

LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA PARA POSTULAR A FALÊNCIA DO DEVEDOR TRIBUTÁRIO: A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O INTERESSE JURÍDICO NO *PAR* *CONDITIO CREDITORIUM*

*National Treasure's standing to sue tax debtors bankrupt: the enterprise's
social function and juridical interest in the par conditio creditorium*

Thayana Felix Mendes

Thiago Cioccaro Brigido

Procuradores da Fazenda Nacional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução da Legislação Falimentar: a Função Social da Empresa e a Legitimidade da Fazenda Pública para o Pedido de Decretação de Falência; 2 A Compatibilidade do Processo Falimentar com as Prerrogativas da Fazenda Pública: impossibilidade da utilização da falência como ação de cobrança; 3 O Interesse Específico na Decretação da Falência: Concurso Material de Credores e a Limitação dos Créditos Trabalhistas; 4 Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO – O presente trabalho acadêmico objetiva contrapor – a partir de uma interpretação constitucional da Lei 11.101/2005 e de alterações trazidas pela Lei Complementar 118/2005 ao Código Tributário Nacional – a sedimentada jurisprudência que afasta a Fazenda Pública do rol de legitimados ativos para decretação da falência de sociedades empresárias/empresários individuais insolventes.

Busca-se desconstruir todas as premissas jurídicas e éticas que levam o Superior Tribunal de Justiça – mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – ao entendimento de ausência de legitimidade e interesse jurídico do Estado na decretação da quebra.

Para tanto, discutimos fundamentos importantíssimos que, aparentemente, não foram considerados pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça em suas decisões, antes e depois da Lei 11.101/2005, tais como: o dever fundamental de pagar tributos, a função social da empresa insolvente e a importância do regime falimentar para a efetividade do Sistema Tributário Nacional e da Livre Concorrência.

PALAVRAS-CHAVES – Falência, Legitimidade Ativa. Fazenda Pública. Interesse Jurídico Geral. Interesse Jurídico Específico.

ABSTRACT – The following academic essay seeks to oppose – based on a constitutional interpretation of the 11.101/2005 law, and its amendments brought by the 118/2005 declaratory statute to the National Internal Tax Code. – the legal precedents that has been lacking the National Treasury from its legal capacity to sue concerning enterprise’s bankrupt proceeding.

This essay seeks to deconstruct some of the ethical and juridical premises that has brought the Federal Superior Court of Appeals – even after the enactment of the 1988 Federal Constitution and of the New Bankruptcy Law – to the understanding of absence of the Federal State in standing to sue and of juridical interest referring to bankruptcy claims.

To do so, it will be pointed here fundamental facts that, apparently, have not being appreciated yet by the Federal Superior Court of Appeals in its decisions, before and after the 11.101/05 Law, such as the fundamental duty of paying tributes, the social function of insolvent enterprises and the importance of bankruptcy regime to the effectivity of the taxation system and of free trade competition.

KEYWORDS – Bankruptcy. Standing To Sue. Public Treasure. General Juridical Interest. Specific Juridical Interest.

INTRODUÇÃO

No ano de 2010, já sob a égide da Lei 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas), a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de reanalisar a complexa questão da legitimidade e interesse da Fazenda Pública para decretação da falência de sociedades empresárias/empresários individuais insolventes.

Apesar das substanciais alterações legislativas do regime falimentar brasileiro com o advento da Lei 11.101/2005, o referido Tribunal – no Resp 363.206/MG – manteve sua jurisprudência no sentido de que falece à Fazenda Pública tal legitimidade¹.

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

1. A controvérsia versa sobre a legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência de empresa.

2. O art. 187 do CTN dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31 da LEF, *a fortiori*, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a falência de empresa.

3. Tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei n. 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois prevêem 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.

De forma tão resumida quanto os argumentos de alguns dos ilustres Ministros do Superior Tribunal de Justiça, não haveria interesse da Fazenda Pública na decretação da falência pelo fato de os créditos fiscais não estarem sujeitos ao concurso de credores (artigos 5º, 29 e 31 da Lei de Execuções Fiscais). Além disso, prevaleceria o princípio da preservação da empresa sobre o interesse arrecadatório do Estado.

Em decisões anteriores que negavam a legitimidade, ainda pela ótica do Decreto-lei 7.661/45, o STJ² sustentava que a Fazenda Pública tinha um instrumento processual próprio e único, posto que vinculado, para cobrança, qual seja, a Execução Fiscal³. Não poderia utilizar a falência, já que seria um meio de coação indevida dos devedores.

O Tribunal apontava, também, argumento de cunho consequencialista⁴, de que se instalaria o caos econômico caso o Fisco pudesse requerer a falência de todos os seus devedores. De acordo com o Ministro Ruy Rosado de Aguiar no Resp 136.389/MG, “(s)e ao Estado é dado requerer falência, isso não é uma possibilidade, é um dever. Se o Estado requerer a falência de todos os seus devedores, será o caos; se tiver o direito de escolher uns devedores e não outros, será um caos pior”.

Tal argumento, além de não ter comprovação empírica e carecer de fundamento jurídico, declara a ineficiência do sistema tributário brasileiro e estimula a sonegação e o calote de créditos públicos.

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, embasador da norma falimentar. Recurso especial improvido”. STJ. REsp 363206/MG, Rel. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010.

2 REsp 287.824/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 20/10/2005, DJe 20/02/2006.

3 Lei 6830/80. Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

4 A expressão consequencialismo jurídico é utilizada, em sentido amplo, “como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a mesmas e às suas alternativas”. Schuartz, Luiz Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. Biblioteca Digital FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1724>>. Acesso em: 10/01/2012.

O ilustre professor Rubens Requião, forte doutrina contrária à legitimidade da Fazenda Pública para pleitear a falência do devedor tributário, discorreu em trecho transcrito na maioria os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

De nossa parte, estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento da falência do devedor por tributos. Segundo o Código Tributário Nacional, os créditos fiscais não estão sujeitos ao processo concursal, e a declaração da falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum. À Fazenda Pública falece, ao nosso entender, legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor. A ação pretendida pela Fazenda Pública tem, isso sim, nítido sentido de coação moral, dadas as repercussões que um pedido de falência tem em relação às empresas solventes.⁵

Da leitura dos votos vencedores dos Ministros no Superior Tribunal de Justiça, pode-se perceber que, sem qualquer previsão legal expressa, o ente Público é considerado um credor de menor importância dentro dos sistemas empresarial e de insolvência brasileiros. Não se está reconhecendo a verdadeira simbiose entre a empresa, o regime tributário e o desenvolvimento do país; e a importância dos instrumentos falimentares para a segurança jurídica tributária⁶ e para manutenção da concorrência na ordem econômica⁷,

5 Requião, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 72.

6 De acordo com o professor Ricardo Lobo Torres, a segurança jurídica significa, sobretudo, segurança dos direitos fundamentais. “A segurança jurídica torna-se valor fundamental do Estado de Direito, pois o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado, tudo o que faltava ao patrimonialismo. [...] (É) um autêntico direito fundamental, no sentido de que as leis tributárias do Estado e a própria Fazenda Pública constituem res pública, ou direitos republicanos, ou direitos de 3ª geração como preferem outros, garantidos pelo ordenamento jurídico e acionáveis pelo Ministério Público ou por qualquer um do povo”. Torres, Ricardo Lobo. A Segurança Jurídica e as Limitações ao Poder de Tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 04, out./nov./dez. de 2005. Salvador, Bahia, p. 04.

7 No Brasil, a concorrência desleal é combatida pelos preceitos da lei 8.884/94 (Lei Anti-truste), decorrentes do princípio constitucional da livre iniciativa. Não se pode negar a grave incidência do não recolhimento de tributos no regime concorrencial brasileiro, e a necessidade de meios efetivos para o seu combate. Àqueles empresários que deliberadamente não recolhem os tributos conseguem vender seus produtos ou serviços a um preço muito abaixo dos concorrentes, diante do grande percentual no custo (preço predatório, regulado pela Resolução CADE 20/1999). Ademais, com o não recolhimento de tributos por parte dos contribuintes que deveriam fazê-lo, a tendência Estatal é aumentar a carga tributária sobre os demais, principalmente através de tributos de mais fácil arrecadação. Viola-se, assim, o fundamento material dos tributos, que é a capacidade contributiva. A concorrência desleal pelo não recolhimento de tributos é assunto não só de interesse público, mas importantíssimo aos agentes do mercado. De acordo com o professor Ives Gandra da Silva Martins, “Há descompetitividade empresarial e concorrência desleal sempre que ocorra sonegação tributária, visto que, nesse ponto, a empresa que sonega leva incomensurável vantagem sobre seus concorrentes que pagam tributos”. Martins, Ives Gandra da Silva. *Obrigações Acessórias Tributária e a Disciplina Jurídica da Concorrência*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22753>>. Acesso em: 10/01/2012.

já que conferem efetividade⁸ ao dever constitucional de pagar tributos⁹.

Não há dúvidas de que a legislação falimentar de um país tem papel primordial no cenário econômico, por sinalizar aos agentes sobre possíveis resultados e estratégias de negócios. Funciona como minimizador de incertezas quanto à forma de resolução de conflitos numa situação de insolvência. As condições de financiamentos e investimentos envolvem, sempre, a perspectiva de recuperação dos créditos¹⁰.

Constata-se, portanto, que uma lei de falências tem impactos não só sobre empresas insolventes, mas no comportamento dos agentes e no funcionamento de toda a economia – que terá investimentos de maior ou menor risco de retorno a depender da tendência ao devedor ou ao credor. Sob essa ótica, de cunho estritamente econômico, a ausência de legitimidade da Fazenda Pública para requerer a falência é vista de modo positivo pelo mercado, por razões óbvias que envolvem a manutenção da empresa devedora de tributos.

Nesse sentido, concordamos com a jurisprudência ao não admitir o requerimento de falência pela Fazenda Pública com base na simples impontualidade¹¹, por dispor o Estado de outros instrumentos processuais específicos de cobrança, menos danosos à função social da empresa¹².

8 O professor Luís Roberto Barrosos, ao tratar do princípio da efetividade, dispõe: “Atente-se bem: a eficácia refere-se à aptidão, à idoneidade do ato para a produção de seus efeitos. Não se insere no seu âmbito constatar se tais efeitos realmente se produzem. É nesse plano da realidade, esse quarto plano, situado fora da teoria convencional, que se vai encontrar a efetividade ou eficácia social da norma. [...] A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 247/248.

9 Klaus Tipke, jurista alemão que marcou o estudo da justiça fiscal pós-positivista (no que se chamou de “virada kantiana”), com a ascensão de princípios ligados à igualdade ao lado da liberdade, fundamenta a existência do dever fundamental de pagar tributos como decorrência dos direitos constitucionais de liberdade e igualdade. “O imposto não é meramente um sacrifício, mas sim uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos”. Tipke, Klaus; Yamachita, Douglas (trad.). *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 15.

10 Et Alli, Marcos de Barros Lisboa. A Racionalidade Econômica na Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. Quartier Latin, 2005. p 32.

11 Lei 11.101/2005. 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;

12 Pela aplicação do princípio da proporcionalidade ao ato administrativo, como decorrência do Estado de Direito e do devido processo legal substantivo, o mesmo deve ser necessário, adequado e proporcional em sentido estrito. Infringiria a proporcionalidade em sentido estrito o pedido de falência pelo agente público antes de se verificar infrutífera a Execução Fiscal. “Um meio é proporcional se as vantagens

A par disso, a impossibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência de empresa insolvente com base na execução frustrada e nos atos de falência¹³ vai de encontro com o dever fundamental de pagar tributos¹⁴, com o próprio conceito de tributo e com toda evolução histórica do Estado moderno.

A ausência de conseqüências judiciais mais severas quando da não localização de bens dos devedores passíveis de penhora em Execução Fiscal acaba por justificar um planejamento no sentido de não recolhimento deliberado tributos¹⁵, além das sucessivas dissoluções

que promove superam as desvantagens que provoca". Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.110.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, vol I, nº5, Bahia, Ago 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08/12/2011.

- 13 Lei 11.101/2005. 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;
 - 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.
- 14 Todos os direitos têm custos públicos, já que não são frutos da natureza ou dádivas divinas, não sendo auto-realizáveis. Implicam a cooperação social e responsabilidade. É o “preço mínimo da liberdade”. “(A) melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos”. Nabais, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal*. Almedina, 2009, p. 175-185. Para o professor Marcus Abraham, que sintetiza a questão da justiça fiscal no direito contemporâneo e o dever fundamental de pagar tributos, trata-se de obrigação inafastável, porque, “de outra forma, o Estado não teria meios para suportar financeiramente as despesas públicas [...]. Essa imposição tributária oferta a melhor forma de atendimento às necessidades públicas, visto que, das diversas receitas públicas conhecidas na doutrina e na prática, é aquela que mais recursos propicia ao Estado”. Abraham, Marcus. *O Planejamento Tributário e o Direito Privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 68.
- 15 Conforme Ives Gandra da Silva Martins, “o tributo é, por excelência, veiculado por normas de rejeição social. Dada a complexidade inerente ao crescimento da vida em sociedade, dificilmente a obrigação de recolher tributo seria cumprida sem sanção”. Martins, Ives Gandra da Silva. *Teoria da Imposição Tributária*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998. p. 129.

irregulares¹⁶. Condutas estas que afrontam diretamente a livre concorrência¹⁷.

As prerrogativas hoje existentes em favor da Fazenda Pública não lhe dão - em sede de Execução - privilégios, garantias ou eficiência superiores as que são dadas ao credor privado. Os institutos da fraude à Execução Fiscal, fraude contra credores, responsabilidade solidária dos sócios e sucessão empresarial não são suficientes – e sequer exclusivos do credor público – para garantir o recebimento dos tributos. Não impedem que sejam adotados ardis patrimoniais que afastam a possibilidade de quitação do débito tributário.

Reconhecer a legitimidade de todo e qualquer credor que possa reclamar seu crédito na falência, exceto da Fazenda Pública, é penalizar o Estado por ter prerrogativas e dar benefício indevido ao devedor tributário em prejuízo da sociedade. A lei de falências não excluiu qualquer credor específico de seu regime, e traz diversas previsões benéficas ao *par conditio creditorium* e garantias patrimoniais aos credores¹⁸.

As prerrogativas conferidas pela Constituição Federal e pelas leis à Administração Pública são expressões da Supremacia do Interesse Público¹⁹. Não devem ser utilizadas como argumentos para restringir outros direitos. E é evidente que formas eficazes de cobrança de tributos vão muito além de mera coação moral – o que *per se* não deve ter conotação

16 Que, de tão frequentes, justificaram a edição do enunciado de Súmula 434 do Superior Tribunal de Justiça: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

17 “A neutralidade dos tributos em face da atividade econômica decorre da proibição de tratamento desigual de contribuinte e da exigência de respeito à sua capacidade contributiva, sendo certo que qualquer medida impositiva tributária interferirá na capacidade de competição dos agentes econômicos. Isso porque livre mercado significa, de um lado, que os concorrentes competem, em princípio, dentro de um quadro tributário que marca a estratégia concorrencial de cada um. De outro lado, esse quadro não pode ser discriminatório, nem criar condições competitivas diferentes entre eles. Assim, o princípio da igualdade, garantido pela neutralidade dos tributos diante da concorrência, será ferido se a relação concorrencial entre empresas é afetada pela tributação, de tal modo que esta favoreça umas e desfavoreça outras”. ROCHA, Sérgio André; FARO, Maurício Pereira. Livre Concorrência e Neutralidade Tributária. *In Revista Brasileira de Direito Tributário* n. 21, jul/ago/2010. p. 25.

18 São exemplos de previsões da Lei 11.101/2005 que são vantajosas a todos os credores, incluindo a Fazenda Pública: a perda do direito do devedor de administrar e dispor de seus bens (art. 103); inabilitação a qualquer atividade empresarial até sentença que extingue obrigações falimentares (art. 102); dever de declarar em Juízo e entregar ao administrador judicial todos os bens imóveis, móveis, contas bancárias, aplicações títulos e dívidas (art. 104, I); suspensão do direito do sócio de se retirar da sociedade ou de recebimento do valor de suas quotas/ações (art. 116); ineficácia e revogação de todos os atos praticados dentro do termo legal (art. 129); formas especiais de realização do ativo (art. 139 e ss.); previsão de crime de desobediência e crimes falimentares, etc.

19 “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição [...]. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 2004. p. 87.

negativa. Conferem efetividade às leis tributárias, visando garantir os interesses da coletividade, a prestação de serviços públicos e a manutenção do próprio Estado.

O Poder Judiciário brasileiro, quando da interpretação da legislação falimentar, não deveria supor que o administrador público vai utilizar a falência como forma de coação indevida e abusiva, em prejuízo do próprio interesse público que visa tutelar. A presunção é exatamente contrária: de constitucionalidade e legalidade dos atos do Poder Público²⁰.

Ora, se o objetivo da lei 11.101/2005 é, ao máximo possível, buscar a preservação da empresa, e assim dos meios econômicos e dos empregos, dentro de uma perspectiva comunitária e solidária, a lógica é que, ao menos em tese, a moral pública sobressaia à moral privada, e não o inverso^{21 22}.

Se algum credor tem interesse em que a insolvência tenha soluções previsíveis, céleres e transparentes, de modo que os ativos, tangíveis e intangíveis, sejam preservados e continuem cumprindo sua função social, gerando produto, emprego e renda²³, sem dúvidas que este é o credor público. Todos os demais legitimados ao requerimento da falência visam somente a certeza de recebimento de seu crédito.

Ainda que se afaste a legitimidade da Fazenda Pública para requerer a quebra com base na impontualidade – seja pela necessidade de

20 “Idealmente, todos os órgãos públicos pautam sua conduta na conformidade da Constituição e agem na realização do bem comum. Embora se haja reservado ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis, os Poderes se situam em plano de recíproca igualdade, e os atos de cada um deles nascem com presunção de validade. Mais que isso: nenhum Poder, nem mesmo o Judiciário, pode intervir em esfera reservada ao outro para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.174.

21 É de grande importância na filosofia do Direito a separação das questões de moral pessoal das de moral social. De acordo com o jurista Peces-Barba, ética pública “é a moralidade com vocação de incorporar-se ao Direito positivo, orientando seus fins e seus objetivos como Direito justo. [...] A ética pública é uma ética procedimental que não sinaliza critérios, nem estabelece condutas obrigatórias para alcançar a salvação, o bem, a virtude ou a felicidade, nem fixa qual deve ser nosso plano de vida última”. PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoria general*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 14-16.

22 “Considera-se moralidade administrativa a conduta dos agentes ou dos órgãos da Administração Pública compatível com a norma ética abstrata. [...] Diogo de Figueiredo Moreira Neto filia a moralidade administrativa à ética da responsabilidade, no sentido que lhe deu Max Weber, indica-lhe como referencial ‘a finalidade pública’, detecta-a nos ‘vícios da discricionariedade, ou seja, o mau uso ou abuso dessa faculdade administrativa’” Torres, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.18. apud Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do Conceito à Efetivação*. Revista de Direito Administrativo nº 190, 1992, p. 10-11. No Brasil, “(a)s finanças públicas continuam presas, em grande parte, à moralidade privada, eis que não aderimos plenamente ao liberalismo. O tributo não chega a galgar o papel de preço da liberdade e instrumento da justiça., Senão que continua a ser apropriado de forma privada [...] A moral salvacionista e privada cria o ódio ao imposto. Torres, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Volume II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.12.

23 Et Alli, Marcos de Barros Lisboa. *A Racionalidade Econômica na Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. In *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 33.

precedência da Execução Fiscal como meio vinculado de cobrança, seja pela necessidade de protesto para o fim falimentar –, não há qualquer razão ou forma de interpretação jurídica²⁴ que retire a legitimidade com base na execução frustrada²⁵ ou em comprovados atos de falência²⁶.

A favor da possibilidade de a Fazenda Pública postular a falência do devedor tributário, com base no artigo 94, II e III da Lei 11.101/2005, pode-se elencar diversos argumentos que serão esmiuçados nos tópicos seguintes, tais como: (i) não há qualquer vedação legal expressa ou implícita à legitimidade Fazendária; (ii) a manutenção de sociedade empresária devedora de tributos viola a função social da propriedade, o dever fundamental de pagar tributos e a ordem econômica, em especial a livre concorrência; (iii) não há qualquer incompatibilidade de procedimentos entre a Execução Fiscal e o processo falimentar; (iv) viola a isonomia entre os credores negar à Fazenda Pública o pedido de falência; (v) a Fazenda Pública está sujeita materialmente a um concurso de credores; (vi) há o interesse público geral de fazer cessar as atividades de empresa insolvente sem possibilidade de recuperação, inaugurando o *par conditio creditorum*.

Além desses tantos argumentos que evidenciam a legitimidade da Fazenda Pública em requerer a falência de devedor insolvente, o presente estudo propõe a apresentar novos fundamentos, em especial o interesse público específico na decretação da falência tendo em vista a limitação da preferência dos créditos trabalhistas a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos no curso do processo falimentar.

1 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR: A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA PARA O PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA

Notório que o encerramento das atividades empresariais é um fato relevante não só em termos individuais e privados, mas também para a comunidade na qual se insere a empresa. Implica, dentre outros malefícios, no fechamento de postos de trabalho, na perda de arrecadação por parte do Estado e na perda de investimentos naquela atividade.

24 “Há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal. Comportam interpretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos”. Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 121/122.

25 Caso em que o pedido de falência seria precedido da Execução Fiscal infrutífera.

26 “(M)eios ruinosos são os que consistem na pratica de negócios arriscados ou sujeitos exclusivamente à sorte, bem como atos de liberalidade ou gastos excessivos e prodigalidade”. NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 19.

Cientes de tais conseqüências, e sob fortes pressões do capital internacional²⁷, os modernos ordenamentos jurídicos buscaram criar regras que possibilitassem a recuperação de atividades empresariais que, embora em crise, ainda fossem economicamente viáveis e socialmente relevantes. Bem como, buscaram a maximização da utilidade dos ativos ainda existentes, aumentando a possibilidade de retorno do crédito²⁸.

Já nas décadas de 70 e 80, países como França, Alemanha e Japão reformavam seu direito falimentar sob a ótica da continuidade da atividade econômica. Nos países em desenvolvimento²⁹, as alterações das legislações vieram após as crises econômicas ocorridas nos anos 90, quando se verificou a ineficiência das normas em vigor³⁰.

Assim, sob a influência do modelo de regulação americano³¹, e mediante pressões políticas internacionais³², nosso país alterou radicalmente sua legislação falimentar para positivar o princípio

27 Com intuito de promover padrões de estabilidade financeira e influenciar alterações nos países em desenvolvimento, foi publicado pelo Banco Mundial um documento que dava suporte às reformas necessárias nas legislações falimentares dos países em desenvolvimento: os Princípios e Diretrizes para eficazes sistemas de insolvência e de direito dos credores (*"Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems"*). O relatório foi elaborado em colaboração com o Fundo Monetário Internacional, Comissão de Direito Internacional de Comércio das Nações Unidas, diversos Bancos de Desenvolvimentos, dentre outros organismos internacionais. Este documento, manifestamente baseado no modelo americano, criou conceitos para permitir o salvamento da empresa em crise, através da reestruturação societária e negociação entre envolvidos, de regras de responsabilização e penalização, e da possibilidade de, quando inviável a preservação da empresa, uma ágil transferência dos ativos a agentes mais eficientes no mercado. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/gild>>.

28 Apesar de parecer uma obviedade, a construção desse quadro demandou um longo caminho histórico mundial, impulsionado pela constatação de que a existência de um modelo de insolvência eficaz é essencial para a promoção de um ambiente de investimento sólido e, assim, o crescimento do setor privado. JOHNSON, Gordon W. Nova Lei Brasileira de Falência e Recuperação de Empresas: Uma Comparação com as Normas Internacionais. In OLIVEIRA, Fátima Bayma (org.). *Recuperação de Empresas: Uma Múltipla Visão da Nova Lei*. São Paulo: Pearson, 2006. p.119

29 No Chile, a reforma da legislação falimentar se deu com a Ley 20.073/05, de modo a privilegiar acordos entre o devedor e seus credores. A Argentina promulgou a reforma de sua Lei de Falências através das alterações trazidas pela Ley 25.589/2002 e Ley 26086/2006, também por pressões expressas do FMI e do Banco Mundial. Com essas reformas, passou a ser permitida a alienação do estabelecimento empresarial sem sucessão tributária ou trabalhista, estimulando a preservação da atividade.

30 Até então, em regra, enquanto os países de origem anglo-saxão privilegiavam os credores, os países de tradição romano-germânica tinham legislações tendentes aos devedores, com reduzida proteção ao crédito no processo judicial de falência.

31 A regulação americana, regida pelos Capítulos 7 e 11 do Código de Insolvências dos EUA, tem duas facetas: uma pró-devedor, quando estimula a reorganização e recuperação da empresa passível de reabilitação, mesmo que sob o controle dos credores; e outra pró-credor, quando da liquidação dos ativos da empresa extinta, visando maximizar a receita das vendas. Código de Insolvência dos Estados Unidos, de 1978, título 11. O Capítulo 7 trata dos processos de falências, e o Capítulo 11 dos processos de reorganização empresarial, através da recuperação.

32 Em vários estudos, a legislação falimentar foi apontada como a grande responsável pelos elevados spreads bancários e pelo elevado Risco Brasil. AFONSO, José Roberto; KÖHLER, Marcos Antônio; FREITAS, Paulo Springer de. "Evolução e Determinantes do *Spread* Bancário no Brasil". Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD61-JoseAfonso_MarcosKohler_PauloSpringer.pdf>, p. 18.

constitucional da função social da propriedade e da empresa, superar a antiga idéia privatista que vigorava no Decreto-Lei de 1945, e, desse modo, permitir a maior inserção no mercado de crédito internacional e a redução dos juros bancários^{33 34}.

O antigo diploma falimentar de 1945 se encontrava há muito obsoleto – vigorou por quase 60 anos –, já que fora concebido dentro de um contexto social e econômico onde o comerciante individual era o centro do sistema³⁵. Era pacífico na doutrina que a lei em vigor dificultava excessivamente a recuperação das empresas viáveis e o retorno dos créditos, havendo, portanto, a necessidade de edição de normas mais eficientes³⁶. Muitas e importantes empresas tradicionais brasileiras deixaram de ser preservadas, fazendo com que importantes ativos, principalmente intangíveis, se perdessem^{37 38}.

E foi dentro desse cenário nacional – de ineficácia da legislação vigente – e internacional – de necessidade de adaptação à estrutura externa – que, após mais de 10 anos de tramitação no Congresso e muitas alterações do projeto inicial, a Lei 11.101 de 2005 foi promulgada, com

33 Já no primeiro mandato do presidente Lula, observou-se um grande esforço político para aprovação de um novo regime de insolvências a permitir maior integração à economia mundial. Em Carta de Intenções enviada FMI em 28/02/2003, a equipe econômica do governo, formada pelos então Ministros da Fazenda Antônio Palocci e pelo presidente do Banco Central do Brasil, Henrique Meirelles, expressamente se comprometia com a reforma da Lei de Falências, permitindo maior garantia aos credores. Havia, inclusive, a fixação de prazos para o progresso na votação e aprovação da nova Lei junto ao Congresso Nacional.

34 Dentro de um regime falimentar de proteção exacerbada do Devedor, qualquer sinal de crise econômica e inadimplência gera a diminuição da possibilidade de se obter crédito e o aumento do seu custo. E é exatamente no momento de crise empresarial que a atividade econômica mais necessita do capital financeiro, ante a crucial importância para a continuidade ou encerramento das atividades.

35 FERES, Marcelo Andrade. Da Constitucionalidade dos Condicionamentos Impostos pela Nova Lei de Falências ao Privilégio dos Créditos Trabalhista. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 7, nº. 74, ago/set, 2005, p.01-07.

36 A lei brasileira foi considerada a mais ineficiente entre 155 países do mundo pelo *International Financial Corporation (IFC)*, órgão do Banco Mundial. <http://www.doingbusiness.org/reports/subnational-reports/~/_/media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Subnational-Reports/DB06-Sub-Brazil-Portuguese.pdf>.

37 São exemplos os casos da Mesbla, Mappin, Rede Manchete, Sears, Lojas Brasileiras, etc.

38 Ainda na década de 1970, Fábio Konder Comparato defendia que “O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou nosso Direito Falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou os interesses dos credores - não é molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do Fisco, da região, do mercado em geral -, desvinculando-se da pessoa do empresário. De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna da falência deveria dar lugar à necessidade econômica da permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos que o direito não pode, nem deve, desconhecer. A continuidade e a permanência da empresa são desses imperativos, por motivo de interesse tanto social, quanto econômico”. COMPARATO, Fábio Konder. Falência – legitimidade da fazenda pública para requerê-la. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 442, agosto, 1972, p. 49.

o nítido escopo de viabilizar a continuidade da empresa como unidade produtiva³⁹.

Passaram-se os interesses imediatos dos credores e do devedor ao segundo plano. A preservação da empresa *viável*, na qualidade de instituto essencial ao desenvolvimento econômico, é o foco da evolução do sistema.⁴⁰

Com relação à legitimidade ativa da Fazenda Pública no processo falimentar, até a vigência do Decreto-lei nº 7.661/1945, somente as obrigações eminentemente comerciais ensejavam o pedido de falência. Por tal motivo, não havia maiores discussões doutrinárias sobre a matéria, diante da natureza tributária dos débitos.

Após a promulgação do Decreto-Lei 7.661/45, a doutrina majoritária passou a considerar que apenas credores quirografários eram legitimados ao requerimento judicial da quebra. Isso porque, credores com garantia real só podiam pedir a falência de seus devedores se renunciassem a essa garantia, ou se comprovasse sua insuficiência, conforme o artigo 9º, III, b do Decreto-Lei 7.661/45⁴¹.

Nesse âmbito, conclusão doutrinária, o credor tributário que também dispunha de privilégios legais, não poderia se valer da falência⁴². Apesar da ausência de previsão legal expressa, a jurisprudência passou a decidir nesse sentido, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que instituiu o Estado Social e Democrático de Direito, e trouxe

39 “(O) legislador, e com ele o juiz, têm principalmente por objetivo a salvaguarda da empresa, em função do valor e do interesse que ela representa para economia regional ou nacional”. GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Recuperação Judicial de Empresas – Direito Concursal Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 167.

40 RODRIGUES, Frederico Viana. A Recuperação de Empresas Economicamente Viáveis por Intermédio da Securitização de Créditos no Brasil e no Direito Comparado. *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, nº. 29, jul./set. 2005, p. 153.

41 Art. 9º A falência pode também ser requerida:

[...] III - pelo credor, exibindo título do seu crédito, ainda que não vencido, observadas, conforme o caso, as seguintes condições:

a) credor comerciante, com domicílio no Brasil, se provar ter firma inscrita, ou contrato ou estatutos arquivados no registro de comércio;

b) o credor com garantia real se a renunciar ou, querendo mantê-la, se provar que os bens não chegam para a solução do seu crédito; esta prova será feita por exame pericial, na forma da lei processual, em processo preparatório anterior ao pedido de falência se este se fundar no artigo 1º, ou no prazo do artigo 12 se o pedido tiver por fundamento o art. 2º.

42 Faltaria à Fazenda Pública interesse econômico e moral para postular a declaração da falência de seu devedor, pois teria o instrumento processual próprio, que seria a Lei 6830/1980. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. v. I. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 109.

efetividade aos direitos e deveres fundamentais ligados à igualdade, justiça e segurança jurídica^{43 44}.

A nova Lei de Falências inovou ao não reproduzir o artigo 9º, inciso III, letra b, do Decreto-Lei 7.661/45, utilizando a expressão “qualquer credor” ao elencar aqueles que podem requerer a falência do devedor. Logo, a lei não nega a ninguém a legitimidade ativa para requerer a falência e, ao contrário, afirma expressamente que todos os credores podem solicitar a quebra do seu devedor empresário, não fazendo qualquer distinção em relação à natureza do crédito. Destaca-se, ainda, a opinião do professor Waldo Fazzio Júnior emitida ainda sob a égide do revogado Decreto-Lei:

Também a Fazenda Pública pode requerer a falência do devedor empresário, embora não esteja sujeita ao concurso de credores para receber seu crédito. Em primeiro lugar inexistente qualquer restrição legal. O fisco possui título executivo e, uma vez caracterizados os motivos legais que determinam a quebra, pode e deve a Fazenda Pública valer-se do direito que até a credores civis é garantido. [...] Depois, o art. 187 do CTN confere privilégio ao crédito fiscal, e não uma imposição.⁴⁵

O Ministro Castro Filho, voto vencido no julgamento do Recurso Especial nº 164.389/MG⁴⁶, ainda sob a égide do D.L. 7661-45, afirmou nesse mesmo sentido que:

43 De acordo com o professor José Souto Maior Borges, existe uma hierarquia semântica entre os princípios fundamentais, os direitos fundamentais – sobretudo o direito de igualdade – e outras normas constitucionais. “O princípio da igualdade não está apenas no texto da Constituição; o princípio da igualdade é a própria Constituição”. BORGES, José Souto Maior. *A Isonomia Tributária na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 12.

44 “(O) Sistema Tributário Nacional, que regula pormenorizadamente a matéria tributária, mantém relação com a Constituição toda, em especial com os princípios formais e materiais fundamentais – independente de estarem expressa ou implicitamente previstos - e com os direitos fundamentais, sobretudo com as garantias de propriedade e de liberdade, os princípios sistematicamente fundamentais (*systemtragenden Prinzipien*), que mantêm vínculos com o poder de tributar e atribuem significado normativo a outros princípios, são o princípio republicano, o princípio federativo, o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade”. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 201, p. 75.

45 JÚNIOR, Waldo Fazzio, *Manual de Direito Comercial*, 3º ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 638-639.

46 “PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Sem embargo dos respeitáveis fundamentos em sentido contrário, a Segunda Seção decidiu adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal.

II - Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos”. STJ. Resp 164389 / MG. Relator para o acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 13/08/2003. DJe de 16/08/2004.

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

Com o advento da Lei 11.101/2005, diante da omissão legislativa e com a necessidade de interpretação conforme a Constituição, a discussão sobre a legitimidade da Fazenda Pública para requerer a falência deve permear não só o direito de propriedade, mas principalmente a salvaguarda da função social da empresa e o dever fundamental de pagar tributos.

Como visto, o objetivo da Lei 11.101/2005 foi o de estimular a continuidade das atividades empresariais, desde que, por óbvio, haja condições de viabilidade e eficiência. Geraram-se incentivos à reorganização do negócio, mas com a preocupação em coibir problemas de risco moral, de enriquecimentos ilícitos, de fraudes contra credores e de desrespeito à livre concorrência.

Inegável a aplicação dos valores segurança jurídica e justiça através do *par conditio creditorium* e das regras de controle do patrimônio e atividades do falido, de modo que é clarividente, no caso de empresas que não têm condições de recuperação, o interesse da Fazenda Pública em fazer iniciar o concurso formal de credores sob o Juízo universal da falência.

Além disso, a sociedade empresária que não seja capaz de saldar com suas obrigações fiscais, não pode ser admitida dentro do cenário econômico brasileiro, pelo papel negativo no livre mercado. A manutenção de empresa que deixa de recolher aos cofres públicos os tributos devidos denota concorrência desleal e, portanto, atinge os interesses dos demais atores privados⁴⁷.

A função social da empresa passa, necessariamente, pelo pagamento de tributos⁴⁸. Dessa forma, sequer existira conflito ou sopesamento entre

47 “Por isso, todos têm simultaneamente o dever de suportar financeiramente o Estado e o direito (o direito-dever) de ter uma palavra a dizer sobre os impostos que estamos disposto a pagar. Um dever-direito que tem um outro significado, designadamente, que a nenhum membro da comunidade pode ser permitido excluir-se de contribuir para o suporte financeiro da mesma, incumbindo, por conseguinte, ao Estado obrigar a todos a cumprir o referido dever. Pois, embora tal dever, como qualquer outro dever, constitua diretamente uma posição passiva do contribuinte face ao Estado, reflexamente ele configura-se como uma posição ativa do contribuinte traduzida no direito de este exigir do Estado que todos os membros da comunidade sejam constituídos destinatários desse dever em conformidade com a respectiva capacidade contributiva e, bem assim, que todos eles sejam efetivamente obrigados ao cumprimento do mesmo. CASALTA, José Nabais. *Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal*. In Greco, Marco Aurélio; Godoi, Marciano Seabra de. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 134. *Apud* ABRAHAM, Marcus. *O Planejamento Tributário e o Direito Privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

48 “[...] (T)oda atividade econômica privada, tanto na titularidade dominical, quanto no exercício de quaisquer direitos patrimoniais, encontra-se vinculada aos princípios fundamentais da República, inscritos no Título I da Constituição Federal, que têm como fundamentos, dentre outros, na dicção do art. 1º, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho e da livre iniciativa”. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional*. In *A Luta pela Reforma Agrária nos Tribunais*. Porto Alegre: Companhia Rio-Grandense de Artes Gráficas, no prelo. *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na*

princípios constitucionais⁴⁹ a justificar a interpretação da lei de falências contrariamente aos interesses do Fisco⁵⁰.

Ainda, como mencionado, não é pouco freqüente a dissolução irregular das empresas no Brasil. Tal hipótese, prevista como ato ruinoso no artigo 94, III, g, da Lei 11.101/05, também evidencia o interesse da Fazenda Pública para a decretação da falência, diante da inexistência de atividade empresarial a ser preservada.

Por fim, o pedido de falência – feito por qualquer credor com base na execução frustrada – pode ser ilidido através do depósito do valor total do crédito⁵¹. Também não será decretada a falência quando, nas hipóteses específicas, for pleiteado e deferido o pedido de Recuperação Judicial⁵² ⁵³. E, ainda, a inclusão do débito tributário em programa de parcelamento

Prática Jurisprudencial Brasileira. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/Anderson_Schreiber/Artigos_files/Schreiber%20-%20Propriedade.pdf>. Acesso em: 05/01/2012.

- 49 Na conhecida definição do jurista alemão Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização que, diante de situações fáticas e jurídicas concretas, devem ser realizados na maior medida possível, demandando juízo de ponderação. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- 50 Nos casos em que a empresa ainda for viável, e houver interesse do devedor, aplicar-se-ia o regime de Recuperação Judicial ou Extrajudicial. Caso contrário, a liquidação é inevitável, devendo se garantir a alienação dos ativos de forma rápida e eficiente para evitar a deteriorização e maximizar o recebimento pelos credores. Mesmo com a decretação da quebra, é possível a preservação e otimização dos bens por um terceiro adquirente, desde que haja a celeridade necessária
- Lei 11.101/2005. Artigo 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.
- Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.
- 51 Lei 11.101/2005. Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.
- 52 Lei 11.101/2005.
- Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.
- Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.
- 53 Lei 5172/66. Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
VI – o parcelamento.
- Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)
- § 1o Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.
- Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

antes da decisão judicial, ilidiria a decretação da falência, já que suspenderia a exigibilidade do crédito tributário⁵⁴.

Conclui-se, portanto, que, caso a empresa não seja efetivamente insolvente, e não tenha cometido atos de falência, haverá uma solução jurídica que afaste a quebra, mesmo quando requerida pela Fazenda Pública. Assim, garantir-se-á a continuidade da empresa que tenha condições de cumprir com sua função social.

2 A COMPATIBILIDADE DO PROCESSO FALIMENTAR COM AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA: IMPOSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA FALÊNCIA COMO AÇÃO DE COBRANÇA

A falência de uma sociedade empresária significa perdas generalizadas, cuja ordem jurídica deve organizar a ordem social dos gravames, através do concurso de credores⁵⁵. Nada mais exterioriza os valores isonomia e justiça no âmbito da insolvência empresarial do que princípio do *par conditio creditorum*⁵⁶.

Antes de adentrar neste tópico, pedimos vênia para novamente reproduzir trechos do voto do Ministro Castro Filho no Recurso Especial 164.389/MG:

Ao criar privilégios, como o da incolumidade concursal para a dívida ativa do Estado, o legislador brasileiro não pretendeu coactar as possibilidades de sua cobrança judicial, mas ampliá-las. Asseveram que tal incolumidade é processual, formal, não significando dispensa

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

Lei 5172/66. Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

VI – o parcelamento.

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.

55 FERES, Marcelo Andrade. Da Constitucionalidade dos Condicionamentos Impostos pela Nova Lei de Falências ao Privilégio dos Créditos Trabalhista. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 7, n. 74, p.01-07, ago/set, 2005.

56 “O tratamento prioritário dos credores é o principal objetivo do processo falimentar. A profissionalização da administração da falência é, na verdade, mera condição para melhor atender aos direitos dos credores. A depuração da massa e a coibição da má-fé presumida da falida são, a seu turno, pressupostos para a definição dos recursos destináveis à satisfação daqueles mesmos direitos. A rigor, a falência é a tentativa de justa distribuição dos insuficientes bens da sociedade devedora entre os credores. Esse princípio do tratamento paritário, ao mesmo tempo em que assegura aos credores com título de mesma natureza a igualdade, estabelece hierarquias em favor dos mais necessitados (os empregados) e do interesse público (representado pelos créditos fiscais), relegando ao fim da fila os empresários). Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Comercial. v. 3. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 344/345.

do concurso material de preferências, nem assegurando à Fazenda o recebimento dos seus créditos⁵⁷.

No mérito da discussão sobre a legitimidade e interesse da Fazenda Pública na decretação de falência, pode-se refutar de início que a circunstância de o crédito tributário ser privilegiado, com a possibilidade de ajuizamento e continuidade da execução fiscal no curso da falência, afasta a conveniência de, em certas circunstâncias, se pleitear a quebra.

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

Mas já se viu que o executivo fiscal nem sempre leva à satisfação do crédito, diante da malícia de contribuintes sem escrúpulos, que se escondem atrás da personalidade jurídica de empresas diversas, não pagam seus débitos tributários e ainda proporcionam concorrência desleal às empresas que funcionam regularmente.⁵⁸

Insistimos que, realmente, seria precipitado admitir o requerimento de falência pela Fazenda Pública com base na impontualidade (artigo 94, I da Lei 11.101/2005). Ser impontual não significa ser insolvente. A insolvência somente restará comprovada para o Estado após o devido processo legal, que é a Execução Fiscal ou o Processo Administrativo Fiscal, onde seja assegurado o contraditório e ampla defesa.

No curso da Execução Fiscal, poderá o devedor tributário discutir judicialmente o mérito da dívida, através da apresentação de embargos à execução, de exceção de pré-executividade, ou mesmo de ação ordinária própria. Conseqüentemente, com a suspensão da exigibilidade do débito⁵⁹, não haverá interesse de agir da Fazenda Pública para requerer a falência.

Entretanto, em sendo o exigível crédito tributário e restando infrutífera a cobrança pela Execução Fiscal, por qual razão não se aplicariam

57 STJ. Resp 164389 / MG. Relator para o acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088). Julgamento em 13/08/2003. DJe de 16/08/2004.

58 Trecho do voto do Ministro Castro Filho no Recurso Especial 164.389/MG.

59 Na Execução Fiscal, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrerá da garantia do Juízo, necessária à apresentação dos Embargos. No caso de ajuizamento de ação ordinária, tal como ação anulatória de débito, ainda que posterior à Execução Fiscal e independente de garantia, apenas restará suspensa a exigibilidade da dívida ativa caso haja decisão judicial – ainda que liminar - nesse sentido.

os artigos da Lei de Falências referentes à execução frustrada⁶⁰? Assim como, caso constatado pelo agente público a ocorrência de qualquer dos atos ruinosos previstos no artigo 94, II da Lei 11.101/2005⁶¹, seja no curso da Execução Fiscal, seja no âmbito de processo administrativo regulado por lei, por qual motivo não estará justificado o interesse no pedido de falência?

Não se pode sustentar simplesmente a incompetência do Juízo falimentar para apreciar o mérito dos créditos tributários. Tal como os créditos trabalhistas que devem ser discutidos no Juízo especializado, caso haja no processo falimentar alguma impugnação legítima sobre a existência ou validade do crédito fiscal, o caminho será o ajuizamento de ação própria diretamente no juízo fazendário.

Observa-se, de forma resumida, que não existe qualquer incompatibilidade procedimental quanto à legitimidade da Fazenda Pública em requerer a falência de seus devedores com base na execução frustrada ou nos atos de falência⁶².

Com relação ao uso da Lei de Falências como meio de coação indevida ao pagamento de tributos, não há motivos jurídicos para distinguir o credor público do credor privado. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o pedido de falência não pode ser usado como sucedâneo de ação de cobrança por nenhum credor^{63 64}.

Se o pedido de falência afrontar dolosamente a lei, poderá o Estado ser responsabilizado civilmente na própria sentença de improcedência⁶⁵,

60 Lei 11.101/2005. 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;

§ 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.

Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.

61 Comprovando-se a ocorrência de qualquer dos atos previstos no artigo 94, III da Lei 11.101/2005, a falência é presumida de forma absoluta, sendo dispensável qualquer ação judicial.

62 O Juízo competente para a Fazenda Pública Federal requerer a falência de empresa devedora será o Juízo comum falimentar, diante da ressalva do artigo 109, I da Constituição Federal de 1988.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

63 REsp 920140 / MT; RESP 959695-SP.

64 Entretanto, de acordo com Rubens Requião, “sob o ponto de vista do credor, a falência, embora uma execução extraordinária e coletiva, constitui um meio de obter a cobrança de seu crédito”. REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar, 1º vol., 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 29.

65 Lei 11.101/2005. Art. 101. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.

com ação de regresso caso existente responsabilidade funcional⁶⁶. Ainda, comprovada conduta sujeita à Lei de Improbidade Administrativa, será o agente público também por ela sancionado⁶⁷.

Ademais, por determinação constitucional, o presentante da Fazenda Pública deve sempre pautar seus atos pela estrita legalidade, com a razoabilidade necessária à eficiência, de modo a alcançar o interesse público.

Ícone do direito administrativo brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello, baseado em autores italianos, faz uma importante distinção entre interesse público propriamente dito e interesse meramente das pessoas estatais, alertando que somente se admite que os agentes públicos atuem com base no primeiro:

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada [...]. Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo qua tale considerado, e muito menos dos agentes estatais⁶⁸.

Conclui Celso Antônio que o dever-poder do agente público só poderá ser validamente exercido na extensão e intensidade *proporcional* ao atendimento do escopo legal. Todo excesso é abuso, e como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado⁶⁹.

Assim, vedar a priori determinada conduta à Fazenda Pública por considerar que tende ao interesse secundário, sem análise específica do caso concreto, seria dar uma interpretação restritiva da lei, com violação à Constituição Federal. Seria, de fato, uma inversão das prerrogativas e dos privilégios, colocando o interesse do credor privado individual em posição de superioridade aos interesses de custeio das despesas públicas.

§ 1o Havendo mais de 1 (um) autor do pedido de falência, serão solidariamente responsáveis aqueles que se conduziram na forma prevista no caput deste artigo.

§ 2o Por ação própria, o terceiro prejudicado também pode reclamar indenização dos responsáveis.

66 Artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988.

67 Lei 8.429/2002. Em especial artigo 11, I. Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

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

69 *Ibidem*, p. 91.

3 O INTERESSE ESPECÍFICO NA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA: CONCURSO MATERIAL DE CREDORES E A LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico, em especial da Lei 11.101/2005 e das alterações provocadas pela Lei Complementar 118/2005 na Lei 5172/66, evidencia que a Fazenda Pública está sim sujeita a um concurso material de credores.

Apesar da previsão do artigo 187 do Código Tributário Nacional (CTN) e do artigo 29 da Lei 6830/80⁷⁰, não se pode negar que, fora do *par conditio creditorum*, os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente do trabalho preferem ilimitadamente os tributários, nos termos do artigo 186 do CTN.

Assim, no curso da Execução Fiscal, ainda que penhorados bens suficientes à garantia do crédito, o Juízo Trabalhista poderá penhorar os mesmos bens e oficiar ao Juízo Fiscal sobre a prevalência daqueles credores, *sem qualquer limite de valor*⁷¹. Logo, faz-se necessária uma revisão jurisprudencial do entendimento que, vedando a legitimidade para pedido de decretação de quebra, afirma o interesse do credor fiscal em não ver discutido seu crédito em outro juízo que não seja o especializado.

Ora, em sendo a Devedora tributária empresa insolvente, caso não haja a decretação da falência, improvável que exista patrimônio suficiente para quitar todos os débitos apurados na Justiça do Trabalho e saldo para os débitos tributários. Na prática, a execução fiscal será completamente ineficaz.

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

70 Lei 5.172/66. 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. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Lei 6830/80. Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento

71 “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATAÇÃO DE BEM. CONCURSO DE CREDORES. ORDEM PREFERENCIAL. CRÉDITO TRABALHISTA SOBRE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CRÉDITO FEDERAL SOBRE ESTADUAL, E ESTE SOBRE MUNICIPAL. PRECEDENTES. SÚMULA 83 DO STJ. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADO. SÚMULA 182 DO STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que, no concurso de credores, os créditos trabalhistas sobrepõem-se aos créditos tributários, e nestes, o concurso de preferência se verifica na seguinte ordem: os da Fazenda Federal, Estadual e Municipal. Incidência da Súmula 83/STJ. [...]”. STJ. AgRg no REsp 1254077 / SP. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgamento em 03/11/2011. DJe 11/11/2011.

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

Foi pela constatação das fraudes cometidas pelos Empregadores no intuito de prejudicar seus credores que o legislador ordinário, justificadamente^{72 73}, limitou o recebimento preferencial dos créditos trabalhistas em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos⁷⁴. Fábio Ulhoa Coelho reconhece que tal limitação objetiva “impedir que se consumam os recursos da massa com o atendimento dos altos salários dos administradores”⁷⁵.

Logo, além do interesse geral de fazer cessar as atividades da sociedade empresária insolvente, existe um interesse específico da Fazenda Pública em inaugurar o concurso de credores sob Juízo universal

72 Durante a tramitação do Projeto de Lei 4376, o Senador Ramez Tebet pontuou que o objetivo seria “impedir a corriqueira fraude utilizada por alguns empresários de má-fé, que, ao se verem na iminência de decretação da quebra, forjavam créditos trabalhistas, sobretudo com a convivência dos administradores das sociedades. Na prática, essas fraudes se exteriorizavam pelo ajuizamento de reclamatórias trabalhistas contra a empresa, por parte dos administradores ou outros altos empregados, objetivando numerários astronômicos, amparados pela alegação de direitos fictícios. Faziam-se acordos, que eram homologados pela Justiça do Trabalho e, mais tarde, na fase de habilitação de créditos na falência, eram apresentados como títulos judiciais de hierarquia prioritária”. Além disso, impondo o limite defender-se-ia o próprio trabalhador, já que o recebimento de altos valores, antes dos outros credores, prejudicavam os “ex-empregados que efetivamente deveriam ser protegidos, submetendo-os a rateios com ex-ocupantes de altos cargos”. “Longe de piorar a situação dos trabalhadores, garante a eles maior chance de recebimento, pois reduz-se a possibilidade de verem parte significativa do valor que deveriam receber destinada ao pagamento dos altos valores dos quais os ex-administradores afirmam ser credores trabalhistas”.

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

74 A limitação existe somente no caso de falência da sociedade empresária, e apenas às verbas derivadas do contrato de trabalho, não sendo aplicada à indenização proveniente de acidente de trabalho causada por dolo ou culpa do empregador ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Recuperação de Empresa: de Acordo com a Lei. 11.101/2005. 22. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 253. O crédito trabalhista que ultrapasse a quantia de 150 salários mínimos é considerado quirografário, nos termos do artigo 83, VI, e da Lei 11.101/2005. A justificativa desse limite, conforme a Emenda 343 proposta pelo Deputado Pedro Henry, foi a “(m)odificação do alcance da preferência conferida aos créditos trabalhistas, com a finalidade de melhor distribuir os recursos decorrentes da realização de ativos da empresa entre os diversos grupos de credores alcançados pela insolvência do devedor, preservando-se o objetivo macroeconômico de estimular e baratear o crédito”.

75 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v.3: Direito de Empresa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 363.

da falência, diante da limitação da preferência dos créditos trabalhistas e da possibilidade de maior controle sobre os demais créditos⁷⁶.

Na Lei 11.101/2005, as execuções fiscais não se suspendem por ocasião da decretação da falência⁷⁷. Entretanto, o produto do bem penhorado e levado à hasta pública pelo Juízo fazendário deve ser arrecadado no Juízo falimentar e submetido à ordem de classificação dos créditos para fins de pagamento. Assim, é no processo falimentar que ocorre, quando possível, a sua liquidação⁷⁸.

Portanto, em vista do princípio da supremacia do interesse público, é inconcebível que a Fazenda Pública seja excluída da legitimidade ativa para pleitear a falência do devedor, invertendo as prerrogativas em desfavor do Estado.

Encerra-se, ratificando a boa síntese da Fazenda Pública de Minas Gerais no Recurso Especial 3263363.206 - MG que “sem o concurso de credores, o ‘privilégio’ da Fazenda não tem nenhuma utilidade”⁷⁹.

76 Em doutrina contrária a que hora defendemos, o ilustre professor Sérgio Campinho expõe:

“Sempre professamos, de longa data em nossas aulas e palestras, a convicta ótica de falecer à Fazenda Pública não propriamente legitimidade, mas notadamente interesse de agir. O artigo 187 do Código Tributário Nacional, tanto na sua redação original, quanto na que lhe foi outorgada pela Lei Complementar 118/2005, é de cristalina precisão ao prescrever não estar a cobrança do crédito tributário sujeita à falência ou a qualquer concurso creditório. Sua cobrança se dá por meio da ação de execução fiscal, disciplinada na Lei 6.830/80 que, em seu artigo 29, repete a regra do artigo 187 acima referido. Ademais, a competência para processar e julgar a execução da dívida da Fazenda Pública, nos termos do artigo 5º da mesma Lei 6.830/80, exclui a de qualquer outro juízo, inclusive, prevê expressamente a norma, o da falência. [...]. E isso tudo se verifica, porquanto a cobrança de um tributo é atividade vinculada, competindo ao Estado fazer uso da ação de execução fiscal, instrumento apropriado para a satisfação do seu crédito.” CAMPINHO, Sérgio. Falências e Recuperação de Empresas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 278.

77 Lei 11.101/2005. Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

78 Lei 11.101/2005. Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;
II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

79 Continua a peça do Recurso da Procuradoria do Estado de Minas Gerais: “Somente com o concurso é que o Fisco poderá exigir a satisfação de seu direito antes dos credores comuns. Não havendo concurso, tanto o credor comum, quanto o privilegiado se utilizarão da via executiva, cada um movendo sua ação, não existindo nenhum privilégio de um com relação à outra. Seria, pois, extremamente ilógico negar à Fazenda Pública o direito de requerer a falência”.

4 CONCLUSÃO

A Fazenda Pública, objetivamente considerada, é o complexo dos recursos e obrigações financeiras do Estado. Vimos, portanto, que não se pode confundir a Fazenda Pública com a Administração Financeira ou Tributária, bem como o interesse público primário – da coletividade – com o interesse secundário, dos agentes públicos que compõe o aparelho Estatal.

Como professa Ricardo Lobo Torres, logo nas primeiras páginas de seu Curso de Direito Financeiro e Tributário,

(o)btter recursos e realizar gastos não é um fim em si mesmo. O Estado não tem o objetivo de enriquecer ou aumentar seu patrimônio. Arrecada para atingir certos objetivos de índole política, econômica ou administrativa. [...] A obtenção de receita para suprir as necessidades públicas, nota característica da atividade financeira, visa à prestação de serviços públicos e à defesa dos direitos fundamentais.

E concluiu com a maestria que lhe é peculiar que:

(a) liberdade necessita das finanças do Estado para que possa se afirmar, ao mesmo tempo em que limita o exercício da atividade financeira. A justiça na sociedade moderna passa pela fiscalidade e pela redistribuição de renda.⁸⁰

Tal constatação sintetiza uma importante característica do Estado Social e Democrático de Direito, construída não antes de longos períodos de lutas sociais e revoluções históricas. Paralelamente, coincide com a nova feição da legalidade tributária, vista a partir da reaproximação entre o Direito e a moral e da adoção do pluralismo metodológico de interpretação jurídica⁸¹.

Dentro desse contexto, não se pode negar o fato de que as sociedades empresárias e os demais atores privados, tão importantes ao desenvolvimento econômico, dependem da estrutura e da segurança fornecidas pelo Estado para gerarem lucros e riqueza, principalmente na ambivalência da sociedade de risco⁸². Assim como, a própria vida em sociedade – com a necessidade de solução para os conflitos sociais, supra-individuais e supra-nacionais – depende do controle e atuação do Estado.

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

81 Ribeiro, Ricardo Lodi, *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 25-67.

82 Ribeiro, Ricardo Lodi, *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 25-67

Tudo isso, como mencionado, tem um custo público, arcado pela incidência tributária de acordo com a capacidade contributiva. Ainda assim, apesar de parecer óbvio o dever fundamental de pagar imposto, diante da moral tributária salvacionista vigente no Brasil, o tributo é visto com grande repulsa social. Culturalmente, vive-se uma busca desenfreada pela exoneração tributária.

Como maneira de sobrepujar isso, e diante da necessidade de arrecadação e manutenção da isonomia, o Estado deve encontrar meios de conferir efetividade às normas jurídicas tributárias, através de instrumentos coercitivos. Importantes são as previsões de crimes contra a ordem tributária e a própria Execução Fiscal, com suas conseqüências administrativas. Mas, por vezes, não são suficientes para garantir o retorno do crédito público ou, ao menos, para coagir ao pagamento de tributos.

A Execução Fiscal não pode ser vista pela jurisprudência como o único e exclusivo meio idôneo de cobrança dos débitos públicos, seja por não existir garantia de eficácia, seja por retirar do Estado, sem que haja previsão legal expressa, outros meios constitucionalmente compatíveis com as prerrogativas da Fazenda Pública.

Tais prerrogativas, decorrentes da Supremacia do Interesse Público, não devem ser utilizadas como argumento para diminuir o acesso a outros instrumentos de efetividade das normas tributárias. Instrumentos este que, inclusive, estão à disposição de todo e qualquer credor. Seria penalizar o Estado pelo privilégio legal do Juízo especializado e da execução lastreada na Certidão de Dívida Ativa.

A decretação da falência de sociedade empresária insolvente, que não tenha condições de continuar exercendo sua função social, é meio coercitivo e medida necessária à manutenção da ordem econômica do país. A função social da empresa passa, necessariamente, pelo pagamento de tributos. Desse modo, não pode ser cerceado ao Estado o direito de inaugurar o *par conditio creditorium*, e fazer aplicar os severos preceitos da Lei 11.101/2005, caso esteja diante da insolvência de empresa irrecoverável.

De fato, resta afastado o interesse de agir do Fisco para a decretação da falência com base na simples impontualidade. Mas é inegável que existe o interesse jurídico geral da Fazenda Pública em iniciar o processo falimentar com base na execução frustrada ou diante da comprovação de atos de falência. Seja para fazer cessar as atividades e proteger o mercado contra o abuso econômico dos devedores tributários, seja para preservar a isonomia dos credores em concurso junto ao Juízo universal.

Por fim, considerando que, mesmo no Juízo fazendário, a Fazenda Pública está submetida a um concurso material de credores, posto que preterida por eventual penhora de créditos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho – sem qualquer limite de valor –, resta evidente que pode haver interesse jurídico específico em iniciar o concurso formal de

credores. Previu o legislador infraconstitucional que, no caso da falência, a preferência dos créditos trabalhistas está limitada a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, como forma de garantir a isonomia e obstar eventual fraude contra os demais credores.

Por tais motivos, necessária a alteração jurisprudencial para, mediante a interpretação da Lei 11.101/2005 conforme os valores e princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, reconhecer a legitimidade ativa da Fazenda Pública para o pedido de decretação de falência das empresas que não podem cumprir com sua função social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. *O Planejamento Tributário e o Direito Privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AFONSO, José Roberto; KÖHLER, Marcos Antônio; FREITAS, Paulo Springer de. “Evolução e Determinantes do *Spread* Bancário no Brasil”. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD61-JoseAfonso_MarcosKohler_PauloSpringer.pdf>.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa: de Acordo com a Lei . 11.101/2005*. 22. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, José Souto Maior. *A Isonomia Tributária na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAMPINHO, Sérgio. *Falências e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 3: Direito de Empresa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Falência – Legitimidade da Fazenda Pública para Requerê-la. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 442, ago. 1972.

ET ALLI, Marcos de Barros Lisboa. A Racionalidade Econômica na Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. Quartier Latin, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERES, Marcelo Andrade. Da Constitucionalidade dos Condicionamentos Impostos pela Nova Lei de Falências ao Privilégio dos Créditos Trabalhistas. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 7, n. 74, ago/set, 2005.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação Judicial de Empresas – Direito Concursal Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

JOHNSON, Gordon W. Nova Lei Brasileira de Falência e Recuperação de Empresas: Uma Comparação com as Normas Internacionais. In OLIVEIRA, Fátima Bayma (org.). *Recuperação de Empresas: Uma Múltipla Visão da Nova Lei*. São Paulo: Pearson, 2006.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da Imposição Tributária*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998.

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Bahia, v. 1, n. 5, ago 2001.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal*. Almedina, 2009.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (org.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoria general*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. v. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. _____. v. I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Sérgio André; FARO, Maurício Pereira. Livre Concorrência e Neutralidade Tributária. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, n. 21, jul/ago/2010.

RODRIGUES, Frederico Viana. A Recuperação de Empresas Economicamente Viáveis por Intermédio da Securitização de Créditos no Brasil e no Direito Comparado. *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 29, jul./set. 2005.

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

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional. In *A Luta pela Reforma Agrária nos Tribunais*. Porto Alegre: Companhia Rio-Grandense de Artes Gráficas, no prelo.

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

TORRES, Ricardo Lobo. A Segurança Jurídica e as Limitações ao Poder de Tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador - BA, n. 04.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. v II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

