente na economia pátria como um todo, é necessário que a posição ortodoxa para o tema seja não só conhecida, mas também adotada, ensinada e protegida.

Isto porque só assim se prestigiam as empresas como um todo, visto que estas ocupam uma posição central no panorama econômico, desempenhando uma função vital que vai além da mera busca pelo lucro, abrangendo também o seu caráter de agentes impulsionadores do crescimento econômico responsáveis pela criação massiva de empregos, elevando inclusive os padrões de vida nas comunidades. Ao oferecerem oportunidades de trabalho, não apenas geram renda para os trabalhadores, mas também fomentam a estabilidade social e reduzem as taxas de desemprego.

Além disso, evitar a quebra em massa das empresas como necessariamente seria feito por meio da adoção da tese contrária seria assegurar o cenário em que surgem os principais motores de inovação e progresso tecnológico, cuja criatividade reverbera positivamente em toda a sociedade nas mais diversas áreas cruciais da sociedade reconhecidas pelo presente ordenamento constitucional, como saúde, educação e meio ambiente.

Ademais, o próprio interesse a longo prazo da Administração reside na impossibilidade de admissão do requerimento falimentar pois, em que pese a tese da legitimidade satisfazer a arrecadação em um curto período, esta ignora o potencial da contribuição das empresas para a arrecadação de impostos em longos períodos de tempo, o que só é possível com a continuidade de suas atividades. Igualmente, o próprio montante arrecadado só pode financiar serviços

públicos essenciais, incluindo infraestrutura, educação e saúde, a partir da continuidade da arrecadação.

Em síntese, é evidente como as empresas representam pilares cruciais das economias, desempenhando funções essenciais na geração de empregos, fomento à inovação, contribuição tributária e financiamento de diversos direitos sociais. Seu impacto vai muito além dos aspectos financeiros, influenciando positivamente a qualidade de vida e contribuindo para o desenvolvimento sustentável das sociedades em que estão inseridas. A única tese que compreende cada uma das contribuições da atividade empresarial para o país como um todo é a da ilegitimidade fazendária para o requerimento falimentar.

Uma vez que o empreendimento no Brasil comumente se depara com uma série de desafios, que vão desde a expressiva quantidade de restrições até a imprevisível volatilidade econômica, com empreendedores enfrentando obstáculos significativos ao lidar com procedimentos complexos e dispendiosos, permeando a criação inaugural da empresa até a obtenção das licenças e autorizações necessárias, além da elevada carga tributária e complexidade para a sua apuração que adiciona um peso considerável aos negócios somada a diversas dificuldades para a obtenção de financiamentos e recursos ante ao desafio permanente da insegurança jurídica no país, deve-se evitar a criação de mais um óbice à atividade empresarial, como é pretendido através do requerimento falimentar fazendário, necessitando-se assim da participação de cada operador do direito nesse sentido sempre que possível.

Nesse sentido, o presente trabalho pretendeu apenas dar início a essa inevitável discussão, esposando a defesa da tese adequada ao ordenamento jurídico, isto é, a da ilegitimidade fazendária para o requerimento falimentar, fornecendo parte dos argumentos pertencentes a uma totalidade que ainda há de ser descoberta pelo leitor a partir de sua participação ativa no referido debate.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- ARAÚJO, Aloisio; FUNCHAL, Bruno. **A nova lei de falências brasileira: primeiros impactos**. Brazilian Journal of Political Economy, São Paulo, v. 29, n. 3, 2009.
- BERNARDI, Ricardo. **Seção X: Da realização do ativo**. In: DE SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; DE MORAES PITOMBO., Antônio Sérgio A. (Org.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, Imperador D. Pedro I, 1824.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, Congresso Constituinte, 1891.
- BRASIL. **Lei n. 11.101/05**, Brasília, DF, Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm . Acesso em 16 nov. 2023.
- BRASIL. **Lei n. 10.406/02**, Brasília, DF, Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm . Acesso em 16 nov. 2023.
- BRASIL. **Lei n. 13.105/15**, Brasília, DF, Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm . Acesso em 16 nov. 2023.
- BRASIL. **Lei n. 6.830/80**, Brasília, DF, Presidência da República, 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm . Acesso em 16 nov. 2023.
- BRASIL. **Lei n. 5.172/66**, Brasília, DF, Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm . Acesso em 16 nov. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 10.660/MG**. Relator: Ministro Costa Leite. 3.a Turma. Brasília DF. Data de publicação: DJe 10/06/1996. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100085324&dt_publicacao=10/06/1996 . Acesso em 16 nov. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 138.868 - MG**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 4.a Turma. Brasília, DF. Data de publicação: DJe 30/03/1998. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700462056&dt_publicacao=30/03/1998 . Acesso em 16 nov. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 164.389 - MG**. Relator: Ministro Castro Filho. 2.a Seção. Brasília, DF. Data de publicação: DJe 13/08/2003. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800107266&dt_publicacao=16/08/2004 . Acesso em 16 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 363.206 - MG**. Relator: Ministro Humberto Martins. 2.a Turma. Brasília, DF. Data de Publicação: DJe 21/05/2010. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101482710&dt_publicacao=21/05/2010 . Acesso em 16 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.831.186 - SP**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 1.a Turma. Data de Publicação: DJe 19/6/2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902364356&dt_publicacao=19/06/2020 . Acesso em 16 nov. 2023.

BRASIL PARALELO. **De grande estadista a condenado por abuso de poder. Conheça a vida e a polêmica trajetória do Marquês de Pombal**. 2023. *S.l.* Disponível em:

<https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/marques-de-pombal> . Acesso em 16 nov. 2023.

CARVALHO DE MENDONÇA *apud* NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e empresa: recuperação de empresa, falência e procedimentos concursais administrativos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1999.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Jornal Estado de Minas**. 27 mar. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Falência – Comerciante – Requerimento pelo fisco credor de obrigação tributária – legitimidade (Parecer)**. Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual. Minas Gerais, n. 20, p. 28-37. 1995.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf> . Acesso em 16 nov. 2023.

COVÊLLO, D. L. A. de B. A **(i)legitimidade da fazenda pública requerer falência direta de seu devedor: uma análise a partir do interesse público**. 2023. 113 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Grupo GenJurídico, 2021.

DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DOS SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes. **Dos efeitos da falência sobre os créditos tributários. Dissertação** (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito Empresarial das Faculdades Milton Campos, Belo Horizonte, 2010.

LINHARES, Paulo de Tarso Frazão; MENDES, Constantino Cronemberger; LASSANCE, Antonio. **Federalismo à brasileira: questões para discussão**. Brasília: Ipea, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 41. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2020.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MAYA, T. F. S. O estado federativo e a autonomia dos estados-membros. UNINTER, *S.l.*, 2022. Caderno da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança.

Disponível em: <https://www.cadernosuninter.com/index.php/ESGPPJS/article/view/2557> . Acesso em 16 nov. 2023.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NETO, Carvalho. **Tratado das Defesas Falimentares**, Volume II. São Paulo: Atica, 1967.

PIMENTA, João Paulo G. **Estado e nação no fim dos impérios ibéricos no prata (1808-1828)**. São Paulo: Hucitec; Fapesp, 2002.

PONTES, H.C. Os privilégios e garantias do crédito tributário e a lei complementar. Consultor Jurídico. Brasil, jan. 2019. Seção Consultor Tributário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/consultor-tributario-privilegios-garantias-credito-tributario-lei-complementar/> . Acesso em 16 nov. 2023.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Apelação n. 1001975-61.2019.8.26.0491**. Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini. 1.a Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, SP. 30 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=61781>. Acesso em: 16 nov. 2023.

SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Nossa História. 2023. *S.l.* Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/historia-receita/nossa-historia> . Acesso em 16 nov. 2023.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Código Tributário Nacional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TEMER, Michel Temer. 2019. *S.n.t.*

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**, v. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.