

LEGITIMIDADE ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA PARA REQUERER FALÊNCIA: novo capítulo do embate?

LEGITIMACY OF PUBLIC FARMING TO APPLY FOR BANKRUPTCY: new chapter of the clash?

Liliane Gonçalves Matos¹
Lívia Ximenes Damasceno²

Resumo

Por intermédio deste artigo, revisitar os argumentos que consolidaram o posicionamento do STJ quanto a ilegitimidade passiva do fisco para requerer falência a partir da Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP. Por isso, na primeira seção, diferencia-se a execução fiscal da execução civil. Na segunda, investiga-se a Lei 11.101/2005 para saber quem tem legitimidade ativa para requerer o pedido de falência e em quais circunstância pode ser requerido. Por fim, analisa-se a Apelação de nº 1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP que reconheceu a legitimidade ativa do fisco para pontuar os fundamentos da decisão. Como resultado obteve-se que o TJ/SP abriu precedência para que o fisco tentar liquidar seus débitos fiscais, sob ameaça de requerimento de falência. Conclui-se que para que o Fisco não tenha legitimidade ativa pra requer falência do devedor fiscal é preciso que abra mão da execução fiscal e se submeta ao concurso de credores, do contrário estar-se-ia dando superpoderes ao fisco além daqueles legalmente concedidos. A metodologia utilizada é descritiva-analítica para entender o porquê de o TJ/SP ter modificado o entendimento. Assim, fará uso do método bibliográfico e documental, revisitando os argumentos doutrinários, jurisprudencial e legais que consolidaram o posicionamento do STJ, bem como aqueles usados pelo TJ/SP para embasar a decisão proferida em sede de Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491.

Palavras-chave Dívida tributária; Pedido de Falência; Legitimidade Ativa do Fisco; Lei 11.101.

Abstract

This paper revisit the arguments that consolidated the STJ's position regarding the passive illegitimacy of the tax authorities to file for bankruptcy from Appeal No. 1001975-61.2019.8.26.0491 of the TJ/SP. Therefore, in the first section, tax enforcement differs from civil enforcement. In the second, Law 11.101/2005 is investigated to find out who has the legal standing to file for bankruptcy and under what circumstances it may be required. Finally, we analyze Appeal No. 1001975-61.2019.8.26.0491 of the TJ/SP that recognized the active legitimacy of the tax authorities to score the grounds for the decision. As a result, it was obtained that the TJ/SP opened precedence for the tax authorities to try to settle their tax debts, under threat of filing for bankruptcy. It is concluded that in order for the Tax Authorities not to have active legitimacy to require bankruptcy of the tax debtor, it is necessary to waive the tax foreclosure and submit to the creditors' competition, otherwise the tax authorities would be giving superpowers in addition to those legally granted. The methodology used is descriptive-analytical to understand why the TJ/SP has changed the understanding. Thus, it will use the bibliographic and documentary method, revisiting the doctrinal, jurisprudential and legal arguments

1 Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Empresarial e Processo Empresarial pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza. Advogada. Bolsista da Funcap/Capes.

2 Advogada (OAB/CE: 26.580). Professora de Direito Civil e Direito Empresarial no Centro Universitário Christus. Integrante da Comissão de Estudos de Empresa e Societário (CEES) da Ordem dos Advogados do Brasil seção Ceará (OAB-CE) e do Núcleo de Estudo em Direito Empresarial e Econômico (NEDEmpresa) da Escola Superior de Advocacia do Ceará (ESA-CE). Doutoranda em Direito Constitucional nas relações privadas na Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra (Diploma revalidado pela Universidade Federal do Ceará - UFC). Especialista em Direito Civil e Direito Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

that consolidated the STJ's positioning, as well as those used by the TJ/SP to support the decision issued in Appeal Nº. 1001975-61.2019.8.26.0491.

Keywords Tax debt; Bankruptcy filing; Tax Authorities' Active Legitimacy; Law 11.101.

INTRODUÇÃO

A análise da posição do fisco no procedimento falimentar é destaque nas discursões comerciais desde o Dec. Lei 7661/45. A norma do art. 9º do Dec. Lei não deixava clara sobre a possibilidade ou não de o Fisco ser sujeito ativo do pedido de Falência. A redação, embora não autorizasse a Fazenda Pública, tampouco a proibia de figurar no polo ativo do pedido. Assim, segundo o art. 8º do Dec. Lei, a falência era procedimento destinado mais ao próprio falido do que a terceiros.

Com a exegese da Lei 11.101 de 2005, o legislador estabeleceu, no art. 97, a legitimidade ativa para requerer a falência: a) o próprio devedor; b) o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; c) o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade ou; d) qualquer credor. Diferente do Dec. Lei, a Lei 11.101/2005 parece permitir ao fisco legitimidade para requerer a falência. Este é justamente o ponto que leva à discussão.

Afinal, poderia o fisco requerer a falência do devedor nos termos do art. 94 da Lei 11.101/2005? A discussão parecia ter se encerrado quando o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 363206-MG em repercussão geral, consolidou o entendimento de que não cabe à Fazenda Pública legitimidade para requerer falência do devedor. O embate, todavia, parece ter ganhado novo capítulo.

Na Apelação nº [1001975-61.2019.8.26.0491](#) a 1ª Câmara de Direito Empresarial da Comarca de São Paulo, composta pelos E. Desembargadores Pereira Calças (Presidente), Azuma Nishi, Fortes Barbosa e Cesar Ciampolini decidiram reformar a decisão do juízo do *a quo* e dar prosseguimento à falência com base em pedido formulado pelo Fisco Federal. Desta forma, relevante é observar quais argumentos foram preponderantes para que o TJ/SP, em uma das Câmaras de Direito Empresarial mais respeitadas no país, modificasse o entendimento para autorizar o pedido de decretação de falência com base em pedido da União?

Para tanto, o presente trabalho objetiva revisar os argumentos doutrinários, jurisprudencial e legais que consolidaram o posicionamento do STJ quanto a ilegitimidade passiva do fisco para requerer falência a partir da Apelação nº

1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP. Por isso, na primeira seção, diferencia-se a execução fiscal da execução civil. Na segunda, investiga-se a Lei 11.101/2005 para saber quem tem legitimidade ativa para requerer o pedido de falência e em quais circunstância pode ser requerido. Por fim, analisa-se a Apelação de nº 1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP que reconheceu a legitimidade ativa do fisco para pontuar os fundamentos da decisão.

A metodologia utilizada é descritiva-analítica para entender o porquê de o TJ/SP ter modificado o entendimento. Assim, fará uso do método bibliográfico e documental, revisitando os argumentos doutrinários, jurisprudencial e legais que consolidaram o posicionamento do STJ, bem como aqueles usados pelo TJ/SP para embasar a decisão proferida em sede de Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491.

1 EXECUÇÃO FISCAL

Ao se falar em obrigações no direito brasileiro estar-se falando em relação jurídica que tem como figuras “devedor e credor”, podendo serem múltiplos os ocupantes de casa um deles³. Este tem o direito pessoal a que uma pessoa faça, não faça ou dê alguma coisa. Enquanto aquele tem a obrigação de fazer, não fazer ou de dar ou não dar alguma coisa.⁴

Veja que obrigação resulta em débito para o credor e, na maioria das vezes, em dívida para o devedor. Diz-se isso, porque é possível haver aquele sem este, como ocorre nos casos das dívidas prescritas. Se a prescrição elimina a pretensão, mas não elimina o direito, então débito e dívida não podem ser considerados sinônimos. Essa diferenciação guarda relevância a medida em que é a dívida que origina a responsabilização.

3 A polaridade da relação obrigacional apresenta, de um lado, o sujeito ativo (credor) e, de outro, o sujeito passivo (devedor). Poderão ser múltiplos os sujeitos ativos e passivos. SALVO, V.S. D. *Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil, 17. ed.* São Paulo: Grupo GEN, 2016. ISBN: 9788597009743. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009743/>. Acesso em: 25 Sep 2020.

4 Venosa afirma que: Pelo o que se percebe da definição de obrigação, estrutura-se ela pelo vínculo de dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, determinada prestação. Destarte, o sujeito ativo, o credor, tem uma pretensão com relação ao devedor. Na obrigação não existe um poder imediato sobre a coisa. Preliminarmente, o interesse do credor é que o devedor, sujeito passivo, satisfaça, voluntariamente ou coercitivamente, a prestação. A sujeição do patrimônio do devedor só vai aparecer em uma segunda fase, na execução coativa, com a intervenção do poder do Estado. SALVO, V.S. D. *Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil, 17. ed.* São Paulo: Grupo GEN, 2016. ISBN: 9788597009743. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009743/>. Acesso em: 25 set 2020.

A responsabilização ganha especial a medida em causa temor ao devedor já que se ela não existisse pouco se veria o cumprimento das obrigações. Assim, quer tenham sido constituídas de forma voluntárias ou por imposição legal, é imprescindível que as dívidas sejam cumpridas. Embora desejado, não se pode esperar que todas as obrigações sejam cumpridas de forma espontânea. O descumprimento impõe responsabilização por meio da cobrança da dívida que pode ser contratual ou extracontratual.

A cobrança será contratual sempre que a dívida for oriunda da inexecução de contrato, título executivo extrajudicial, reforço de garantias, entre outros. Em outras palavras, a cobrança contratual tem origem no ilícito contratual: falta de adimplemento ou mora no cumprimento de qualquer obrigação. Para estes, o legislador disciplinou que a cobrança seja realizada nos moldes do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015⁵, por meio da execução judicial.

Semelhante à dívida extracontratual em sua constituição, a obrigação tributária se diferencia no que tange à responsabilidade, já que para a constituição é indispensável o lançamento da autoridade administrativa ou da declaração do devedor⁶. Realizado o lançamento, a conversão de obrigação em dívida acontece após a inscrição na dívida ativa.

Diante disto, a inscrição da dívida ativa é realizada pela Procuradoria da Fazenda de cada ente federativo (União, Estados, Município e DF), sendo ato de controle administrativo da legalidade. Apenas após a inscrição é que se pode falar em surgimento da exigência da dívida. Desta forma, não há que se falar em execução fiscal sem que haja dívida ativa devidamente inscrita pelo órgão competente.

Veja que o procedimento para cobrança não é o mesmo para o caso dos credores fiscais e não fiscais. Se o devedor tiver como credor a Fazenda Pública, seja ela da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o legislador determina que outro mecanismo seja utilizado para cobrança de dívidas: a execução fiscal. Por meio dela, após a inscrição da dívida ativa, a Fazenda Pública, e respectivas autarquias⁷, busca no patrimônio do devedor satisfazer seu crédito.

5 BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

6 Vide ODMIR, B.M.Â. F. *Série Soluções Jurídicas - Execução Fiscal*. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2018. ISBN: 9788597016499. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016499/>. Acesso em: 25 sep 2020.

7 Vide caput do artigo 1º da Lei 6.830/80.

Aponta-se que a certidão de dívida ativa, nos termos do artigo 784, IX, do CPC/2015 é título executivo extrajudicial que deve ser estabelecido nos mesmos moldes do termo de inscrição de dívida ativa. De forma que, efetuado o lançamento do crédito tributário, é preciso notificar o contribuinte e encerrar o procedimento administrativo para que o crédito passe a ser exigível. Diz-se, exigível porque a exequibilidade só advém após a inscrição da dívida ativa tributária.

Esta condição é indispensável para a defesa do executado. Ora, se o Estado tem o poder de fazer o lançamento e a inscrição, então é preciso haver, pelo menos, publicidade de todos os atos e encerramento do processo administrativo para proceder a execução fiscal. Esta tem rito próprio previsto na Lei nº 6.830/80⁸ que concede série de benefícios e garantias desproporcionais ao fisco, dentre eles: o objeto da ação que não busca a constituição nem a declaração do direito, mas a efetivação deste, que se presume líquido e certo, por força de lei, o condicionamento ao desfrute de benefícios fiscais à inexistência de litigiosidade tributária.

O Código Tributário Nacional – CTN – também concede garantias excepcionais ao crédito fiscal em decorrência da primazia do interesse público, por conta da natureza e das características do tributo em exigência. Essas garantias são proteções concedidas ao Estado, isto é, meios assecuratórios para o ideal cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes e estão dispostas nos artigos 183 a 185 do CTN, além de poderem ser expressamente previstas em lei de competência da União Federal. Há ainda ausência de concurso com os demais credores, pois o crédito tributário tem preferência cronológica na satisfação, art. 186.

É por isso que o crédito fiscal é chamado de privilegiado e que este apenas sede para a impenhorabilidade absoluta decorrente de lei ordinária federal, como por exemplo, imóvel residencial de entidade familiar. Logo, os bens e rendas do devedor que não se enquadram nestas hipóteses respondem pelo crédito tributário. Inclusive aqueles dados em garantia ou mesmo gravados com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula.

Assim, a execução fiscal consiste na cobrança judicial de dívidas fiscais, ou seja, créditos, quer sejam tributários ou não, desde que inscritos como dívida ativa.⁹ É procedimento judicial de execução tributária de título extrajudicial, isso porque para haver a execução é necessário haver primeiro o título executivo (NCP, art.

⁸ BRASIL. *Lei de Execução Fiscal*. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

⁹ MACHADO, H. B. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 424.

771) e, depois, que esse título corresponda a uma obrigação líquida, certa e exigível (NCCP, art. 783).

2 LEGITIMIDADE ATIVA NA FALÊNCIA

Prevista na Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 – Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LRE) – a falência é procedimento jurídico especial¹⁰ com caráter bifrontal que modifica o *status* de devedor para falido e regulamenta a execução coletiva¹¹ forçada. Não é “singelamente, de direito material, mas também não se reduz a mero processo”¹². O instituto falimentar é considerado causa de dissolução da sociedade empresária, sendo composto por “regras jurídicas técnicas ou construtivas, que definem e regulam uma situação especial de ordem econômica, a liquidação judicial”¹³.

Por meio da falência o Estado apresenta “solução judicial da situação jurídica do devedor-empresário que não paga no vencimento obrigação líquida”¹⁴. O instituto não é o *mal*. É preciso ter em mente que as sociedades que não conseguem se recuperar devem falir para não prejudicar o bom funcionamento do mercado. Se este é o seu objetivo, então é preciso saber quando se pode e quem pode requerer a falência do empresário.

O art. 97 da Lei 11.101 prevê que o pedido de falência pode ser feito ou pelo credor ou pelo próprio devedor. Esta, também chamada de autofalência, é medida direcionada ao devedor, aos diretores ou administradores, ao cônjuge sobrevivente ou inventariante ou ao seu representante legal devidamente autorizado pelos sócios que, ao analisarem o negócio, verificam conjuntura incompatível para persistir com a atividade (art. 97 da LRE). Já aquela é direcionada aos credores da sociedade, sejam civis ou empresários, que tenham por fundamento o art. 94 da LRE¹⁵.

10 Vide FRANCO, V. H. de M.; STAZJN, R. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu. Aspectos atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 09.

11 Coelho define a falência como sendo o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou anônima (COELHO, F. U. *Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de empresas*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 280).

12 Vide FAZZIO, W. Jr. *Nova Lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2006, p. 100.

13 VALVERDE, T. M. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1. p. 14.

14 REQUIÃO, R. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47.

15 Vide, BRASIL. Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em

Em outras palavras, pode-se pedir a falência do devedor que incorra em uma das três previsões normativas, quais sejam: impontualidade, reconhecida pela ausência injustificada de pagamento de obrigação líquida protestada cuja soma ultrapasse quarenta salários mínimos (inciso I do art. 94 da Lei); execução frustrada (inciso II do art. 94 da Lei); ou a prática de um dos atos dispostos no inciso III do art. 94 da Lei, chamados atos de falência.

As situações supramencionadas são distintas e, portanto, inconfundíveis. Para a impontualidade do inciso I do art. 94 é preciso que o título some mais de quarenta salários mínimos e esteja protestado para fins falimentares. O inciso II do art. 94 o devedor é chamado para pagar sua dívida e não o faz no prazo legal por nenhum dos meios autorizados, ou seja, o devedor não paga, não deposita nem nomeia bens à penhora no prazo legal. Diferente do inciso I, a prova da insolvência da execução frustrada é a certidão expedida pelo respectivo juízo (§4º do art. 94) em que conste a ausência da liquidação do débito junto ao credor.

Os critérios adotados no inciso III do art. 94 também divergem dos da impontualidade ou do inadimplemento das obrigações. Esse inciso diz respeito a “prática de determinados atos, os quais, por poderem esvaziar o patrimônio do devedor, representam efetiva ameaça à esfera jurídica dos credores, a qual deve ser objeto de apreciação legal”¹⁶.

Chamados de atos de falência, o Art. 94 III elenca: a) liquidação precipitada do ativo ou do emprego ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) ânimo de prejudicar credores; c) transferência do estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, sem que se deixe bens para saldar as dívidas; d) simulação da transferência de seu principal estabelecimento; e) criação ou reforço de garantia dada a dívida contraída anteriormente, tornando insuficiente o patrimônio; f) ausência de representante habilitado com recursos ativos; g) descumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial.

Veja que a norma não diferencia, ou qualifica, o credor. Então, ao se analisar o art. 97 juntamente com o art. 94, seria possível afirmar que o fisco estaria abarcado e, portanto, teria legitimidade para requerer a falência? Em outras palavras: se a Lei 11.101/2005 alterou a redação do antigo artigo 9º do Dec. Lei para fazer constar no

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 25 set 2020.

16 FRANCO, V. H. de M.; STAZJN, R. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu*. Aspectos atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 94.

art. 97 IV que “qualquer credor” pode requerer a falência do devedor, então seria objetivo do legislador conceder legitimidade ativa ao fisco?

Este é o ponto que precisa ser claramente discutido. Para Armando¹⁷ e Comparato¹⁸, o fisco poderia requerer a falência sim! Os doutrinadores, valendo-se de interpretação literal da norma, defendem que se o legislador não restringiu o alcance da legitimidade é porque não o queria fazer. De modo que, assim, o fez com o objetivo de afastar a dúvida do art. 9º do Dec. Lei 7.661/45.

Em contraposição, Requião¹⁹ já estranhava na década de setenta o interesse da Fazenda Pública para requerer a falência do devedor por tributos. Defendia o autor que se, “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 (art.187 do CTN)”²⁰, então a legitimidade ativa do fisco estaria afastada.

Acredita que “à Fazenda Pública falece de legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor”²¹. E conclui: “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”²². Isso, porque o crédito fiscal não está abrangido no processo falimentar, conforme artigo 5º, 29 e 31 da LEF.

Por não haver sujeição ao juízo falimentar e, até mesmo, suspensão da execução o crédito fiscal continua mantendo certos privilégios com relação dos demais. É preciso ter em mente que, na falência, a execução fiscal não é sobrestada. O procedimento especial conferido aos créditos fiscais continua com seu curso natural, tanto que a competência originária permanece no juízo fiscal.

Quando a empresa passa pelo processo liquidatório o crédito fiscal, todavia, precisa atender as especificações do procedimento falimentar. Não se pode perder de vista que há ordem de pagamento prevista no art. 83 da Lei 11.101/2005.

17 ARMANDO, J. N. Falência de Contribuinte Promovida pelo Fisco, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual*. Minas Gerais, n. 20, out./dez. 1995, pp. 15 e ss.

18 COMPARATO, F. K. Falência - Legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual*. Minas Gerais, n. 20, out./dez. 1995, pp. 29 e ss.

19 REQUIÃO, R. *Curso de Direito Falimentar*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 94.

20 Ob. Cit. REQUIÃO, p. 94

21 Ob. Cit. REQUIÃO, p. 94

22 Ob. Cit. REQUIÃO, p. 95

Lembre-se que a falência envolve múltiplos agentes e que ultrapassar a ordem de pagamento não seria razoável.

A falência busca otimizar os recursos sociais e equacionar o maior número de créditos possíveis. Com isso, o instituto atende sua finalidade, qual seja: dar aos credores a maior probabilidade de receber os créditos, principal e juros²³, além de cumprir com seu interesse social²⁴. Os créditos tributários, assim, apenas não preferem aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nem aos créditos trabalhistas ou equiparados ou, ainda, com garantia real, no limite do valor do bem gravado.

Mesmo não sendo a melhor das opções, afinal se está em procedimento de liquidação empresarial, ainda ocupam a quarta posição na ordem de pagamento mantendo todos os benefícios do rito da execução fiscal! Ora, estranho é ver que o fisco deseja fazer *jus* à medida destinada aos credores civis quando manteve todos os outros privilégios à sua disposição. Com base neste argumento, o STJ no REsp 363206-MG firmou posicionamento contra a possibilidade de o fisco dispor de legitimidade ativa para requerer falência.

Embora tenha o STJ firmado entendimento sobre a ausência de legitimidade do Fisco para requerer falência, na Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491 a primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, por maioria dos votos, deu provimento a irresignação da União Federal. Acompanharam o Des. Relator Alexandre Lazzarini, os Desembargadores Azuma Nishi, Pereira Calças e Cesar Ciamplini. Declarou-se voto vencido o 3º juiz, desembargador Fortes Barbosa, e voto convergente o 4º juiz, desembargador Pereira Calças. De modo que se anulou a sentença e determinou-se o regular processamento do pedido de falência.

3 ANÁLISE DA APELAÇÃO Nº 1001975-61.2019.8.26.0491 DO TJ/SP

Aos 06 de setembro de 2019 a Fazenda Pública Federal requereu a falência de Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios Ltda por não ter realizado a cobrança das dívidas tributárias, pelas vias ordinárias, como prevista na Lei nº 6.830/80. Aponta que na fase de execução, a apelada não pagou nem nomeou bens a penhora. De forma que seu crédito ultrapassa a R\$ 22.000.000,00, muito superior à capacidade econômica da requerida.

²³ No mesmo sentido STANGHELLINI, L. *La crisi di impresa fra diritto ed economica* – Le procedure di insolvenza. Bologna: Il Mulino, 2007, p.09.

²⁴ Visão diferente é a de Fazzio Jr (2006, p. 195).

A Fazenda Pública defendeu que, diante da impossibilidade de satisfação do seu crédito, restou comprovado que a devedora teria incorrido no art. 94 II da Lei de Falência. Motivo pelo qual se viu obrigada a requerer a falência da devedora. A pretensão da autora, todavia, não foi conhecida. O juiz *o quo* entendeu que não havia interesse processual e que o Estado dispunha de outros instrumentos processuais específicos de cobrança, menos danosos à função social da empresa.

Diante do indeferimento da pretensão autoral, a Fazenda Pública recorreu da decisão. Em sede de apelação, a credora ponderou que a Lei nº 11.101, diferente do Decreto-Lei nº 7.661/45, estabelece que “qualquer credor” pode formular o pedido de falência. Logo, sendo a Fazenda credora, nada mais justo do que poder requerer a falência do devedor com base na execução frustrada.

Afirmou saber que o pedido de falência é *ultima ratio* e ressaltou não estar se valendo do instituto como mero instrumento de cobrança. Pelo contrário, acredita que se o Fisco Federal puder requerer a falência do devedor, então seria possível corrigir o mercado e retirar do tráfego jurídico agentes econômicos que não suportam mais o passivo acumulado. Assim, o Judiciário não justificaria “planejamento tributário odioso, com o não recolhimento deliberado de tributos, condutas estas que afrontam diretamente a livre concorrência, gerando ineficiência do sistema tributário como um todo, estimulando a sonegação e o calote de créditos públicos”.²⁵

Por fim, destacou que não há incompatibilidade entre o procedimento da execução fiscal e o processo falimentar. De modo que negar à Fazenda Pública o pedido de falência: a) viola a isonomia entre os credores; b) que a Fazenda está sujeita materialmente a um concurso de credores; c) que há o interesse público geral de fazer cessar as atividades de empresa insolvente sem possibilidade de recuperação, inaugurando o *par conditio creditorum*; e d) que, portanto, tem legitimidade ativa e interesse para o pedido de falência.

Já o Des. Alexandre Lazzarini fundamentou sua decisão na possibilidade de o credor fiscal ter sua execução frustrada, ou seja, nos termos do art. 94, II da LRF. Textualmente, afastou a possibilidade de o pedido ter como fundamento o inciso I do mesmo artigo. Acredita o Desembargador que se a Fazenda Pública utilizou de

25 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em 25 set. 2020.

todos os meios possível para satisfação do seu crédito, mas não logrou êxito, então autorizado está a requerer a falência do devedor²⁶.

Apontou que a LRF se vale, no inciso IV do art. 97, do termo “qualquer credor” com o intuito de ampliar o rol de legitimados, diferentemente do que ocorria durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45. Fundamentou também na existência de sujeição ao concurso. Lembrou que há duas modalidades de concurso no procedimento falimentar: o formal e o material. Definiu, com base nos ensinamentos de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, que este diz respeito à ordem pagamento, ao qual o crédito fiscal está abrangido, já aquele trata do procedimento.

Assim, para o Des. Relator embora o fisco não esteja sujeito ao concurso formal, está ao material. De modo que não se está afasta a legitimidade da Fazenda. Lazzarini ainda fez remissão ao Dec. Lei 7.661/45 ao lembrar que nesta norma o crédito fiscal era considerado extraconcursal.

Ressaltou também que, por se tratar de norma pública, o devedor tem meios para obstar a falência, bastaria pagar o débito, efetuar pedido de recuperação judicial ou aderir a eventual parcelamento dos débitos fiscais. Se não o fez e a finalidade da falência é preservar as atividades com função social e liquidar aquelas inviáveis de continuar a empresa, então justo seria que a falência fosse decretada.

O desembargador ainda estabeleceu íntima relação entre o princípio da função social e o da proteção do interesse da economia nacional. Acredita que ausência do pagamento do tributo, produz ambiente de desleal de concorrência na medida em que aquele que não paga estaria obtendo vantagem indevida frente aos demais. Assim, o pedido falimentar, nesses casos, repreenderia os agentes econômicos nocivos ao mercado e à livre concorrência.²⁷

Veja que os argumentos trazidos pelo Des. Relator, em maior ou menor grau, não se alteram. Todos os fundamentos da decisão são debatidos desde a década de setenta, de modo que não houve alegação nova que embasasse ou justificasse a tentativa de mudança de paradigma. Assim, é estranho perceber que a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial tenha decidido de forma diversa.

26 BRASIL. Tribuna de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491*. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em 25 set. 2020. p. 125.

27 Ob. Cit. BRASIL, p. 128 -129.

CONCLUSÃO

Quando se observa a execução fiscal é possível perceber que o Estado concedeu especial forma de cobrança de crédito à Fazenda Pública. Fez isso, com o intuito de garantir que o pagamento da tributo tivesse prioridade frente aos demais créditos. De modo que se concedeu ao fisco tanto privilégios quanto garantias pouco vistos no ordenamento jurídico brasileiro.

O CTN em decorrência da primazia do interesse público, por conta da natureza e das características do tributo em exigência destina meios assecuratórios para o ideal cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes. Diferente da cobrança civil, a execução fiscal é procedimento especial de cobrança judicial de dívidas fiscais, ou seja, créditos, quer sejam tributários ou não, desde que inscritos como dívida ativa. Este tem por fim a manutenção da ordem econômica e o custeio da ordem social.

O problema repousa quando o fisco, mesmo diante das garantias e privilégios concedidos por lei, não consegue realizar a cobrança do seu crédito. A irrisignação do fisco encontrou amparo na jurisprudência, especialmente no julgamento da Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP. A fazenda, diante da execução frustrada viu no pedido de decretação de falência manobra hábil para fazer com que o devedor pagasse os valores devidos.

Embora haja quem defenda a possibilidade de o fisco ter legitimidade ativa para requerer a falência do seu devedor, não se pode concordar com tal feito. Ora, não se pode esquecer que a Fazenda Pública não se submete ao procedimento concursal formal. Assim, se de um lado os privilégios e garantias previsto pelo CTN e pela Lei de Execução Fiscal não são sinônimos de satisfação do crédito, do outro não se pode esquecer que a falência há é atores que não desfrutam das mesmas “armas” que a Fazenda.

. Assim, os privilégios fiscais cedem à ordem de pagamento de credores prevista pela LRF, ou seja, não preferem aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nem aos créditos trabalhistas ou equiparados ou, ainda, com garantia real, no limite do valor do bem gravado. Isso porque a falência é procedimento concursal que envolve múltiplos interesses. Deste modo, a Fazenda Pública é apenas a quarta a receber quando da liquidação dos bens da

falida, ou seja, a cobrança do crédito é feita de forma especial, mas o recebimento dos valores só acontece na forma prevista pelo art. 83 da Lei 11.101/2005.

Este fato trouxe irresignação ao fisco que, amparada pela interpretação literal e histórica fundamental o possibilidade de requerer falência do devedor diante da execução frustrada. Alegou a Fazenda que a Lei legitima qualquer credor a solicitar a falência do seu devedor, desde que nos moldes do art. 94. O fundamento foi acolhido pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial da Comarca de São Paulo que autorizou o prosseguimento do feito falimentar.

No que pese a fundamentação realizada pelo Desembargador Relator, acredita-se que a pretensão não deveria ter sido acolhida. Estranho é perceber que a Fazenda além de não se submeter ao concurso fiscal e de ter todas as benesses da execução fiscal ainda tenta se valer do procedimento falimentar para coagir o devedor a pagar. Isso pode ser corroborado do próprio fundamento utilizado pelo Des. Relator.

Aponta o Des. Lazzarini que, por ser norma de ordem pública, a falência pode ser revertida mediante depósito elisivo, uma das formas de defesa do devedor na falência. Em outras palavras, basta que o devedor realize o pagamento do débito fiscal. Acredita-se, assim, que o fim último não é o saneamento da empresa, mas sim, o pagamento da dívida, de modo a Fazenda Pública carece de legítimo interesse econômico, processual e moral para requerer a falência.

REFERÊNCIAS

ARMANDO, J. N. Falência de Contribuinte Promovida pelo Fisco, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual*. Minas Gerais, n. 20, out./dez. 1995, pp. 15 e ss.

BRASIL. *Lei de Execução Fiscal*. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

BRASIL. *Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm. Acesso em 25 set 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491*. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em 25 set. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de empresas*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COMPARATO, F. K. Falência - Legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual*. Minas Gerais, n.º 20, out./dez. 1995, pp. 29 e ss

FAZZIO, Waldo Jr. *Nova Lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2006.

FRANCO, V. H. de M.; STAZJN, R. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu. Aspectos atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, H de B. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDONÇA, J. X. C. de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. VII, Parte I, n. 89. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 157.

ODMIR, B.M.Â. F. *Série Soluções Jurídicas - Execução Fiscal*. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2018. ISBN: 9788597016499. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016499/>. Acesso em: 25 Sep 2020.

REQUIÃO, R. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

SALVO, V.S. D. *Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil*, 17. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. ISBN: 9788597009743. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009743/>. Acesso em: 25 Sep 2020.

STANGHELLINI, L. *La crisi di impresa fra diritto ed economica – Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino, 2007.

THEODORO JÚNIOR, H. *Lei de Execução Fiscal*. 13a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VALVERDE, T. M. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1. p. 14.