

A FAZENDA PÚBLICA E O REQUERIMENTO DE FALÊNCIA

THE PUBLIC TREASURY AND BANKRUPTCY FILING

Rodrigo Almeida Magalhães*

Gabriel Gomes da Luz**

Resumo

O presente artigo tem por escopo apresentar uma análise conceitual ampla acerca da falência, buscando apresentar aspectos subjetivos, adjetivos e administrativos de tais conceitos e defender a legitimidade da fazenda pública no pedido de falência do empresário/devedor. Para obtenção desses resultados e conclusões utiliza-se a metodologia de pesquisa integrada, analítica, dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Falência. Poder Pública. Legitimidade.

Abstract

The purpose of this article is to present a broad conceptual analysis about bankruptcy, seeking to present subjective, adjective and administrative aspects of such concepts and to defend the legitimacy of the public treasury in the bankruptcy request of the entrepreneur/debtor. To obtain these results and conclusions, the integrated research methodology, analytical, deductive and the bibliographic research technique are used.

Keywords: Bankruptcy. Public Power. Legitimacy.

Sumário

Introdução. 1. Falência. 1.1 Noções gerais. 1.2. Objetivos e natureza jurídica. 2. Causas do pedido. 2.1. Presunção de insolvência por impontualidade (art. 94, I da LRF). 2.2. Frustração da execução (art. 94, II da LRF e 513 do CPC). 2.3. Falência por indícios legais (art. 94, III da LRF). 3. Legitimidade ativa. 3.1. Legitimidade da Fazenda Pública. 3.2. Legitimidade da Fazenda Pública e o Superior Tribunal de Justiça. 4. Efeitos da execução fiscal e efeitos da falência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Um dos eventos que normalmente acontece no mundo empresarial é o fechamento da empresa.

* Doutor e Mestre em Direito pelo PUC/MG. Professor do doutorado e mestrado em Direito da PUC/MG. Professor da Faculdade de Direito da UFMG.

** Graduando em Direito pela PUC/MG. Foi monitor de Direito Empresarial.

Diversos são os motivos que levam os empresários ou sócios decidirem encerrar as atividades, como briga societária, inaptidão administrativa, crise econômica, novos produtos, concorrência etc.

Grande parte das empresas somente terminam suas atividades com a decretação da falência. Normalmente, o pedido de falência é formulado por um ou mais credores.

O presente artigo pretende analisar a legitimidade da fazenda pública no pedido de falência. Assunto que sempre despertou muita discussão na doutrina e na jurisprudência.

O tema é relevante porque quando uma empresa entra em crise uma das primeiras dívidas que o empresário deixa de pagar são os impostos porque o Estado é mais moroso na sua cobrança e os juros pelo atraso são menores em comparação com outras dívidas.

Para essa análise a metodologia de pesquisa adotada é a integrada, analítica, dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica.

1 FALÊNCIA

1.1 Noções gerais

Na obra de William Shakespere, o mercador de Veneza, temos uma passagem na qual o personagem Shulock diz de um falido: “Esse é outro mau companheiro de negócios que arranjei: um falido, um pródigo, que mal ousa mostrar a cabeça no Rialto; um mendigo que antes se apresentava tão vaidoso no mercado; ele que tome cuidado com aquela letra.” Tal letra oferecida pelo mercador como garantia de seu pagamento era um pedaço de seu próprio coração, conforme afirma Gladston Mamede (2008, p. 2).

Feita a análise dessa passagem da obra do dramaturgo William Shakespere, percebe-se que do mundo dos romances para o mundo real não havia tantas mudanças, a insolvência na idade média era vista como um motivo de desonra e infâmia, um estado análogo ao crime, uma nódoa indelével na história de uma pessoa. É uma tendência antiga, que tem em seu histórico até sustentação jurídica, como na prática de considerar infames os falidos (*fallit sunt infames et infamissimi*) (BARRETO, 1938, p. 106-107).

No entanto, com o passar dos anos, o direito comercial foi evoluindo no Brasil e no mundo, até que foi promulgada, no Brasil, a lei nº 11.101 de 2015 (LRF), que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade

empresária. Tal lei tem por escopo não só o princípio da *par conditio creditorum* (a igualdade dos credores), mas também a garantia geral do crédito e do ponto de vista da análise econômica do direito, a eliminação das empresas econômica e financeiramente arruinadas, em razão das perturbações e perigos que poderiam causar ao mercado, ao afetar a higidez de outros organismos.

A visão pejorativa do empresário insolvente deixou de ser vista de tal forma tendo em vista a ampliação dos riscos da atividade empresarial. Pode-se inferir que o ramo empresarial é impactado por diversos fatores internos e externos que influenciam no desenvolvimento das atividades e no resultado final das operações.

Nas palavras do Ministro Herman Benjamin: “Risco do desenvolvimento é aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período e uso do produto e do serviço” (BENJAMIN, 2010. p. 67).

Alinhando-se a isto, o processo falimentar tem por designo criar uma liquidação forçada do patrimônio do empresário/devedor. A expressão falência vem de *fallere* (faltar, enganar), a igualdade dos credores mantendo ainda a ideia da situação daquele que falta com o compromisso.

Alfredo Rocco afirma que “a falência, sob o ponto de vista econômico, representa um fato patológico no desenvolvimento da economia creditícia, vale dizer, ela é o efeito do anormal funcionamento do crédito” (ROCCO, 1917, p. 3), “é um estado jurídico instaurado por um provimento jurisdicional para solucionar as relações oriundas da insolvência do agente econômico inviável, tendo em vista o tratamento equitativo de seus credores” (FAZZIO, 2005, p. 126).

Convém advertir que o procedimento concursal da falência, previsto na lei 11.101 de 2015 (LRF), é cabível unicamente aos empresários e a sociedades empresárias, pela interpretação do art. 1º da referida lei: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.

O conceito de empresário advém do próprio Código Civil, que em seu art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Ainda, no que tange o pressuposto subjetivo da referida lei, excluem-se do procedimento concursal as empresas públicas e sociedades de economia mistas (Art. 2º,

I da LRF), e ainda a matéria foi discutida no Recurso Extraordinário (RE) 1.249.945 - MG, que teve a repercussão geral reconhecida por unanimidade pelo Plenário Virtual da Suprema Corte (Tema 1.101). Acrescenta-se que as instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores também são partes ilegítimas para figurar tanto no procedimento recuperacional quanto no falitório (art. 2º, II da LRF).

Costumeiramente a doutrina majoritária enumera três princípios primordiais do procedimento da falência, sendo eles: (a) a igualdade entre os credores (*par conditio creditorum*); (b) a economia processual; e (c) a celeridade processual.

É de suma importância observar a igualdade entre os credores no sentido de que todos os credores terão direitos iguais no processo de falência, ressalvadas as preferências estabelecidas pela legislação. Do mesmo modo, todos os credores suportarão os prejuízos decorrentes da falência do devedor. Não há um nivelamento entre os credores, mas um tratamento adequado às peculiaridades de cada um.

O tempo destrói os bens do falido, prejudicando todos os envolvidos: credores, empresários, sócios, trabalhadores e demais interessados, como as pessoas interessadas em adquirir os bens da massa falida, o administrador judicial. Por isso, nasceu do constituinte a preocupação da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), princípio o qual foi exportado para o direito concursal.

Em consonância com a ideia de processo eficaz, deve o processo falimentar visar não só a razoável duração, mas também o custo, não sendo o processo um fim em si mesmo, mas um meio para que os objetivos da falência sejam alcançados. Conclui-se que os atos praticados ao longo do processo falimentar devem ser realizados da forma menos custosa e mais efetiva de forma a maximizar os bens do falido.

1.2 Objetivos e natureza jurídica

Já foi escrito que a falência representa um fato patológico no desenvolvimento da economia creditícia, tendo em consideração tal anomalia infelizmente existente entre as relações empresariais, o legislador foi correto ao criar o procedimento falimentar. No

que tange aos seus objetivos não há controvérsia, pois o mesmo pode ser extraído por meio do art. 75 seguidos de seus incisos I, II e III da lei 11.101 de 2005:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:

- I - preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa;
- II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e
- III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

Nada obstante, doutrinariamente a natureza jurídica do procedimento falitório é amplamente controvertido e debatido entre os juristas.

Para alguns autores, a falência vem a ser um instituto de direito substancial, Francesco Ferrara leciona que é a falência instituto de direito material; é um acontecimento, um fato jurídico (FERRARA, 1959). Para essa concepção acerca da Falência, as regras falimentares são de direito material, por derradeiro, o fato de existir processo falimentar serviria meramente de acessório às normas de direito substantivo, ou seja, o processo (autos processuais) seria meramente a instrumentalização da tutela jurisdicional exercida por meio do Estado-Juiz.

Parte da doutrina perfilha a ideia de que o procedimento falitório tem natureza meramente processual, ou seja, a falência é vista como um procedimento, onde se encontra fortes características de processos dotados de força executiva, jurisdição voluntária, processo cautelar e, ainda, administrativo, tratando-se então de uma execução coletiva que recai sobre a sociedade empresária e o empresário individual.

A falência, em última análise, é execução processual coletiva, realizada em Juízo, dirigida e supervisionada pelo Juiz. Nela estão os credores, mas cada qual defendendo o seu direito individual, embora deliberando coletivamente, subordinados a regras especiais, mercê da comunhão de interesses. Obriga-os a lei a respeitar, durante todo o curso do processo, o princípio da igualdade, são suspensas as ações individuais, os credores são chamados ao processo e sujeitos ao quadro geral elaborado pelo juiz. O processo falimentar tem natureza cognitiva e executória, mas é predominantemente executória.

2 CAUSAS DO PEDIDO

Para a decretação da falência do agente econômico devedor, deve ficar caracterizado um estado de crise econômico-financeira que fundamente razoável presunção de insolvência patrimonial, ou seja, fundado pelo requisito material objetivo. A tipificação dessa conjuntura pode derivar de confissão do próprio devedor (liquidação voluntária) ou, no caso da liquidação forçada, de presunção de insolvência (FAZZIO JÚNIOR, 2019).

A causa de pedir na ação constitutiva de falência, salvo o caso da autofalência, é a insolvência presumida do devedor. Essa presunção relativa é fundada em impontualidade (art. 94, inciso I da LRF); frustração de execução (art. 94, inciso II da LRF) e indícios legais (art. 94, inciso III da LRF).

2.1 Presunção de insolvência por impontualidade (art. 94, I da LRF)

O sistema da impontualidade injustificada do devedor está previsto no inciso I do art. 94 da LRF, o qual prevê a possibilidade e as condições da decretação da falência do empresário/devedor que “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”.

O legislador se preocupou em fixar um valor mínimo para o pedido de falência da sociedade empresária ou do empresário individual com vistas a criar uma espécie de piso de inadimplemento, para que seja impossibilitado de realizar a quebra de uma empresa no que tange a dívidas irrisórias, priorizando de certa forma o princípio da preservação da empresa (COELHO, 2008, p. 08).¹

Nesse sentido entendeu o egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 959.695 - SP: “Apesar de o art. 1º do Decreto-lei nº 7.661/45 ser omissivo quanto ao valor do pedido, não é razoável, nem se coaduna com a sistemática do próprio Decreto, que valores insignificantes provoquem a quebra de uma empresa”.

¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13: “[...] no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; [...]”.

Nessas circunstâncias, há prevalecer o princípio também implícito naquele diploma, de preservação da empresa.

A fixação de um valor mínimo também dificulta uma forma de cobrança mais efetiva que a simples execução.

Ainda no mesmo inciso e artigo da referida lei é possível aferir mais duas condições da impontualidade injustificada do devedor: a necessidade do protesto do título que embasa a dívida e a materialização em título executivo judicial ou extrajudicial.

Portanto, fica claro que a única forma de demonstrar a impontualidade (sem razão de direito, no dizer da lei) é o protesto do título. Não se admite nenhum outro meio de prova - testemunhal ou pericial - para a comprovação do inadimplemento do devedor: apenas o protesto serve a essa finalidade.

2.2 Frustração da execução (art. 94, II da LRF e 513 do CPC)

Dinamarco conceituou execução como o “conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material” (DINAMARCO, 1997, p. 115).

No inciso II do art. 94 da LRE, permite-se o pedido de falência do devedor quando este, “executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”. Trata-se da chamada execução frustrada, que se caracteriza pela inadimplência do devedor quando citado em processo executivo.

Portanto, execução frustrada é a tentativa infrutífera de satisfação do crédito pretendido pelo exequente em demanda judicial, ato o qual abre a possibilidade para o procedimento de liquidação forçada pela falência do executado.

2.3 Falência por indícios legais (art. 94, III da LRF)

A legislação falimentar brasileira possibilita que o pedido seja lastreado na prática dos chamados atos de falência, que são enumerados no inciso III da LRF, o qual consta das alíneas um rol taxativo de atos de falência.

Conceituam-se atos de falência as práticas que revelam graves dificuldades patrimoniais, suscetíveis de colocarem em risco os direitos dos credores. Para pedir a

falência, ao credor não é necessária a existência de título vencido ou protestado. Deve haver provas dos fatos que caracterizaram o pedido.

Caracterizam-se *acts of bankruptcy*, ou seja, as manifestações do estado de insolvência: expedientes ruinosos ou fraudulentos; negócio simulado ou alienação do ativo; transferência do estabelecimento (para que haja a transferência do estabelecimento sem acarretar o pedido de falência deve a alienação ser notificada aos credores do empresário, a venda dever ter o consentimento de todos os credores, expressamente, ou de modo tácito, pelo decurso de 30 dias após a notificação, sem qualquer oposição dos mesmos credores; ou vendendo, muito embora sem a anuência de seus credores e ficar o devedor empresário com bens suficientes para solver seu passivo); outorga fraudulenta de garantia real; ausência ou abandono² (a ausência do titular da empresa, o abandono do estabelecimento ou a tentativa de ocultação) ou o não cumprimento da recuperação judicial.

3 LEGITIMIDADE ATIVA

O art. 97 da LRF prevê as pessoas que podem pedir a falência do empresário.

A falência pode ser decretada em virtude de requerimento apresentado pelo próprio devedor que, estando em crise econômico-financeira, expõe ao juiz as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, se não puder pleitear sua recuperação judicial em razão do não atendimento aos requisitos legalmente estabelecidos para a concessão do benefício. Tem-se a inviabilidade da atividade confessada pelo empresário. É a chamada autofalência (art. 97, I da LRF).

No que tange o tema da autofalência, André Luiz Santa Cruz Ramos ressalta que o pedido de falência feito pelo próprio devedor é uma hipótese rara na prática, pois o devedor em crise costuma tomar duas atitudes: não aceitar que sua crise é irremediável, insistindo na atividade até ser, eventualmente, a sua falência decretada a pedido de terceiro, normalmente um credor, ou encerrar a atividade empresarial, muita das vezes sem a observância das regras legais impostas para tanto (é a chamada dissolução irregular) (RAMOS, 2022, p. 1035).

² A lei mexicana de concursos mercantis estabelece presunção de descumprimento generalizado das obrigações, pelo devedor, nos casos previstos nos incisos III e IV de seu art. 11, ou seja, ocultar-se ou ausentar-se, sem deixar à frente da administração ou operação de sua empresa alguém que possa cumprir suas obrigações, ou ainda “el cierre de los locales de su empresa”.

A regra do art. 97, II, da LRF, é aplicada ao empresário individual, e não a sociedade empresária. A referida regra legitima o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante do empresário individual a requerer a falência.

O art. 97, III, da LRF provém à possibilidade do pedido de falência feito por parte do quotista ou do acionista da sociedade que também é pouco usual na praxe empresarial, vale destacar que não se trata de autofalência, porque nesta o pedido teria que ser feito pela própria sociedade empresária.

Por fim, o art. 97, IV, da LRF, indica que qualquer credor pode requerer a falência do devedor. Assim, sendo titular de uma obrigação líquida não paga no vencimento sem que haja relevante razão de direito para não fazê-lo, o credor terá a legitimidade processual ativa para requerer a falência do devedor, independentemente da natureza do seu crédito, na hipótese prevista no inciso I do art. 94. Se a hipótese corresponder à prática de atos falimentares, sobretudo aqueles previstos nas alíneas do inciso III do mesmo artigo, bastará ao credor demonstrar essa condição, independentemente do vencimento do título e de sua natureza e a hipótese de execução frustrada prevista no inciso II.

3.1 Legitimidade da Fazenda Pública

Feito o reparo sobre a legitimidade ativa no pedido falimentar, será analisada a legitimidade da Fazenda Pública.

Muito se discutiu durante a vigência do Decreto-lei nº 7.661/1945, se a Fazenda Pública teria interesse processual para requerer a falência do devedor, isto é, se o crédito fiscal era ou não suficiente para que seu titular estivesse habilitado para pedir a falência.

A tese mereceu um importante estudo jurídico, largamente divulgado na imprensa e nas revistas especializadas, sendo inclusive enfeixados numa publicação da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Opinaram afirmativamente J. Netto Armando e Fábio Konder Comparato (ARMANDO, COMPARATO, 1995, Falência de Contribuinte Promovido pelo Fisco, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo) (REQUIÃO, 1989, p.62).

Comparato afirma que a certidão da dívida ativa é documento hábil para ensejar à Fazenda do Estado requerer a falência de contribuinte com base na impontualidade, bastando que se providencie o protesto da aludida certidão. O mesmo autor também responde afirmativamente na diretriz de que a Fazenda Pública tem legitimidade

processual para requerer a falência do comerciante com fundamento na execução frustrada e atos de falência, defendendo ainda que o fisco, neste caso, não perderá o privilégio que ornamenta seu crédito, o qual não se confunde com um direito real de garantia (ARMANDO, COMPARATO, 1995, p. 29).

J. Netto Armando, que atuou como Curador Fiscal das Massas Falidas na Capital paulista, em seu célebre parecer sobre a legitimação ativa da Fazenda Pública (União, Estados e Municípios), com fundamento no art. 209 do CTN, respondeu afirmativamente para sustentar a possibilidade de formulação do pedido de quebra pelo Fisco, invocando o art. 9º, inciso III, letra "b" do Decreto-Lei 7.661. de 21/6/45 (lei de falência anterior). Sustentou com firmeza que o Fisco pode requerer a falência, seja com fundamento na impontualidade, seja com base na execução frustrada ou nos atos de falência, previstos nos artigos 1º, "caput" e 2º do revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945, afirmando ainda: "sem renunciar ao seu privilégio que, dessarte, permanece íntegro e afirma também ser incontrariável o "interesse de agir" que tem a Fazenda Pública para peticionar a falência de contribuintes inadimplentes (ARMANDO, COMPARATO, 1995, p. 15).

Aqueles que entendem que a fazenda pública não possui legitimidade, partem do entendimento de que a execução fiscal é mais célere que o processo de falência, mas não analisam que os efeitos de uma execução fiscais são diferentes dos efeitos da decretação da falência.

Diante da ausência de restrição na atual lei falimentar, pode-se concluir que, sob a rubrica de qualquer credor, estará incluída a Fazenda Pública, legitimada para o pedido de falência de devedor de tributo, em que pese os ponderáveis argumentos, inclusive os de natureza metajurídica restringentes da possibilidade de a fazenda pleitear falência do devedor.

Pela redação original do Decreto 7.661/45, lei de falência anterior a atual, como as execuções fiscais não se suspendiam em razão da decretação de falência, a Fazenda Pública não precisava formular pedido de habilitação de crédito ao administrador judicial: o próprio juízo da execução fiscal comunicava ao juízo falimentar do crédito tributário exequendo, o qual era devidamente inscrito no quadro geral de créditos (RAMOS, 2022, p. 1103).

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça entendia que os arts. 187 do CTN e 29 da Lei 6.830/190 não representavam óbices à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência, conferindo, na verdade uma prerrogativa ao ente público em

poder apontar pela execução fiscal ou pela habilitação diretamente nos autos da falência. No entanto, o STJ também deixava claro que, escolhendo o ente estatal um dos ritos (execução ou habilitação crédito), ocorreria a renúncia do outro – “ou a paralisação de sua tramitação, especialmente caso de a ação executiva ter sido ajuizada anteriormente à quebra -, na medida não pode admitir *bis in idem*” (REsp 1.857.055) (RAMOS, 2022, p. 1103).

Contudo, o legislador, em 2020, previu um incidente de classificação do crédito público. Ricardo Negrão afirma que, na reforma introduzida pela Lei n. 14.112/2020, acolheu a redação trazida pelo PL 10.220/2018 e, numa visão voltada a dar melhores garantias ao crédito fiscal, instituiu uma nova modalidade de acerto de crédito destinado a classificar os créditos das Fazendas Públicas credoras (NOGUEIRA, 2022, p. 71).

No que se refere o tema do incidente, o mesmo autor assevera que, aquele (art. 7º-A) deve ser instaurado de ofício pelo Magistrado exclusivamente na falência logo após as intimações previstas no inc. XIII do art. 99. Para isso, o juiz determinará que as Fazendas (Federal, Estadual e Municipal) apresentem, no prazo de 30 dias, a relação de seus créditos inscritos na dívida ativa, com cálculos e classificação, bem como informações sobre a situação atual desse crédito. Os créditos ainda não inscritos poderão ser informados em momento posterior, mas serão objeto de reserva para futuro pagamento (NOGUEIRA, 2022, p. 71).

No que concerne o prazo, assevera Marcelo Sacramone, que esse prazo de 30 dias para a apresentação da relação de créditos, contudo, não é preclusivo. Em face dos créditos não definitivamente constituídos, não inscritos em dívida ativa ou com exigibilidade suspensa, a Fazenda Pública poderá se habilitar em momento posterior, por expressa disposição legal. Quanto aos demais, ainda que tenha perdido o prazo, poderá promover habilitação retardatária, nos termos do art. 10 da LRF. (SACRAMONE, 2022, p. 128).

Realizada a manifestação por parte da Fazenda Pública no incidente, o empresário devedor, seus demais credores e ao administrador judicial será concedido prazo facultativo de 15 dias para apresentação de objeções ao crédito (art. 7º-A, § 3º, I). Posteriormente, a ente público terá 10 dias para prestar esclarecimentos, e o incidente caminha para a decisão sobre o crédito (art. 7º-A, § 3º, II). Enquanto não houver julgamento definitivo, os créditos são reservados para posterior rateio na classe dos

créditos tributários (art. 7º-A, § 3º, III); sobressaindo decisão judicial confirmando a veracidade e o valor dos créditos apresentados pela Fazenda Pública, esses são incluídos em definitivo no quadro geral de credores (art. 7º-A, § 3º, IV). Previamente à homologação do quadro geral de credores, contudo, o administrador e o ente público credor devem se manifestar sobre o status do crédito, a fim de serem mantidos ou excluídos (art. 7º-A, § 3º, V).

As execuções fiscais permanecerão suspensas contra o falido até o encerramento da falência, já que os créditos serão habilitados na falência, mas as execuções fiscais poderão continuar contra os corresponsáveis (art. 7º-A, § 4º, V).

3.2 Legitimidade da Fazenda Pública e o Superior Tribunal de Justiça

Não obstante exista controvérsia doutrinária sobre o tema, o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem diversos precedentes no sentido de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, nem interesse de agir, para pedir falência do devedor.³

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível, deixou assentado sob ementa que o fisco estadual, ainda que detentor de direito líquido e certo (Apelação cível 75.1754-2; Rel. Des. Abreu Leite, j. em 01.07.1997.), representado por CDA não tem interesse de processual para pleitear a “quebra” do devedor de tributo.

Em virtude de recurso interposto, o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão no Recurso Especial nº 164.389, no qual restou entendido que a Fazenda Pública não tem legitimidade e tampouco interesse de agir no requerimento do decreto de falência do devedor fiscal.

Ao proferir o seu voto no julgamento do referido recurso o Ministro Antônio de Pádua asseverou que: “De qualquer forma, não é o privilegio que impede o fisco de pedir falência, mas a natureza de seu crédito.” Por sua vez, o Ministro Ruy Rosado esclareceu que: “Se ao Estado é dado requerer falência, isso é não é uma possibilidade, é um dever. Se o Estado querer 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.” Já o Ministro Ari Pargendler assinalou que: “A sentença de falência, não pode resultar de uma mera certidão de dívida

³ Nesse sentido: STJ, REsp 287.824/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 20.02.2006.

ativa no âmbito de processo administrativo controlado pela própria Fazenda Pública” (FILHO, 2007, p.181).

Conclui-se que o STJ entende que a Fazenda Pública dispõe de instrumentos específicos para a cobrança do crédito tributário, a lei 6.380/1980 (lei de execuções fiscais), faltando-se interesse de agir no que tange a adequação procedimental do pedido.

No mesmo sentido da jurisprudência do STJ, foi aprovado o Enunciado 56 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: “A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário.” (RAMOS, 2022, P. 1041).

Verifica-se que existem, conforme exposto acima, várias opiniões que entendem a ilegitimidade da fazenda pública para o requerimento da falência de um empresário.

4 EFEITOS DA EXECUÇÃO FISCAL E EFEITOS DA FALÊNCIA

Outro argumento favorável a legitimidade da fazenda pública para o requerimento da falência está relacionado aos efeitos da falência que se diferem e muito dos efeitos da execução fiscal.

Na própria ação que solicita a falência do empresário, existe o depósito elisivo que impede que a falência seja decretada. Quando o credor requer a falência do empresário, o juiz, verificando que a petição inicial está em ordem, manda citar o empresário. Ele poderá, no prazo de 10 (dez dias), depositar o valor reclamado, elidindo a falência. O depósito elisivo impede a falência requerida, deslocando a questão para o exame da legitimidade do crédito reclamado. Ele deve abranger o principal do débito, juros, correção monetária, honorários advocatícios e custas processuais (art. 98, § único). Uma vez feito o depósito elisivo, nenhum recurso possui o credor pelo fato de o juiz não decretar a falência requerida. Com isso, mesmo antes da decretação da falência, a lei 11.101/2005 (LRF) prevê uma forma mais rápida de pagamento que a execução fiscal.

A sentença que decreta a falência também prevê, entre outros efeitos, o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º; proibirá a prática de qualquer ato de

disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do empresário se autorizada a continuação provisória da atividade econômica; determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime falimentares definido na Lei 11.101/2005; determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido.

Após decretada a falência, o administrador deverá, no prazo de até 60 (sessenta) dias, contado do termo de nomeação, apresentar, para apreciação do juiz, plano detalhado de realização dos ativos, inclusive com a estimativa de tempo não superior a 180 (cento e oitenta) dias a partir da juntada de cada auto de arrecadação.

Todos esses efeitos da sentença falimentar não existem na execução fiscal, o que demonstra que os efeitos da falência podem ser mais benéficos para a fazenda pública. Analisar-se-á cada um dos efeitos listados acima.

O termo legal abrange um lapso temporal imediatamente anterior à decretação judicial da falência, até 90 dias, período em que os atos praticados pelo empresário são passíveis de ineficácia e revogabilidade, porque o estado patrimonial negativo já se manifestava, tenha ou não havido a má-fé. O termo legal tem por objetivo arrecadar uma maior quantidade de bens do empresário. O entendimento é que a falência não ocorre de um único ato, mas de uma série de atos praticados antes da decretação da falência.

Quando o juiz ordena a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido e proíbe a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, facilita a arrecadação dos bens do empresário que faliu, o que é muito útil para a fazenda pública porque torna mais fácil o recebimento dos valores devidos pelo empresário.

Igualmente ao determinar as diligências necessárias para salvaguardar os interesses dos credores, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime falimentares definido na Lei 11.101/2005 porque impede que os bens sejam vendidos antecipadamente com o objetivo de prejudicar todos os credores.

Ao determinar a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido possibilita a

arrecadação dos bens do empresário falido e gera maior possibilidade de pagamento das dívidas com a fazenda pública.

Também com a falência ocorre a arrecadação dos bens do falido, que será realizada pelo administrador judicial, com a finalidade de saber a real condição econômica do empresário falido. Já que a fazenda pública recebe antes dos credores quirografários, que são normalmente a maior parte dos credores, também aumenta a possibilidade de recebimento da fazenda pública de seus créditos.

Outro efeito da sentença falimentar é a perda pelo falido da administração e disponibilidade de seus bens, o que faz com que ocorra uma melhor arrecadação de seus bens e amplia a possibilidade de recebimento da fazenda pública de seus créditos.

Também a decretação da falência impõe aos representantes legais do falido os seguintes deveres: tratando-se de sociedade, os nomes e endereços de todos os sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores, apresentando o contrato ou estatuto social e a prova do respectivo registro, bem como suas alterações; o nome do contador encarregado da escrituração dos livros obrigatórios; seus bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento; se faz parte de outras sociedades, exibindo respectivo contrato; suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu; entregar ao administrador judicial os seus livros obrigatórios e os demais instrumentos de escrituração pertinentes; não se ausentar do lugar onde se processa a falência sem motivo justo e comunicação expressa ao juiz, e sem deixar procurador bastante, sob as penas cominadas na lei; entregar ao administrador judicial, para arrecadação, todos os bens, papéis, documentos e senhas de acesso a sistemas contábeis, financeiros e bancários, bem como indicar aqueles que porventura estejam em poder de terceiros; apresentar ao administrador judicial a relação de seus credores, em arquivo eletrônico. Todas estas obrigações têm por objetivo facilitar o pagamento dos credores, inclusive da fazenda pública.

Ainda existe a ação revocatória por dano, prevista no art. 129. A revocatória por dano torna ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;

II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;
III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;
IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência;
V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência;
VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;
VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior.
Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo. (art. 129)

Todos os efeitos narrados visam a arrecadar e possibilitar o pagamento dos credores. Esses efeitos não são encontrados na execução fiscal.

CONCLUSÃO

Existem muitos argumentos favoráveis e contra a legitimidade da fazenda pública no requerimento da falência.

Para quem alega a ilegitimidade o argumento é que a execução fiscal é um procedimento mais célere que a falência.

Os que defendem a legitimidade da fazenda pública partem da própria Lei 11.101/2005 que estabelece que todos os credores têm legitimidade para solicitar a falência do empresário. Ainda argumentam que os efeitos da falência são distintos da execução fiscal como demonstrado.

Com a alteração provocada pela Lei 14.112/2020 na Lei 11.101/2005, os argumentos favoráveis a legitimidade da fazenda pública aumentaram, pois foi estabelecido um procedimento próprio para a habilitação dos créditos fiscais e as execuções fiscais permanecerão suspensas contra o falido até o encerramento da falência (art. 7º-A, § 4º, V).

REFERÊNCIAS

- ARMANDO, J. Netto; COMPARATO, Fábio Konder. Falência de Contribuinte Promovido pelo Fisco. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual de Minas Gerais*, n. 20, 1995.
- BARRETO, Cunha. Depósito elisivo do estado falimentar. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 35, v. 75, jul./set. 1938.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2010.
- CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. VII.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.
- FERRARA, Francesco. *Il fallimento*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1959.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. Volume 4. 2. ed.. São Paulo: Atlas. 2008.
- NEGRÃO, Ricardo. *Falência e recuperação de empresas: aspectos objetivos da Lei n. 11.101/2005*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Manual de direito empresarial*. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2022.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ROCCO, Alfredo. *Il fallimento*. Torino: Fratelli Bocca, 1917.
- SACRAMONE, Marcelo B. *Comentários à Lei Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

Submetido em 18 de setembro de 2022.

Aprovado para publicação em 31 de dezembro de 2023.

