

A (i)legitimidade da Fazenda Pública em requerer o pedido de falência da sociedade empresária¹

Vitória Borges de Souza²

Resumo: Este trabalho apresenta uma análise sobre a (i)legitimidade de a Fazenda Pública requerer o pedido de falência da sociedade empresária. Logo, o objetivo é avaliar a possibilidade de o Fisco solicitar a abertura do procedimento falimentar. O tema do artigo se justifica por sua importância jurídica, econômica e social. A importância jurídica se verifica tendo em vista a existência de decisões judiciais conflitantes. Por sua vez, a importância econômica se relaciona com a permanência ou não das atividades. Por fim, a importância social está centrada no fato de que o Estado deixará de recolher receitas provenientes de tributos, indispensáveis para subsidiarem as políticas públicas, e no fato de que vários postos de trabalho serão extintos com a dissolução forçada da empresa. À vista disso, entende-se que a Fazenda Pública não é parte legítima ativa para o pedido de falência da sociedade empresária.

Palavras-chave: Falência; Fazenda Pública; Ilegitimidade;

1 Introdução

Quando uma empresa não consegue suportar o passivo, ela entra em um estado de crise e seu caixa fica fragilizado. É nesse momento que ocorre a insolvência empresarial e os credores são impactados com o inadimplemento das obrigações, dentre eles a Fazenda Pública. O credor pode se utilizar da execução individual contra o devedor para buscar o adimplemento de seu crédito. Por outro lado, também pode fazer um pedido de falência da devedora e abrir um processo de execução coletivo para coagir a sociedade devedora a pagar o seu débito. A legislação prevê que, de uma forma geral, qualquer credor pode solicitar um pedido de falência de um devedor, desde que respeitados alguns pressupostos legais.

Todavia, a legitimidade de alguns credores para requerer a abertura de um processo de quebra é questionada, na doutrina e na jurisprudência; é o caso da Fazenda Pública. Por isso, o objetivo geral do presente trabalho é justamente analisar a legitimidade de a Fazenda Pública solicitar a falência da empresa devedora, tendo em vista que por meio de seus créditos tributários, se coloca na posição de credora. Para tanto, a problematização se desenvolve sobre o seguinte questionamento: a Fazenda Pública é parte legítima para requerer o pedido de falência da sociedade empresária?

Com o objetivo de responder a indagação, levantou-se duas hipóteses. A primeira afirmando a legitimidade de a Fazenda Pública para solicitar a falência do empresário devedor,

¹ Artigo científico produzido ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Edmar Vianeí Daudt, no ano de 2022.

² Vitória Borges de Souza, aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 173373@upf.br e <http://lattes.cnpq.br/2545275814277470>.

tendo em vista o disposto no artigo 97, inciso IV, da Lei nº 11.101/2005, bem como o inciso IV, parágrafo 4º-A, do artigo 10-A, da Lei nº 10.522/02. E, a segunda, sustentando a Fazenda Pública como parte ilegítima para requerer a falência, com base no artigo 187, do Código Tributário Nacional, artigos 5º e 29, da Lei nº 6.830/80 e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para desenvolver o trabalho, utilizou-se o método dedutivo, que consiste na análise das informações para chegar à conclusão, ou seja, atingir o objetivo elencado para o presente estudo: avaliar a possibilidade de o Fisco solicitar a abertura do procedimento falimentar. Para tanto, primeiro, serão analisados os aspectos relevantes da sociedade empresária, trazendo o conceito de empresa e de empresário, bem como sua função social. Além disso, serão compreendidos os aspectos da sociedade empresária em crise e o momento da insolvência empresarial.

Na sequência, será tratado o conceito de tributo e suas características, sobretudo a sua função social. Ademais, serão analisados as preferências e privilégios do crédito tributário. Por último, adentrar-se-á no objeto do estudo, trazendo a falência empresarial e seus pressupostos para decretação, bem como o cerne da questão, analisando-se a (i) legitimidade de a Fazenda Pública requerer o pedido de falência da sociedade empresária.

2 Aspectos relevantes da sociedade empresária

O presente estudo tem como objetivo averiguar se o Fisco possui legitimidade para requerer a falência da sociedade empresária. Assim, para melhor compreensão do tema se faz necessária a análise de aspectos relacionados à essa entidade jurídica. Ao tratar de sociedade empresária, a conexão que se tem é com várias espécies de sociedade. No entanto, esse instituto se caracteriza pela reunião de pessoas com o mesmo intuito, tornando uma atividade econômica organizada. Essa organização é sustentada pela produção ou a circulação de bens ou serviços em que a finalidade, ou seja, o objetivo final é o lucro.

Diante disso, é necessário compreender o conceito de empresa na sua forma jurídica, trazendo ponderações sobre os perfis de empresa com base no fenômeno poliédrico, bem como exprimir a função social da empresa, e por fim associar com a crise na sociedade empresária que por consequência pode tornar insolvente a atividade empresarial.

2.1 Conceito de empresa e de empresário

Inicialmente, importa ressaltar que para alguns doutrinadores o conceito de empresa não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, o Código Civil de 2002 adotou a teoria da empresa, conhecida como a antiga teoria dos atos de comércio, a qual trouxe as expressões empresa e empresário - anteriormente conhecidas como comércio e comerciante.

O advogado e político italiano Alberto Asquini³, criou quatro perfis de empresa, a fim de tentar conceituá-la. O entendimento dele é de que a empresa é submetida ao fenômeno poliédrico, dividido em perfis, sendo eles: perfil subjetivo, objetivo, funcional e corporativo.

Em síntese, o perfil subjetivo relaciona-se com a figura que desempenha a atividade, isto é, aquele que cumpre as funções da empresa, figura vista como empresário. Logo, o entendimento que se tem é que o empresário é a empresa. Entretanto, essa feição não compõe o sistema jurídico brasileiro, uma vez que ao conceito de empresário, o artigo 966 do Código Civil⁴, considera empresário aquele quem exerce a atividade econômica, de forma profissional e organizada destinada à produção ou a circulação de bens ou serviços.

Em complemento, o doutrinador Ramos⁵, aborda o seguinte:

Só será empresário aquele que exercer determinada atividade econômica de forma profissional, ou seja, que fizer do exercício daquela atividade a sua profissão habitual. Quem exerce determinada atividade econômica de forma esporádica, por exemplo, não será considerado empresário, não sendo abrangido, portanto, pelo regime jurídico empresarial.

O empresário pode ser pessoa física ou jurídica, porém encaixa-se na modalidade de empresário individual se for física, nessa irá desempenhar as funções da empresa em seu nome. No âmbito da pessoa jurídica, poderá se enquadrar na opção de sociedade empresária.

Nessa mesma lógica, o embasamento legal no parágrafo único⁶ do artigo 966 do Código Civil, dispõe que os profissionais que desempenham atividades de forma intelectual não podem ser considerados empresários, mesmo contando com auxílio de colaboradores. Dessa forma, o discernimento jurídico é de que, se exercida uma atividade econômica de forma individual, não se pode considerar empresário, tão pouco configurá-la como empresa.

No tocante ao perfil objetivo, Asquini destaca que o sinônimo de estabelecimento estaria associado à empresa. Ocorre que essa semelhança também não é adotada no Brasil, uma vez

³ ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Revista de Direito Mercantil. Revista dos Tribunais Ltda, vol. 104, outubro/1996.

⁴ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

⁶ Art. 966. [...] Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

que, conforme o artigo 1.142, do Código Civil⁷, estabelecimento é todo conjunto de bens organizados pelo empresário em favor da atividade da empresa. Outrossim, segundo o já mencionado doutrinador, o perfil funcional é identificado pela atividade empresarial de maneira econômica organizada, sendo essa adotada pelo Brasil, bem como sustentada pela Constituição Federal, no artigo 170, parágrafo único⁸.

E por último, o autor conclui que o perfil corporativo define a empresa como instituição composta por relações jurídicas entre empregadores e empregado, o que também não é adotado pelo Brasil. Logo, resta claro que o foco é a atividade de forma organizada, ou seja, funcional.

Diante disso, importa diferenciar a figura do empresário e a da empresa. Veja-se que empresário é aquela pessoa que exerce a atividade (artigo 966 do Código Civil), podendo ela ser física, tendo como exemplo o empresário individual ou jurídica, na modalidade de sociedade empresária. Em relação à empresa, é a unidade econômica de produção ou atividade econômica voltada à circulação de bens ou serviços.

Por fim, para melhor análise, é necessário associar esse conceito ao que determina a função social da empresa, o que será visto no item a seguir.

2.2 A função social da empresa

Viu-se que o Código Civil de 2002 adotou a teoria da empresa, anteriormente conhecida como teoria dos atos de comércio, a qual alterou as expressões empresa e empresário - outrora conhecidas como comércio e comerciante. Ocorre que, na época em que a figura do comerciante estava presente, ele explorava a atividade econômica sem um discernimento social, isto é, sem olhar para a sociedade de maneira coletiva. Com a atual denominação, agora vista como empresário, percebe-se que o próprio conceito afirma ao agente que a atividade econômica está baseada em princípios sociais.

Em complemento, é verdade que os trabalhadores passam grande parte do seu tempo no local de trabalho, ou seja, na empresa. O estabelecimento comercial, como já mencionado, é responsável pela organização dos fatores de produção que são conectados com capital – lucro, trabalho – emprego, estrutura, desenvolvimento e tecnologia. O negócio gira em torno da geração de empregos e dos recolhimentos de tributos que sustentam a economia.

⁷ Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

⁸ Art. 170. [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Dessa forma, a empresa alcança a função social quando cumpre os requisitos acima citados, bem como se encaixa nos princípios previstos na Constituição Federal, cabendo mencionar: a) solidariedade; b) justiça social; c) livre iniciativa; d) valor social do trabalho; e) dignidade da pessoa humana; etc. Em adição, Coelho⁹ menciona que estará satisfeita a função social quando promover a geração de empregos, houver o recolhimento de tributos, desenvolvimento econômico, social e cultural e práticas positivas em favor dos consumidores.

Contudo, ao alcançar a importância da função social da empresa, percebe-se que o estabelecimento comercial deverá atender a esses quesitos, uma vez que o desrespeito recai no interesse coletivo, afetando a todos – empregados, contribuintes, economia, Estado, consumidores etc.

Portanto, no próximo item a abordagem se dará sobre a sociedade empresária em crise, pois é nesse momento em que ela inicia um processo de descumprimento, em especial, no aspecto econômico, quando deixa de honrar com suas obrigações e torna o negócio insolvente recaindo no interesse coletivo.

2.3 A sociedade empresária em crise e a insolvência empresarial

Quando uma empresa deixa de adimplir com suas obrigações líquidas, certas e exigíveis pode-se perceber que a sociedade não está com o seu caixa saudável. Logo, inicia-se a crise, sendo ela econômica, financeira e patrimonial, pois ao decorrer do tempo uma irá provocar a outra. Para tanto, é necessário distingui-las, dentro do seu grau de complexidade, o que será visto a seguir.

O estado de crise é dividido em três fatores. O primeiro fator é o coletivo, que atinge empresas de ramos diferentes, o segundo é segmentado, ou seja, atinge empresas do mesmo ramo, e por último, é individual quando atinge uma única empresa de ramo totalmente aleatório.

Para tanto a crise econômica está relacionada com os negócios confeccionados de uma empresa, à título de exemplo, determinados clientes deixam de adquirir produtos ou serviços oferecidos pela empresa, a consequência para a sociedade será um lucro negativo, pois não haverá retorno financeiro. E, nesse sentido, Coelho ensina¹⁰:

Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retratação geral da economia, quando, na verdade o motivo da queda das vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 243.

adotar (ou que deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la.

Diante disso, verifica-se que a crise econômica é um dos fatores que alimentam a insolvência empresarial. A empresa, em sua disputa de mercado e concorrência, entra em desequilíbrio e, portanto, atinge a próxima etapa. Conseqüentemente, a crise financeira se instaura, esse é o momento em que a empresa não possui caixa para sustentar suas obrigações. A sociedade empresária pode até estar com o faturamento positivo em razão das vendas, deixando de existir a crise econômica, porém, por outros fatores que impactam o mercado, a empresa entra em crise de liquidez.

Por último, a crise patrimonial é o estágio da insolvência, isto é, há carência de bens móveis ou imóveis para satisfazer o passivo. Nesta lógica, essa espécie é inerte, uma vez que os bens da sociedade empresária são inferiores ao valor integral de seus débitos, dessa forma, a condição que se tem aos credores é sugestiva de falência.

Logo, os três tipos de crise, quando afetam a empresa, geram prejuízos internos e externos. Quando insolvente o negócio empresarial, a consequência impactará não só o fluxo de caixa da empresa, mas também, gerará a demissão em massa de empregados, o desequilíbrio na distribuição de produtos, afetando a própria arrecadação de impostos, e, por fim, ocasionando o encerramento das atividades, o que poderá acontecer por meio da decretação da falência.

Assim, existem vários fatores que caracterizam a insolvência empresarial, tais como a redução das vendas, o aumento no preço de insumos para produção, a inadimplência de clientes etc. Isso faz com que a empresa deixe de honrar com dever de recolher os tributos, priorizando outras obrigações. Para isso, no próximo item, será analisado o conceito de tributo, as suas características e sua função social.

3 O conceito de tributo e suas características

Antes de se adentrar especificamente no conceito de crédito tributário e suas garantias e privilégios, faz-se indispensável a abordagem do tributo e de suas características, assim como a sua função social. Aliás, o crédito tributário é um valor que o Estado, sujeito ativo, da obrigação tributária exige dos contribuintes, a partir da ocorrência do fato gerador.

É sabido que empreender não é uma missão fácil, pois existem requisitos expressivos que mantém uma empresa de portas abertas, e como já mencionado, cumprir a função social é uma delas. No entanto, a tributação é um dos elementos que incidem diretamente sobre o

negócio, e suportar o recolhimento implica diretamente neste princípio, aliás os tributos são recolhidos para os governos municipais, estaduais e federais, variando com o ramo de atividade empresarial.

A definição de tributo¹¹ está no artigo 3º, Código Tributário Nacional. Em outras palavras, tributo é uma prestação compulsória que não se compara com qualquer contrato em que há uma livre contratação, o pagamento é obrigatório e independe da vontade ou da ciência do contribuinte.

O tributo é uma imposição obrigatória que deve ser satisfeita em espécie, não podendo ser imposto de maneira ilícita, ou seja, como uma punição. De acordo com o Código Tributário Nacional, os tributos são os impostos, taxas e as contribuições de melhoria¹².

Além dos tributos indicados, a Constituição Federal, em seus artigos 145¹³, 149¹⁴, 149-A¹⁵ classifica também os empréstimos compulsórios e contribuições especiais, como de natureza tributária. No entanto, não será objeto de estudo identificar cada tributo, uma vez que o próximo item tratará da função social do tributo.

3.1 A função social do tributo

Como já mencionado, os tributos são prestações pecuniárias pagas ao Estado, a fim de satisfazer o interesse coletivo, isto é, proporcionar receita para atender deveres sociais como a segurança pública, serviços de saúde, garantir a educação etc. É por meio do recolhimento feito pelo contribuinte que o Estado por grande parte se mantém, e com isso atende a população.

Nesse sentido, para melhor compreensão, perfaz diferenciar Estado patrimonial e Estado fiscal uma vez que são predominantes no sistema de arrecadação financeira.

Em uma breve síntese, as receitas recolhidas pelo Estado patrimonial são oriundas de seus próprios patrimônios, isto é, suas bases não provêm diretamente dos tributos. Outrossim,

¹¹ Art. 3. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

¹² Art. 5. Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

¹³ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

¹⁴ Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

¹⁵ Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

quando há imposição tributária, estar-se-á tratar de Estado fiscal, que se caracteriza pela tributação, como fonte preponderante de recursos. O Estado fiscal busca na iniciativa privada como a sua fonte principal de receita, exigindo tributos.

O texto constitucional, em seu preâmbulo, institui um Estado Democrático com valores bem destacados, a busca é garantir esses deveres à sociedade, sem qualquer distinção. Os autores Castro e Ribeiro¹⁶, trazem uma consideração muito importante sobre a função social do tributo, veja-se:

Por função social do tributo, entende-se que é a forma como o Estado pode propiciar à sociedade a redução das desigualdades sociais e regionais, proporcionando meios adequados para o desenvolvimento de certas regiões que se encontram em contraste com os grandes centros econômicos do país, através de incentivos fiscais que possibilitem uma equiparação entre estes e aquelas.

Dessa forma, os tributos possuem função arrecadatória cumulada com a função social. Martins¹⁷ salienta que a aplicabilidade do tributo apenas no contexto arrecadatório possui um impacto grande na economia, uma vez que nesta dinâmica a consequência ocorre na desmotivação da produção de bens e serviços, uma vez que o efeito recai no aumento da tributação, diminuindo a capacidade econômica, bem como atingindo a sociedade.

É visto que a tributação não é apenas uma forma de arrecadação, mas sim um mecanismo para implementar políticas públicas, a fim de que haja um desempenho econômico positivo vinculado à justiça social. Diante disso, são observados os princípios da justiça, tendo em vista que o legislador não pode, modificar leis da forma que lhe convém ou em favor apenas do Estado.

A política fiscal é uma das formas de manifestação da função social do tributo e ocorre por um complexo de ações para arrecadação de receitas e a realização de despesas formalizadas pelo governo.

No tocante à manutenção de gastos, existem três funções¹⁸ que importa mencionar:

A estabilização macroeconômica, a redistribuição da renda e a alocação de recursos. A função estabilizadora consiste na promoção do crescimento econômico sustentado, com baixo desemprego e estabilidade de preços. A função redistributiva visa assegurar a distribuição equitativa da renda. Por fim, a função alocativa consiste no

¹⁶ CASTRO, Aldo Aranha. RIBEIRO, Maria de Fátima. **A função social do tributo e a implementação de políticas públicas**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8a7deb15235a12>. Acesso em: 12 nov. 2021.

¹⁷ MARTINS, Rogério Vidal Granda da Silva. **A política tributária como instrumento de defesa do contribuinte: A defesa do contribuinte no direito brasileiro**. São Paulo: IOB, 2002.

¹⁸ Ministério da Economia - Governo Federal. **Política fiscal**. Disponível em <<https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/estatisticas-fiscais-e-planejamento/sobre-politica-fiscal>> Acesso em: 12 nov. 2021.

fornecimento eficiente de bens e serviços públicos, compensando as falhas de mercado.

Nessa lógica, a política fiscal é adaptada dentro das condições que o mercado se encontra, e cada ação promovida pelo governo é personalizada, analisando indicadores reais. Assim, o governo, por meio da política tributária, poderá utilizar-se da arrecadação de uma forma menos impositiva, ou seja, manipular ferramentas fiscais, também conhecidas como incentivos fiscais, isenções etc., a fim de manter um equilíbrio na arrecadação de tributos.

Assim, a política tributária possui função fiscal e extrafiscal. Ao tratar da função fiscal, tem-se que o ato de tributar é desempenhado com a finalidade de arrecadação em que o Estado foca apenas na obtenção de recursos financeiros, ou seja, ocorre a transferência dos valores pagos aos cofres públicos. Já a função extrafiscal é uma forma de incentivar ou desincentivar ações através de tributação regressiva ou progressiva, tendo em vista os interesses sociais.

Diante disso, a função social do tributo viabiliza ao Estado diante dos contribuintes, o cumprimento relacionado ao desempenho de serviços essenciais à população, ainda, busca desenvolver uma sociedade justa sem qualquer desigualdade. Nesse aspecto, cabe compreender sobre crédito tributário, forma pela qual o Estado, como sujeito ativo busca a obrigação em face do contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária.

3.2 Crédito tributário: preferências e privilégios

Superados os aspectos sobre a sociedade empresária e sobre a crise da empresa, assim como sobre o conceito de tributo, suas características e sua função social, é importante a abordagem sobre aspectos relacionados ao crédito tributário, e seus privilégios que os demais créditos não tem. Aliás, a análise desses privilégios repercutirá diretamente na resposta ao problema de pesquisa proposto.

O crédito tributário decorre da obrigação tributária¹⁹ e é constituído por meio de um procedimento administrativo denominado de lançamento²⁰. Através desse procedimento, a autoridade administrativa identifica a ocorrência do fato gerador da obrigação, o sujeito passivo, a legislação aplicável, a alíquota e a base de cálculo aplicáveis, dessa maneira, apuram o valor do tributo.

¹⁹ Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

²⁰ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

De acordo com Machado, o crédito tributário pode ser visto como “o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)”²¹.

Nesse contexto, as garantias e privilégios são encontradas nos artigos 183 a 193 do CTN. Os privilégios decorrem dessas garantias, que por sua vez estão relacionadas ao interesse público, que promove o direito de preferência na exigência dos créditos tributários.

Sabe-se que a preferência é o cumprimento prioritário do valor devido, que nessa situação torna-se superior aos demais créditos, com exceção dos créditos trabalhistas, estes estão na ordem primária para satisfação do débito.

Em adição, quanto à exigência dos créditos, Pontes²², explica que:

Sem pretender estabelecer um rol exaustivo, apenas para ficar no plano federal, foram instituídos nos últimos anos vários privilégios e garantias para o crédito tributário, tais como a medida cautelar fiscal (Lei 8.397/92), o arrolamento de bens e direitos (Lei 9.532/97), os crimes tributários (leis 8.137/90 e 9.430/96), o protesto da Certidão de Dívida Ativa (Lei 12.767/12) e a indisponibilidade administrativa de bens (Lei 13.606/18).

Veja-se que parte do patrimônio do sujeito passivo é vinculado a essas garantias, ou seja, quando o ocorre o inadimplemento, bem como esgotam-se os mecanismos de cobrança, o Fisco busca satisfazer o crédito tributário nos bens e rendas do contribuinte, usufruindo das garantias e privilégios citados acima.

Importa ressaltar que, de acordo com o artigo 833, do Código de Processo Civil, há exceções, uma vez que nem todo patrimônio é penhorável. Assim, tem-se o rol²³ que expõe acerca da impenhorabilidade.

²¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

²² PONTES, Helenilson Cunha. **Os privilégios e garantias do crédito tributário e a lei complementar**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/consultor-tributario-privilegios-garantias-credito-tributario-lei-complementar>> Acesso em: 11 nov. 2021.

²³ Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Ainda, os créditos fiscais devidos são passíveis de inscrição em dívida ativa²⁴, conforme a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80). Ao Fisco é dada essa possibilidade de requerer o cumprimento da obrigação, uma vez que o débito será executado em face do contribuinte. Uma das preferências que chama a atenção é a prevista no artigo 187²⁵, do CTN.

Observa-se que, por força do dispositivo, o Fisco não precisa habilitar o seu crédito em, por exemplo, processo de falência, processo de recuperação judicial e recuperação extrajudicial. Em outras palavras, a Fazenda Pública é o único credor que tem o direito de receber o seu crédito sem precisar se habilitar em processos que envolvem concurso de credores.

E esse é um dos pontos nodais para este estudo e que dará sustentação à resposta ao problema de pesquisa. Adiante, será analisado o artigo 97²⁶, da Lei nº 11.101/05, o qual dispõe sobre os credores que possuem legitimidade para requerer a falência de uma sociedade empresária.

O legislador, ali, não prevê, expressamente, a Fazenda Pública como credora legitimada a reivindicar a quebra da devedora ou devedor, provavelmente pelo fato de que o citado artigo 187, do CTN, não sujeita o Fisco a concorrer em processo de execução coletiva. Mais detalhes acerca desse último ponto, serão objeto de discussão no último tópico deste trabalho.

Vencida a compreensão dos créditos tributários, em especial as preferências e os privilégios, serão analisados, a seguir, a falência empresarial, os pressupostos para a decretação da falência, o procedimento falimentar e, por fim, a legitimidade ativa do pedido de falência.

4 A falência empresarial

A palavra falência por si só, configura ato de falir, que em outra expressão é chamado de “quebra”. No direito empresarial, se traduz na situação em que a sociedade empresária deixa de adimplir com suas obrigações líquidas, certas e exigíveis, tornando o seu negócio insolvente. Logo, a consequência para a empresa impontual nos seus pagamentos é a instauração da falência.

²⁴ Conforme dispõem o artigo 201, do CTN, e o artigo 2, da Lei nº 6.830/80, dívida ativa é todo o débito de natureza tributária ou não devidamente inscrito na repartição competente.

²⁵ 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.

²⁶ Art. 97. Podem requerer a falência do devedor: I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei; II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; IV – qualquer credor. § 1º O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades. § 2º O credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei.

Nos dizeres do doutrinador Tomazette, a falência é tratada como “liquidação patrimonial forçada em relação aos devedores empresários que não têm condições de superar a crise econômico-financeira pela qual estão passando”.²⁷ Assim, dentre outros requisitos para instauração da falência, é necessário que a sociedade seja empresária²⁸, é o que está previsto no artigo 1º, da Lei nº 11.101/05²⁹. Outro aspecto relevante é que a sociedade empresária esteja em crise, quer seja econômica, financeira e patrimonial, uma vez que uma desencadeia a outra.

O procedimento falimentar, trazido da Lei nº 11.101/05, é aplicável tão somente aos devedores empresários. Em relação às pessoas físicas, estabelece-se um regime jurídico civil, regido pelo Código de Processo Civil, através do concurso de credores.

Além disso, assim como qualquer procedimento detém princípios, com a falência não é diferente. Importa mencionar que, de acordo com o artigo 75³⁰ da referida lei, busca-se afastar o devedor da administração e preservar o negócio empresarial. Para isso extraem-se dois grandes princípios do direito falimentar: I – princípio da preservação da empresa; e II – princípio da maximização dos ativos.

Contudo, a falência é vista como a quebra da sociedade empresária e o fato motivador é a crise, dividida em três estágios contributivos. Diante disso, tem-se a necessidade de compreender os pressupostos para a decretação da falência, que serão expostos no item a seguir, bem como dar sequência à lógica dos princípios do direito falimentar, que contribuirá para defesa do tema.

4.1 Os pressupostos para a decretação da falência

Com a empresa em crise, surge a insolvência empresarial, quando gradualmente a sociedade empresária deixa de suportar seus deveres, que em seu sentido jurídico, justifica-se em três situações: a) impontualidade do devedor; b) a execução frustrada; ou c) pelos atos de falência. Dessa forma, se reconhecidos os itens acima, a empresa terá a sua falência decretada.

²⁷ TOMASETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 367.

²⁸ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

²⁹ Art. 1. Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

³⁰ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a: I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa; II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

Contudo, na visão de Coelho³¹, o procedimento falimentar divide-se em três fases, quais sejam:

Na primeira, correspondente ao pedido de falência, o objeto do processo é verificar a presença de pressupostos de instauração do concurso falimentar: devedor que explora atividade econômica e insolvência jurídica (impontualidade justificada, execução frustrada ou ato de falência). Atendidos esses pressupostos, o juiz profere sentença instaurando o concurso de credores e inaugurando a segunda fase do processo falimentar, cujos objetivos principais são a realização do ativo, a verificação e satisfação do passivo. A terceira fase do processo falimentar tem por objetivo a reabilitação do falido.

A falência requer um requisito fundamental, chamado de insolvência, que ocorre quando a empresa, de forma geral, não possui capacidade de honrar com seus pagamentos, acarretando a impossibilidade de superar uma crise empresarial. É neste momento que se instaura o processo falimentar, uma vez que dentro desse quesito, fragmenta-se a insolvência jurídica em três aspectos: impontualidade injustificada, execução frustrada ou prática de atos de falência (previstos no art. 94, da Lei nº 11.101/2005)³².

Salienta-se que quando o devedor reconhece sua limitação em aspecto financeiro, poderá propor a autofalência, mecanismo pelo qual o devedor confessa que não possui meios de arcar com suas obrigações.

No entanto, quando acompanhada de outros fatores, já não se pode falar em autofalência, uma vez que além da confissão, a insolvência se presume em outros fatos que impossibilitam o

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial – direito de empresa**. vol. 03. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 270.

³² Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. § 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do **caput** deste artigo. § 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar. § 3º Na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. § 4º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução. § 5º Na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

cumprimento das obrigações. Sendo assim, havendo a insolvência, o primeiro aspecto é a impontualidade injustificada que ocorre quando a sociedade empresária deixa de adimplir com certas obrigações sem motivo justificável.

Ainda, neste mesmo sentido, o parágrafo 2º, do artigo 94 da Lei nº 11.101/05, destaca que havendo requisitos de impontualidade, a insolvência não se configurará caso a obrigação inadimplida for inexigível na falência. Diante disso, Tomazette reforça que, em razão do princípio da legalidade, não se admite³³ pedido de falência fundado em crédito fiscal.

Outro fator relevante para insolvência é a execução frustrada, que também se concretiza com a impossibilidade de pagamento das dívidas. Conforme artigo 94, inciso II, da Lei nº 11.101/2005, a execução frustrada³⁴ ocorre quando o devedor (sociedade empresária), aquele executado por qualquer quantia líquida, não cumpre com a obrigação, dentro do prazo devido.

Em síntese, além da impontualidade injustificada e a execução frustrada, a insolvência possui os atos de falência, definidos como indícios de que a empresa, de fato, não consegue suportar suas obrigações. Dentro deste campo, na Lei nº 11.101/2005, em especial no artigo 94, inciso III, há um rol taxativo onde considera esses atos.

Ainda, o não cumprimento de uma obrigação líquida ou a prática de um ou alguns atos de falência previstos na lei, caracteriza a insolvência empresarial. Logo, inicia-se o estado de falência, que juridicamente, necessita de um ato judicial que o declare, ou seja, uma sentença declaratória da falência. Vale ressaltar que anterior a declaração judicial poderá ocorrer a falência, uma vez que existe um estado de fato adotado como pressuposto ao estado de direito que é declarado pelo juiz.

Para tanto, a sentença declaratória de falência se diferencia de outras decisões, dado que ela não encerra a demanda, muito pelo contrário, dá início à execução concursal, convocando os credores da sociedade empresária, a fim de que se habilitem nos autos.

Por fim, além dos requisitos que atingem o estado de falência, bem como o procedimento em si, é importante destacar a legitimidade ativa dos credores, que por sua vez devem ser partes legítimas, a fim de que não ocorra a nulidade processual.

4.2. A (i)legitimidade de a Fazenda Pública requerer o pedido de falência

³³ TOMASETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 400.

³⁴ Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: [...] II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

Viu-se que existem pressupostos para abertura do processo falimentar, sendo: a) impontualidade do devedor; b) a execução frustrada; ou c) pelos atos de falência. No entanto, como qualquer outro procedimento, exige-se que as partes sejam legítimas, a fim de que não ocorra a nulidade processual³⁵.

Nesse sentido, brevemente, menciona-se que por força da lei³⁶, em especial no artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, submetem-se ao procedimento falimentar todo indivíduo que exerça atividade empresarial, bem como, no artigo 2º da mesma lei³⁷, encontram-se as exceções, ou seja, para quem a legislação não permite o pedido falimentar.

No entanto, o objeto deste artigo é evidenciar a legitimidade ativa do processo de falência, isto é, o credor em face do devedor insolvente, motivo pelo qual se desenvolve o problema. O artigo 97³⁸ e incisos da Lei nº 11.101/2005, expõe quem poderá requerer a falência do devedor, veja-se que o próprio devedor poderá requerer, assim como, nos demais incisos, o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante. Ainda, o cotista ou o acionista na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade e por fim, o destaque da tese, o inciso IV, que registra a possibilidade de **qualquer credor** ingressar com o pedido falimentar.

Percebe-se uma lacuna neste artigo, uma vez que qualquer credor é uma expressão muito ampla, isso possibilita também que a Fazenda Pública, em uma interpretação literal, busque seus créditos por meio da falência.

Outrossim, tem-se a lógica do artigo 10-A, parágrafo 4º-A da Lei nº 10.522/02³⁹, a qual expõe modalidades de liquidação para o empresário ou sociedade empresária, dos débitos existentes, ainda que não vencidos, em face da Fazenda Pública, por meio do processamento da

³⁵ A nulidade processual caracteriza-se pela ineficácia do ato processual. Divide-se em absoluta, quando ocorre uma grave violação à lei, tornando o vício insanável ou relativa, quando há possibilidade de o vício ser sanado.

³⁶ Art. 1. Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

³⁷ Art. 2. Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

³⁸ Art. 97. Podem requerer a falência do devedor: I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei; II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; **IV – qualquer credor.** § 1º O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades. § 2º O credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei.

³⁹ Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderá liquidar os seus débitos para com a Fazenda Nacional existentes, ainda que não vencidos até a data do protocolo da petição inicial da recuperação judicial, de natureza tributária ou não tributária, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, mediante a opção por uma das seguintes modalidades: § 4º-A. São consequências da exclusão prevista no § 4º deste artigo: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020). IV - a faculdade de a Fazenda Nacional requerer a convalidação da recuperação judicial em falência.

recuperação judicial, até a data do protocolo da petição inicial. Ocorre que, em caso de inadimplemento do acordo firmado, a lei traz as hipóteses que implicará na exclusão do sujeito passivo do parcelamento.

Todavia, o parágrafo 4º-A, no inciso IV, do referido diploma legal, traz o cerne da questão, isto é, em caso de descumprimento do parcelamento, a consequência é a faculdade de a Fazenda Pública requerer a convalidação⁴⁰ da recuperação judicial em falência. Pondera-se que o artigo é direto e específico, uma vez que a lei deixa clara a facultatividade do Fisco ao requerer a decretação da falência, bem como sua interpretação é em caso de descumprimento do parcelamento do crédito tributário.

Além disso, passa-se a expor uma posição do judiciário favorável ao Fisco:

FALÊNCIA. PEDIDO FORMULADO PELA UNIÃO FEDERAL. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL E JULGOU EXTINTO O FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA FAZENDA PÚBLICA. HIPÓTESE DE ANULAÇÃO. PEDIDO DE FALÊNCIA COM BASE NO ART. 94, II, DA LEI Nº 11.101/05. Caso concreto em que restou frustrada a execução fiscal. esgotamento dos meios disponíveis à união para satisfação do crédito. interesse de agir. hipótese que não configura violação aos princípios da impessoalidade e da preservação da empresa. efeitos de eventual decretação de falência relevantes para a preservação da livre concorrência, em combate aos agentes econômicos nocivos ao mercado. fazenda pública que se submete ao concurso material de credores, e, portanto, também tem interesse no pedido de quebra. apelação provida para anular a sentença. (TJSP; Apelação Cível 1001975-61.2019.8.26.0491; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Rancharia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 30/07/2020; Data de Registro: 31/07/2020).

A posição jurisprudencial, trata-se do recurso de apelação da União Federal o qual foi provido, a fim de anular a sentença e admitir o regular processo de falência. A decisão é fundamentada na possibilidade de a Fazenda Pública requerer o pedido de falência convertida desde a vigência do antigo Decreto-Lei nº 7.661/45 (antiga Lei de Falências), logo, em razão do artigo 97, da Lei nº 11.101/2005, “qualquer credor” poderá formular o pedido. No entanto, cabe insistir na sustentação do princípio da preservação da empresa⁴¹, uma vez que o objetivo da própria lei é estimular as atividades empresariais, além disso, volta-se a falar da controvérsia da legitimidade ativa da Fazenda Pública, tendo em vista que essas interpretações, levam-se a crer que a Fazenda Pública seria parte legítima para requerer o pedido de falência da sociedade empresária devedora. Ocorre que, ao falar em crédito tributário, a proteção legal⁴² é de que este

⁴⁰ A convalidação é a passagem de um estado civil para outro, ou seja, é a recuperação judicial em falência.

⁴¹ O princípio da conservação da empresa visa a proteção da atividade econômica, aquela produtora de serviços.

⁴² 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.

não está sujeito ao concurso de credores ou habilitação em falência, conforme artigo 187, do Código Tributário Nacional.

Além disso, a Lei nº 6.830/80 que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, traz em seu artigo 5º a competência⁴³ para processar e julgar a execução do crédito tributário, que por sua vez, exclui-a de qualquer outro juízo, sobretudo o da falência. Outrossim, o artigo 29⁴⁴, dessa mesma lei deixa ainda mais clara a impossibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência da sociedade empresária, uma vez que a cobrança judicial não está sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência. Sobre isso, Requião⁴⁵ afirma:

De nossa parte, estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento da falência do devedor por tributos. Segundo o Código Tributário Nacional, os créditos fiscais não estão sujeitos ao processo concursal, e a declaração da falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum. A 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.

Veja-se a importância de abordar sobre a coação moral, trazida pelo referido autor, também denominada *vis compulsivas*, quando o agente comete ameaça ao indivíduo – intimidação indireta, ora porque não há saída, o devedor paga a dívida ou decreta a quebra da empresa. Além disso, a lei falimentar não traz a possibilidade de a Fazenda Pública solicitar a falência, e como já mencionado, o Fisco possui o processo de execução fiscal como meio próprio para exigência dos tributos. Logo, se a busca pelo cumprimento da obrigação tributária for o procedimento falimentar, o foco da discussão será o meio coercitivo objetivando a satisfação de débito tributário.

Sobretudo, importa mencionar a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial 363.206/MG em que a Fazenda Pública não seria parte legítima do pedido de falência. Veja-se:

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

1. A controvérsia versa sobre a legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência de empresa. 2. O art. 187 do CTN dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31 da LEF, a fortiori, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a falência de empresa. 3. Tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei n. 11.101/2005 foram inspirados no princípio da

⁴³ Art. 5. A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

⁴⁴ Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. v.I.17. ed. São Paulo, 1998, p.72.

conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata e o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial. 4. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante. 5. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos. 6. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública a requerer falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a atividade econômico-capitalista. Dessarte, a Fazenda poder requerer a quebra da empresa implica incompatibilidade com a ratio essendi da Lei de Falências, mormente o princípio da conservação da empresa, embaçador da norma falimentar. Recurso especial improvido. (REsp 363.206/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julg. em 04/05/2010, DJe 21/05/2010).

Ora, o citado tribunal decidiu que o Fisco não possui legitimidade para postular o pedido de falência, visto que os créditos fiscais não estariam sujeitos ao concurso de credores, conforme artigos 5º, 29 e 31 da Lei nº 6.380/80, conhecida como Lei de Execuções Fiscais. Logo, a proteção que se tem é a aplicação do princípio da preservação da empresa em face do Estado, em seu interesse arrecadatório.

Ainda, em caso de outorga de legitimidade à Fazenda Pública para requerer a quebra da sociedade empresária, estar-se-á falar em um desestímulo empresarial, uma vez que seria impossível superar uma crise econômico-financeira com um pedido de falência, além disso, a empresa precisaria demitir seus colaboradores, acarretando o desemprego em massa.

Percebe-se, assim, que existem posições jurisprudenciais antagônicas em relação a possibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência da sociedade empresária. Uma corrente, entende que a Fazenda tem legitimidade na medida em que a legislação, em especial o artigo 97, da Lei nº 11.101/2015, menciona que “qualquer credor” poderá formular o pedido. Já outro posicionamento, traz a ideia de que a Fazenda não possui legitimidade, já que não está sujeita a concurso de credores.

Por outro lado, ressalta-se que a Fazenda Pública possui meio específico de buscar o adimplemento do crédito, através da execução fiscal, disciplinada pela Lei nº 6.830/80. Possibilitar e legitimar o pedido de falência pelo Fisco elege caminho alternativo e indireto de cobrança de tributos, o que é considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em várias decisões, a exemplo da explicitada a seguir (ARE 914045 RG/MG):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO DO STF. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO ESTADO. LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL. MEIO DE COBRANÇA INDIRETA DE TRIBUTOS. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da Constituição Federal, e 481, parágrafo único, do CPC. 2. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quanto aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos. 3. Agravo nos próprios autos conhecido para negar seguimento ao recurso extraordinário, reconhecida a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do inciso III do §1º do artigo 219 da Lei 6.763/75 do Estado de Minas Gerais. (ARE 914045 RG, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015).

Oportuno manifestar, também, que essa posição está elencada na Súmula 70⁴⁶, da Corte Constitucional. Pela leitura da decisão, utilizar-se da cobrança indireta afeta diretamente o livre exercício da atividade empresarial, fundado no princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170, caput⁴⁷ da Constituição Federal. Em complemento à decisão anterior, tem-se também o Recurso Especial 1135124 AgR⁴⁸ que utiliza dos mesmos fundamentos. Assim, o Fisco não pode se valer dessas vias oblíquas para satisfação dos débitos.

Ao longo do estudo, identificou-se que a quebra da sociedade empresária gera um impacto coletivo. Também, ponderou-se a importância do respeito ao princípio da preservação da empresa. Entende-se, portanto, que a falência não pode se tornar um meio de punição, visto que é necessário ao Estado o recolhimento de tributos, a fim de suportar as despesas públicas.

Conferir legitimidade à Fazenda de requerer a falência do devedor é conceder a ela mais um dentre outros privilégios existentes⁴⁹ e previstos em lei, sobretudo porque o Fisco não está sujeito a concurso de credores.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

⁴⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios[...].

⁴⁸ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 856. SÚMULAS 70, 323 e 547/STF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O acórdão recorrido adotou tese compatível com o entendimento que inspirou as Súmulas 70, 323 e 547/STF e foi reiterado no julgamento do Tema 856 da Repercussão Geral. É inconstitucional a restrição ilegítima ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando imposta como meio de cobrança indireta de tributos. II – Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 1135124 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 14/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019).

⁴⁹ Os privilégios decorrem das garantias, que por sua vez estão relacionadas ao interesse público, que promove o direito de preferência na exigência dos créditos tributários.

Considerações finais

Percebeu-se que a falência é um procedimento judicial exclusivamente para empresas que não detém condições para suportar o passivo e deixam de adimplir com suas obrigações líquidas, certas e exigíveis, atingindo a insolvência empresarial. Pode-se dizer que é uma forma de garantia dos credores movida em face do devedor, ou seja, da sociedade empresária insolvente. Logo, quando a empresa se torna impontual nos seus pagamentos, poderá ocorrer a instauração da falência.

No entanto, assim como em qualquer outro processo, para abertura do procedimento falimentar exige-se um olhar para legitimidade ativa e passiva da ação. Desse modo, o problema do presente trabalho foi justamente analisar a possibilidade de a Fazenda Pública ser parte legítima para requerer o pedido de falência da sociedade empresária. Inicialmente, trabalhou-se com duas hipóteses de pesquisa; a primeira afirmando a legitimidade da Fazenda Pública para solicitar a falência do empresário devedor, e a segunda, sustentando a Fazenda Pública como parte ilegítima para requerer a falência.

Em análise aos aspectos jurídicos da problemática encontrou-se decisões judiciais conflitantes. Pela interpretação do artigo 97, inciso IV, da Lei nº 11.101/2005, que dispõe da possibilidade de qualquer credor requerer a falência, daria a entender que em razão de seus créditos tributários, a Fazenda Pública poderia figurar como credora no procedimento falimentar. Inclusive, conforme mencionado no desenvolvimento, há jurisprudência que acolhe esse argumento, permitindo que o Fisco possa ingressar com o pedido falimentar.

No entanto, a resposta mais adequada encontra-se no entendimento de que a Fazenda Pública não detém legitimidade para requerer o pedido de falência, tendo em vista que, primeiro, a Fazenda Pública possui procedimento de execução fiscal, disciplinado pela Lei nº 6.830/80, para cobrar seus créditos. Segundo, porque, ao analisar o artigo 187 do Código Tributário Nacional, bem como o artigo 29 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais) verifica-se que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência. Outrossim, com base no artigo 5º da mesma lei, a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência. Terceiro, pelo fato de que possibilitar a cobrança do crédito pelo processo de falência configuraria cobrança indireta, situação já declarada inconstitucional pelo STF.

Veja-se que por força dessas interpretações, tem-se ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial 363.206/MG decidindo que a Fazenda Pública não detém legitimidade para solicitar a falência da sociedade empresária.

Por fim, ao permitir que a Fazenda Pública busque seus créditos tributários pelo procedimento falimentar, estar-se-ia à frente de um aspecto econômico negativo, já que permaneceria em jogo a permanência ou não das atividades da empresa. É cediço que a empresa possui uma função social, na medida em que gera emprego, renda e receita para o Estado, a partir do momento em que recolhe seus tributos; logo, eventual quebra da devedora a pedido da Fazenda, certamente causará impacto econômico significado. Sobretudo, a aplicação do princípio da preservação da empresa é indispensável para complementar a ilegitimidade da Fazenda Pública.

Referências

ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Revista de Direito Mercantil. Revista dos Tribunais Ltda, vol. 104, out-dez/1996.

CASTRO, Aldo Aranha. RIBEIRO, Maria de Fátima. **A função social do tributo e a implementação de políticas públicas**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8a7deb15235a12>. Acesso em 12 nov. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 243.
_____. **Curso de direito comercial: Direito de Empresa**. vol. 03. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 270.

_____. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37

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

MARTINS, Rogério Vidal Granda da Silva. **A Política tributária como instrumento de defesa do contribuinte: A defesa do contribuinte no direito brasileiro**. São Paulo: IOB, 2002.

Ministério da Economia - Governo Federal. **Política fiscal**. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/estatisticas-fiscais-e-planejamento/sobre-politica-fiscal>. Acesso em: 12 nov. 2021.

PONTES, Helenilson Cunha. **Os privilégios e garantias do crédito tributário e a lei complementar**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/consultor-tributario-privilegios-garantias-credito-tributario-lei-complementar>. Acesso em: 11 nov. 2021.

TOMASETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 367 e p. 400.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. v.I.17. ed. São Paulo, 1998, p.72.

BRASIL. Jurisprudência: TJSP; **Apelação cível 1001975-61.2019.8.26.0491**. Relator: Alexandre Lazzarini. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/928275323/apelacao-civel-ac-10019756120198260491-sp-1001975-6120198260491/inteiro-teor-928275364?ref=serp>. Acesso em: 15 nov. 2021.

_____. Jurisprudência: **REsp 363.206/MG**. Relator: Humberto Martins. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14354677/recurso-especial-resp-363206-mg-2001-0148271-0>. Acesso em: 15 nov. 2021.

_____. Jurisprudência: **ARE 914045 RG/MG**. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861462151/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-rg-are-914045-mg-minas-gerais-0333096-2920118130027/inteiro-teor-861462153>. Acesso em: 15 nov. 2021.

_____. Jurisprudência: **RE 1135124 AgR**. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397350/false>. Acesso em: 15 nov. 2021.