



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA SILVA DOS SANTOS

**A LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA E O INTERESSE DE AGIR
DE A FAZENDA PÚBLICA REQUERER A FALÊNCIA DO DEVEDOR
EMPRESÁRIO**

Salvador
2020

FERNANDA SILVA DOS SANTOS

**A LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA E O INTERESSE DE AGIR
DE A FAZENDA PÚBLICA REQUERER A FALÊNCIA DO DEVEDOR
EMPRESÁRIO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito,
Programa de Graduação em Direito, Universidade Federal
da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Maurício Dantas Góes e Góes.

Salvador
2020

FERNANDA SILVA DOS SANTOS

**A LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA E O INTERESSE DE AGIR
DE A FAZENDA PÚBLICA REQUERER A FALÊNCIA DO DEVEDOR
EMPRESÁRIO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 16 de dezembro de 2020

Banca Examinadora

Maurício Dantas Góes e Góes – Orientador _____
Mestre pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Douglas White _____
Doutor pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Wilson Alves de Souza _____
Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal
Universidade Federal da Bahia

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Marinalva e Ivan,
e a minha doce e gentil irmã, Franciele.

AGRADECIMENTOS

As primícias do meu agradecimento são dadas ao Senhor Deus, por tudo que tem feito por mim, pelo amor, pelas lições por meio da sua Palavra, por estar me abençoando e me ensinando, diariamente, a ser uma pessoa melhor. Nós nunca nos deixaremos sós, Senhor.

Agradeço aos meus amados pais, Marinalva e Ivan, amados avós e, também, amados tios avós, à minha irmã, Franciele Silva dos Santos, por todo o amor de sempre.

Agradeço aos seres queridos, conhecidos também como meus professores, a todos eles, por terem contribuído para minha formação. Especialmente aos meus três pais acadêmicos, quais sejam Professor Salomão, Professor João Glicério e Professor Maurício.

Em especial, agradeço ao Professor Luiz Salomão Amaral Viana, como não poderia deixar de fazê-lo, em razão da minha eterna gratidão por este ser me ensinar tão bem o Direito Processual Civil, me apresentando com maior verticalidade aquela disciplina que é o amor mais puro que encontrei na graduação. A sua forma incrível de ensinar, querido Professor, fez com que o Direito Processual Civil conquistasse completamente o coração dessa aluna e, por isso, lhe sou eternamente grata!

Não menos especial e merecendo diversas linhas na página dos meus agradecimentos, está o querido Professor Dr. João Glicério de Oliveira Filho, aquele que me acolheu enquanto sua monitora, por alguns semestres, aquele me ensinado as primeiras e mais preciosas lições de Direito Falimentar, além de ser, também, quem me permitiu navegar no estudo das empresas em crise, com o seu Grupo de Pesquisa sobre Recuperação Judicial. Sem sua contribuição, querido Professor, essa sua aluna e discípula não desenvolveria o amor pelo estudo das empresas em crise, conseqüentemente, este trabalho sequer teria nascido com esse tema, em que pese a abordagem ter sido dada com a ótica do Direito Processual Civil, como não poderia deixar de ser.

Ainda dentro dos agradecimentos mais que especiais, está o agradecimento ao meu querido Orientador, Professor Me. Maurício Dantas Góes e Góes, do qual serei eternamente grata por haver me escolhido e acolhido como orientanda. Com efeito, o Professor Maurício, além de ter contribuído significativamente com a confirmação do meu amor por Direito Processual Civil, quando de suas aulas práticas, sempre se mostrou solícito e compreensivo, um Professor que olha o aluno em sua individualidade. Admiro muito o seu empenho, zelo com a boa técnica e excelente trato com os seus alunos! Sou muito grata de ter sido sua aluna, bem

como de ter sido acolhida como sua orientanda, é mais que uma satisfação, é a realização de um lindo sonho.

Além disso, agradeço aos meus queridos Examinadores, Professores que se mostraram bastante compreensivos e atenciosos quando convidados para compor parte desse momento único em minha vida. Jamais poderei esquecer tal gesto de carinho e acolhimento!

Agradeço ao Defensor Público Federal Vladimir Ferreira Correia, um ser que me ensinou a defender com garra, mas com respeito, os seus valores e os seus assistidos. Um ser com um coração lindo, que me ensinou muito do que certamente será o meu trabalho no decorrer do restante de minha vida. Querido Vladimir, sou eternamente grata a ti!

Agradeço ao Professor Cláudio Calo, por fortalecer, com suas aulas, algumas noções minhas sobre a falência.

Por derradeira, agradeço ao Professor e Defensor Público do Rio de Janeiro, Marcos Paulo Dutra, por não ensinar apenas Direito e sim como raciocinar hermeneuticamente. É, querido Professor, seu surpreendente modo de lecionar só confirma a felicidade que tenho de ter escolhido a Graduação em Direito. Tens todo o carinho e admiração dessa aluna.

Por último, agradeço aos meus amigos, em especial Carlene, uma Assistente Social Baiana que me inspira enquanto pessoa e profissional, agradeço também aos meus familiares, por todas as diversas vezes que me ajudaram e me proporcionaram dias mais lindos, especialmente Ioneide, pessoa que sempre tem me ajudado, bem como Érica, uma vizinha querida.

Ora, a fé é a certeza de coisas que se esperam,
a convicção de fatos que não se veem.

Hebreus (11:01)

SANTOS, Fernanda Silva dos. **A legitimidade processual ativa e o interesse de agir de a Fazenda Pública requerer a falência do devedor empresário**. Orientador: Maurício Dantas Góes e Góes. 2020. 97 folhas. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

RESUMO

A presente monografia discute a legitimidade ativa processual e o interesse de agir da Fazenda Pública ajuizar a execução falimentar do devedor empresário. O método investigativo utilizado foi a revisão de literatura, incluindo pesquisa na legislação nacional, vigente e revogada, artigos científicos, doutrina, dissertações de mestrado, teses de doutorado e julgados de tribunais brasileiros. O objetivo geral foi descobrir se a Fazenda Pública possui legitimidade ativa processual e interesse de agir em ajuizar uma execução falimentar do devedor empresário. Os objetivos específicos versaram sobre a análise individual de cada causa de pedir falimentar e a hipótese foi de que somente o Erário está autorizado a propor a execução concursal do empresário inadimplente quando presente uma execução fiscal frustrada ou a prática de algum dos atos de falência. Ao final concluiu-se pela confirmação das hipóteses levantadas, bem como pela necessidade de novos estudos sobre o tema, a fim de oferecer subsídios ao Poder Público quanto à fixação de critérios que garantam a impessoalidade em cada requerimento.

Palavras-chaves: Falência. Execução. Crédito tributário. Fazenda Pública. Legitimidade. Interesse de agir.

ABSTRACT

The present monography discuss the legal standing process and the interest of the Public Treasury to judge the bankruptcy execution of the business debtor. The investigative method used was literature review, including research in national legislation, current and repealed, scientific articles, doctrine, masters degree dissertations, doctoral thesis and judgments of Brazilian courts. The overall objective was to find out if the Public Treasury has the legal standing process and the interest to act of the Public Treasury to judge the bankruptcy execution of the businessman debtor, the specific objectives have versed about the individual analysis of each cause to request bankruptcy and the hypothesis was that only the Erary is authorized to propose the concourse execution of the defaulter businessman when present tax enforcement frustrated or the practice of any of the bankruptcy acts. In the end it was concluded by the confirmation of the hypothesis raised, as well as by the need of new studies on the tem in order to offer subsidies to the Public Power regarding the establishment of criteria that guarantee impersonality in each request.

Keywords: Bankruptcy. Execution. Tax credit. Public Finance. Legitimacy. Interest in acting.

RESUMEN

En esta monografía se analiza la legitimidad procesal activa y el interés del Estado en la declaración de quiebra del deudor empresarial. El método de investigación utilizado fue la revisión de la literatura, incluida la investigación en la legislación nacional, vigente y revocada, artículos científicos, doctrina, tesis de maestría, tesis doctorales y sentencias de los tribunales brasileños. El objetivo general era averiguar si el Estado tiene la legitimidad procesal activa y el interés de pedir la declaración de quiebra del empresario deudor. Los objetivos específicos trataban del análisis individual de cada causa de declaración de quiebra y la hipótesis era que sólo el Estado está autorizado a proponer la ejecución colectiva del empresario moroso cuando hay una ejecución fiscal frustrada o la práctica de cualquiera de los actos de quiebra. Finalmente, se confirmó la hipótesis, así como la necesidad de nuevos estudios sobre el tema para ofrecer subvenciones a los poderes públicos en cuanto al establecimiento de criterios que garanticen la impersonalidad en cada solicitud de quiebra.

Palabras clave: Quiebra. Ejecución. Crédito fiscal. Tesoro Público. Legitimación. Interés procesal.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
BACEN	Banco Central do Brasil
CDA	Certidão de Dívida Ativa
CJF	Conselho da Justiça Federal
CND	Certidão Negativa de Débito
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
EIRELI	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
LC	Lei Complementar
LTDA	Sociedade Limitada
MF	Ministério da Fazenda
MP	Medida Provisória
PFN	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
RAET	Regime de Administração Especial Temporária
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
S/A	Sociedade Anônima
SPC	Serviço de Proteção ao Crédito
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 MEIOS TÍPICOS DE COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	15
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A FORMAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	16
2.2 INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA.....	18
2.3 PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA	20
2.4 EXECUÇÃO FISCAL.....	24
2.4.1 Ações autônomas de impugnação do crédito tributário	28
3 NOÇÕES GERAIS SOBRE A FALÊNCIA	31
3.1 LEGITIMAÇÃO PASSIVA ESPECÍFICA	33
3.2 A INSOLVÊNCIA PRESUMIDA	36
3.2.1 Impontualidade injustificada	37
3.2.2 Execução frustrada	39
3.2.3 Atos de falência	42
3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS	45
3.3.1 Créditos prioritários	45
3.3.2 Restituições em dinheiro	46
3.3.3 Créditos extraconcursais	47
3.3.4 Créditos concursais	48
4 EXECUÇÃO FALIMENTAR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	52
4.1 FUNDAMENTOS QUE NÃO AUTORIZAM A EXECUÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....	54
4.2 FUNDAMENTOS PARA A SUPERACÃO DA NEGATIVA DE EXECUÇÃO FALIMENTAR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	58
4.2.1 A compatibilidade entre os princípios da execução dos créditos da Fazenda Pública com o processo falimentar	59
4.2.1.1 <i>Princípio da isonomia</i>	59
4.2.1.2 <i>Princípio da cooperação</i>	63
4.2.1.3 <i>Princípio da menor onerosidade da execução</i>	65
4.2.2 Fundamentos utilizados pelo STF para entender constitucional o protesto da CDA e sua analogia com a falência requerida pelo credor Fiscal	66
4.2.3 As <i>Rationes Decidendi</i> da mudança jurisprudencial do STJ que autorizou o protesto da CDA e sua correlação com a falência	69
4.2.4 Compatibilidade do processo falimentar com a execução do crédito tributário	73
4.2.5 A legitimidade processual do Fisco	74
4.2.5.1 <i>Noções introdutórias</i>	74

4.2.5.2 <i>A legitimidade processual ativa da Fazenda Pública</i>	76
4.2.6 O interesse de agir	78
4.2.6.1 <i>Noções introdutórias</i>	78
4.2.6.2 <i>Interesse de agir de a Fazenda Pública ajuizar a falência</i>	81
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por escopo o exame acerca da legitimidade processual e do interesse de agir de a Fazenda Pública ajuizar a execução concursal do devedor empresário inadimplente, de que trata a Lei nº 11101 de 2005. Para tanto, restringe-se aqui à análise somente quanto aos devedores empresários totalmente sujeitos à disciplina falimentar prevista na referida lei, conseqüentemente, excluídas as pessoas de que trata o art. 2º do aludido Diploma Legal.

O tema desperta grande controvérsia em doutrina, porém foi pacificado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 164389, ainda na égide do Decreto-Lei nº 7661 de 1945 (antiga lei de falências), quando fixou a tese de que falece de legitimidade processual e de interesse de agir o requerimento de falência do devedor empresário ajuizado pela Fazenda Pública. Tal conclusão da Corte de Justiça continuou mantida mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 11101 de 2005, por meio do Recurso Especial nº 287824.

Ocorre que, além de tal tese ser fixada sem uma análise profunda de todas as causas de pedir falimentares, delineadas nos incisos do art. 94 da Lei nº 11101, pois a análise limitou-se à impontualidade injustificada (art. 94, inciso I), a interpretação do mesmo STJ, quanto à possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa, meio de cobrança tratado pelo referido Tribunal como acessório ao requerimento de falência, passou por uma significativa mudança, com fundamentos que podem ser correlacionados a fim de demonstrar a juridicidade da falência requerida pelo Erário.

Nessa senda, o problema que se quer resolver, por meio da presente investigação, é verificar se a Fazenda Pública possui legitimidade ativa e interesse de agir no ajuizamento da falência do devedor empresário, bem como, caso verificada a existência de tal legitimidade e interesse de agir, quanto a qual ou quais causa ou causas de pedir.

A relevância epistemológica da pesquisa encontra-se em sua possibilidade de contribuir para uma sistematização dos argumentos contrários e favoráveis às hipóteses levantadas, bem como à potencial mudança de tratamento do tema por parte do STJ, em apreço à isonomia entre os atores da iniciativa privada - predando planejamentos tributários que visam o favorecimento da concorrência desleal -, e à segurança jurídica, visto que alguns Tribunais de Justiça, como o Tribunal de Justiça de São Paulo, já possuem arestos recentes nos quais

entendem possível o deferimento de tal requerimento quando presente a execução fiscal frustrada.

Quanto às hipóteses, levantou-se que há legitimidade processual ativa para o requerimento, em qualquer das causas de pedir falimentares, com espeque nas lições doutrinárias prévias sobre o conceito de legitimidade. Lado outro, quanto ao interesse de agir, a hipótese aqui levantada é de que somente há o referido interesse se presente a execução fiscal frustrada ou a prática de atos de falência.

A metodologia utilizada para responder a pergunta problema, comprovando ou descartando as hipóteses, foi a revisão de literatura, por meio de pesquisas bibliográficas e pesquisas documentais envolvendo a consulta à doutrina, estudo jurisprudencial e consulta à legislação nacional, vigente e revogada.

Esta monografia dividiu-se em cinco capítulos, sendo o primeiro esta introdução. No segundo foram tratados os mecanismos de cobrança do crédito tributário, de modo a oferecer ao leitor noções básicas da formação, importância e cobrança do crédito tributário.

No terceiro capítulo, foram apresentadas noções introdutórias da falência, especificando quem é o legitimado passivo para sofrer a quebra e quem são os excluídos, quais as causas de pedir falimentares, bem como a classificação dos créditos na decretação da quebra.

No capítulo quatro foram abordados os argumentos utilizados pela doutrina e o STJ para justificar a não autorização do requerimento de quebra ajuizado pelo Fisco, bem como, posteriormente, foram exibidos os argumentos que reforçam a hipótese defendida nesta pesquisa.

Por fim, no quinto capítulo, foram trazidas as considerações finais acerca do tema, com algumas sugestões de novos estudos.

2 MEIOS TÍPICOS DE COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Visando concretizar direitos fundamentais, o Estado presta diversos serviços públicos¹e, para prestá-los, precisa ter recursos financeiros para tanto. Assim, a máquina estatal se vale de sua atividade financeira que, nas palavras de Baleeiro ², consiste em “obter, criar, gerir e despende o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu [...]”. Dessa forma, a atividade financeira estatal é responsável por obter o dinheiro necessário para a satisfação das necessidades que o Estado assumiu, ou seja, responsável por angariar os recursos indispensáveis para a prestação dos serviços públicos.

Tais recursos financeiros podem advir da atividade econômica prestada pelo próprio Estado, nas hipóteses constitucionalmente previstas, ou derivar da tributação³. Com efeito, essa tributação dá-se mediante a instituição e cobrança do tributo que, segundo o art. 3º, do Código Tributário Nacional (CTN)⁴, consiste em uma prestação de natureza pecuniária, não podendo possuir natureza de sanção, devendo ser instituída por lei e cobrada pelo Poder Público de forma vinculada.

A instituição do tributo, enquanto prestação pecuniária, é uma ferramenta responsável pela arrecadação de recursos financeiros pelo Estado (União, Estados e Municípios), inclusive, nesse sentido, é a norma que se extrai do *caput* do art. 9º da Lei nº 4320 de 1964⁵, que diz ser o tributo uma receita derivada instituída pelo Estado, com a destinação de custear as atividades exercidas por este.

Além da função arrecadatória, o tributo também pode possuir o objetivo extrafiscal - quando busca interferir no domínio econômico, estimulando atividades, setores da economia ou regiões ou mesmo ao desestimular o consumo de determinados bens – ou até mesmo parafiscal, quando a tributação é exercida mediante a cobrança de tributos para custear

¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. São Paulo: USP, 2011, p. 71. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-110406/publico/Tese_Vitor_Rhein_Schirato_Final.pdf>. Acesso em 26 de set. de 2020.

² BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 18.

³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 38ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 23 e 24.

⁴ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. BRASIL. **Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em 30 de ago. de 2020.

⁵ BRASIL. **Lei nº 4320 de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. n. p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm>. Acesso em: 12 de set. de 2020.

atividades que não fazem parte das funções próprias do Estado, atividades que são desenvolvidas por determinadas entidades⁶.

A tributação, para além de sua função arrecadatória, pode assumir outras funções relevantes para a economia, de modo que de nada adiantaria a simples instituição do tributo sem uma disciplina eficaz para a cobrança do crédito dele decorrente, possibilitando uma arrecadação e interferência efetiva na economia. Assim nasce a necessidade de estudo do crédito tributário, concernente à disciplina de sua respectiva cobrança.

Em um artigo sobre o tema, Helenilson Cunha Pontes⁷ explicou que o crédito tributário se trata da “[...] expressão nominal do direito de crédito que o Estado dispõe contra o sujeito passivo tributário (contribuinte ou responsável), direito este que revela um interesse público especial [...]”. Tal crédito deve ser cobrado pelo Estado. Executar consiste em satisfazer uma prestação devida, podendo tal satisfação dar-se espontaneamente, que é quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação, ou forçadamente, quando o Estado pratica atos executivos para concretizar o cumprimento da obrigação⁸.

Os meios de cobrança do crédito tributário tratados neste capítulo foram chamados – nesta pesquisa - de “típicos”, porque não desafiam enormes controvérsias na jurisprudência atual do STJ, bem como na doutrina, além de serem previstos em legislação própria.

A importância da investigação reside em saber quais são os meios tipicamente utilizados para a cobrança do crédito tributário.

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A FORMAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Inicialmente é preciso esclarecer que nenhum tributo será instituído ou sofrerá majoração salvo em virtude de lei, com espeque no inciso I do art. 150 da Constituição Federal⁹. Efetivamente, o aludido dispositivo revela que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Essa garantia foi bem explicada por Marilene Talarico Martins Rodrigues¹⁰ de que na obra de

⁶ MACHADO, *op. cit.*, p. 69.

⁷ PONTES, Helenilson Cunha. Os privilégios e garantias do crédito tributário e a lei complementar. **Consultor Jurídico**, 2019, n. p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/consultor-tributario-privilegios-garantias-credito-tributario-lei-complementar>>. Acesso em 03 de out. de 2020.

⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno de; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2017, p. 45.

⁹ MACHADO, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. O princípio da legalidade e o regulamento no direito tributário brasileiro. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais Direito Tributário, v. II, 2014, n. p. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F74362341%2Fv2>>.

Montesquieu, um dos fundamentos teóricos para a tributação, foi ressaltado que o poder executivo só pode estatuir arrecadação de tributos mediante consentimento do povo, por seus representantes.

A lei, por ser a manifestação legítima da vontade dos cidadãos por meio de seus representantes, encerra em si a característica de consentimento na criação da exação, permitindo ao Estado invadir o patrimônio do sujeito passivo para daí retirar o crédito indispensável para a satisfação das necessidades coletivas¹¹. Ocorre que, além de consentido, devem ser observadas as normas postas, de forma objetiva, garantindo-se a segurança jurídica nas relações entre o Fisco e o contribuinte¹². Assim, aqui se verifica a incidência do princípio da legalidade como forma de garantia da segurança jurídica nas relações envolvendo o Estado com o seu povo.

Nisso, dando-se a criação e majoração do tributo mediante lei, com espeque no princípio da legalidade, essa lei instituidora - do tributo - deve conter todos os elementos da hipótese de incidência do mesmo, tais como as definições dos sujeitos (ativo e passivo), base de cálculo e a alíquota¹³. Essa hipótese de incidência trata-se da previsão de forma abstrata, de como se dá o nascimento da obrigação tributária¹⁴. Em síntese, quando a hipótese abstratamente prevista se concretiza no mundo dos fatos, faz surgir o dever de pagar a exação fiscal conforme os parâmetros previamente fixados de forma objetiva (base de cálculo e alíquota).

Concretizada a hipótese abstratamente prevista, nasce a obrigação tributária, porém o crédito só surge com o lançamento, para parte significativa da doutrina, em que pese autores como Francisco Leite Duarte¹⁵ não concordarem que o crédito só surge com o lançamento porque defendem ser o crédito tributário apenas uma nova fase da obrigação¹⁶.

3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3400000170e946283bfc2b7bac#sl=e&eid=db2cdac240aba6965226972dd86e2e68&eat=DTR_1992_319&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em 26 de set. de 2020.

¹¹ MACHADO, **op. cit.**, p. 32.

¹² RODRIGUES, **op. cit.**, n. p.

¹³ **Ibid.**, n. p.

¹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Receitas públicas tributárias. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais Direito Tributário, v. I, 2014, n. p. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F74362341%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3400000170e946283bfc2b7bac#sl=e&eid=daf3fdf973063c681faa2685630cd0cc&eat=DTR_2004_568&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em 26 de set. de 2020.

¹⁵ Cf. DUARTE, Francisco Leite. **Direito tributário [livro eletrônico]: teoria e prática**. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, n. p. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99937146%2Fv3.4&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3400000170e946283bfc2b7bac#sl=p&eid=239e0169b7fc71f92cd5723f3bc4dbb9&eat=a-179592800&pg=III&psl=&nvgS=false>>. Acesso em: 26 de set. de 2020.

¹⁶ DUARTE, **op. cit.**, n. p.

Hugo de Brito Machado¹⁷ defendeu ser o lançamento tributário a espécie mais importante de processo administrativo fiscal, tendo por finalidade a constituição do crédito tributário e sua respectiva cobrança “dita amigável” (porque não judicial). Hugo de Brito Machado diz, ainda, que “É o processo de acerto, ou processo de determinação e exigência do crédito tributário.”¹⁸, ou seja, aqui apura-se a existência e valor da dívida exigível do sujeito passivo.

Independente da forma de lançamento, se por declaração, homologação ou auto lançamento, o autuado deve ser cientificado da lavratura do auto de infração, documento no qual estão narradas às situações de infrações às normas decorrentes da legislação tributária em determinado período fiscal¹⁹, em apreço ao devido processo legal. Assim, o autuado pode oferecer impugnação do lançamento, dando azo ao início da fase contenciosa²⁰.

Deste modo, quando o Estado aponta suposto débito do contribuinte sem a instauração do processo administrativo respectivo, ou, instaurado este, não abrir prazo para o sujeito passivo oferecer a respectiva impugnação, após a notificação de lançamento, limitando-se o Estado aqui a expedir a Certidão Positiva de Débito como meio para que o contribuinte venha a pagar, concretizada está uma violação ao princípio da legalidade, que disciplina a formação do crédito tributário²¹. Tal violação não pode existir pois macula a cobrança do crédito.

2.2 INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA

Após o lançamento, com o tributo vencido e não pago, tem-se a inscrição do devedor em Dívida Ativa tributária.

Destarte, o art. 201 do CTN²² conceitua a Dívida Ativa tributária como aquela proveniente de um crédito tributário, estando regularmente inscrita na repartição administrativa pública competente, somente após esgotado o prazo fixado, pela lei ou por decisão, para pagamento. Com efeito, uma vez instaurado o processo administrativo de

¹⁷ MACHADO, op. cit., p. 460.

¹⁸ **Ibid.**, loc. cit.

¹⁹ **Ibid.**, p. 462.

²⁰ **Ibid.**, loc. cit.

²¹ GARCIA, Plínio Gustavo Prado. Devido processo legal no lançamento tributário. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais Direito Tributário, v. X, 2014, n. p. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F74362341%2Fv10.1&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=e&eid=ab112469134284399845924d7f5c133f&eat=DTR_1997_337&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em 26 de set. de 2020.

²² Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular. BRASIL. **Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. n. p. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em 30 de ago. de 2020.

constituição do crédito, o devedor é notificado para pagar o valor ou impugnar²³. Se o sujeito passivo não pagar, não apresentar a defesa ou, caso tenha apresentado, restar rejeitada, ocorrerá o ato administrativo chamado de inscrição em Dívida Ativa, do valor cobrado pelo Fisco²⁴.

A inscrição em Dívida Ativa não se trata de ato que constitui o crédito, porque somente ocorre após definitivamente constituído e que já haja transcorrido o prazo para pagamento, sem que o mesmo tenha sido realizado²⁵. Nessa linha, os requisitos obrigatórios do termo da inscrição em Dívida Ativa estão disciplinados no art. 202 do CTN, devendo o termo de inscrição ser lavrado em livro próprio para tal fim, do qual a autoridade competente extrairá a certidão que constitui título executivo extrajudicial²⁶.

A certidão de Dívida Ativa (CDA) serve para atestar a certeza e a liquidez do débito, sendo documento apto a legitimar o ajuizamento da execução fiscal²⁷. Isso ocorre porque tem o efeito de prova pré-constituída, gozando de uma presunção relativa de certeza e liquidez, do qual o executado que terá o ônus de provar o contrário²⁸. Sem ela não é possível a propositura da execução fiscal²⁹.

A omissão ou erro quanto a qualquer um dos requisitos da CDA é causa de nulidade da inscrição e de sua respectiva cobrança, mas tal vício pode ser sanado até julgamento em primeira instância, mediante a substituição da certidão viciada, devolvendo os prazos para o executado defender-se da parte modificada³⁰.

A importância da inscrição em Dívida Ativa enquanto meio típico de satisfação do crédito tributário, de forma voluntária, está implícita no art. 205 do CTN³¹. Destarte, da exegese do texto legal, deduz-se que a lei pode exigir uma certidão negativa de débitos tributários (CND), casos em que o fato de ter uma Dívida Ativa inscrita fará com que o sujeito passivo não cumpra o requisito de apresentação da CND, nos casos previstos em lei.

²³ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 984.

²⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁵ MACHADO, *op. cit.*, p. 262.

²⁶ *Ibid.*, p. 263.

²⁷ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 984.

²⁸ MACHADO, *op. cit.*, p. 262 e 263.

²⁹ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 984.

³⁰ MACHADO, *op. cit.*, p. 262.

³¹ Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. **Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. n. p. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em 30 de ago. de 2020.

De certo, a norma geral das licitações, no artigo 27, inciso IV, traz a exigência da regularidade fiscal como requisito para a habilitação no processo seletivo³². Como explicou Letícia Carvalho Ribeiro Morley³³, a pessoa que quer contratar com o poder público deve adimplir as obrigações tributárias ou regularizá-las de outra forma, por exemplo, mediante um parcelamento. Essa exigência de regularidade não diz respeito a qualquer dívida que o contribuinte possa ter com a Fazenda Pública, senão que quanto àquelas dívidas de natureza tributária³⁴.

Assim, a inscrição em Dívida Ativa pode, no caso concreto, produzir um efeito semelhante ao de uma cobrança indireta, mormente se o devedor for um empresário - que tenha interesse em contratar com o Poder Público, porque se verá indiretamente compelido a regularizar sua situação tributária com o Fisco.

Em que pese a eficácia dessa medida, nem todos os devedores do Erário são empresários e, quando ostentam tal qualidade, nem sempre têm o interesse de contratar com o Poder Público ou realizar outra atividade que necessite da apresentação de uma certidão negativa de débitos, de modo que a simples inscrição em Dívida Ativa pode não ter o condão de forçar o adimplemento voluntário, ainda mais quando é hipótese de valor cuja execução fiscal é dispensada ou mesmo nos casos em que sequer o valor devido ao Fisco é passível de inscrição em Dívida Ativa³⁵.

Assim, em apertada síntese, a inscrição do crédito em Dívida Ativa indiretamente compele o devedor a adimplir a obrigação tributária, mas não são todos os casos, porque nem sempre o devedor ou responsável tem interesse na expedição de uma certidão negativa de débitos tributários.

2.3 PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

³² Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: [...] IV – regularidade fiscal e trabalhista; BRASIL. **Lei nº 8666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. n. p. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 15 de out. de 2020.

³³ MORLEY, Letícia Carvalho Ribeiro. A Regularidade Fiscal como Pressuposto para a Contratação com a Administração Pública. **Conteúdo Jurídico**, 2019, n. p. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52651/a-regularidade-fiscal-como-pressuposto-para-a-contratacao-com-a-administracao-publica>>. Acesso em 08 de out. de 2020.

³⁴ **Ibid.**, n. p.

³⁵ Acerca de tais hipóteses, cf. BRASIL, BRASÍLIA. Ministério da Fazenda. **Portaria MF nº 130**. Altera a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. 19 de abril de 2012. n. p. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37784&visao=compilado>>. Acesso em 10 de out. de 2020.

O protesto consiste na apresentação pública de um título ao devedor para que seja atestada a falta de aceite, de pagamento ou de devolução do título, ou provar a falta de pagamento de qualquer título que represente uma dívida³⁶. O protesto está disciplinado na Lei nº 9492 de 1997, que diz no *caput* do seu art. 1º “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”³⁷.

O protesto tem como efeito tornar pública a inadimplência do devedor, com o fornecimento de tal informação às entidades representativas do mercado e aos serviços de proteção ao crédito, tais como Serasa, Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), dentre outros³⁸; Trata-se de ato necessário para o pedido de falência³⁹. Como se pode deduzir dessas lições, o protesto pode dificultar o acesso ao crédito e prejudicar a relação do empresário (cujo título foi protestado) com outros empresários, ainda mais em sua relação com novos fornecedores, atrapalhando o próprio desenvolvimento da atividade empresarial.

O tema tem sido objeto de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Nessa esteira, em 2005, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou a tese de impossibilidade de a Fazenda Pública protestar as certidões de Dívida Ativa dos seus devedores, por meio do julgamento do Recurso Especial (Resp) nº 287824 de Minas Gerais⁴⁰. Em tal recurso, o Ministério Público manifestou-se pela ausência de legitimidade da Fazenda Pública, ao argumento de que o art. 38, da Lei nº 6830 de 1980, veda a discussão judicial da cobrança da Dívida Ativa por outro meio que não a execução fiscal, de modo que se incabível o requerimento de falência e a sujeição ao concurso, incabível também o protesto⁴¹.

³⁶ VIDO, Elisabete. **Curso de Direito Empresarial [livro eletrônico]**. 5ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, n. p. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F77943206%2Fv6.5&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=e&eid=7172998ee5aa8b1c2f586a9be579e692&eat=a-151917837&pg=2&psl=&nvgS=false>>. Acesso em 11 de out. de 2020.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 9492 de 10 de setembro de 1997**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. n. p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9492.htm#:~:text=1%C2%BA%20Protesto%20%C3%A9%20o%20ato,e%20outros%20documentos%20de%20%C3%ADvida.&text=Art.,-2%C2%BA%20os%20servi%C3%A7os&text=Ao%20apresentante%20ser%C3%A1%20entregue%20recibo,sua%20responsabilidade%20os%20dados%20fornecidos>. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

³⁸ MAMEDE. Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 344.

³⁹ **Ibid., loc. cit.**

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 287824**. Recorrente: Fazenda do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Construtora OAS LTDA. Relator Ministro Francisco Falcão. Distrito Federal, 11 de outubro de 2005, p. 3. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=525529&num_registro=200001190997&data=20060220&formato=PDF>. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁴¹ **Ibid.**, p. 3.

Em consonância com a manifestação do *Parquet* foi o voto do então Ministro Francisco Falcão, sustentando que o protesto serve para caracterizar a impontualidade e o inadimplemento do devedor, constituindo-o em mora, que o não recolhimento da exação tributária no prazo estabelecido, por si só, tem o condão de constituir o devedor em mora, revelando a desnecessidade do protesto para este fim, além de que a própria presunção de certeza e liquidez de que goza a CDA serve para provar o inadimplemento⁴². O voto do então Ministro do STJ Luiz Fux, acrescentou o argumento de que por ser incabível o requerimento de falência realizado pela Fazenda Pública, era igualmente incabível “o precedente protesto da CDA, posto que o acessório segue o principal.”⁴³.

Não obstante a fixação da tese pela Primeira Turma do STJ, a controvérsia não alcançou seu fim. Com efeito, em sete de abril de 2006, foi publicada no Diário Oficial da União a Portaria nº 321 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PFN), dispondo sobre a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa pela União, com ênfase para aquelas cujos valores não ultrapassem o limite estabelecido pela Portaria Ministério da Fazenda (MF) nº 49, de 1º de abril de 2004, poderão ser levadas a protesto, antes do ajuizamento da ação de execução fiscal⁴⁴.

Em contrapartida, porém, desconsiderando a referida Portaria da PFN, a Primeira Turma do STJ, acompanhada pela Segunda, continuou decidindo pela impossibilidade de protesto da certidão de Dívida Ativa, com o argumento de que está ausente o interesse fazendário na realização do aludido ato, porque a CDA, por si só, possui os atributos necessários para a execução judicial do crédito tributário⁴⁵.

Em 2012, a Lei nº 9492 de 1997, sofreu um acréscimo, sendo inserido um parágrafo único no seu art. 1º, autorizando expressamente o protesto das certidões de Dívida Ativa dos

⁴² **Ibid.**, p. 4 e 5.

⁴³ **Ibid.**, p. 11.

⁴⁴ BRASIL, BRASÍLIA. PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Portaria PGFN nº 321 “Dispõe sobre o protesto de Certidão de Dívida Ativa da União.”. 06 de abril de 2006. n. p. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=197187>>. Acesso em 11 de out. de 2020.

⁴⁵ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 936606 do Paraná**. Primeira Turma, de Relatoria do Ministro José Delgado, julgado em 06 de junho de 2008. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701874563&dt_publicacao=04/06/2002>. Acesso em: 24 de nov. de 2020. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1093601 do Rio de Janeiro**. Segunda Turma, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, julgado em 18 de novembro de 2008. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801698400&dt_publicacao=15/12/2008>. Acesso em: 24 de nov. de 2020.

entes federados, suas autarquias e fundações públicas⁴⁶. Tal mudança legislativa foi acompanhada pela Segunda Turma do STJ, sendo para Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, um exemplo de superação da jurisprudência em razão de ulterior mudança legislativa⁴⁷.

Destarte, no julgamento do Resp. nº 1126515 do Paraná⁴⁸, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em três de dezembro de 2013, a Segunda Turma do STJ reapreciou o tema, com o Relator afirmando que a Lei nº 9492 de 1997 ampliou a área de abrangência do protesto para qualquer espécie de título ou documento; que constitui ofensa à autonomia dos poderes e à imparcialidade que o Poder Judiciário avalie como desnecessário o protesto - da CDA - em razão da existência da execução fiscal como instrumento para a cobrança do crédito tributário.

Além do STJ, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, em 09 de novembro de 2016, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5135 do Distrito Federal, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), fixou a tese de que “o protesto das certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”⁴⁹. A controvérsia cingiu-se acerca da inconstitucionalidade formal e material da inserção do tão aludido parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9492 de 1997.

Conforme se extrai da decisão na ADI mencionada, a divergência quanto à possível inconstitucionalidade formal deu-se porque a inserção do referido parágrafo ocorreu por meio de uma emenda parlamentar que converteu uma medida provisória, com a qual não guardava qualquer pertinência temática, constituindo o que a doutrina chamava de “contrabando legislativo”, costume contrário à Constituição Nacional, como informou o Ministro Barroso, relator do acórdão⁵⁰.

⁴⁶ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 987.

⁴⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1126515**. Recorrente: Município de Londrina. Recorrido: Protenge Engenharia de Projetos e Obras Ltda. Relator Ministro Herman Benjamin. Distrito Federal, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900420648&dt_publicacao=16/12/2013>. Acesso em 24 de nov. de 2020.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5135**. Autora: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 09 de novembro de 2016, p. 93. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 6.

Com efeito, a Medida Provisória (MP) nº 577 de 2012, convertida na Lei nº 12 767 de 2012 (que, repise-se, alterou o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9492 de 1997, inserindo a possibilidade de a Fazenda Pública protestar a CDA) versava sobre o serviço público de energia elétrica⁵¹.

O relator informou que a prática de inserir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias foi rechaçada pelo STF no julgamento da ADI nº 5127, a qual foi julgada em 15 de outubro de 2015, porém os efeitos dessa decisão não retroagem às leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com este vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional até essa data⁵². Dessa forma, por ter sido a promulgação da Lei nº 12767 em 27 de dezembro de 2012 antes do julgamento da ADI nº 5127, não está maculada pelo vício de inconstitucionalidade formal⁵³. Assim, foi reconhecida a constitucionalidade formal do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9492 de 1997.

No que concerne ao suposto vício material da possibilidade de protesto da CDA, os argumentos contrários e favoráveis a sua existência serão tratados com verticalidade mais adiante, no capítulo anterior à conclusão, onde serão tecidas considerações sobre o interesse de a Fazenda Pública requerer a falência do empresário à luz da analogia ao regramento do protesto.

Em síntese, por não configurar sanção política, para o Pleno do STF, o protesto da CDA pode ser manejado pelo Fisco. Tal ato, anteriormente rechaçado pelo STJ, com a conversão da MP nº 577, de 2012, na Lei nº 12767 de 2012, incluindo o parágrafo único no art. 1º da Lei nº 9492 de 1997, passou a ser prática fiscal expressamente permitida em lei e pela jurisprudência do próprio STJ, tendo sua constitucionalidade reconhecida pelo STF, constituindo importante mecanismo de cobrança indireta do crédito fiscal, de forma extrajudicial. Tal forma de cobrança indireta do crédito tributário será trabalhada com maior profundidade mais adiante.

2.4 EXECUÇÃO FISCAL

A denominada execução fiscal é regulada na Lei nº 6830 de 1980, tratando-se da ação de que dispõe o Fisco para a cobrança do seu crédito, desde que devidamente inscrito em Dívida Ativa⁵⁴. Assim explicou James Marins:

⁵¹ **Ibid.**, loc. cit.

⁵² **Ibid.**, p. 10 e 11.

⁵³ **Ibid.**, p. 32 e 33.

⁵⁴ MACHADO, **op. cit.**, p. 478 e 479.

A autotutela da Administração tributária encerra-se com a formação do título executivo extrajudicial, que se procede através da inscrição do crédito tributário definitivamente lançado e não pago [...], incorporando a denominada *Certidão de Dívida Ativa – CDA* que aparelhará a execução fiscal. A execução forçada de bens do devedor dá-se, no Brasil, por meio de *ação própria* (disciplinada pela Lei 6.830/1980) que deve ser proposta pela Fazenda Pública perante o Poder Judiciário⁵⁵.

Assim sendo, a ação de execução fiscal é instruída com a certidão de Dívida Ativa, título executivo extrajudicial, na qual o exequente pede ao Poder Judiciário que sejam adotadas as medidas para a satisfação do seu crédito⁵⁶. A competência para processar e julgá-la exclui a de qualquer outro juízo, tais como o falimentar, o da recuperação judicial, da liquidação, insolvência ou o do inventário, segundo o art. 5º da Lei nº 6830 de 1980⁵⁷.

Uma vez proposta, o despacho judicial que deferir o processamento da execução fiscal importa em citação, que se ocorre pelo Correio, com aviso de recebimento, salvo se a Fazenda Pública requerer a citação de outra forma⁵⁸.

Ao ser citado, o executado tem o prazo de cinco dias para pagar, garantir o juízo ou nomear bens à penhora⁵⁹. Se o executado não paga, não indica bens à penhora no prazo legal, e em não sendo encontrados seus bens penhoráveis, o juiz poderá determinar a penhora online, com a indisponibilidade de bens e direitos até o valor exigível naquela execução, ou seja, a penhora só poderia ser utilizada após a tentativa de utilização dos outros meios de garantia, isso com fulcro no art. 185-A do CTN⁶⁰.

Assim, a execução fiscal é o instrumento pelo qual a Fazenda Pública pode valer-se para, judicialmente, haver seus créditos⁶¹.

Quando o executado deseja impedir a constrição patrimonial, possuindo matérias de defesa para alegar, tais como: a ocorrência da decadência, prescrição, existência de compensação, de pagamento, ou seja, matérias que possam ser reconhecidas de ofício pelo

⁵⁵ MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial**. 12 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 767.

⁵⁶ MACHADO, **op. cit.**, p. 479.

⁵⁷ JESUS, Isabela Bonfá de. **Manual de Direito Tributário [livro eletrônico]**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, n. p. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F115260782%2Fv5.5&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=p&eid=8f3aaa0eedb4e9c317a7adbc7925d015&eat=%5Bereid%3D%228f3aaa0eedb4e9c317a7adbc7925d015%22%5D&pg=RB-20.3&psl=&nvgS=false>>. Acesso em 20 de out. de 2020.

⁵⁸ MACHADO, **op. cit.**, p. 479.

⁵⁹ **Ibid.**, p. 479.

⁶⁰ JESUS, **op. cit.**, n. p.

⁶¹ MACHADO, **op. cit.**, p. 481.

juiz e que não demandem dilação probatória, pode valer-se da chamada exceção de pré-executividade, por meio de uma petição apresentada nos autos da execução fiscal, sem custas, sem a necessidade de prévia garantia do juízo⁶². Nesse sentido está previsto no enunciado nº 393 da Súmula do STJ⁶³ o cabimento de tal forma de defesa.

Mas não existe apenas a exceção de pré executividade como forma de defesa.

Em verdade, regularmente citado e garantindo o juízo, o executado poderá opor embargos à execução fiscal, exercitando o seu direito de defesa⁶⁴. Trata-se de ação autônoma, apenas à execução fiscal, com ampla possibilidade de produção de provas relacionadas à execução embargada, tendo por objetivo a invalidação total ou parcial do título executivo que instrui a execução⁶⁵.

Segundo Hugo de Brito Machado⁶⁶, os embargos à execução fiscal possuem efeito suspensivo automático porque, embora não expressamente, essa é a norma que se extrai de um conjunto de dispositivos da Lei de Execução Fiscal (arts. 18, 19, 24, I, e 32§, 2º), além de que a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) nesta matéria é apenas de forma subsidiária e, além disso, justifica-se o efeito suspensivo automático aos embargos opostos em face da execução fiscal pelo modo unilateral de formação da CDA, diferentemente dos títulos regidos pelo CPC em que há o consentimento do devedor⁶⁷.

Está presente a admissibilidade e o cabimento dos referidos embargos ainda que, na hipótese concreta, os bens penhorados possuam valor inferior ao necessário para garantir a execução⁶⁸. Nesse ponto, Hugo de Brito Machado informou que há autores que sustentam a admissibilidade da referida defesa apenas se garantida a satisfação total do credor, porém, criticou tal entendimento porque, para o referido autor, se prevalecer “[...] a Fazenda Pública poderá facilmente cobrar o tributo que quiser, sem que o contribuinte tenha chance de defesa. Basta fazer o lançamento de quantia que sabe superior ao patrimônio deste.”⁶⁹

⁶² JESUS, *op. cit.*, n. p.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 393**. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula393.pdf> . Acesso em 25 de nov. de 2020.

⁶⁴ JESUS, *op. cit.*, *passim*.

⁶⁵ *Ibid.*, n. p.

⁶⁶ MACHADO, *op. cit.*, p. 479 e 480.

⁶⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁶⁸ *Ibid.*, p. 480.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 481.

Acolhendo críticas como essa, a Primeira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1487772 de Sergipe, por unanimidade, decidiu que é desnecessária a exigência de garantia do juízo para a apresentação de embargos à execução fiscal, quando o executado comprovar não possuir patrimônio para a garantia do crédito exequendo⁷⁰. Assim, percebe-se que o executado possui diversos meios de defesa da cobrança fiscal, desde a impugnação, lá na seara administrativa, bem como ao sofrer uma execução fiscal.

Embora a execução fiscal seja o instrumento legal para a cobrança do crédito tributário na via judicial, seu uso, da forma como vem sendo realizada, com a restrição jurisprudencial da possibilidade de a Fazenda lançar mãos de outros procedimentos executivos para a recuperação do crédito fiscal, é uma situação que desafia críticas. Isso porque, analisando os números fornecidos pela pesquisa anual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), verifica-se que o elevado número de execuções fiscais tramitando, bem como a duração média delas, são fatores responsáveis pelo travamento do Poder Judiciário⁷¹. Tais números levantados pelo CNJ serão analisados adiante.

Com efeito, em que pese a aparente melhoria nos índices de recuperação do crédito tributário, a execução fiscal é a maior causa de congestionamento do primeiro grau na justiça brasileira. No final do ano de 2019, o Poder Judiciário possuía 77 milhões de processos pendentes de baixa, sendo que 58,8% desses processos se referem à fase executiva⁷². As execuções fiscais correspondem a 70% dos processos na fase executiva⁷³.

Nessa senda, o CNJ apontou que historicamente as execuções fiscais são os principais responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário, visto que representam aproximadamente 39% do total de casos pendentes, com congestionamento de 87% em 2019, ou seja, a cada cem execuções fiscais que tiveram tramitação no exercício de 2019, apenas 13 foram baixadas⁷⁴.

O CNJ esclareceu que há casos em que, no bojo dessas execuções fiscais, o Poder Judiciário já esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve a localização de

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1487772**. Recorrente: Enidete Ribeiro Cabral. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator Ministro Gurgel de Faria. Distrito Federal, 28 de maio de 2019. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402697215&dt_publicacao=12/06/2019>. Acesso em 22 de nov. de 2020.

⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**. Brasília, p. 150. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em 10 de set. de 2020.

⁷² **Ibid., loc. cit.**

⁷³ **Ibid., loc. cit.**

⁷⁴ **Ibid., p. 155.**

patrimônio capaz de satisfazer o crédito exequendo, por isso o processo permanece pendente, bem como diversas execuções já chegam à Justiça depois de esgotados os meios de cobrança administrativos, sinalizando a dificuldade de recuperação desse crédito⁷⁵. Como se não bastasse, o tempo médio de duração da tramitação de uma execução fiscal é de oito anos⁷⁶.

Além dos problemas relacionados com a tramitação da execução fiscal, em razão da preferência legal do crédito trabalhista ante o tributário, previsto no art. 186 do CTN, outro problema que surge é o que diz respeito à possibilidade dos bens penhorados no Juízo Fazendário, mesmo que suficientes à garantia do Juízo, poder ser penhorados pelo Juízo Trabalhista, prevalecendo esta penhora sobre aquela, sem limitação do valor⁷⁷.

Dessa forma, é preciso ter em mente que a execução fiscal, enquanto mecanismo típico - judicial - para a execução do crédito tributário pertencente às Fazendas Públicas (Municípios, Estados, União), possui problemas sensíveis em termos de eficiência na recuperação do crédito, conforme os dados revelados pelo CNJ. Além disso, é necessário lembrar que o executado tem diversas formas de defender-se de uma cobrança de natureza tributária e, sofrendo uma execução fiscal, essas formas dão-se por meio da apresentação de exceção de pré-executividade ou, quando a defesa é mais ampla e necessita de dilação probatória, mediante a oposição de embargos à execução fiscal.

2.4.1 Ações autônomas de impugnação do crédito tributário

O sujeito que se vê na iminência de ter contra si um crédito tributário constituído pode lançar mão de algumas ações para evitar a constituição desse crédito. Com efeito, pode valer-se da chamada “ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária” ou valer-se do “mandado de segurança preventivo”, conforme o caso.

A disciplina do mandado de segurança é dada pela Lei nº 12016 de 2009⁷⁸, bem como pela própria Constituição Federal⁷⁹.

⁷⁵ **Ibid.**, p.150.

⁷⁶ **Ibid.**, p.161.

⁷⁷ MENDES, Thayana Felix; BRIGIDO, Thiago Cioccarri. LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA PARA POSTULAR A FALÊNCIA DO DEVEDOR TRIBUTÁRIO: A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O INTERESSE JURÍDICO NO PAR CONDITIO CREDITORIUM. **Revista da PGFN**, ano 1, n. 3, p. 229-255, 2012, p. 248. Disponível em: <<http://www.dpd.ufv.br/wp-content/uploads/O-36-ARTIGO-LEGITIMIDADE-FP-FALENCIA.pdf>>. Acesso em 08 de nov. de 2020.

⁷⁸ Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. BRASIL. **Lei 12016 de 07 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

Nesse sentido, Hugo de Brito Machado⁸⁰ ensinou que a ação declaratória de existência, inexistência ou modo de ser da relação jurídica tributária pede uma dessas três declarações, geralmente a declaração da inexistência da relação jurídica que poderá dar azo à cobrança do tributo. Já o mandado de segurança preventivo, por seu turno, exige que o impetrante tenha um direito líquido e certo, isto é, cuja demonstração independa de dilação probatória, bem como que este direito sofra ameaça de lesão⁸¹. Ou seja, pode ser manejada pelo sujeito que está na iminência de ter contra si a formação de um crédito tributário.

Como é possível observar, tais ações efetivamente não impugnam o crédito tributário, pois ele ainda não surgiu, antecipando-se de modo a tentar evitar que a Fazenda Pública constitua o crédito, por meio do lançamento. As ações autônomas de impugnação são aquelas nas quais o interesse de agir nasce quando constituído o crédito tributário e, uma delas, os embargos à execução fiscal, o interesse de agir só nasce depois do ajuizamento da execução fiscal, como visto linhas atrás. Dentre as demais ações autônomas de impugnação, tem-se a ação anulatória de lançamento tributário e o mandado de segurança repressivo.

O objeto da ação anulatória de lançamento tributário é a nulidade do processo administrativo fiscal que ensejou a constituição do crédito tributário⁸². Nela são cabíveis todas as formas de prova admitidas em direito, podendo ser discutidas questões fáticas ou jurídicas⁸³.

Lado outro, no que concerne ao mandado de segurança repressivo, também disciplinado pela citada Lei nº 12016 de 2009, exige que o impetrante tenha um direito líquido e certo, isto é, cuja demonstração independa de dilação probatória, como visto linhas atrás, bem como que este direito tenha sofrido uma lesão por ato de autoridade⁸⁴.

Em síntese, o sujeito pode defender-se judicialmente antes e após a formação do crédito tributário, antes por meio de uma ação declaratória de inexistência da relação jurídica

2010/2009/lei/12016.htm#:~:text=Disciplina%20o%20mandado%20de%20seguran%C3%A7a,Art.>. Acesso em: 25 de nov. de 2020.

⁷⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de nov. de 2020.

⁸⁰ MACHADO, *op. cit.*, p. 485.

⁸¹ *Ibid.*, p. 488 e 489.

⁸² *Ibid.*, p. 485.

⁸³ *Ibid.*, p. 485.

⁸⁴ MACHADO, *op. cit.*, p. 488 e 489.

tributária, ou por meio do mandado de segurança preventivo, este com matéria de defesa mais limitada às situações em que já exista prova pré-constituída. Além disso, se o crédito já foi constituído, poderá valer-se do mandado de segurança repressivo, quando também exista prova pré-constituída e desde que no prazo de até 120 dias da ciência da lesão, em apreço ao art. 23 da Lei nº 12016 de 2009⁸⁵, pode manejar a ação anulatória do lançamento tributário, que oferece ao autor maior possibilidade de discussão e produção de provas, bem como pode lançar mão dos embargos à execução fiscal quando quer desconstituir o crédito que vem sendo executado pela Fazenda Pública.

⁸⁵ Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. **Lei 12016 de 07 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm#:~:text=Disciplina%20o%20mandado%20de%20seguran%C3%A7a,Art.>. Acesso em: 25 de nov. de 2020.

3 NOÇÕES GERAIS SOBRE A FALÊNCIA

O termo falência vem de *fallere*, significando faltar, enganar⁸⁶. Traz a ideia de faltar com o prometido, juridicamente significando a impossibilidade de o devedor empresário arcar com seus débitos⁸⁷. Atualmente, o termo falência designa o processo de execução concursal que recai sobre o patrimônio do devedor empresário⁸⁸.

Contudo, nem sempre se utilizou essa expressão, conforme explica Sérgio Campinho, pois nas Ordenações do Reino se utilizava o termo “quebra” porque tradicionalmente os credores quebravam a banca do comerciante que estivesse faltado com o compromisso de honrar suas obrigações, de modo que, uma vez com a banca quebrada, não podia mais exercer sua atividade comercial⁸⁹. Além do termo “quebra”, utilizou-se também como sinônimo de falência, a expressão “bancarota”, novamente expressando a ideia de “banca quebrada”⁹⁰.

Dessa forma, para fins deste trabalho, utilizar-se-á as expressões quebra ou bancarrota como sinônimos de falência.

A execução de um título normalmente opera-se individualmente, ou seja, apenas um credor contra um devedor cobrando o crédito contido em um determinado título⁹¹. Entretanto, há situações em que o patrimônio do devedor é inferior ao montante de suas dívidas, o que torna injusta a regra da execução individual porque esta fere a paridade que deve existir entre os credores que estão na mesma situação jurídica, bem como o fato de que tal regra não observa os graus de necessidades ou garantias contratadas entre os diferentes créditos⁹².

Como forma de evitar essa injustiça, de modo que os mais necessitados sejam privilegiados e os iguais possuam as mesmas chances e condições de receber seus créditos, instaura-se uma execução concursal que envolve todos os credores, excepcionando a regra da execução singular⁹³. Esse tratamento paritário - entre os credores - é referido pela expressão

⁸⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Penalva Paulo. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 75. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788530991616/epubcfi/6/36%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml16%5D!/4/2/4/2%400:0>>. Acesso em 31 de out. de 2020.

⁸⁷ CAMPINHO, Sérgio. **FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

⁸⁸ SALOMÃO e SANTOS, **op. cit.**, p. 5.

⁸⁹ CAMPINHO, **op. cit.**, p. 3.

⁹⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3ª ed., 2009, Editora Juspodivm, p. 613.

⁹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 262.

⁹² **Ibid.**, p. 263.

⁹³ **Ibid.**, p. 263 e 264.

latina *par condicio creditorum*⁹⁴. Assim, a falência é chamada de procedimento concursal ou ação concursal porque nela concorrem, de um lado, o empresário ou sociedade empresária devedora e, de outro, a totalidade dos seus credores (*concurso creditorum*)⁹⁵.

A falência, desse modo, consiste em um processo judicial de execução concursal do patrimônio pertencente ao devedor empresário⁹⁶. Trata-se de um procedimento de liquidação de tal patrimônio a fim de satisfazer o crédito dos credores, dando-se tal satisfação de acordo com uma ordem legal que traz em seu bojo a previsão de preferências⁹⁷. Porém, não se resume apenas a um ato de vender e pagar aos credores, pois o Poder Judiciário deve estar atento à função social da empresa, de modo que a sociedade seja a menos prejudicada possível⁹⁸.

Como exemplo, Gladston Mamede cita o caso da falência da *Cia. Americana Industrial de Ônibus – CAIO*, em que o Juízo Falimentar, ao invés de simplesmente liquidar o patrimônio da falida aos poucos, decidiu arrendar a massa falida à *Induscar*, do *Grupo Ruas*, com a manutenção da marca *Caio*, oportunidade na qual a arrendatária comprometeu-se em honrar os contratos da falida e o fez dentro de três anos⁹⁹. Desse exemplo fica claro que a falência nem sempre é uma solução prejudicial para os trabalhadores, fornecedores, a sociedade, dentre outros, porque pode representar uma salvação para o negócio, em apreço à função social.

Nesse sentido, Moacyr Lobato (*apud* Marlon Tomazette) afirmou que o objetivo da quebra é a preservação do acervo patrimonial, no todo ou em parte, possibilitando que terceiros deem uma destinação adequada ao mesmo¹⁰⁰. A falência é medida que não busca apenas a retirada do mercado de empresas arruinadas, mas também a continuidade da atividade empresarial com outros sujeitos¹⁰¹. Como se pode observar, o processo falimentar concretiza a função social da empresa, ao retirar do mercado empresas inviáveis, bem como ao promover a manutenção de atividades viáveis, como ocorre com a alienação, no todo ou em parte, do estabelecimento empresarial.

⁹⁴ **Ibid.**, p. 264.

⁹⁵ MAMEDE, **op. cit.**, p. 404.

⁹⁶ COELHO, **op. cit.**, p. 266.

⁹⁷ TOMAZETTE, M. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 276.

⁹⁸ MAMEDE, **op. cit.**, p. 458.

⁹⁹ **Ibid.**, p. 458 e 459.

¹⁰⁰ TOMAZETTE, **op. cit.**, p. 280.

¹⁰¹ **Ibid.**, p. 280.

Assim, efetivamente é possível perceber que a falência atende à função social da empresa, de modo que o pedido de quebra não deve ser abstratamente rechaçado sem a análise do preenchimento dos pressupostos autorizadores de sua instauração. Tais requisitos são a presença de um sujeito passivo que exerça atividade empresarial, que esteja presente a insolvência prevista em um dos incisos do artigo 94, que será visto mais adiante, e, por último, uma sentença judicial decretando a falência¹⁰².

É preciso registrar, porém, que há autores como Renzo Provinciali, Carlos Alberto Farracha de Castro, dentre outros, que defendem a pluralidade de credores como um dos requisitos para a instauração do processo falimentar, porque somente assim se justificaria uma execução coletiva¹⁰³. Ocorre que a verificação dos créditos se dá posteriormente à análise dos requisitos formais, primeiro decretando-se a falência para após isso habilitarem-se os credores¹⁰⁴, revelando, assim, a desnecessidade da presença de mais de um credor requerendo a quebra.

Tal estudo revela-se importante para que, por ocasião da análise do próximo capítulo, seja viável analisar a possibilidade – ou não – do requerimento de quebra feito pela Fazenda Pública, isso porque, antes de enfrentar as discussões específicas, é preciso ter algumas informações básicas acerca da falência, tais como quem pode falir, o que pode dar azo ao processo falimentar e qual a ordem de recebimento dos créditos.

3.1 LEGITIMAÇÃO PASSIVA ESPECÍFICA

O art. 966, *caput*, do Código Civil¹⁰⁵, traz o conceito legal de empresário como aquela pessoa que exerce uma atividade econômica de forma profissional e organizada, promovendo a circulação de bens ou de serviços. No mesmo sentido, o parágrafo único do referido artigo explica que aquele que exerce profissão intelectual, seja de natureza artística, literária ou científica, mesmo com auxiliares ou colaboradores, não pode ser considerado empresário, salvo se o exercício dessa profissão constituir elemento de empresa.

Como se pode observar, o exercício de uma atividade econômica com profissionalismo e organização, com a gestão do todo, dos fatores de produção (mão-de-obra, matéria prima,

¹⁰² SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 76. Cf. Rubens Requião *apud* TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 284.

¹⁰³ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 285.

¹⁰⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰⁵ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. BRASIL. **Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 31 de out. de 2020.

capital, dentre outros) constitui uma atividade empresarial¹⁰⁶. O sujeito da atividade empresarial, titular de direitos e obrigações, é o empresário, podendo o mesmo ser empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) ou uma das sociedades empresárias¹⁰⁷.

Tais exercentes de uma atividade empresarial estão, a princípio, sujeitos à falência¹⁰⁸, isso porque a falência é um procedimento aplicável especificamente ao empresário, não se aplicando às sociedades simples, associações ou fundações, aos quais se aplica o regime da insolvência civil¹⁰⁹. Contudo, o produtor rural só é considerado empresário - sujeitando-se à falência - se tiver a inscrição de sua atividade no registro público de empresas mercantis (Junta Comercial)¹¹⁰.

O titular de dupla atividade (civil e empresarial) está excluído do conceito de empresário, se a atividade preponderante for a de natureza civil¹¹¹. Por outro lado, o empresário irregular, se sujeita à execução falimentar, porém, salvo a autofalência, caberá ao autor do requerimento provar que o requerido exerce a atividade empresarial¹¹².

Nem todos os empresários (aqui entendidos como o empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada ou as sociedades empresárias) sujeitam-se à falência¹¹³. Isso porque há sociedades empresárias que estão excluídas da incidência da Lei Falimentar (Lei nº 11101 de 2005), quais sejam: as empresas públicas, as sociedades de economia mista, instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades equiparadas legalmente às citadas¹¹⁴.

Tais empresários estão expressamente excluídos porque, para eles, existem regimes especiais para a recuperação da crise nessas atividades, porém, em alguns dos diplomas

¹⁰⁶ VIDO, *op. cit.*, n. p.

¹⁰⁷ *Ibid.*, n. p.

¹⁰⁸ COELHO, *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁹ MAMEDE, *op. cit.*, p. 404.

¹¹⁰ SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 79. Nesse sentido, cf. TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 289 e 290.

¹¹¹ SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 81.

¹¹² TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 291.

¹¹³ Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

¹¹⁴ MAMEDE, *op. cit.*, p. 404. Cf. TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 292.

legais, que tratam desses regimes especiais, existe a previsão da possibilidade de decretação da falência em certas condições¹¹⁵.

Tratando dos absolutamente excluídos da falência, Marlon Tomazette traz as entidades fechadas de previdência complementar que, para ele, seria o caso de não incidência, pois, nos termos do art. 31, §1º, da Lei Complementar nº 109 de 2001, organizam-se sob a roupagem de fundação ou associação, ou seja, sequer ostentam a qualidade de empresário¹¹⁶. No que concerne às empresas públicas e sociedades de economia mista, há quem defenda inconstitucional a exclusão prevista no art. 2º da Lei Falimentar, outros defendem, como o próprio Marlon Tomazette, para fins de exclusão, uma diferenciação entre os que exploram a atividade econômica e os prestadores de serviço público, estando excluídas apenas essas últimas¹¹⁷.

Assim, são as sociedades de previdência complementar, as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão absolutamente excluídas da falência.

Quanto às demais pessoas de que trata o art. 2º da Lei Falimentar, algumas podem submeter-se à falência mas não a pedido dos credores, que são os casos de exclusão relativa pura (sujeitam-se aqui as seguradoras, sociedades de capitalização e as operadoras de planos de saúde), e outras se submetem a execução falimentar a requerimento dos credores se não tenha havido a decretação de um dos regimes especiais, tratam-se das exclusões relativas mistas (incluindo-se aqui as instituições financeiras)¹¹⁸.

Com efeito, as seguradoras e sociedades de capitalização submetem-se à quebra se apenas a pedido do liquidante, se que autorizado pela entidade fiscalizadora - Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) -, desde que, no curso da liquidação, o ativo não for suficiente para pagar ao menos metade do passivo pertencente aos credores quirografários, ou quando presente indícios do cometimento de crimes falimentares, nos termos do Decreto-Lei nº 73 de 1966, art. 26¹¹⁹ ¹²⁰. Quantos às operadoras de planos de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) pode autorizar a falência a pedido do

¹¹⁵ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 292.

¹¹⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 293 e 294.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 294.

¹¹⁹ Art. 26. As sociedades seguradoras não poderão requerer concordata e não estão sujeitas à falência, salvo, neste último caso, se decretada a liquidação extrajudicial, o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar. BRASIL. **Decreto-Lei nº 73 de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. n. p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10073.htm>. Acesso em 06 de nov. de 2020.

¹²⁰ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 294.

liquidante, nas hipóteses anteriores, ou, também, quando há fundados indícios de crimes falimentares¹²¹.

No que concerne às instituições financeiras, quando estão no exercício normal de sua atividade, os credores podem requerer a falência das mesmas como a de qualquer empresário não excluído, porém, uma vez instaurado alguns dos regimes especiais pelo Banco Central (BACEN), seja intervenção, liquidação extrajudicial ou Regime de Administração Especial Temporária (RAET), a falência apenas poderá dar-se a pedido do liquidante, com a autorização do BACEN, não mais poderá dar-se a pedido do credor¹²².

No caso da intervenção, a falência está autorizada quando o ativo não for suficiente para satisfazer metade dos créditos quirografários, quando julgada inconveniente a liquidação, quando a complexidade dos negócios ou a gravidade dos fatos apurados tornarem prudente a aplicação da medida¹²³. Por outro lado, no caso da liquidação extrajudicial, a falência poderá ser autorizada quando o ativo não for suficiente para pagar ao menos metade do passivo pertencente aos credores quirografários ou quando presente indícios do cometimento de crimes falimentares¹²⁴. Por fim, no RAET em nenhuma hipótese há a possibilidade do pedido de falência¹²⁵.

Em síntese, os legitimados passivos do requerimento de falência podem ser empresários individuais, empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) ou alguma das sociedades empresária, excetos as sociedades empresárias absolutamente excluídas, perfazendo a legitimação passiva àquelas sociedades relativamente excluídas, nos moldes de suas respectivas disciplinas legais, como as instituições financeiras desde que não instaurado um dos regimes especiais.

Em conclusão, é somente o patrimônio dos empresários que se sujeita ao concurso de credores em um processo de natureza falimentar, excluídos alguns nos termos do art. 2º da Lei 11101 de 2005.

3.2 A INSOLVÊNCIA PRESUMIDA

¹²¹ **Ibid., loc. cit.**

¹²² **Ibid.,** p. 294 e 295.

¹²³ **Ibid.,** p. 295.

¹²⁴ **Ibid., loc. cit.**

¹²⁵ **Ibid., loc. cit.**

Inicialmente cumpre alertar que a insolvência empresarial não se confunde com a insolvência civil (prevista no art. 748 do CPC de 1973¹²⁶), porque esta tem alicerce na insolvência econômica, diferentemente da insolvência empresarial, porque tem amparo em situações objetivamente previstas na Lei Falimentar¹²⁷, quais sejam a impontualidade injustificada, a execução frustrada e a prática de atos ruinosos, que serão trabalhados mais adiante.

Nesse ponto, o Brasil adotou um sistema misto, admitindo a insolvência confessada pelo próprio devedor, bem como a presunção de insolvência quando presente uma das situações objetivamente previstas na Lei Falimentar, quais sejam a impontualidade injustificada, a execução frustrada e a prática de atos de falência, não se exigindo a insolvência econômica¹²⁸.

Uma vez provada a presença da impontualidade injustificada, a execução frustrada ou a prática de atos de falência, será decretada a falência do devedor, mesmo que possua patrimônio líquido positivo, com ativo superior ao passivo¹²⁹. Essas situações autorizadoras da bancarrota estão previstas no art. 94, *caput* e incisos I, II e III, da Lei nº 11101 de 2005.

3.2.1 Impontualidade injustificada

A impontualidade injustificada está prevista no art. 94, *caput* e inciso I, da Lei nº 11101 de 2005¹³⁰, refere-se à obrigação líquida, representada por título judicial ou extrajudicial, protestado, compreendido quaisquer dos títulos que legitimem a execução singular¹³¹. Configura-se quando o devedor não paga, sem motivo justificável, dívida líquida, constante de um ou mais títulos, cujo valor ultrapasse quarenta salários mínimos¹³².

¹²⁶ Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor. BRASIL. **Lei nº 5869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm> Acesso em: 31 de out. de 2020.

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1433652**. Recorrente: Lojas Americana S/A. Recorrido: Toka Indústria e Comércio de Móveis Ltda. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Distrito Federal, 18 de setembro de 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302003883&dt_publicacao=29/10/2014>. Acesso em 31 de out. de 2020.

¹²⁸ TOMAZETTE, **op. cit.**, p. 303.

¹²⁹ COELHO, **op. cit.**, p. 336.

¹³⁰ 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; BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

¹³¹ COELHO, **op. cit.**, p. 336.

¹³² TOMAZETTE, **op. cit.**, p. 304.

É permitido que os credores formem um litisconsórcio até perfazer o valor mínimo de quarenta salários mínimos¹³³. Considera-se aqui o valor nominal dos títulos, sem qualquer acréscimo, como atualização monetária, juros, dentre outros¹³⁴.

Se a obrigação inadimplida não for exigível na falência, a insolvência presumida não se configura, são os casos de créditos oriundos de obrigações a título gratuito, dívidas que os credores fizeram para tomar parte na recuperação judicial ou falência, bem como, segundo Gladston Mamede (*apud* Marlon Tomazette) os créditos fiscais¹³⁵. Sobre esses últimos, os créditos fiscais, especialmente os de natureza tributária, serão trabalhados com maior verticalidade em capítulo próprio, mais adiante.

É indispensável a juntada da prova da impontualidade injustificada para a propositura da ação, devendo ser determinada a emenda ou complementação da inicial caso o autor não demonstre com quais provas deseja demonstrar a verdade dos fatos¹³⁶. A prova solene da impontualidade é o protesto¹³⁷. Qualquer documento utilizado para provar a impontualidade deve ser protestado¹³⁸, contudo, a Terceira Turma do STJ tem entendimento de que se há vários títulos, caso o protesto refira-se a apenas alguns desses, que tais títulos protestados, conjunta ou isoladamente, sejam os que perfaçam o valor de 40 (quarenta) salários mínimos¹³⁹.

Sob outra perspectiva, ainda que provada a impontualidade, esta não se considerará injustificada se o empresário provar que há algum motivo jurídico relevante para o atraso no pagamento¹⁴⁰. Assim, em apreço ao enunciado nº 43 da súmula do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), provada a impontualidade, sem motivo jurídico relevante, é inexigível a demonstração da insolvência do devedor¹⁴¹.

¹³³ MAMEDE, *op. cit.*, p. 460.

¹³⁴ NEGRÃO, *op. cit.*, p. 34.

¹³⁵ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 304 e 305.

¹³⁶ NEGRÃO, *op. cit.*, p. 34.

¹³⁷ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 307.

¹³⁸ COELHO, *op. cit.*, p. 337.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso especial nº 1124763**. Recorrente: Hélcio Kronberg Recorrido: Hotel Doral Apucarana Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Distrito Federal, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteireoteor/?num_registro=200900329075&dt_publicacao=28/02/2014>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

¹⁴⁰ COELHO, *op. cit.*, p. 337. TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 305.

¹⁴¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula 43**. No pedido de falência fundado no inadimplemento de obrigação líquida materializada em título, basta a prova da impontualidade, feita mediante o protesto, não sendo exigível a demonstração da insolvência do devedor. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf?d=1604103457958>>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

Em síntese, a impontualidade prevista no art. 94, inciso I, da Lei nº 11101 de 2005, configura-se com o não pagamento, de forma juridicamente injustificada, de obrigação, contida em um ou mais títulos devidamente protestados, cujo valor mínimo, individual ou conjuntamente, perfaça quarenta salários mínimos ou mais.

3.2.2 Execução frustrada

Também chamada de “tríplice omissão”¹⁴², a execução frustrada está prevista no art. 94, *caput* e inciso II, da Lei nº 11101 de 2005¹⁴³, sendo aquela em que o exequente não obtém a satisfação do que lhe é devido, não alcançando o bem da vida desejado, como se pode extrair do conceito de Waldo Fazzio Júnior:

Execução frustrada é, pois, a improdutiva, insatisfatória. É a tentativa infrutífera encetada pelo credor, no sentido de dar atuação à sanção, de densificar a exigibilidade do título. É a falta de prestação do agente econômico devedor em face da exigência do credor. É a não obtenção do bem devido.¹⁴⁴

Da leitura do conceito doutrinário acima, infere-se que ocorre a execução frustrada quando o credor não vê satisfeito seu crédito constante de um título. Nessa senda, para a configuração da execução frustrada não há a previsão de piso mínimo da obrigação não satisfeita¹⁴⁵, diferentemente da impontualidade injustificada, em que se exige o valor mínimo de quarenta salários mínimos para autorizar o requerimento (ver item 3.2.1). Nesse sentido é o enunciado nº 39 da Súmula do TJSP¹⁴⁶. Todavia, há parcela na doutrina que sustenta a exigência de um valor mínimo, como é o caso de Carlos Henrique Abrão (*apud* Marlon Tomazette) que defende tal exigência com o argumento de que deve se tratar de uma execução séria¹⁴⁷.

¹⁴² Cf. SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴³ 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; BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

¹⁴⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 208.

¹⁴⁵ SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 86. Nesse sentido, Cf. CAMPINHO, *op. cit.*, p. 262.

¹⁴⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula 39**. No pedido de falência fundado em execução frustrada é irrelevante o valor da obrigação não satisfeita. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf?d=1604103457958>>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

¹⁴⁷ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 311.

O inciso II do art. 94 fala em “quantia líquida”, porém deveria falar em quantia certa, porque mais preciso, afastando assim a incidência no caso de ocorrência das outras espécies de execuções (obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa)¹⁴⁸.

A tríplice omissão ocorre quando o empresário executado não paga, não deposita e nem nomeia bens à penhora no prazo previsto em lei¹⁴⁹. Nesse ponto, guardando certa semelhança com a impontualidade injustificada, na execução frustrada há a presunção de que o empresário se encontra insolvente, isso porque há contra ele uma execução individual na qual o mesmo não produziu quaisquer resultados em termos patrimoniais¹⁵⁰. A esse respeito, Marlon Tomazette¹⁵¹ explicou que, “A princípio, a pessoa citada em um processo de execução teria prazo para pagar, depositar ou nomear bens à penhora, findo o qual se configuraria a execução frustrada pela tríplice omissão do devedor.”

Dessa forma, entende-se que o momento configurador da execução frustrada apresenta-se ao fim do prazo para pagar em que o executado não paga, nas execuções previstas no CPC, conforme as lições de Marlon Tomazette apresentadas linhas atrás. Trazendo-as para a execução fiscal, é possível inferir que esta resta frustrada quando o executado, devidamente citado, não realiza o pagamento no prazo legal e não garante o juízo, em uma interpretação *a contrario sensu* da norma prevista no art. 8º, *caput*, da Lei 6830 de 1980¹⁵², bem como deixando de apresentar qualquer defesa, revelando uma tríplice omissão.

Todavia, a insolvência presumida com espeque na execução frustrada não se configura se o título cobrado na execução singular envolver obrigação inexigível na falência, em apreço ao § 2º do referido art. 94^{153 154}.

Outro dado relevante, como bem pontuou Marlon Tomazette¹⁵⁵, é que existe dúvida acerca de qual o momento em que se configura a execução frustrada, isso a partir da entrada em vigor do novo CPC, pois não mais há a citação para nomeação de bens à penhora,

¹⁴⁸ CAMPINHO, *op. cit.*, p. 256.

¹⁴⁹ COELHO, *op. cit.*, p. 338.

¹⁵⁰ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 309.

¹⁵¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁵² Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas: [...] BRASIL. **Lei nº 6830 de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

¹⁵³ § 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

¹⁵⁴ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 312.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 309.

conforme art. 829, §2º¹⁵⁶. Com efeito, no CPC de 2015 não mais há prazo para essa providência do executado – nomear bens à penhora – pois esta constrição recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo a existência de outros indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, em razão da demonstração de que – no caso concreto – a penhora sobre tais bens revela menor onerosidade¹⁵⁷.

No regime do CPC anterior, o que se considerava para a configuração da execução frustrada era a omissão do devedor¹⁵⁸. No CPC de 2015, o devedor, uma vez citado, possuindo bens passíveis de penhora, deverá indicá-los, sob pena de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, sendo a ausência presunção de insolvência¹⁵⁹.

Destarte, o fato de a execução restar frustrada poderá ser provado por uma certidão emitida pela secretaria da vara, em apreço ao §4 do art. 94 da Lei Falimentar^{160 161}. Trata-se da certidão de objeto e pé, proveniente do Juízo onde tramita a execução individual¹⁶². Tal certidão dispensa o protesto do título¹⁶³.

É suficiente a prova da execução frustrada, fato objetivo, inclusive podendo outro credor diverso, que não o exequente, pedir a decretação da bancarrota do devedor empresário executado¹⁶⁴.

Neste caso ou em sendo o próprio exequente que requer a quebra do devedor, não há convalidação da execução singular em falência, porque possuem processamentos distintos¹⁶⁵.

Quanto ao destino da execução singular, há autores que defendem a necessária desistência da mesma, com a conseqüente extinção, sem a qual o requerimento de falência deve ser julgado extinto sem resolução de mérito, porque não se pode utilizar duas vias para

¹⁵⁶ Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação. [...] § 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente. **Lei nº 13105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

¹⁵⁷ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 309

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 311.

¹⁵⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁶⁰ § 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. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

¹⁶¹ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 311.

¹⁶² SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 85.

¹⁶³ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 311.

¹⁶⁴ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 312. Nesse sentido, *cf.* CAMPINHO, *op. cit.*, p. 259.

¹⁶⁵ SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 85. TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 311.

perseguir o mesmo crédito¹⁶⁶. Outros sustentam a suspensão, porque não há necessidade de desistência da ação individual, haja vista que faria desaparecer a causa em que o pedido de falência lastreou-se¹⁶⁷. Outros autores, ainda, defendem que o pedido de falência deve ser instruído com a prova da suspensão da execução singular, ancorando-se no enunciado nº 48 da Súmula¹⁶⁸ do TJSP¹⁶⁹, posição esta adotada nesta investigação.

Em apertada síntese, quando há uma execução singular frustrada esta pode dar azo ao requerimento de quebra, independente do valor da obrigação contida no título executivo, desde que seja uma obrigação cobrável na falência. Além disso, há ainda grande divergência doutrinária acerca do destino dessa execução singular, se fica suspensa ou extingue-se, em caso de protocolo do requerimento de falência, adotado aqui o entendimento de que a execução fica suspensa.

3.2.3 Atos de falência

Os chamados atos ruinosos¹⁷⁰ ou atos de falência¹⁷¹ estão previstos no inciso III do art. 94 da Lei Falimentar¹⁷², cujo rol é taxativo¹⁷³. Tratam-se de sinais exteriores de ruína patrimonial¹⁷⁴. Segundo Ricardo Negrão¹⁷⁵: “Meios ruinosos são os que consistem na prática de negócios arriscados ou sujeitos exclusivamente à sorte, bem como atos de liberalidade ou gastos excessivos e prodigalidade.”. Como se pode inferir da leitura desse conceito, é a prática

¹⁶⁶ Nesse sentido, cf. SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 86.

¹⁶⁷ Cf. CAMPINHO, *op. cit.*, p. 260.

¹⁶⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula 48**. Para ajuizamento com fundamento no art. 94, II, da lei nº 11.101/2005, a execução singular anteriormente aforada deverá ser suspensa. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf?d=1604103457958>>. Acesso em 03 de nov. de 2020.

¹⁶⁹ Cf. COELHO, *op. cit.*, p. 339 e 340.

¹⁷⁰ CAMPINHO, *op. cit.*, p. 263.

¹⁷¹ Cf. COELHO, *op. cit.*, p. 340. TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 313. NEGRÃO, *op. cit.*, p. 38.

¹⁷² Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: [...] 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. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

¹⁷³ RAMOS, *op. cit.*, p. 632.

¹⁷⁴ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 313.

¹⁷⁵ NEGRÃO, *op. cit.*, p. 39.

de um dos negócios que correspondem às práticas negociais que denotam um enfraquecimento ou diluição do patrimônio do devedor.

Nesse sentido, Waldo Fazzio Júnior¹⁷⁶ lecionou que as atitudes elencadas no art. 94, inciso III, fazem presumir a insolvência mesmo que despidas de intenção fraudulenta, porque denunciam o estado deficitário do patrimônio do devedor, expondo a possibilidade de prejuízo por parte dos credores, de modo que se não está insolvente, o agente econômico está agindo como se estivesse. São expedientes realizados de má-fé, com a finalidade de ocultação da verdade ou do devedor eximir-se do cumprimento de seu dever¹⁷⁷.

Em todo caso, tais atos são um sinal de insolvabilidade¹⁷⁸, gerando presunção absoluta do estado de insolvência¹⁷⁹, afastando-se tal presunção somente se os atos foram praticados com fundamento no plano de recuperação judicial¹⁸⁰. É importante salientar que, se a falência for requerida com espedeque nessa causa de pedir, para parte da doutrina não caberá a realização do depósito elisivo¹⁸¹.

Quando ocorrem tais situações, o requerimento de falência deve ser realizado com a descrição do fato que ocorreu, com a especificação das provas que deseja produzir bem como acompanhado o requerimento com as provas já produzidas¹⁸².

O primeiro meio ruinoso elencado nas alíneas do inciso III é a liquidação precipitada, em que o empresário, presente as dificuldades, vende seus bens por baixo custo, vende bens em bloco ou àqueles necessários ao desenvolvimento da empresa, denotando a tentativa de esvaziar o seu patrimônio¹⁸³. Incluem-se aqui também os expedientes ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos ou mesmo o fato de aceitar pagar juros acima dos praticados normalmente no mercado¹⁸⁴.

A segunda situação é a realização de negócios jurídicos simulados para atrasar pagamentos ou fraudar credores, bem como o expediente de alienar, total ou parcialmente, o

¹⁷⁶ FAZZIO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 211.

¹⁷⁷ NEGRÃO, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁸ CAMPINHO, *op. cit.*, p. 263.

¹⁷⁹ COELHO, *op. cit.*, p. 340.

¹⁸⁰ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 313.

¹⁸¹ Entendendo assim, cf. GONÇALVES, Fábio Antunes. Caracterização do estado de falência de empresário devedor. *Consultor Jurídico*. 2008, n. p. Disponível em: <[¹⁸² TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 313.](https://www.conjur.com.br/2008-ago-09/caracterizacao_estado_falencia_empresa_devedor#:~:text=Em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20de%20p%C3%B3sito%20elisivo,de%20contesta%C3%A7%C3%A3o%20(10%20dias).&text=No%20caso%20do%20inciso%20III,presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20insolv%C3%Aancia%20%C3%A9%20absoluta.>. Acesso em 30 de nov. de 2020.</p></div><div data-bbox=)

¹⁸³ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁸⁴ COELHO, *op. cit.*, p. 341.

ativo¹⁸⁵. Nesse ponto, a lei considera ato de falência não só a consumação, mas também a tentativa¹⁸⁶.

Outra situação é o trespasse irregular, trata-se da alienação do estabelecimento empresarial (complexo de bens organizados para o exercício da empresa) sem observar as condições previstas em lei¹⁸⁷. Dá-se quando ocorre a alienação do estabelecimento mercantil sem a anuência de todos os credores e sem restar bens suficientes para que o devedor solva o passivo¹⁸⁸.

Outro fato considerado como ato de falência é a simulação de transferência do estabelecimento principal¹⁸⁹. É realizada com o desiderato de fraudar a lei, prejudicando os credores ou a fiscalização, sem um objetivo justificável do ponto de vista empresarial¹⁹⁰.

Mais uma ação punível é a outorga ou reforço de garantia a credor por dívida anterior, quando o devedor ficar sem bens livres e desembaraçados suficientes para satisfazer o passivo, isso porque rompe com a paridade entre credores¹⁹¹. Aqui, a legislação falimentar também entende como ato de falência a tentativa¹⁹². Para a configuração do ato ruinoso é importante que a outorga ou reforço ocorra em momento posterior à constituição do crédito¹⁹³. Porém, se o ato foi realizado com a finalidade de captar recursos e vem acompanhado de tais recursos não é considerado ato de falência¹⁹⁴. A prova do abandono do estabelecimento pode dar-se de diversas formas, como a devolução de correspondências, tentativa infrutífera de citação por oficial de justiça, dentre outras¹⁹⁵.

Por fim, também configura meio ruinoso o descumprimento injustificado de uma obrigação assumida no plano de recuperação judicial¹⁹⁶. Isso ocorre porque o descumprimento de tais obrigações revela a insolvência irremediável do devedor recuperando¹⁹⁷. Estão aqui as obrigações assumidas até nos dois anos seguintes àquele em que o benefício foi concedido, hipótese na qual as obrigações retornam às condições originais (anteriores ao benefício)¹⁹⁸.

¹⁸⁵ **Ibid., loc. cit.**

¹⁸⁶ CAMPINHO, **op. cit.**, p. 264.

¹⁸⁷ TOMAZETTE, **op. cit.**, p. 316.

¹⁸⁸ CAMPINHO, **op. cit.**, p. 265.

¹⁸⁹ TOMAZETTE, **op. cit.**, p. 317.

¹⁹⁰ COELHO, **op. cit.**, p. 342.

¹⁹¹ CAMPINHO, **op. cit.**, p. 267.

¹⁹² FAZZIO JÚNIOR, **op. cit.**, p. 216.

¹⁹³ COELHO, **op. cit.**, p. 342.

¹⁹⁴ TOMAZETTE, **op. cit.**, p. 320.

¹⁹⁵ **Ibid.**, p. 321.

¹⁹⁶ COELHO, **op. cit.**, p. 342.

¹⁹⁷ TOMAZETTE, **op. cit.**, p. 321.

¹⁹⁸ **Ibid.**, p. 321.

Lado outro, se o descumprimento de uma obrigação ocorre após os dois primeiros anos da concessão do benefício não é ato ruinoso, portanto não é causa de convalidação da recuperação em falência¹⁹⁹.

Em conclusão, os atos de falência ou meios ruinosos são práticas que denotam um enfraquecimento do patrimônio do empresário, levando-o à insolvência e expondo seus credores à riscos no que concerne ao recebimento dos seus créditos.

A par dessas noções gerais sobre as hipóteses de insolvência jurídica, é possível analisar a classificação dos créditos no processo falimentar.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS

Um assunto bem importante no estudo do processo falitário é a classificação dos créditos. Trata-se de um processo paritário, porém que a classificação dos créditos tem por finalidade reequilibrar situações de desigualdades²⁰⁰. Assim, os credores do falido são tratados de forma desigual²⁰¹. Isso acontece porque com a alienação do ativo dificilmente os valores arrecadados são suficientes para satisfazer o crédito de todos os credores, de modo que o pagamento deve observar a lista legal de preferências²⁰².

Os créditos são classificados em créditos prioritários, restituições em dinheiro, créditos extraconcursais e, por fim, créditos concursais.

3.3.1 Créditos prioritários

O elenco dos créditos prioritários está previsto nos artigos 150 e 151 da Lei Falimentar²⁰³. Dentre os primeiros deles, devem ser pagos, para alguns autores, inicialmente os decorrentes das despesas essenciais ao andamento do processo falitário, previstos no art. 150 da Lei Falimentar, sucedidos por aqueles previstos no art. 151 do mesmo Diploma, que

¹⁹⁹ **Ibid.**, p. 321 e 322.

²⁰⁰ FAZZIO JÚNIOR, **op. cit.**, p. 75.

²⁰¹ COELHO, **op. cit.**, p. 287.

²⁰² TOMAZETTE, **op. cit.**, p. 535.

²⁰³ Art. 150. As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do caput do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa. Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

são as despesas relacionadas à continuação provisória do negócio, mas, para outros autores é o inverso²⁰⁴.

Neste caminho, mesmo apresentando a divergência, Marlon Tomazette entendeu que “[...] em primeiro lugar, deve ocorrer o pagamento dos créditos trabalhistas, de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador.”²⁰⁵ O argumento apresentado para essa preferência do crédito prioritário previsto no art. 151 ao do art. 150 é que, naquele, há o termo “tão logo”, ausente neste último (art. 150), o que revela a sua preferência²⁰⁶.

Assim, os créditos tidos como prioritários são aqueles previstos nos art. 150 e 151 da Lei nº 11101 de 2005, sendo os que primeiro vêm a ser pagos quando da decretação da falência.

3.3.2 Restituições em dinheiro

Após o adimplemento das obrigações cujo crédito é considerado prioritário, devem ser pagas as restituições em dinheiro²⁰⁷. A leitura do art. 86, parágrafo único, da Lei Falimentar corrobora tal entendimento^{208 209}.

Com efeito, como é possível observar, mostra-se acertada a conclusão de Marlon Tomazette, quando entendeu que as restituições em dinheiro, previstas no citado art. 86, são pagas posteriormente ao adimplemento dos créditos prioritários, com lastro no parágrafo único do referido artigo. É importante esclarecer que em tais restituições em dinheiro os pagamentos são atualizados monetariamente, mas não há a incidência de juros, sendo que, em caso de insuficiência de recursos, haverá o rateio entre os credores²¹⁰.

²⁰⁴ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 537 e 538.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 538.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 538.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 538.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 536.

²⁰⁹ Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro: I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado; II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente; III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei. Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

²¹⁰ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 539 e 540.

Desse modo, em pequena síntese, pagos os créditos classificados legalmente como créditos prioritários, pagam-se as restituições em dinheiro.

3.3.3 Créditos extraconcursais

Os chamados créditos extraconcursais são valores pagos após às restituições, consubstanciam-se em dívidas assumidas pela massa falida durante o curso do processo falimentar²¹¹. Essa ordem está disciplinada no *caput* do art. 149 da Lei Falimentar^{212 213}, estando tais créditos estão disciplinados no art. 84 do mesmo Diploma²¹⁴.

Em primeiro lugar estão as despesas relacionadas à massa falida, incluindo-se aqui os créditos pertencentes aos credores trabalhistas relativos aos serviços prestados após a decretação da quebra, bem como o devido ao administrador judicial e seus auxiliares²¹⁵. É importante destacar que, dentre eles, estão os créditos tributários que tiveram o fato gerador concretizado após a decretação da falência²¹⁶.

Em seguida, são pagas as quantias fornecidas pelos credores à massa falida, pois tais despesas são contraídas para pagar providências que necessitam serem pagas logo²¹⁷. Na terceira posição estão os créditos relacionados ao processo (em sentido estrito), tais como custas do processo, diligências do oficial de justiça, dentre outras²¹⁸. Após estes, estão as

²¹¹ *Ibid.*, p. 540.

²¹² Art. 149. Realizadas as restituições, pagos os créditos extraconcursais, na forma do art. 84 desta Lei, e consolidado o quadro-geral de credores, as importâncias recebidas com a realização do ativo serão destinadas ao pagamento dos credores, atendendo à classificação prevista no art. 83 desta Lei, respeitados os demais dispositivos desta Lei e as decisões judiciais que determinam reserva de importâncias. BRASIL. **Lei nº 11101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

²¹³ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 540.

²¹⁴ Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; II – quantias fornecidas à massa pelos credores; III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência; IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida; V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

²¹⁵ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 540.

²¹⁶ Art. 188. São extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo de falência. BRASIL. **Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

²¹⁷ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 541.

²¹⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

custas e honorários sucumbenciais das ações e execuções em que a massa falida for parte vencedora²¹⁹. Por último, dentre os créditos extraconcursais, estão as despesas que resultam de atos jurídicos validamente praticados após decretada a quebra²²⁰.

Em síntese, logo após o pagamento das restituições em dinheiro, mas antes do pagamento dos créditos concursais, se houver patrimônio, devem ser pagos os créditos chamados de extraconcursais.

3.3.4 Créditos concursais

Depois de pagos os créditos prioritários, realizadas as restituições em dinheiro, bem como pago os créditos extraconcursais, passa-se ao pagamento dos créditos concursais, previstos no art. 83 da Lei nº 11101 de 2005²²¹.

Em primeiro lugar estão os créditos decorrentes da legislação trabalhista, bem como àqueles decorrentes de acidentes do trabalho, considerados nessa classe apenas o montante máximo de até 150 salários mínimos por trabalhador²²². O valor do crédito trabalhista que exceder aos referidos 150 salários mínimos por trabalhador será classificado como crédito quirografário, sendo o valor do salário mínimo o vigente na data do pagamento²²³.

Juntamente com os créditos trabalhistas estão aqueles pertencentes aos credores equiparados aos empregados, para fins falimentares, quais sejam os representantes comerciais

²¹⁹ **Ibid., loc. cit.**

²²⁰ **Ibid., p. 542.**

²²¹ 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; IV – créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 V – créditos com privilégio geral, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei; c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo; VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; VIII – créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

²²² TOMAZETTE, **op. cit.**, p. 543.

²²³ COELHO, **op. cit.**, p. 292.

autônomos²²⁴ e a Caixa Econômica Federal no que concerne ao FGTS^{225 226}. A equiparação dos representantes comerciais, exercentes de atividade empresarial que são, aos empregados, é criticada por Fábio Ulhoa Coelho²²⁷. Além desses, por sua natureza alimentar, equiparam-se aos créditos trabalhistas os honorários advocatícios²²⁸.

Vistos os créditos que compõem a primeira classe, passa-se a segunda, composta pelos créditos assegurados pela garantia real. Aqui estão os bens móveis ou imóveis oferecidos em anticrese, penhor ou hipoteca, cujo privilegio de pertencer a esta classe alcance o crédito até o valor do bem oferecido em garantia²²⁹. Isso acontece porque seus créditos não estão sujeitos ao rateio, pois são satisfeitos com o produto da realização do bem gravado²³⁰.

Tais credores podem ser considerados nessa segunda classe em razão de ato de vontade das partes, com a instituição da garantia real, ou proveniente de uma vinculação legal, que é o privilégio especial²³¹.

Se o produto da liquidação do bem for superior ao crédito, o excedente será utilizado para o pagamento dos credores pertencentes às classes seguintes²³².

Dentre as garantias reais, a anticrese consiste em uma convenção na qual o credor fica com a posse do bem, percebendo os frutos e rendimentos deste até que seja satisfeita a quantia emprestada²³³. O penhor, de seu lado, trata-se da transferência da posse de um bem móvel para o credor, com a finalidade de garantir o pagamento da quantia emprestada²³⁴. Por seu turno, a hipoteca consiste em gravar um bem imóvel, permanecendo a posse e a propriedade

²²⁴ Art. 44. No caso de falência do representado as importâncias por ele devidas ao representante comercial, relacionadas com a representação, inclusive comissões vencidas e vincendas, indenização e aviso prévio, serão considerados créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas. BRASIL. **Lei nº 4886 de 09 de dezembro de 1965**. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em: 08 de nov. de 2020.

²²⁵ Art. 2º [...] § 3º Os créditos relativos ao FGTS gozam dos mesmos privilégios atribuídos aos créditos trabalhistas.” BRASIL. **Lei nº 8844 de 20 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a fiscalização, apuração e cobrança judicial as contribuições e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Disponível em: <[²²⁶ COELHO, *op. cit.*, p. 293.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8844.htm#:~:text=LEI%20No%208.844%2C%20DE%2020%20DE%20JANEIRO%20DE%201994.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%2C%20apura%C3%A7%C3%A3o,Tempo%20de%20Servi%C3%A7o%20(FGTS).&text=Par%C3%A1grafo%20C3%BAnico.&text=3%C2%B0%20Esta%20lei%20entra%20em%20vigor%20na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o.>>. Acesso em: 08 de nov. de 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

²²⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

²²⁸ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 546.

²²⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

²³⁰ COELHO, *op. cit.*, p. 299.

²³¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

²³² COELHO, *op. cit.*, p. 300.

²³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 4: direito das coisas**. 32ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 599.

²³⁴ *Ibid.*, p. 561.

com o devedor, mas tendo o credor a possibilidade de promover a alienação judicial do bem, recebendo preferencialmente²³⁵.

Após a segunda classe, há os créditos tributários, independente de sua natureza, salvo as multas²³⁶. Em caso de concurso entre diversas fazendas públicas, a União prefere aos estados e Distrito Federal e estes preferem aos municípios, em caso de concurso, nesta classe, entre entes federativos da mesma espécie, há o rateio entre estes²³⁷.

Fábio Ulhoa Coelho sustenta que estão nesta terceira classe os créditos de titularidade do Estado, bem como aqueles pertencentes aos entes a que a lei estenda os privilégios que oferece ao Estado, podendo esse crédito ser tributário ou não tributário, com a ligeira diferença que este último ostenta tal qualidade apenas quando inscrito em Dívida Ativa, pois, em não sendo, classificar-se-á como quirografário²³⁸.

Na quarta classe estão os créditos com privilégio especial, que são aqueles cuja preferência é definida em lei, recaindo sobre o produto de determinados bens, assemelhando-se à garantia real²³⁹, porém diferindo-se daquela quanto à origem da vinculação, porque aqui é legal, independentemente da vontade das partes²⁴⁰. O crédito destes credores não está sujeito ao rateio²⁴¹.

Na quinta posição estão os créditos com privilégio geral estabelecido por lei, preferindo à classe seguinte, que é a dos credores quirografários²⁴². Tais créditos, com privilégio geral e quirografário, sujeitam-se ao rateio²⁴³. A sexta classe, dos credores quirografários, é residual²⁴⁴.

Após os créditos quirografários, na sétima posição, previstas estão as sanções pecuniárias, estão em tal posição porque não se tratam de obrigações assumidas pelo falido, senão que decorrem do descumprimento da lei²⁴⁵. Incluindo-se aqui as multas de natureza

²³⁵ *Ibid.*, p. 608.

²³⁶ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 546.

²³⁷ *Ibid.*, p. 547. Neste sentido, cf. COELHO, *op. cit.*, p. 302.

²³⁸ COELHO, *op. cit.*, p. 300 *et seq.*

²³⁹ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 548.

²⁴⁰ COELHO, *op. cit.*, p. 299.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 304.

²⁴² TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 550.

²⁴³ COELHO, *op. cit.*, p. 305.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 307.

²⁴⁵ TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 551.

tributária²⁴⁶. Sucessivo a esses, em oitavo lugar, estão os créditos subordinados²⁴⁷ previstos no inciso VIII do art. 83 da Lei Falimentar.

Como se pode observar, o crédito tributário biparte-se, na falência, entre o principal e o acessório, estando o crédito principal classificado na terceira posição, recebendo após o pagamento dos créditos decorrentes de acidentes do trabalho, dos créditos trabalhistas, limitados a 150 salários mínimos, equiparando-se a estes os devidos aos representantes comerciais, bem como após o pagamento dos créditos com garantia real, já o crédito decorrente de obrigações acessórias que se convolam em sanções de natureza pecuniária, recebem na penúltima posição, qual seja a sétima classe. Além disso, o crédito formado após a decretação da quebra ostenta a natureza de crédito extraconcursal, recebendo tão logo sejam pagos os créditos prioritários e realizadas as restituições em dinheiro.

²⁴⁶ **Ibid., loc. cit.**

²⁴⁷ **Ibid., p. 552.**

4 EXECUÇÃO FALIMENTAR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Há muita discussão acerca da possibilidade de ajuizamento da execução falimentar como forma de buscar a satisfação do crédito tributário. Historicamente, não vem sendo aceita pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois este entendeu que a Fazenda Pública não possui legitimidade *ad causam*, nem tampouco interesse de agir para realizar o aludido requerimento²⁴⁸. Ocorre que, como visto alhures (item 2.3), tal Corte de Justiça dava similar tratamento ao protesto da Certidão de Dívida Ativa, entendendo que tal ato – protesto da CDA – também não poderia ser realizado, por ser acessório do pedido de quebra, de modo que, o acessório segue o principal²⁴⁹.

A questão continuou bastante controversa em doutrina, com vozes como a de Waldo Fazzio Júnior²⁵⁰ sustentando que a Fazenda Pública pode requerer a falência do devedor empresário, entendendo que, por sua eficácia, a utilização do requerimento falimentar como meio processual de cobrança do crédito tributário não pode ser negada ao Fisco, já que este representa o próprio interesse público. Em posição antagônica, vozes como a de Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn²⁵¹ defenderam a ausência de legitimidade *ad causam* e de interesse de agir no ajuizamento do requerimento falimentar pela Fazenda Pública. Como é possível perceber, a controvérsia continuou em doutrina.

Outro fato importante, observado por Thayana Felix Mendes e Thiago Ciocari Brigido²⁵², é que o STJ, ao fixar a tese de impossibilidade do requerimento de falência feito pela Fazenda Pública, não adentrou em uma análise individualizada de todas as causas de pedir falimentares, implicitamente restringindo sua análise à hipótese de impontualidade injustificada no cumprimento de obrigações, constantes em um ou mais título protestado para fins falimentares, cujo valor da obrigação (individual ou conjuntamente) não seja inferior a 40 salários mínimos.

De fato, tal observação mostra-se acertada porque, dentro do rol de causas de pedir falimentares, a única que exige protesto prévio é a impontualidade injustificada, de forma que

²⁴⁸ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 287824**. Recorrente: Fazenda do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Construtora OAS LTDA. Relator Ministro Francisco Falcão. Distrito Federal, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=525529&num_registro=200001190997&data=20060220&formato=PDF>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

²⁴⁹ **Ibid.**, p. 11.

²⁵⁰ FAZZIO JÚNIOR, **op. cit.**, p. 248 e 249.

²⁵¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. STAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 25.

²⁵² MENDES e BRIGIDO, **op. cit.**, p. 229.

poderia se pensar que decisões que versem sobre as demais causas de pedir apresentam uma distinção quanto à matéria objeto da tese fixada. Isso ocorre porque o STJ, no Resp nº 287824 sequer tratou das demais causas de pedir da quebra, quais sejam, a execução frustrada e a prática dos atos de falência, tratando todas as situações qualificadas em lei como insolvência presumida como se fossem apenas uma, visto que não analisou os argumentos contrários e favoráveis ao aludido requerimento quando presente a execução frustrada ou a prática de atos de falência²⁵³.

Por certo, Thayana Felix Mendes e Thiago Cioccarri Brigido²⁵⁴ defendem que o Fisco possui não apenas legitimidade, como também interesse específico no requerimento de quebra do devedor empresário, quando presentes as situações de uma execução fiscal frustrada ou a prática de algum dos atos de falência.

Como se não fosse suficiente o argumento de que a omissão do STJ, quanto às causas de pedir execução frustrada e práticas de atos de falência pelo devedor empresário, em tais casos, é suficiente, para permitir o ajuizamento do requerimento falimentar pelo Fisco, a mudança da interpretação da legislação que rege o protesto. Isso ocorre porque a referida legislação permitiu expressamente que a CDA possa ser protestada, ato esse que antes era censurado porque acessório ao requerimento de falência (ver item 2.3).

Com a mudança de posição jurisprudencial do STJ, após a entrada em vigor da tão citada lei que expressamente permitiu o protesto da CDA, bem como com a confirmação pelo STF, da constitucionalidade deste ato, urge a necessidade de revisitação do tema.

Destarte, inclusive, já há decisão recente, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)²⁵⁵, reformando uma sentença que indeferiu o processamento de um requerimento de falência

²⁵³ **Ibid.**, p. 229.

²⁵⁴ **Ibid.**, p. 233 e 234.

²⁵⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 10019756120198260491**. Recorrente: União Federal. Recorrido: Derco Comércio e Representações Processual de Produtos e Alimentícios LTDA. Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. São Paulo, 07 de julho de 2020. Disponível em: <

protocolado pela União Federal. No caso concreto, resolvido pelo TJSP, a pretérita execução fiscal havia restado frustrada, de modo que o pedido de falência foi ajuizado como a única saída para que a Fazenda Nacional pudesse recuperar o seu crédito, entendendo a Corte Paulista pela existência de legitimidade processual e de interesse de agir por parte da autora, a Fazenda Nacional.

Assim, recentemente, o tema já vem sendo (re)discutido judicialmente, em alguns Tribunais de Justiça, ganhando novos contornos que desafiam maiores estudos doutrinários. Por esta razão, nesta investigação defende-se a existência de legitimidade processual e interesse de agir por parte da Fazenda Pública, com os argumentos contrários e favoráveis que se seguem. Há a necessidade, entretanto, de informar ao leitor que houve um recorte do estudo sob o ângulo processual, embora inexoravelmente em alguns momentos socorreu-se ao direito material como argumento de reforço da hipótese defendida.

4.1 FUNDAMENTOS QUE NÃO AUTORIZAM A EXECUÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Inicialmente faz-se necessário entender os fundamentos utilizados nas decisões jurisprudenciais que determinam ser inviável a utilização do processo falimentar como instrumento de cobrança (*lato sensu*)²⁵⁶, para, mais adiante, ser demonstrado porque tais fundamentos não mais se sustentam como razão de decidir - ou mesmo como argumento de reforço - da negativa de autorização da instauração da execução falimentar do crédito fiscal.

Nessa senda, a primeira lição é que na Legislação Falimentar anterior, Decreto-Lei nº 7661 de 1945, o prazo para o empresário citado contestar era de apenas 24 horas²⁵⁷, norma essa que inviabilizava, por vezes, uma defesa efetiva por parte do empresário citado²⁵⁸.

A insuficiência de tempo para que o empresário devedor realizasse uma defesa eficaz transformava o pedido de quebra em um eficiente expediente para a cobrança do crédito (*lato sensu*) porque diversos empresários, uma vez citados, optavam por realizar o depósito elisivo,

²⁵⁶ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 136565**. Recorrente: Berta S/A Sistemas de Segurança Recorrido: Expreso Cruzador S/A. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Distrito Federal, 14 de junho de 1999. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700417654&dt_publicacao=14/06/1999>. Acesso em: 21 de nov. de 2020.

²⁵⁷ Art. 11. Para requerer a falência do devedor com fundamento no art. 1º, as pessoas mencionadas no art. 9º devem instruir o pedido com a prova da sua qualidade e com a certidão do protesto que caracteriza a impontualidade do devedor. 1º Deferindo a petição, o juiz mandará citar o devedor para, dentro de vinte e quatro horas, apresentar defesa. BRASIL. **Decreto-Lei nº 7661 de 1945**. Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 21 de nov. de 2020.

²⁵⁸ RAMOS, **op. cit.**, p. 626.

haja vista que, em razão do exíguo prazo, não tinham tempo suficiente para oferecer contestação²⁵⁹.

Tais condutas, utilizadas pelos credores, desvirtuavam a finalidade do processo falimentar porque diversos pedidos eram manejados contra empresas viáveis que, diante do pequeno prazo para contestar, acabavam indiretamente coagidas a depositar o valor constante do título²⁶⁰.

Como é possível deduzir dessas lições, está aqui o primeiro fundamento para a impossibilidade do requerimento de falência ajuizado pela Fazenda Pública, qual seja o argumento de que é impossível o pedido de bancarrota como meio de cobrança de dívida. Nessa senda, por ocasião da análise do citado Resp nº 287824, o STJ, ancorado nas lições de Rubens Requião, consignou que o pedido de falência proposto pelo Fisco serve como uma forma de coação moral para o pagamento da obrigação tributária, visto que o § 2º do art. 11 do Decreto-Lei nº 7661 de 1945²⁶¹ autoriza a realização do depósito elisivo para elidir o pedido de quebra²⁶².

Além disso, o STJ assentou que a Fazenda Pública possui um instrumento específico para a cobrança do seu crédito, que é a execução fiscal, sendo esta a única forma de discussão judicial do crédito tributário por expressa previsão do art. 38 da Lei nº 6830 de 1980²⁶³, restando vedada a utilização de qualquer outra via judicial para a cobrança do crédito fiscal, tributário ou não²⁶⁴.

²⁵⁹ **Ibid., loc. cit.**

²⁶⁰ **Ibid., loc. cit.**

²⁶¹ Art. 11. [...] 2º Citado, poderá o devedor, dentro do prazo para defesa, depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, para discussão da sua legitimidade ou importância, elidindo a falência. BRASIL. **Decreto-Lei nº 7661 de 1945**. Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 21 de nov. de 2020.

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 287824**. Recorrente: Fazenda do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Construtora OAS LTDA. Relator Ministro Francisco Falcão. Distrito Federal, 11 de outubro de 2005, p. 3. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=525529&num_registro=200001190997&data=20060220&formato=PDF>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos. BRASIL. **Lei nº 6830 de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

²⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 287824**. Recorrente: Fazenda do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Construtora OAS LTDA. Relator Ministro Francisco Falcão. Distrito Federal, 11 de outubro de 2005, p. 6. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=525529&num_registro=200001190997&data=20060220&formato=PDF>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

Além desses fundamentos, outro importante foi o fato de que a Fazenda Pública não se submetia ao concurso falimentar, em razão do disposto no art. 187 do CTN²⁶⁵, conseqüentemente restando ilógico o pedido de quebra por um Ente cujos créditos sequer iriam compor o concurso de credores²⁶⁶. Assim, por não se submeter ao concurso de credores, justifica-se a não autorização do requerimento falimentar pela Fazenda Pública e, também, o protesto da CDA, seu acessório, como visto linhas atrás.

Na mesma esteira, o STJ entendeu que não era possível o protesto da CDA e, conseqüentemente, a decretação da falência a pedido do Fisco, porque o título executivo fiscal é produzido unilateralmente pelo Erário, diferentemente dos títulos executivos de origem cambiária, em que o devedor participa de sua formação, tais como o cheque, a nota promissória, dentre outros²⁶⁷.

Dessa forma, a execução concursal do patrimônio pertencente ao empresário inadimplente foi rechaçado pelo STJ se o requerimento for ajuizado pela Fazenda Pública, isso fez aquela Corte entender pela ausência a legitimidade processual ativa e do interesse de agir quanto ao supracitado pedido. Inclusive, nesse mesmo sentido, foi aprovado, em 2013, o enunciado nº 56 da I Jornada de Direito Comercial, pelo Conselho da Justiça Federal (CJF)²⁶⁸.

Vale o registro que, analisando alguns arestos do STJ sobre esse tema, Sérgio Campinho²⁶⁹ teceu algumas considerações quanto aos fundamentos utilizados, sustentando que o problema não está propriamente na legitimidade processual ativa fazendária, senão que no interesse de agir, com espeque na norma extraível do art. 187 do CTN, isso porque tal artigo preconiza a não submissão do crédito fiscal ao concurso de credores.

²⁶⁵ 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. BRASIL. **Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 287824**. Recorrente: Fazenda do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Construtora OAS LTDA. Relator Ministro Francisco Falcão. Distrito Federal, 11 de outubro de 2005, p. 1. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=525529&num_registro=200001190997&data=20060220&formato=PDF>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

²⁶⁷ **Ibid.**, p. 4.

²⁶⁸ “56. A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário.” Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 56**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>>. Acesso em: 21 de nov. de 2020.

²⁶⁹ CAMPINHO, **op. cit.**, p. 280.

Ademais, o art. 29 da Lei nº 6830 de 1980²⁷⁰ também traz a regra de não submissão do crédito tributário ao concurso de credores, bem como o art. 38 da mesma Lei define que a cobrança judicial do crédito fiscal dá-se apenas por meio da execução fiscal²⁷¹. Por essa razão, Sérgio Campinho entendeu ausente o interesse de agir fazendário, pois a cobrança do crédito tributário consiste em uma atividade vinculada, com fulcro no art. 3º do CTN, inexistindo a necessidade e utilidade do requerimento de execução falimentar²⁷².

Além desses fundamentos, não se pode olvidar que, por ocasião do julgamento da ADI nº 5135, versando sobre a constitucionalidade do protesto da CDA, alguns dos votos vencidos²⁷³ defenderam a inconstitucionalidade, apresentando, como argumento, que tal ato constituiria sanção política porque imposta para forçar o pagamento de tributos, bem como que inviabilizaria o exercício de atividades lícitas. Assim, como fundamento para não permitir o protesto da CDA, bem como, por analogia, o requerimento de falência ajuizado pelo Erário, estava o de que tais atos constituiriam sanção política e inviabilizariam o exercício da atividade empresarial.

Além desses argumentos ventilados na referida ADI, outro vencido foi o de que a recuperação do crédito tributário perfaz apenas um interesse público secundário²⁷⁴.

Nesse ponto, para entender tal argumento, faz-se necessário um adendo, porque é preciso que se tenha uma breve noção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Com efeito, segundo o referido princípio, a Administração Pública deve atuar buscando concretizar o interesse da coletividade²⁷⁵. Nesse ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷⁶ faz uma distinção importante entre a noção de interesse público primário e interesse público secundário, sendo o interesse público primário aquele que se volta a atender os anseios da coletividade e o interesse público secundário aquele que se refere aos anseios dos Entes Estatais personificados, pelo simples fato de ser pessoa.

²⁷⁰ 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. BRASIL. **Lei nº 6830 de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

²⁷¹ CAMPINHO, *op. cit.*, p. 280.

²⁷² *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5135**. Autora: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 09 de novembro de 2016, p. 3 e 5. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 45.

²⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed., Malheiros, 2013, p. 101

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 102.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello apenas o interesse público primário deve ser perseguido pelos agentes públicos, merecendo glosa a conduta dos agentes estatais que estejam a perseguir o interesse público secundário, salvo se esse interesse público secundário perseguido coincida com o interesse público primário²⁷⁷.

Assim, tal argumento contrário à constitucionalidade do protesto da CDA, em que pese vencido, pode ser invocado contra a constitucionalidade da possibilidade de requerimento falimentar ajuizado pelo Fisco, porque representaria, em tese, um expediente processual visando a satisfação de um interesse do Ente Estatal e não da coletividade, logo, de um interesse público secundário. Ademais, poderia representar uma sanção política, já que utilizado como forma de cobrar o crédito tributário.

Ao lado dos argumentos já expostos, há aqueles trazidos por autores que entenderam que a supracitada impossibilidade do requerimento da falência esbarra no fato de este fere alguns princípios constitucionais, tais como a função social da empresa e a razoabilidade²⁷⁸.

Nessa senda, Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos sustentaram que o supramencionado requerimento não é adequado, haja vista que não garante o adimplemento do crédito tributário, ou seja, padece de adequação do meio utilizado para perseguir o fim pretendido, sendo um expediente mais gravoso contra o contribuinte, pois este pode ter sua falência decretada mesmo se o inadimplemento decorre apenas de pequenas crises financeiras, de forma que a conduta fiscal consubstancia abuso de direito à medida que se excede na cobrança, já que poderia lançar mão de meio menos gravoso para alcançar o mesmo fim²⁷⁹.

Assim, em apertada síntese, os argumentos utilizados para fundamentar a negativa de autorização do requerimento de falência quando levado a efeito pela Fazenda Pública são: ausência de legitimidade processual, de interesse de agir, bem como a ideia de que tal conduta constitui sanção política, que fere a função social da empresa e a razoabilidade.

Tais argumentos desafiam críticas porque se mostram insuficientes para explicar a negativa de autorização quando presente uma situação de execução fiscal frustrada ou mesmo da prática, pelo contribuinte ou responsável, de atos ruinosos, visto que estas situações também presumem o estado de insolvência do empresário.

4.2 FUNDAMENTOS PARA A SUPERAÇÃO DA NEGATIVA DE EXECUÇÃO FALIMENTAR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

²⁷⁷ **Ibid.**, loc. cit.

²⁷⁸ SALOMÃO e SANTOS, **op. cit.**, p. 302.

²⁷⁹ **Ibid.**, p. 303.

4.2.1 A compatibilidade entre os princípios da execução dos créditos da Fazenda Pública com o processo falimentar

Inicialmente cumpre alertar que, seguindo as lições de Hugo de Brito Machado²⁸⁰, o critério utilizado para a classificação de uma norma como princípio não foi a distinção clássica da Teoria Geral do Direito, que faz a diferenciação entre norma do tipo princípio e norma do tipo regra, haja vista que suas estruturas são diversas. Aqui, como fez Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário - 38ª edição), foi adotada a terminologia “princípio” porque se refere a uma norma dotada de grande generalidade, mesmo que esta possua a estrutura de regra para a Teoria Geral do Direito²⁸¹.

Com efeito, a generalidade, consoante lições de Paulo Nader²⁸², “revela que a norma jurídica é preceito de ordem geral, obrigatório a todos que se achem em igual situação jurídica.”, de modo que foram selecionadas – como princípios - algumas normas de ordem geral, imponível a todos, mesmo que encerrem em si verdadeira estrutura de regra. Além disso, é preciso alertar ao leitor que, antes de analisar os princípios aqui selecionados, o rol é bem mais amplo, sendo escolhidos apenas alguns deles pela relação mais direta com o problema de pesquisa enfrentado.

4.2.1.1 Princípio da isonomia

Dentre os diversos princípios que fundamentam a possibilidade de utilização do processo falimentar pela Fazenda Pública, há o princípio da isonomia. Destarte, o princípio da isonomia está insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Nacional, indicando que “todos são iguais perante a lei”²⁸³. Trata-se da igualdade jurídica, de que a lei não pode discriminar pessoas que estão em situação fática semelhante²⁸⁴.

Nesses casos, o princípio ora analisado se apresenta como uma garantia de tratamento uniforme²⁸⁵, tendo por escopo definir em quais hipóteses é mandatória a equiparação de tratamento e em quais é válido o estabelecimento de desigualdades²⁸⁶.

²⁸⁰ MACHADO, *op. cit.*, p. 31.

²⁸¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁸² NADER, Paulo. *Introdução ao Estado do Direito*. 37ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

²⁸³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de nov. de 2020.

²⁸⁴ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 210.

²⁸⁵ MACHADO, *op. cit.*, p. 38.

²⁸⁶ MELLO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, Doutrinas Essenciais Direito Tributário, v. II, 2014, n. p. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F74362341%2Fv2>>.

A incidência do princípio da isonomia tem amparo na execução do crédito tributário porque nem sempre os contribuintes estão em paridade de situação, conseqüentemente, por vezes, desafiando tratamento jurídico diferenciado. Ocorre que, nesse momento, como alerta Hugo de Brito Machado, surgem as dificuldades já que “a questão é saber se o legislador pode estabelecer hipóteses discriminatórias, e qual o critério de discriminação que pode validamente utilizar.”²⁸⁷. Ou seja, para aferir a validade de uma norma que discipline um tratamento desigual, deve-se antes saber qual o critério que foi utilizado, aferindo se este é admissível ou se resulta em lesão ao aludido princípio²⁸⁸.

Em outro giro, processualmente o princípio da isonomia se apresenta à medida que alguns dispositivos legais trazem “privilégios” processuais para a Fazenda Pública em relação aos litigantes particulares²⁸⁹. Tal tratamento diferenciado “[...] não importa em favorecimentos desmedidos nem implica em vantagens exageradas, dado que não ultrapassa os limites próprios do conteúdo jurídico do princípio da isonomia.”²⁹⁰.

Nessa senda, José Carlos Barbosa Moreira (*apud* Álvaro Mello Filho²⁹¹) destacou três exteriorizações do princípio da isonomia no plano processual, quais sejam: a igualdade de riscos, traduzida pela possibilidade de quaisquer das partes vencerem; igualdade de oportunidades, podendo qualquer uma das partes influir no curso do processo e; igualdade de tratamento pelo órgão jurisdicional, de modo que nenhuma das partes fique sujeita ao arbítrio do juízo.

Como é possível observar, os privilégios processuais fazendários não violam o princípio da isonomia porque não importam em disparidade de riscos, oportunidades ou mesmo disparidade de tratamento, isso porque albergam o interesse público, à medida que a vedação é do estabelecimento de forma injustificada de um tratamento desigual, ou quando a justificativa – para tal disparidade de tratamento - padece por carecer de conexão lógica com a realização do fim jurídico almejado para a qual foi criada²⁹².

Assim, é válido o tratamento processual diferenciado atribuído à Fazenda Pública em relação ao litigante particular, justamente porque o crédito tributário assim se qualifica, dentre

3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=e&eid=cd826abf03de8e9c63c9293d7542c738&eat=a-74443032&pg=20&psl=&nvgS=false>. Acesso em 03 de out. de 2020.

²⁸⁷ MACHADO, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁸⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁸⁹ Para verificar alguns desses “privilégios”, cf. MELLO FILHO, *op. cit.*, n. p.

²⁹⁰ MELLO FILHO, *op. cit.*, n. p.

²⁹¹ *Ibid.*, n. p.

²⁹² *Ibid.*, n. p.

outras razões, por ser dotado de garantias e privilégios que o ordenamento jurídico lhe assegura²⁹³. Dessa forma, é possível concluir que a atribuição de privilégios processuais ao Fisco, em relação ao litigante particular, não fere a isonomia porque não há justaposição entre o interesse do credor particular e do credor público, já que este último alberga o interesse público, justificada assim a disparidade de tratamento processual²⁹⁴.

Além disso, o que ocorre é nem sempre esses privilégios efetivamente asseguram uma vantagem ao credor fazendário. Nesse sentido lecionaram Thayana Felix Mendes e Thiago Cioccarri Brigido:

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.²⁹⁵

Para entender que tais institutos processuais, mormente a fraude contra credores e a fraude à execução fiscal, elencados pelos referidos autores, não dão efetivamente privilégios à Fazenda Pública, perante o credor privado, ao menos no caso de execução fiscal frustrada, é necessário um adendo para que sejam apresentadas noções básicas sobre esses dois institutos, para, em um segundo momento, ser demonstrado que o instituto da fixação do termo legal, oferecido pela Lei nº 11101 de 2005, pode ser mais eficaz contra ardis praticados por devedores.

Um dos remédios contra ardis cometidos pelo devedor é o instituto da fraude contra credores. Tal fraude caracteriza-se pela prática de atos de disposição patrimonial com a finalidade de esvaziamento do patrimônio do devedor, prejudicando credores²⁹⁶. Assim, ao esvaziar o devedor aumenta o passivo, buscando tornar-se insolvente ou aumentar o estado de insolvência²⁹⁷. Aqui, para a configuração da fraude contra credores, o credor deverá demonstrar que foi prejudicado pela insolvência (*eventus damni*), bem como que houve, por parte do devedor, a má fé (*consilium fraudis*), em razão da intenção fraudulenta quando da prática dos atos que geraram a diminuição patrimonial, e mais, se foi praticado aliado a

²⁹³ PONTES, *op. cit.*, n. p.

²⁹⁴ MELLO FILHO, *op. cit.*, *passim*.

²⁹⁵ MENDES e BRIGIDO, *op. cit.*, p. 235.

²⁹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 560.

²⁹⁷ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 381.

terceiro, deve ser demonstrado que este terceiro sabia ou tinha condições de saber da fraude²⁹⁸.

Para alguns, o ato cometido em fraude contra credores é ineficaz perante o credor (restrito àquele que ajuizou a ação pauliana) e, para outros, bem como para o Código Civil, o Código de Processo Civil, é um ato anulável²⁹⁹. De qualquer forma, observa-se que aqui o credor tem o ônus de provar o *eventus damni* e o *consilium fraudis* da conduta do devedor³⁰⁰.

Outro instituto que pode ser utilizado é o da fraude à execução, que se caracteriza quando um ato de alienação é praticado após a propositura da ação contra o devedor, bastando, para provar a configuração da fraude à execução, a presença do *eventus damni*, podendo ser reconhecida nos próprios autos³⁰¹. Quanto à fraude à execução fiscal, Yussef Said Cahali (*apud* Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald) explica que o sujeito ativo da fraude pode ser não apenas o executado, mas também os sócios, quando a penhora recair sobre os bens destes, bem como que é no momento da inscrição dos débitos que o contribuinte começa a experimentar uma redução na capacidade de disposição do seu patrimônio^{302 303}. Em apreço ao § 1º do art. 792 do CPC³⁰⁴, a alienação cometida em fraude à execução é considerada ineficaz perante o exequente³⁰⁵.

No entanto, o credor privado tem, além dos institutos acima, a falência³⁰⁶. Nela, uma vez julgado procedente o pedido de falência, a sentença fixará o chamado “termo legal” da falência, por período não superior à 90 dias contados retroativamente da data do ajuizamento do pedido de falência, de recuperação judicial ou do primeiro ato de protesto por falta de pagamento, exceto os protestos que tenham sido cancelados³⁰⁷. Dentro desse termo legal de 90 dias, atos de pagamentos de dívidas não vencidas, de pagamento de dívidas vencidas e

²⁹⁸ FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*, p. 561 e 562.

²⁹⁹ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, *passim*.

³⁰⁰ FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*, *passim*.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 566 e 567.

³⁰² Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. BRASIL. **Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em 30 de ago. de 2020.

³⁰³ FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*, p. 567.

³⁰⁴ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: [...]§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente. BRASIL. **Lei nº 13115 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³⁰⁵ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 389.

³⁰⁶ MENDES e BRIGIDO, *op. cit.*, *passim*.

³⁰⁷ MAMEDE, *op. cit.*, p. 463.

exigíveis realizado por forma não prevista em contrato, bem como a constituição de direito real de garantia, esta última para garantir dívidas contraídas em momento anterior ao termo legal, serão consideradas ineficazes perante a massa falida³⁰⁸. Além disso, a prática de atos de disposição patrimonial a título gratuito, realizadas no período de dois anos anteriores à decretação da quebra, são reputados igualmente ineficazes³⁰⁹.

Dessa forma, conforme a lição, vista linhas atrás, de Thayana Feliz Mendes e Thiago Cioccarri Brigido, as prerrogativas existentes em favor da Fazenda Pública não lhe dão privilégios superiores as que são dadas ao credor privado³¹⁰. E mais, negar a possibilidade de uso da falência ao Fisco, que, ao menos em tese, representa o interesse público, é privá-lo de um meio mais potente para a efetividade da recuperação do crédito tributário³¹¹.

Em síntese, a falência compatibiliza-se com os princípios que norteiam a execução do crédito tributário porque atende à isonomia de tratamento entre o credor público e o credor privado, não se olvidando de que o oferecimento de privilégios superiores ao credor Fazenda Pública justifica-se porque esta trás o interesse público.

4.2.1.2 Princípio da cooperação

O requerimento falimentar ajuizado pela Fazenda Pública, além de ser compatível com o princípio da isonomia, pois justificável a atribuição de maiores privilégios processuais ao credor fiscal, como visto, também se compatibiliza com o princípio da cooperação.

Destarte, consagrado no *caput* do art. 6º do CPC³¹², o princípio da cooperação impõe deveres aos sujeitos do processo, tratando-se de norma cuja eficácia independe de regras jurídicas expressas³¹³. Assim, as partes e juízes têm o dever de cooperar entre si, propiciando que o processo realize sua função em um prazo razoável³¹⁴.

³⁰⁸ **Ibid.**, p. 469.

³⁰⁹ **Ibid.**, **loc. cit.**

³¹⁰ MENDES e BRIGIDO, **op. cit.**, p. 235.

³¹¹ FÁZZIO JÚNIOR, **op. cit.**, p. 249.

³¹² Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. BRASIL. **Lei nº 13115 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³¹³ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Ed. JusPodivim, 2016, p. 128.

³¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. ABOUD, Georges. **Processo civil [livro eletrônico]: processo do conhecimento**. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, n. p. Disponível em <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F103664202%2Fv13.1&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3400000170e946283bfc2b7bac#sl=e&eid=314756faa50a9b42ba9922d773c7373c&eat=a-106268449&pg=5&psl=&ngvS=false>>. Acesso em 03 de out. de 2020.

Assim, a colaboração mútua e recíproca deve nortear as condutas praticadas no processo, não mais se aceitando uma postura individualista³¹⁵.

Ocorre que, como é possível observar da parte final do art. 6º do CPC, a cooperação entre as partes também é exigida para que se alcancem resultados efetivos, ou seja, também na fase de satisfação as partes devem cooperar entre si³¹⁶. Nesse giro, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno de Braga e Rafael Alexandria de Oliveira trouxeram o exemplo do dever que, uma vez executado, o devedor tem de indicar bens à penhora³¹⁷.

Dessas lições, se pode inferir que o dever de cooperar vai além do processo de conhecimento, produzindo efeitos também na fase satisfativa (ou seja, tem eficácia no processo de execução). Com efeito, assim lecionou Humberto Theodoro Júnior:

[...] a cooperação é importante e indispensável em qualquer tipo de processo e tem lugar de destaque, principalmente, no processo de execução, em que cabe às partes, por exemplo, indicar os bens penhoráveis e eleger os meios executivos mais eficientes e menos gravosos.³¹⁸

Assim, o executado tem o dever de cooperar, isto se explica também em razão do estado de sujeição em que se encontra em relação ao exequente³¹⁹. Desse modo, é possível observar que o executado que, uma vez citado na execução fiscal, não paga, não garante o juízo, não apresenta bens penhoráveis, nem defesa, não está a cooperar com o exequente, tornando o executivo fiscal, que é medida menos gravosa, ineficiente para a cobrança do crédito tributário, dando azo à possibilidade de requerimento falimentar a ser manejado pela Fazenda Pública, com espeque no art. 94, II, da Lei 11101³²⁰. Isso ocorre porque não deve ser potencializada a lesão ao princípio da cooperação, lesão essa que se consubstancia no uso, pelo executado, de condutas omissivas que não cooperam para a satisfação do crédito exequendo³²¹.

³¹⁵ *Ibid.*, n. p.

³¹⁶ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 81.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 82.

³¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum.** 60ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 86.

³¹⁹ MAGALHÃES, Leonardo Brandão. **Aplicação do princípio da cooperação na tutela da execução.** 2017, p. 5. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n6_2017/pdf/LeonardoBrandaoMagalhaes.pdf>. Acesso em 05 de out. de 2020.

³²⁰ 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; BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³²¹ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 65.

Dessa forma, o dever de cooperação atua como argumento de reforço para autorizar o requerimento falimentar realizado pela Fazenda Pública, porque compatível com a execução do crédito tributário pelo Fisco.

4.2.1.3 Princípio da menor onerosidade da execução

Além dos princípios já vistos, a falência compatibiliza-se com a execução do crédito tributário porque não contraria o princípio processual da menor onerosidade. Com efeito, insculpido no art. 805 do CPC³²², o princípio da menor onerosidade na execução se trata de norma que tem como finalidade impedir a conduta com abuso de direito por parte do exequente, de modo que este deve escolher o meio executivo adequado e necessário à satisfação da prestação exigida³²³.

Observe-se que é uma norma que glosa o comportamento abusivo quando praticado pela parte exequente.

Tal princípio não é contrariado quando a Fazenda Pública requer a quebra do empresário inadimplente, pois, segundo ensinou José Carlos Barbosa Moreira (*apud* Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira), para a escolha do meio adequado e necessário, que também seja menos gravoso ao executado, é pressuposto a existência de um concurso entre meios que sejam considerados igualmente eficazes³²⁴. Interpretando tal lição, *a contrario sensu*, verifica-se que no concurso entre meios com eficácias diferentes não se aplica o princípio da menor onerosidade. Assim, para que um meio executivo seja considerado menos oneroso, sua análise deve dar-se necessariamente a partir de uma comparação com outro meio que, ao menos em tese, mostre-se igualmente eficaz, de modo que, se um meio satisfativo apresenta menos eficácia que o outro, não incide tal princípio.

Nessa senda, fazendo uso da acima citada lição de José Carlos Barbosa Moreira sobre o princípio da menor onerosidade da execução, a eficácia de uma execução singular é distinta da eficácia de uma execução concursal, podendo, no caso concreto, ser mais vantajosa ou não para o exequente, a depender das circunstâncias fáticas, pois, como explicou Thayana Felix Mendes e Thiago Cioccarri Brigido, em um caso concreto podem existir penhoras trabalhistas

³²² Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. BRASIL. **Lei nº 13115 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³²³ DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, **op. cit.**, p. 78 e 79.

³²⁴ **Ibid.**, p. 79

em alto valor que tornem mais vantajoso, para a Fazenda Pública exequente, receber seu crédito no concurso de credores, isso porque, neste, os créditos trabalhistas estarão limitados à apenas 150 salários mínimos por credor, bem como que a utilização de novas figuras contratuais pelas Instituições Financeiras, em que a propriedade do imóvel não é transferida ao devedor empresário, têm diminuído a quantidade de crédito na classe dos credores com garantia real, quadra essa que faz com que a eficácia da recuperação do crédito tributário se apresente mais volumosa quando este é cobrado dentro do concurso de credores da falência, já que a penhora trabalhista - na execução individual - prefere à tributária³²⁵.

Em síntese, a execução falimentar compatibiliza-se com os princípios inerentes à execução do crédito tributário pela Fazenda Pública, à medida que efetiva o princípio da isonomia, dá maior concretude ao princípio da cooperação e não fere o princípio da menor onerosidade da execução.

4.2.2 Fundamentos utilizados pelo STF para entender constitucional o protesto da CDA e sua analogia com a falência requerida pelo credor Fiscal

Em 09 de novembro de 2016, o Plenário do STF julgou a constitucionalidade do protesto da CDA, por meio da ADI nº 5135, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. A apresentação desse julgado foi realizada no item 2.3, para o qual se remete o leitor.

Neste item serão expostos alguns dos fundamentos, da referida decisão, que foram utilizados pela Suprema Corte, em controle constitucional concentrado, para declarar a constitucionalidade do protesto da CDA, selecionados aqui apenas aqueles que podem ser correlacionados, por analogia, para fundamentar a hipótese deste trabalho, qual seja a de que a Fazenda Pública possui legitimidade processual ativa e interesse de agir no requerimento da quebra do executado empresário, mormente quando presente uma execução fiscal frustrada ou a práticas de um dos chamados “atos de falência”.

O primeiro deles é de que o devedor, que tem contra si uma CDA protestada, pode acessar o Poder Judiciário a fim de discutir a validade desse crédito³²⁶. Tal argumento, não só pode ser utilizado para justificar a constitucionalidade da falência, como aqui encontra mais razão de ser. Isso ocorre porque, em realidade, o uso do protesto da CDA e o surgimento do interesse de o sujeito ajuizar uma ação inverte a ordem, à medida que o devedor que tem

³²⁵ MENDES e BRIGIDO, *passim*.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5135**. Autora: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 09 de novembro de 2016, p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

contra si a CDA protestada é que acaba tendo que buscar o Poder Judiciário, antecipando o pagamento de custas processuais quando a Fazenda Pública, que é a credora, sequer necessitaria antecipá-las ao lançar mão do executivo fiscal^{327 328}.

De outro lado, em se tratando do processo de bancarrota, esse problema sequer existe, porque o sujeito que é executado tem meio próprio para se defender, isto é, apresentando sua contestação. Ou seja, não há aqui uma inversão da ordem, inversão essa que ocorre no protesto, por isso foi tão criticada pelo Ministro Marco Aurélio, em seu voto³²⁹, porque quem deve procurar o Poder Judiciário - para obter a satisfação do seu crédito - é o credor, (conforme consignou o referido Ministro).

Observe-se que, no protesto, primeiro a pessoa elencada na CDA, como contribuinte ou responsável, sofre a lesão, para depois esta procurar o Poder Judiciário³³⁰, ao passo que na falência o pedido é feito diretamente em Juízo. E mais, se o pedido de falência for infundado, o autor poderá ser condenado em perdas e danos^{331 332}.

Outro fundamento que foi utilizado - para sustentar a constitucionalidade do protesto da CDA - é que eventuais restrições de natureza creditícias não podem ser imputadas à conduta do Fisco, senão que aos próprios atores do mercado creditício³³³. Ora, como é possível inferir, o requerimento falimentar, por si só, também não restringe o crédito do empresário, de modo que eventual restrição igualmente deverá ser imputada aos atores do referido mercado. Há, nesse ponto, duas situações idênticas que desafiam o mesmo tratamento jurídico, em apreço

³²⁷ Art. 39 - A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou de prévio depósito. BRASIL. **Lei nº 6830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5135**. Autora: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 09 de novembro de 2016, p. 46. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

³²⁹ **Ibid.**, p. 45

³³⁰ **Ibid.**, loc. cit.

³³¹ 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. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³³² RAMOS, **op. cit.**, p. 629.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5135**. Autora: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 09 de novembro de 2016, p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

ao princípio da isonomia, concretizando o brocardo *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde há a mesma razão aplica-se o mesmo direito).

Ademais, o protesto da CDA justificou-se porque a possibilidade de ajuizamento da execução fiscal não pode excluir a existência de outros meios de cobrança extrajudiciais³³⁴. O argumento encontrou amparo, segundo o STF, na norma extraível do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, que preconiza fomentar instrumentos para a recuperação do crédito inscrito em Dívida Ativa³³⁵. Com efeito, é ínsita à execução falimentar medidas eficazes de recuperação do crédito de modo que não devem ser proibidas ao Erário³³⁶.

Além desses argumentos, fundamentou-se ainda o protesto da CDA por ser um meio que não configura sanção política, visto que não inviabiliza, sem justo motivo, o exercício da atividade empresarial como forma de compelir o contribuinte ou responsável ao pagamento de obrigações tributárias³³⁷. Aqui, com muito mais razão, é constitucional o requerimento de falência, porque se está diante de um mecanismo que o credor particular pode lançar mão, não sendo razoável não oferecer tal direito ao Erário. Nesse sentido são as lições de Thayana Felix Mendes e Thiago Cioccarri Brigido quando apontaram que, excluir o direito de o Fisco requerer a falência do devedor empresário, é o mesmo que negar a importância do crédito público, ante o crédito privado³³⁸.

Ainda nesse giro, importante argumento de reforço se extrai do voto do Ministro Relator do acórdão, Luís Roberto Barroso, na referida ADI, porque este consignou que é constitucional o protesto da CDA porque a cobrança eficiente dos créditos estatais não atende somente ao interesse público secundário, senão que ao interesse de toda a coletividade, ou seja, ao interesse público primário³³⁹. Destarte, Thayana Felix Mendes e Thiago Cioccarri

³³⁴ **Ibid., loc. cit.**

³³⁵ 2 - Agilidade e efetividade da prestação jurisdicional [...] 2.11 - Revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo. BRASIL. Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. **II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo. 26 de maio de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/outros/iipacto.htm>. Acesso em 25 de nov. de 2020.

³³⁶ FÁZZIO JÚNIOR, **op. cit.**, p. 249.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5135.** Autora: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 09 de novembro de 2016, p. 5. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

³³⁸ MENDES e BRIGIDO, **op. cit.**, p. 232.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5135.** Autora: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 09 de novembro de 2016, p. 16. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

Brigido, antes desse acórdão, já defendiam, com relação à possibilidade de requerimento de falência ajuizado pela Fazenda Pública, que:

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 em posição de superioridade aos interesses de custeio das despesas públicas.³⁴⁰

Dessas lições, de Thayana Felix Mendes e Thiago Ciocari Brigido, extrai-se que não é constitucional vedar à possibilidade de requerimento falimentar ajuizado pela Fazenda Pública, porque tal vedação iria subverter os privilégios, retirando a superioridade dos créditos pertencentes ao Fisco, utilizados para custear as despesas públicas, ante os créditos privados. Assim sendo, correlacionando-os ao protesto da CDA, verifica-se que ambos têm a mesma finalidade, qual seja a satisfação do crédito tributário, para custear despesas públicas, desafiando, conseqüentemente, o mesmo tratamento jurídico, qual seja o reconhecimento da constitucionalidade do pedido de quebra quando feito pelo Fisco.

Por fim, dentre os fundamentos utilizados pela Corte Constitucional que foram selecionados aqui, está o de que as garantias previstas no *caput* do art. 183, do CTN³⁴¹, não excluem outras³⁴². Naturalmente, a possibilidade de o Erário requerer a falência também atende à norma extraível do *caput* do artigo 183 do CTN, isso porque o pedido de quebra é um instrumento a mais na busca da recuperação do crédito (como se verá mais adiante), semelhante ao protesto da CDA, bem como também está previsto em lei, preenchendo assim o outro requisito trazido no referido *caput* do art. 183 qual seja a previsão em lei.

Em síntese, a constitucionalidade do requerimento de falência verifica-se quando da análise comparativa de vários argumentos utilizados como razão da decisão do STF que considerou constitucional o protesto da CDA.

4.2.3 As *Rationes Decidendi* da mudança jurisprudencial do STJ que autorizou o protesto da CDA e sua correlação com a falência

³⁴⁰ MENDES e BRIGIDO, *op. cit.*, p. 247.

³⁴¹ Art. 183. A enumeração das garantias atribuídas neste Capítulo ao crédito tributário não exclui outras que sejam expressamente previstas em lei, em função da natureza ou das características do tributo a que se referam. BRASIL. **Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5135**. Autora: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 09 de novembro de 2016, p. 42. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

A Primeira³⁴³ e a Segunda Turma³⁴⁴ do STJ entenderam que o Erário tem interesse e pode efetivar o protesto da CDA, observando a Lei nº 9492 de 1997 (Lei do Protesto) que foi alterada, pela Lei nº 12767 de 2012, para tornar expressamente legal o referido protesto da CDA.

Dentre os fundamentos determinantes utilizados, foram selecionados alguns porque dialogam diretamente com a hipótese defendida neste trabalho, isto é, aqueles que podem ser correlacionados para demonstrar a legalidade do requerimento de quebra realizado pela Fazenda Pública.

O primeiro fundamento utilizado pela Primeira Turma, no Resp nº 1686659, foi de que o protesto é um instrumento que serve não apenas para constituir o devedor em mora e comprovar a inadimplência, mas também serve como meio de buscar a satisfação da obrigação constante do título protestado³⁴⁵. Nesse ponto, é importante recordar que a CDA, em razão da presunção de certeza e liquidez de que goza, tem a finalidade de comprovar a inadimplência, bem como que o não pagamento do tributo, no prazo legal, constitui o devedor em mora³⁴⁶, de sorte que a utilidade do protesto efetivamente resume-se a tão somente servir como meio – indireto – de cobrança do crédito tributário.

Como é possível observar, bem como já trabalhado alhures, o requerimento de quebra, nesse aspecto, também é um meio de buscar a satisfação da obrigação tributária, mormente nos casos em que a execução fiscal está sendo frustrada ou quando o devedor pratica um dos atos ruinosos. Nessa via, inclusive, a Primeira Turma do STJ, julgando o Resp nº 1686659, consignou que não se pode entender que a Lei de Execução Fiscal engessou as formas de

³⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1686659**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Luis Fernando do Prado Transportes Epp. Relator Ministro Herman Benjamin. Distrito Federal, 28 de novembro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701792002&dt_publicacao=11/03/2019>. Acesso em 25 de nov. de 2020.

³⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1126515**. Recorrente: Município de Londrina. Recorrido: Protenge Engenharia de Projetos e Obras Ltda. Relator Ministro Herman Benjamin. Distrito Federal, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900420648&dt_publicacao=16/12/2013>. Acesso em 24 de nov. de 2020.

³⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1686659**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Luis Fernando do Prado Transportes Epp. Relator Ministro Herman Benjamin. Distrito Federal, 28 de novembro de 2018, p. 13. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701792002&dt_publicacao=11/03/2019>. Acesso em 25 de nov. de 2020.

³⁴⁶ Nesse sentido, Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 287824**. Recorrente: Fazenda do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Construtora OAS LTDA. Relator Ministro Francisco Falcão. Distrito Federal, 11 de outubro de 2005, **passim**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=525529&num_registro=200001190997&data=20060220&formato=PDF>. Acesso em 10 de nov. de 2020.

cobrança do crédito tributário restringindo-as à tão somente a execução fiscal, podendo o Fisco lançar mão de meios alternativos³⁴⁷. Ou seja, um dos fundamentos determinantes para que o protesto da CDA seja considerado legal é a possibilidade de uso de outras formas de cobrança do crédito tributário, não havendo razão, pois, para proibir o uso da falência.

Em outro giro, mais um fundamento para a mudança jurisprudencial é que é possível a utilização da medida – protesto da CDA – desde que com observância da legalidade³⁴⁸. Observe-se que, quanto a este argumento, não somente o protesto da CDA tem previsão legal, mas a lei brasileira que trata da falência permite que qualquer credor a requeira, desde que presente uma das três hipóteses de insolvência presumida (ver item 3.2).

É certo que a Lei nº 6830 de 1980 prevê que a execução fiscal é o único instrumento judicial para a Fazenda Pública cobrar seus créditos, sendo, conseqüentemente, incompatível com a causa de pedir falimentar consubstanciada na impontualidade injustificada para o cumprimento de obrigações cujo valor não seja inferior a quarenta salários mínimos³⁴⁹. Isso porque, quanto a esta causa de pedir, o que há é tão somente uma impontualidade, tendo o Estado outro instrumento processual mais específico de perseguição do crédito³⁵⁰. Ocorre que, não parece haver incompatibilidade entre a referida Lei de Execução Fiscal e a Lei Falimentar quanto às demais causas de pedir da quebra, isso porque se há a prática de atos de falência ou existe uma execução fiscal em curso e esta foi frustrada, evidente está o descumprimento da função social da empresa, consubstanciado no dever de pagar tributos³⁵¹, nascendo a possibilidade de a Fazenda lançar mão de outro meio para buscar a satisfação do seu crédito.

Além desses, outro fundamento utilizado para a referida mudança jurisprudencial foi a já citada previsão, contida no Anexo de Matérias Prioritárias do II Pacto Republicano de

³⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1686659**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Luis Fernando do Prado Transportes Epp. Relator Ministro Herman Benjamin. Distrito Federal, 28 de novembro de 2018, p. 3 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201701792002&dt_publicacao=11/03/2019>. Acesso em 25 de nov. de 2020.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 3

³⁴⁹ MENDES E BRIGIDO, *op. cit.*, p. 233.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 233.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 234.

Estado³⁵², dispondo acerca da necessidade de atualização da legislação que versa sobre a cobrança da Dívida Ativa pela Fazenda Pública, tornando-a mais ágil e efetiva³⁵³.

Nesse ponto, merece ser entendido que não apenas a inserção expressa da possibilidade de protestar a CDA torna mais eficaz a recuperação do crédito tributário, senão que, também, o uso do processo falimentar, sobretudo nos casos de execução fiscal frustrada, pois, como visto nos dados apresentados pelo CNJ (item. 2.4), a execução fiscal tem congestionado o Poder Judiciário, durando, em média, oito anos. Destarte, tal problema poderia ser amenizado com a possibilidade de requerimento de quebra, ajuizado pelo Fisco, tão logo o executado, validamente citado na ação de execução fiscal não pague e nem apresente defesa, hipótese em que poderia contestar o pedido de falência, apresentar o depósito elisivo ou requerer a recuperação judicial³⁵⁴.

Sobre a possibilidade de o citado no processo falimentar requerer o benefício da recuperação judicial, todavia, é preciso fazer um pequeno adendo, isso porque, recente decisão liminar do Ministro Luiz Fux, nos autos da Reclamação nº 43169³⁵⁵, suspendeu os efeitos da decisão do STJ que havia proferido decisão, em controle difuso, entendendo inconstitucional a inexigibilidade da apresentação da CND para empresário ter o direito à concessão da recuperação judicial³⁵⁶. Dessa forma, essa possibilidade de o devedor tributário

³⁵² 2 - Agilidade e efetividade da prestação jurisdicional [...] 2.11 - Revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo. BRASIL. Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. **II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo**. 26 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/outros/iipacto.htm>. Acesso em 25 de nov. de 2020.

³⁵³ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1126515**. Recorrente: Município de Londrina. Recorrido: Protenge Engenharia de Projetos e Obras Ltda. Relator Ministro Herman Benjamin. Distrito Federal, 03 de dezembro de 2013, p. 2. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900420648&dt_publicacao=16/12/2013>. Acesso em 24 de nov. de 2020. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1686659**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Luis Fernando do Prado Transportes Epp. Relator Ministro Herman Benjamin. Distrito Federal, 28 de novembro de 2018, p. 4. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701792002&dt_publicacao=11/03/2019>. Acesso em 25 de nov. de 2020.

³⁵⁴ 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. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 43169**. Reclamante: União. Reclamado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli. Distrito Federal, 08 de setembro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5996396>>. Acesso em 28 de nov. de 2020.

³⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1864625**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorridos: Zanini Equipamentos Pesados LTDA – em recuperação judicial; Usina Santa Elisa S/A - em recuperação judicial; e Sermatec Indústria e Montagens LTDA – em recuperação judicial. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Distrito Federal, 23 de junho de 2020. Disponível em: <

requerer a recuperação judicial é assunto que ainda será analisado pelo STF, pois, como está sendo executado por débito tributário, em tese, não tem como apresentar a CND, de sorte que, enquanto não decidida essa questão, a certeza que se tem é de que sobrarão ao devedor tributário, citado na falência requerida pela Fazenda Pública, contestar ou realizar o depósito elisivo. Se realizar o depósito elisivo fará com que a execução dure menos tempo do que duraria o curso normal de uma execução fiscal (que é oito anos, como visto no item 2.4).

Assim, em síntese, ver-se que vários argumentos utilizados, pela Corte de Justiça, para concluir pela legalidade, do protesto da CDA, podem ser estendidos, por analogia, à possibilidade do pedido de quebra ajuizado pelo Fisco.

4.2.4 Compatibilidade do processo falimentar com a execução do crédito tributário

Com a entrada em vigor da Lei nº 11101 de 2005, o prazo para contestar a inicial que contém o requerimento de quebra sofreu sensível alteração, não mais sendo de apenas 24 horas, senão que de 10 dias³⁵⁷ úteis, em apreço ao art. 219 do Código de Processo Civil de 2015³⁵⁸.

Desse modo, a utilização do processo falimentar como instrumento de cobrança não mais se caracteriza como um expediente lançado pelo credor para burlar o processo de execução singular³⁵⁹. Antes se caracterizava assim porque o credor poderia abusar do seu direito conferido pelo exíguo prazo, de apenas 24 horas, dado ao devedor para contestar, conforme o citado §1º do art. 11 do Decreto-Lei nº 7661 de 1945³⁶⁰, mas após a entrada em vigor da Lei nº 11101 de 2005, com o referido aumento do prazo de contestação, o empresário citado pode organizar melhor sua defesa e oferece-la, inviabilizando que pedidos infundados possam prosperar³⁶¹.

Além disso, não é incompatível o pedido de quebra – feito pelo Fisco - ancorado na execução fiscal frustrada ou na prática de atos ruinosos, porque estas trazem a presunção

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902946319&dt_publicacao=26/06/2020 >. Acesso em 28 de nov. de 2020.

³⁵⁷ Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias. BRASIL. **Lei nº 11101 de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³⁵⁸ Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais. BRASIL. **Lei nº 13115 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³⁵⁹ RAMOS, **op. cit.**, **passim**.

³⁶⁰ RAMOS, **op. cit.**, **passim**.

³⁶¹ RAMOS, **op. cit.**, **passim**.

absoluta de falência, bem como porque, no primeiro caso, se o crédito já está constituído e o devedor frustra a execução singular fazendária, não há incompatibilidade do uso da execução concursal falimentar³⁶², inclusive é o ideal.

Além disso, o cumprimento da função social da empresa se concretiza, dentre outras coisas, com a concretização do dever fundamental de pagar tributos³⁶³. Nesse sentido, lecionaram Thayana Felix Mendes e Thiago Ciocari Brigido:

[...] 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 privados.³⁶⁴

Assim, a inclusão do crédito tributário dentro do processo falimentar vem resguardar o dever fundamental de pagar tributos, concretizando a função social da empresa ao retirar do mercado àquelas que atuam de forma nociva aos demais agentes econômicos, que não honram com as obrigações legais a todos impostas pelo Estado.

Ademais, não se pode olvidar que a retirada do agente inviável do mercado não significa o fim daquela atividade empresarial, pois, por exemplo, como visto no capítulo anterior, no caso concreto trazido por Gladston Mamede³⁶⁵, no caso da falência da *Cia. Americana Industrial de Ônibus – CAIO*, em que o Juízo Falimentar, ao invés de simplesmente liquidar o patrimônio da falida aos poucos, decidiu arrendar a massa falida à *Induscar*, do *Grupo Ruas*, com a manutenção da marca *Caio*, tendo como resultado útil do processo falimentar a arrendatária logrando honrar todos os contratos da falida, dentro de três anos.

Como se pode concluir, o processo de bancarrota compatibiliza-se não apenas como meio de execução do crédito tributário, mas também concretiza princípios importantes como a função social da empresa e o dever fundamental de pagar tributos, trazendo proteção aos demais agentes privados econômicos à medida que fulmina a concorrência desleal.

4.2.5 A legitimidade processual do Fisco

4.2.5.1 Noções introdutórias

³⁶² MENDES e BRIGIDO, *op. cit.*, p. 245 e 246.

³⁶³ *Ibid.*, p. p. 242.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. p. 242.

³⁶⁵ MAMEDE, *op. cit.*, p. 458 e 459.

O primeiro exame, antes da análise do mérito e julgamento dos pedidos, é o relativo ao preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais³⁶⁶. Há quem entenda que legitimidade processual e interesse de agir são pressupostos processuais³⁶⁷, outros entendem que são condições da ação³⁶⁸. Independentemente da concepção adotada, ambos produzem o efeito prático de obstar o julgamento de mérito, inviabilizando, até mesmo, a satisfação em tese da pretensão autoral³⁶⁹.

Adentrando a análise da legitimidade *ad causam*, a primeira noção que se deve ter é que o direito de provocar o Poder Judiciário é dado a todos, mas nem todos estão autorizados a obter a tutela jurisdicional requerida³⁷⁰. Aqui surge o conceito de legitimidade processual como uma atribuição específica para agir concretamente, atribuída por lei aos titulares da lide³⁷¹. Para isso, faz-se necessária a existência de um vínculo jurídico que una os sujeitos da demanda com o direito que afirmam possuir, sendo esta a noção de legitimidade *ad causam*³⁷².

Efetivamente, como requisito de admissibilidade da ação, para estar em juízo é necessário que o sujeito ostente estar em uma situação jurídica que o autorize a deduzir a pretensão que alega possuir³⁷³. Assim, a *legitimatío ad causam* se trata de descobrir, no caso concreto, quem pode promover a ação³⁷⁴.

O legitimado para ajuizar uma ação é aquele sujeito titular do direito material afirmado em juízo³⁷⁵, essa legitimação surge de um poder dado pelo ordenamento jurídico para que esse titular do direito possa concretizá-lo³⁷⁶. Essa é a regra, de o sujeito movimentar a Máquina Estatal em nome próprio defendendo direito próprio³⁷⁷.

³⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revisa de Processo**, vol. 64. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais. 1991, p. 2.

³⁶⁷ DIDIER Jr., **op. cit.**, **passim**.

³⁶⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 09ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, **passim**.

³⁶⁹ NERY JUNIOR, **op. cit.**, p. 2.

³⁷⁰ DIDIER Jr., **op. cit.**, p. 345.

³⁷¹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 114.

³⁷² DIDIER Jr., **op. cit.**, p. 345.

³⁷³ **Ibid.**, **loc. cit.**

³⁷⁴ RAMALHO, Maria Isabel. **Legitimidade para agir**. 2007, p. 70. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040513.pdf>>. Acesso em 22 de nov. de 2020.

³⁷⁵ **Ibid.**, p. 87.

³⁷⁶ **Ibid.**, p. 86.

³⁷⁷ NEVES, **op. cit.**, p. 134.

A análise da legitimidade dá-se *in status assertionis*, ou seja, consoante os fatos narrados na petição inicial quando corroborada pelos documentos que a acompanham³⁷⁸.

Em síntese, é possível concluir que o legitimado processual é aquele sujeito que discute em juízo direito do qual a titularidade lhe foi atribuída pelo ordenamento jurídico, sendo esta qualidade aferida da análise dos fatos em cotejo com os documentos apresentados pelo autor.

4.2.5.2 A legitimidade processual ativa da Fazenda Pública

A par das noções acerca da legitimidade, é possível analisar se a Fazenda Pública a possui para ajuizar a falência.

Antes, todavia, é preciso lembrar ao leitor que o STJ³⁷⁹ entendeu que o Erário não tem tal legitimidade, entendimento esse cunhado à luz da vigência do Decreto-Lei nº 7661 de 1945 e mantido, mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 11101/2005. A referida conclusão, da Corte de Superior de Justiça, pareceu acertada, se analisada à luz do revogado Decreto-Lei nº 7661 de 1945, porém a sua manutenção merece crítica, se analisada à luz do novo Diploma Falimentar.

Destarte, na vigência do Decreto-Lei nº 7661 de 1945, o crédito tributário não se sujeitava ao concurso de credores na falência, devendo o Fisco continuar cobrando seu crédito por meio das execuções singulares por ele movidas³⁸⁰. Além disso, a doutrina majoritária defendia que apenas os credores quirografários possuíam legitimidade ativa para o pedido de quebra, porque aqueles com garantia real só podiam pleiteá-la se a garantia fosse insuficiente ou se renunciassem à mesma, em apreço ao artigo 9º, inciso III, alínea “b”, do Decreto-Lei nº 7661 de 1945³⁸¹, de sorte que, como a Fazenda Pública possuía privilégios legais

³⁷⁸ FREIRE, *op. cit.*, p. 114 e 115.

³⁷⁹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 287824**. Recorrente: Fazenda do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Construtora OAS LTDA. Relator Ministro Francisco Falcão. Distrito Federal, 11 de outubro de 2005, n. p. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=525529&num_registro=200001190997&data=20060220&formato=PDF>. Acesso em 10 de nov. de 2020.

³⁸⁰ SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 295.

³⁸¹ 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; c) o credor que não tiver domicílio no Brasil, se prestar caução às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 20. **Decreto- Lei nº 7661 de 1945**. Lei de Falências. n. p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 23 de nov. de 2020.

irrenunciáveis, não poderia valer-se do executivo concursal falimentar³⁸², já que seu crédito assemelha-se ao crédito com garantia real³⁸³.

Dessa forma se mostrava realmente ilógico que um credor ingressasse em juízo quando o ordenamento não lhe conferiu poder de, por meio daquele procedimento, obter o bem da vida pretendido, qual seja, a satisfação do crédito tributário.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 11101 e da Lei Complementar nº 118, ambas de 2005, que alterou a redação do art. 186 do CTN³⁸⁴, o crédito tributário foi expressamente incluído na falência³⁸⁵, de modo que não mais se sustenta o argumento de que o credor estaria ingressando em juízo para cobrar um crédito cujo ordenamento não lhe autorizou cobrar por meio de tal procedimento.

Além disso, a Lei nº 11101 prevê expressamente a legitimidade ativa do requerimento de falência a qualquer credor³⁸⁶, não fazendo qualquer ressalva que retire essa legitimidade do credor Fazenda Pública³⁸⁷.

Ademais, a nova Lei Falimentar não reproduziu o referido artigo 9º, inciso III, alínea “b”, do Decreto-Lei nº 7661 de 1945³⁸⁸. Nessa senda há, inclusive, autor contrário à possibilidade de requerimento de falência pela Fazenda Pública que, entretanto, teceu críticas à conclusão do STJ, porque reconheceu que não há propriamente um problema quanto à legitimidade processual ativa do Fisco, posição esta adotada por Sérgio Campinho³⁸⁹.

³⁸² MENDES e BRIGIDO, *op. cit.*, p. 240.

³⁸³ CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso direito tributário brasileiro**. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 668.

³⁸⁴ Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. Parágrafo único. Na falência: I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado; II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados. BRASIL. **Lei Complementar nº 118 de 09 de fevereiro de 2005**. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp118.htm>. Acesso em 23 de nov. de 2020.

³⁸⁵ SALOMÃO e SANTOS, *op. cit.*, p. 295.

³⁸⁶ Art. 97. Podem requerer a falência do devedor: [...] IV – qualquer credor. § 1º O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades. § 2º O credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei. BRASIL. Lei nº 11101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

³⁸⁷ FAZZIO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 248.

³⁸⁸ MENDES e BRIGIDO, *op. cit.*, p. 241.

³⁸⁹ Tal posição foi adotada por Sérgio Campinho, *cf.* CAMPINHO, *op. cit.*, p. 280.

Obviamente que a discussão quanto ao interesse de agir desafia uma análise mais pormenorizada, porém, quanto à legitimidade processual ativa, em realidade, o ordenamento jurídico, por meio de lei específica versando sobre a falência, conferiu o poder de qualquer credor requerê-la, em sendo titular do direito de crédito, em face do devedor empresário que se sujeita aos efeitos da lei falimentar. Contudo, é preciso registrar há vozes na doutrina que afirmam que a Fazenda não possui tal legitimidade, vozes essas que, por vezes, sequer explicaram por quais motivos, fáticos ou jurídicos, as Fazendas Públicas não estariam qualificadas como credoras legitimadas³⁹⁰.

Assim, em síntese, se na vigência do Decreto-Lei nº 7661 de 1945 (Antiga Lei de Quebra) era defensável a ausência de legitimidade ativa de o Fisco ajuizar a falência do empresário inadimplente, porque o crédito fiscal não submetia ao concurso de credores, tal quadra não mais se revela com o advento da Lei nº 11101 de 2005, porque o Novo Diploma atribui a legitimidade a qualquer credor, sem fazer ressalva ao Erário, bem como, com o advento da Lei Complementar nº 118 de 2005 (que alterou alguns artigos do CTN), o crédito tributário restou expressamente submetido ao concurso de credores.

4.2.6 O interesse de agir

4.2.6.1 Noções introdutórias

Inicialmente, cumpre alertar que há divergência quanto à terminologia utilizada, se interesse processual e ou interesse de agir. Nesse sentido, Nelson Nery Junior³⁹¹, na vigência do CPC de 1973, entendeu que devia ser utilizado o termo “interesse processual”, porque este teria significado apenas endoprocessual, ao passo que, “interesse de agir”, teria sentido processual e extraprocessual. De outro modo, criticando tal posição, Rodrigo da Cunha Lima Freire³⁹², em nota de rodapé, defendeu que está correta a utilização da terminologia “interesse de agir” porque corresponde a uma das espécies de interesse processual, como também são espécies de interesse processual o interesse de recorrer, o interesse processual do réu, dentre outros.

Após as noções sobre a terminologia utilizada, é possível conceituar o interesse de agir, porém, antes disso, são necessárias duas advertências ao leitor.

³⁹⁰ Afirmando que a Fazenda Pública não tem legitimidade para requerer a falência do devedor empresário inadimplente, contudo sem explicar o porquê da ilegitimidade cf. FRANCO, Vera Helena de Mello. STAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 25.

³⁹¹ NELSON JUNIOR, **op. cit.**, p. 4.

³⁹² FREIRE, **op. cit.**, p. 30.

A primeira advertência é a de que o interesse de agir não se confunde com o interesse material³⁹³. O primeiro é disciplinado pelo direito processual, ao passo que o segundo encontra sua razão de ser na lei substantiva³⁹⁴. Nessa senda, lecionou José Frederico Marques (*apud* Rodrigo da Cunha Lima Freire)³⁹⁵:

O interesse é a posição favorável à satisfação de uma necessidade, de que o titular é a pessoa física ou jurídica e cujo objeto é um bem. No direito material esse interesse se relaciona com bem jurídico diverso daquele que se procura obter com o direito processual de agir. O direito de crédito diz respeito ao direito em receber determinada soma em dinheiro. O direito de ação que o credor exerce relaciona-se com um bem jurídico distinto, que é o julgamento da sua pretensão em obter a aludida importância.

Da diferenciação acima, feita por José Frederico Marques, percebe-se que o interesse substancial se relaciona com a satisfação de uma necessidade, ao passo que o interesse de agir traduz-se na pretensão de que a referida satisfação da necessidade, de direito material, possa vir a ser julgada.

Em outra senda, a segunda advertência ao leitor é que há diversas concepções de interesse de agir, algumas tratando tal interesse como resultado da lesão a um direito, outras como presença da possibilidade de dano injusto a ser experimentado, como o binômio necessidade-adequação, dentre outras³⁹⁶. Mas, a utilizada aqui é a concepção de interesse de agir como resultado da necessidade e utilidade da tutela jurisdicional³⁹⁷.

Assim, a princípio, para este trabalho, adotou-se a noção de interesse de agir como resultante de algumas situações homogêneas que permitem uma utilidade potencial da jurisdição³⁹⁸. Desse modo, se a tutela jurisdicional buscada não for necessária para a satisfação do direito do autor, referente à obtenção de determinado bem da vida que deseja possuir, será reputada inútil, logo, resultando em carência da ação por ausência de interesse de agir³⁹⁹. Nesse sentido são as lições de Daniel Amorim⁴⁰⁰:

Não se deve analisar se o autor tem efetivamente o direito que alega ter e que, portanto, se sagrará vitorioso na demanda, porque esse é tema pertinente ao mérito e não às condições da ação. O juiz deve analisar em abstrato e hipoteticamente se o autor, sagrando-se vitorioso, terá efetivamente a melhora que pretendeu obter com o pedido de concessão de tutela jurisdicional que formulou por meio do processo. Ter ou não razão em

³⁹³ *Ibid.*, p. 121.

³⁹⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 121 e 122.

³⁹⁶ FREIRE, *op. cit.*, *passim*.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 154.

³⁹⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 151.

⁴⁰⁰ NEVES, *op. cit.*, p. 132.

suas alegações e pretensões é irrelevante nesse tocante, não afastando a carência da ação por falta de interesse de agir.

Decerto, a utilidade apresenta-se quando o processo tem aptidão de levar o autor ao resultado útil por ele esperado⁴⁰¹. Isso ocorre porque o interesse de agir se configura quando o autor de uma ação necessita ir ao juízo para alcançar a tutela pretendida, desde que esta tutela lhe traga alguma utilidade, do ponto de vista prático⁴⁰².

Dessa forma, o interesse de agir, enquanto necessidade e utilidade da tutela jurisdicional⁴⁰³, nos processos executivos, segundo Rodrigo da Cunha Lima Freire⁴⁰⁴, se configura com a apresentação de um título executivo que, em uma primeira análise, denote o estado de liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação nele contida, de modo que, a afirmação de que há um inadimplemento causado pela conduta do devedor é suficiente para demonstrar a necessidade da tutela estatal, verificando-se também a utilidade da medida, pois, ao que tudo indica, não haverá desenvolvimento inútil da atividade jurisdicional.

Avançando, para o exame do interesse de agir o juízo deverá observar, diante da situação concreta afirmada (os fatos), se existe a necessidade da tutela estatal, podendo, em alguns casos ser fundamental a presença de alguns documentos⁴⁰⁵. Porém, é preciso atentar-se que, para sua constatação, não se exige os documentos que comprovem o direito material que o autor alega ter, apresentados com a finalidade de satisfação de determinado bem da vida, senão que demonstrem a possível existência de um vínculo jurídico entre as partes⁴⁰⁶.

Entendidas essas noções, é importante registrar, em outro giro, que parcela da doutrina entende que o interesse de agir também possui a dimensão da adequação, presente esta quando o pedido realizado pelo autor tem a aptidão para resolver o conflito de interesses, de modo que, se o pedido formulado não tiver essa aptidão não haverá - para essa parcela da doutrina - interesse de agir⁴⁰⁷. Entretanto, observe-se que apenas parcela da doutrina assim pensa, pois, autores como Barbosa Moreira (*apud* Fredie Didier Jr.), criticam tal “dimensão”, aduzindo que o uso de um meio inadequado, por vezes, revela excesso de interesse de agir e não ausência⁴⁰⁸.

⁴⁰¹ DIDIER JR, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁰² NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁰³ DIDIER JR, *op. cit.*, p. 360.

⁴⁰⁴ FREIRE, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 151 e 152.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁰⁷ NEVES, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁰⁸ DIDIER JR, *op. cit.*, p. 366.

Assim, das lições doutrinárias é possível concluir que o interesse de agir está presente quando houver a necessidade da tutela jurisdicional para que a pretensão de direito material possa vir a ser examinada, apresentando-se a utilidade à medida que aquela tutela tiver aptidão, ao menos em tese, de trazer um resultado útil para quem a requer.

4.2.6.2 O interesse de agir de a Fazenda Pública ajuizar a falência

Como visto no subitem anterior, o interesse de agir se apresenta quando a tutela jurisdicional buscada for necessária e útil à satisfação do direito do autor, referente à obtenção de determinado bem da vida que busca⁴⁰⁹.

Desse modo, se a tutela requerida pelo autor for a necessária e útil para alcançar o seu interesse material, presente está o interesse de agir.

Nessa senda, trazendo tais lições para justificar o interesse de agir fazendário na decretação da falência, tem-se que o Erário está sujeito ao concurso material de credores, pois, fora da incidência do *par conditio creditorum* (princípio da igualdade), os créditos decorrentes da legislação trabalhista preferem ilimitadamente aos tributários, em apreço ao art. 186 do CTN⁴¹⁰, conforme lecionaram Thayana Felix Mendes e Thiago Ciocari Brigido⁴¹¹.

Destarte, o Juízo Trabalhista poderá penhorar os bens anteriormente já constrictos na execução fiscal, oficiando ao Juízo Fiscal sobre a prevalência da penhora trabalhista, sem qualquer limite de valor, mesmo que tais bens estivessem garantindo a satisfação do crédito tributário⁴¹². Sobre isso, Thayana Felix Mendes e Thiago Ciocari Brigido⁴¹³ criticaram:

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

Com efeito, a necessidade do provimento jurisdicional apresenta-se aqui, pois, para obter o seu crédito, mormente em situações de insolvência do devedor empresário (individual, sociedade empresária ou EIRELI), como é exemplo quando há uma execução fiscal frustrada ou a prática de atos ruinosos, o Fisco precisará, em alguns casos concretos, pedir a falência do

⁴⁰⁹ FREIRE, *op. cit.*, p. 151.

⁴¹⁰ Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. BRASIL. **Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em 30 de ago. de 2020.

⁴¹¹ MENDES e BRIGIDO, *op. cit.*, p. 248.

⁴¹² *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴¹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

devedor, isso porque, se não o fizer, poderá não ver satisfeito o mínimo de seu crédito, em razão da ausência de saldo.

Todavia, um questionamento poderia ser lançado: como o Fisco na falência (no concurso de credores) só recebe após o pagamento dos credores com garantia real, o provimento jurisdicional seria realmente útil?

Para responder a tal pergunta, é importante destacar que, em razão de fora do concurso de credores (em execuções singulares) o crédito tributário preferir aos créditos com garantia real, as Instituições Financeiras têm, cada vez mais, preferido realizar contratos de arrendamento mercantil e alienação fiduciária em garantia, de modo a evitar que o bem seja perdido quando da cobrança individual realizada por credor privilegiado, isso porque, nesses contratos não há a transmissão da propriedade ao devedor⁴¹⁴.

Tais expedientes praticados pelas Instituições Financeiras, ao realizar contratos empresariais em que não há a transferência da propriedade dos imóveis aos empresários, visa que as referidas Instituições não venham a experimentar perdas decorrentes de eventuais penhoras ocorridas nos cursos de execuções singulares, resultando em uma diminuição do volume de créditos na classe dos credores com garantia real, por ocasião da instauração do *par conditio creditorum*⁴¹⁵.

Assim, em razão da presença de apenas poucos créditos na classe dos credores com garantia real, associadas às limitações legais feitas aos créditos trabalhistas quanto à sua classificação, pois somente o montante de 150 salários mínimos tem o privilégio, há o interesse de ajuizamento da falência do devedor empresário, realizado pela Fazenda Pública, porque a tutela jurisdicional prestada, por meio deste instrumento, tem a aptidão de, em tese, o Erário ver acolhida sua pretensão de instauração do concurso e, conseqüentemente, a possibilidade de receber algum crédito que tenha sobrado saldo⁴¹⁶.

Além disso, conforme lecionaram Thayana Feliz Mendes e Thiago Cioccarri Brigido⁴¹⁷, a tutela jurisdicional que instaura o concurso de credores é necessária e tem a aptidão de produzir o resultado útil esperado, porque, com a instauração do *par conditio creditorum*, a Fazenda Pública poderá realizar um controle dos créditos pertencentes aos demais credores do devedor tributário, tendo, assim, a possibilidade de constatar eventuais fraudes que coloquem

⁴¹⁴ **Ibid.**, loc. cit.

⁴¹⁵ **Ibid.**, loc. cit.

⁴¹⁶ **Ibid.**, passim.

⁴¹⁷ **Ibid.**, p. 249.

em risco a satisfação do próprio crédito fazendário, já que, nas ações singulares envolvendo o empresário inadimplente e os demais credores, o Erário não é sequer intimado como terceiro interessado, conseqüentemente, tem maior dificuldade de impugnar eventuais expedientes utilizados pelo devedor para reduzir a sua solvabilidade.

Assim, mais uma vez, verifica-se a necessidade e utilidade, ao menos em tese, da tutela estatal por meio da decretação da falência do devedor empresário. Mas não são somente estes argumentos, pois o interesse de agir fazendário está presente, também, porque consubstancia a própria tutela do interesse público primário, de fazer cessar atividades empresárias praticadas por empresários (enquanto gênero) nocivos ao mercado, que descumprem o dever fundamental de pagar tributos, atentando contra a livre concorrência⁴¹⁸. Ou seja, a necessidade da tutela se apresenta porque apta a garantir a concretização do próprio interesse público primário.

Observe-se aqui, por oportuno, quanto à execução fiscal frustrada, que a tutela jurisdicional ainda tem maior necessidade porque se o executado não paga, não se defende e nem apresenta bens à penhora, revela que a Fazenda deverá desvelar-se à procura de bens, necessitando lançar mão de diligências muitas vezes infrutíferas, correndo o risco de ver, com o decurso do tempo, extinto o seu crédito, pela ocorrência da prescrição intercorrente, com fulcro art. 40 da Lei nº 6830 de 1980⁴¹⁹, bem como há a manutenção, no mercado, do empresário nocivo (que não honra as obrigações tributárias).

Nesse sentido, Thayana Feliz Mendes e Thiago Ciocari Brigido⁴²⁰ explicaram que quando não são localizados os bens dos devedores passíveis de penhora, em sede de execução fiscal, a ausência de consequências jurisdicionais mais severas tem fomentado a elaboração de planejamentos no sentido de não recolhimento deliberado dos tributos. Aí está outra utilidade, ao menos em tese, da tutela estatal, que defere o processamento do pedido de falência, requerido pela Fazenda Pública, a de predar planejamentos tributários realizados com a finalidade de não recolhimento de tributos.

⁴¹⁸ **Ibid., passim.**

⁴¹⁹ Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. [...] § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução. § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. BRASIL. **Lei nº 6830 de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

⁴²⁰ MENDES e BRIGIDO, **op. cit.**, p. 248.

Além disso, ainda no caso da execução fiscal frustrada, mesmo ausentes penhoras trabalhistas, de modo que, *a priori*, parecesse inútil a submissão do credor fazendário ao concurso, já que seu crédito nas execuções singulares prefere àqueles com garantia real, o pedido de falência ainda se revestiria dos atributos da necessidade e utilidade porque, ao ser citado na falência, o devedor poderá realizar o depósito elisivo⁴²¹, fazendo com o crédito tributário seja recuperado em menos tempo, já que a execução fiscal dura, em média, oito anos, conforme dados do CNJ (ver item 2.4). A necessidade da medida revela-se porque, em tese, apta à satisfação do direito de crédito, encontrando aí sua utilidade.

Em outra senda, no que concerne à prática de algum dos atos de falência, o interesse de agir em ver instalado o concurso formal de credores, a justificar a tutela jurisdicional se verifica, pois, conforme lecionou Gladston Mamede⁴²², com a decretação da falência, há a fixação do seu termo legal, tornando ineficazes diversos atos jurídicos praticados pelo falido, mesmo se o terceiro não sabia do estado de insolvência, bem como a revogação de alguns atos praticados em até dois anos anteriores à decretação da quebra (ver item 4.2.1), conseqüentemente restando recomposto o patrimônio que servirá para a satisfação do crédito exequendo, mesmo que o crédito inscrito no concurso tenha sido inscrito em Dívida Ativa após tais datas. Ou seja, a medida é mais eficaz do que a previsão do art. 185 do CTN⁴²³.

Dessa forma, é possível concluir que há interesse de agir de a Fazenda Pública requerer a falência do devedor empresário que frustra a execução fiscal ou que pratica atos de falência. Lado outro, diferente tratamento deve ser dado ao pedido de falência com espeque na impontualidade injustificada no cumprimento de obrigações, pois, para está hipótese, a tutela jurisdicional por meio do processamento da falência é desnecessária, pela possibilidade de uso de um meio processual específico, qual seja a execução fiscal⁴²⁴, quando não há o pagamento pontual de um tributo.

Por fim, como já visto, ainda que se considere a adequação como dimensão do interesse de agir, em decorrência da longa análise comparativa feita entre alguns dos fundamentos utilizados para o STF e o STJ, respectivamente, reconhecerem a constitucionalidade e legalidade do protesto da CDA, denotam a adequação do ajuizamento do pedido de falência

⁴²¹ **Ibid.**, **passim**.

⁴²² MAMEDE, **op. cit.**, **passim**.

⁴²³ Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. BRASIL. **Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁴²⁴ MENDES e BRIGIDO, **op. cit.**, p. 233 e 234.

levado a efeito pela Fazenda Pública, salvo se a causa de pedir for a impontualidade injustificada, porque, como explicou Sérgio Campinho⁴²⁵, a Lei nº 6830 de 1980 vedou o uso de outro meio judicial de *cobrança* do crédito tributário⁴²⁶.

Desta lições, é possível concluir que, presente uma impontualidade injustificada no cumprimento de obrigações com valor superior à 40 salários mínimos, primeiro deve ser ajuizada uma execução fiscal, salvo a prática de atos de falência, hipótese em que o Fisco tem interesse de agir em na instauração do concurso formal de credores, ou, se frustrada a execução fiscal, hipótese em que revelado estará o interesse processual no requerimento de falência⁴²⁷.

Assim, em síntese, a Fazenda Pública tem interesse de agir, para ajuizar o requerimento de quebra do empresário inadimplente com as obrigações tributárias, porque a tutela jurisdicional, por meio da execução concursal, em tese, revela-se necessária e tem utilidade, do ponto de vista prático, para viabilizar a satisfação do alegado direito material de crédito, mormente nas hipóteses da prática de atos de falência e no caso de execuções fiscais restarem frustradas.

⁴²⁵ MENDES e BRIGIDO, *op. cit.*, *passim*.

⁴²⁶ CAMPINHO, *op. cit.*, p. 280.

⁴²⁷ MENDES e BRIGIDO, *op. cit.*, *passim*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal resultado encontrado na presente investigação foi que há um conjunto normativo apto a demonstrar a legitimidade processual ativa e o interesse de agir de a Fazenda Pública ajuizar o requerimento de falência do devedor empresário, bem como que tal requerimento sobrevive a uma análise de constitucionalidade e de legalidade, em apreço aos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, para a declaração de constitucionalidade e de legalidade do protesto das certidões de Dívida Ativa, ato que antes era rechaçado pelo STJ, por ser tratado como acessório ao pedido de quebra.

Além disso, consoantes algumas lições doutrinárias encontradas, outro resultado é que sequer poder-se-ia dizer que a tese fixada pelo STJ diz respeito às hipóteses de execução frustrada ou à prática de atos de falência, havendo aí uma distinção, porque, nos julgados pesquisados sobre a não autorização da falência, essa vem sendo tratada como àquela decorrente da impontualidade injustificada no cumprimento de obrigações, visto que sempre associada, até então, à figura do protesto da CDA.

Destarte, quando presente uma execução frustrada, fiscal ou não, bem como em caso da prática de atos de falência, a Lei nº 11101 de 2005 não exige o protesto prévio do título, diferentemente da impontualidade injustificada, em que, expressamente, eleva tal exigência de protesto como requisito para a configuração da impontualidade enquanto causa de pedir. Dessa forma, presente a distinção, é o caso de não aplicação da referida tese fixada pelo STJ.

Por este lado, uma das contribuições desta monografia é a de permitir uma sistematização dos conhecimentos que envolvem este tema tão controvertido, acrescentando argumentos que sinalizam para a necessidade de que a Corte Superior visite a controvérsia e reconheça não somente a distinção quanto à tese fixada, como também que há legitimidade processual ativa e interesse de agir de a Fazenda Pública requerer a falência do devedor empresário que pratique algum dos atos de falência ou que não coopera quando citado em uma execução fiscal.

Além disso, diante dos resultados encontrados, sinaliza-se para a necessidade de novos estudos, a fim de oferecerem subsídios para a criação de critérios objetivos que promovam o respeito à impessoalidade quanto aos requerimentos falimentares ajuizados pela Fazenda Pública. Nesse sentido, inclusive, foi a orientação deixada pela Corte Constitucional no que

concerne ao protesto CDA, de que o Poder Executivo deve estabelecer parâmetros objetivos a respeito de quando é um dever de o Fisco protestar as referidas certidões.

Ademais, se faz necessários novos estudos para dar segurança jurídica acerca do momento processual em que está configurada a execução frustrada, pois, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, há uma insegurança no sentido de objetivar o momento exato da configuração da conduta omissiva do devedor, nascendo a dúvida se para a configuração do interesse processual seria preciso apenas a inércia do devedor até a completa fluência do prazo legal para pagar, contestar ou indicar bens à penhora (posição adotada neste trabalho para fins de configuração da execução frustrada) ou, se seria necessário que o exequente esgotasse todas as tentativas de constrição judicial do crédito exequendo.

Lado outro, é preciso esclarecer ao leitor que esta pesquisa encontrou dificuldades. Tais limitações são decorrentes da ausência, doutrinária e jurisprudencial, de tratamento individualizado sobre em que medida existiria (ou inexistiria) a legitimidade processual ativa e o interesse de agir do Erário quanto a cada causa de pedir falimentar prevista na Lei 11101 de 2005.

Com efeito, na maioria das obras doutrinárias analisadas, as causas de pedir falimentares são tratadas de forma genérica (assim também o fez o STJ), havendo uma visível necessidade de pesquisas aprofundadas que se prestem a tratar de forma individualizada as hipóteses de insolvência presumida e às suas respectivas relações com a legitimidade processual ativa e o interesse de agir da Fazenda Pública, isso porque tal diferenciação só foi realizada por apenas dois dos autores citados nesta investigação.

Há, ademais, a necessidade de outras pesquisas buscando analisar o tema a partir de outras perspectivas, tais como a partir da análise econômica do direito, da filosofia jurídica, da sociologia jurídica, dentre outras, que, por óbvio, excederiam os limites objetivos deste trabalho.

Além dessa necessidade de pesquisa em outras perspectivas, observou-se aqui que, em algumas obras contrárias a legitimidade processual ativa da Fazenda Pública, sequer houve uma atualização dos argumentos. Isso porque, mesmo após a vigência da Lei nº 11101 de 2005, alguns autores continuaram registrando, por exemplo, que apenas os credores com garantia real, desde que renunciasse à garantia, e os credores quirografários, poderiam requerer a quebra do devedor empresário, entendimento este que não mais se amolda com a

disciplina oferecida pela Lei nº 11101, que atribuiu legitimação ativa a qualquer credor, sem ressalvas ao Erário.

Por fim, a impressão que ficou é de que a discussão sobre a ausência, ou presença, de legitimidade processual ativa e interesse de agir, de a Fazenda Pública ajuizar a execução falimentar do empresário inadimplente, se trata de um tema analisado de forma genérica por parte significativa da doutrina, dificultando que os leitores possam entender em que se revelaria a ausência ou presença das referidas condições da ação quanto à cada hipótese de insolvência presumida previstas na Lei Falimentar de 2005.

Assim, em síntese, se entendeu aqui que há autorização legal de a Fazenda Pública ajuizar a execução concursal do empresário inadimplente, em qualquer hipótese de insolvência presumida, porém, só há interesse de agir quando presente uma situação de execução fiscal frustrada ou a prática de um dos atos ruinosos, pois, nestes casos, a tutela jurisdicional, em tese, é necessária e o seu eventual provimento se revela útil, do ponto de vista prático, para a satisfação do interesse material consubstanciado no direito ao recebimento do crédito tributário.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BRASIL, BRASÍLIA. Ministério da Fazenda. **Portaria MF nº 130, de 19 de abril de 2012**. Altera a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Brasília, DF, 23 abr. 2012. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37784&visao=compilado>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 73 de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em 06 de nov. de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Brasília, DF, 13 abr. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/outros/iipacto.htm>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005**. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp118.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12016, de 07 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

2010/2009/lei/112016.htm#:~:text=Disciplina%20o%20mandado%20de%20seguran%C3%A7a,Art.>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13115, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4320, de 17 de março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4886, de 09 de dezembro de 1965.** Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14886.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6830, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8397, de 06 de janeiro 1992.** Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8397.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8844 de 20 de janeiro de 1994.** Dispõe sobre a fiscalização, apuração e cobrança judicial as contribuições e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18844.htm> Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9492, de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso especial nº 1124763.** Recorrente: Hélcio Kronberg Recorrido: Hotel Doral Apucarana Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Distrito Federal, 11 fev. 2014, *E-book*. Disponível em: <

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900329075&dt_publicacao=28/02/2014>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1126515**. Recorrente: Município de Londrina. Recorrido: Protenge Engenharia de Projetos e Obras Ltda. Relator Ministro Herman Benjamin. Distrito Federal, 03 dez. 2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900420648&dt_publicacao=16/12/2013>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 136565**. Recorrente: Berta S/A Sistemas de Segurança Recorrido: Expresso Cruzador S/A. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Distrito Federal, 14 jun. 1999, *E-book*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700417654&dt_publicacao=14/06/1999>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1433652**. Recorrente: Lojas Americana S/A. Recorrido: Toka Indústria e Comércio de Móveis Ltda. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Distrito Federal, 18 set. 2014, *E-book*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302003883&dt_publicacao=29/10/2014>. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1487772**. Recorrente: Enidete Ribeiro Cabral. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator Ministro Gurgel de Faria. Distrito Federal, 28 maio de 2019, *E-book*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402697215&dt_publicacao=12/06/2019>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 164389**. Recorrente: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Frigorífico Catalão LTDA. Relator Ministro Castro Filho. Distrito Federal, 13 ago. 2003. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800107266&dt_publicacao=16/08/2004>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1686659**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Luis Fernando do Prado Transportes Epp. Relator Ministro Herman Benjamin. Distrito Federal, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701792002&dt_publicacao=11/03/2019>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 287824**. Recorrente: Fazenda do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Construtora OAS LTDA. Relator Ministro Francisco Falcão. Distrito Federal, 11 out. 2005, *E-book*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=525529&num_registro=200001190997&data=20060220&formato=PDF>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 393**. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula393.pdf> . Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5135**. Autora: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 09 nov. 2016, *E-book*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 43169**. Reclamante: União. Reclamado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli. Distrito Federal, 08 set. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5996396>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 262.

CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso direito tributário brasileiro**. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Comercial**. Brasília, 2013, *E-book*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**. Brasília, *E-book*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno de; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 7. ed., Salvador: JusPodivim, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 4: direito das coisas**. 32. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DUARTE, Francisco Leite. **Direito tributário [livro eletrônico]: teoria e prática**. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99937146%2Fv3.4&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=p&eid=239e0169b7fc71f92cd5723f3bc4dbb9&eat=a-179592800&pg=III&ppl=&nvgS=false>>. Acesso em: 26 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 208.

FRANCO, Vera Helena de Mello.; STAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GARCIA, Plínio Gustavo Prado. Devido processo legal no lançamento tributário. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais Direito Tributário, v. X, 2014, *E-book*. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F74362341%2Fv10.1&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=e&eid=ab112469134284399845924d7f5c133f&eat=DTR_1997_337&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 26 set. 2020.

GONÇALVES, Fábio Antunes. Caracterização do estado de falência de empresário devedor. **Consultor Jurídico**. 2008. Disponível em: <[JESUS, Isabela Bonfá de. **Manual de Direito Tributário \[livro eletrônico\]**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F97451062%2Fv2.4&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=e&eid=71b5d602f773f52643e7c5c9a7dacb53&eat=a-106877068&pg=24&psl=&nvgS=false>>. Acesso em: 20 out. 2020.](https://www.conjur.com.br/2008-ago-09/caracterizacao_estado_falencia_empresa_devedor#:~:text=Em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20dep%C3%B3sito%20elisiv%20contesta%C3%A7%C3%A3o%20(10%20dias).&text=No%20caso%20do%20inciso%20III,presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20insolv%C3%A2ncia%20C3%A9%20absoluta.>. Acesso em: 30 nov. 2020.</p></div><div data-bbox=)

LEGISWEB. **Portaria PGFN nº 321 de 06/04/2006**. Dispõe sobre o protesto de Certidão de Dívida Ativa da União. Brasília, DF, 7 abr. 2006. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=197187>>. Acesso em: 11 out. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 38. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

MAGALHÃES, Leonardo Brandão. **Aplicação do princípio da cooperação na tutela da execução**. 2017, *E-book*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n6_2017/pdf/LeonardoBrandaoMagalhaes.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2018.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial**. 12. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MELLO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais Direito Tributário, v. II, 2014, *E-book*. Disponível em: <
<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F74362341%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=e&id=cd826abf03de8e9c63c9293d7542c738&eat=a-74443032&pg=20&psl=&nvgS=false>>.
Acesso em: 20 ago. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed., Malheiros, 2013.

MENDES, Thayana Felix.; BRIGIDO, Thiago Ciocari. Legitimidade da Fazenda Pública para Postular a Falência do Devedor Tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium. **Revista da PGFN**, ano 1, n. 3, p. 229-255, 2012, p. 248. Disponível em: <
<http://www.dpd.ufv.br/wp-content/uploads/O-36-ARTIGO-LEGITIMIDADE-FP-FALENCIA.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

MORLEY, Letícia Carvalho Ribeiro. A Regularidade Fiscal como Pressuposto para a Contratação com a Administração Pública. **Conteúdo Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52651/a-regularidade-fiscal-como-pressuposto-para-a-contratacao-com-a-administracao-publica>. Acesso em: 08 de out. 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estado do Direito**. 37. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revisa de Processo**, vol. 64. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais: 1991.

NERY JUNIOR, Nelson.; ABOUD, Georges. **Processo civil [livro eletrônico]: processo do conhecimento**. 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, *E-book*. Disponível em <
<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F103664202%2Fv13.1&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=e&id=314756faa50a9b42ba9922d773c7373c&eat=a-106268449&pg=5&psl=&nvgS=false>>.
Acesso em: 03 out. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Receitas públicas tributárias. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais Direito Tributário, v. I, 2014, *E-book*. Disponível em: <
https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F74362341%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=e&id=daf3fdf973063c681faa2685630cd0cc&eat=DTR_2004_568&pg=&psl=&nvgS=false>.
Acesso em: 26 set. 2020.

PONTES, Helenilson Cunha. Os privilégios e garantias do crédito tributário e a lei complementar. **Consultor Jurídico**, 2019, *E-book*. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/consultor-tributario-privilegios-garantias-credito-tributario-lei-complementar>>. Acesso em: 03 out. 2020.

RAMALHO, Maria Isabel. **Legitimidade para agir**. 2007, *E-book*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040513.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro**. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. O princípio da legalidade e o regulamento no direito tributário brasileiro. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais Direito Tributário, v. II, 2014, *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F74362341%2Fv2.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e3400000170e946283bfc2b7bac#sl=e&id=db2cdac240aba6965226972dd86e2e68&eat=DTR_1992_319&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 26 set. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe.; SANTOS, Penalva Paulo. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *E-book*. Disponível em: <<https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788530991616/epubcfi/6/36%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml16%5D!/4/2/4/2%400:0>> Acesso em: 31 out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 10019756120198260491**. Recorrente: União Federal. Recorrido: Dercó Comércio e Representações Processual de Produtos e Alimentícios LTDA. Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. São Paulo, 07 de julho de 2020, *E-book*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=C57773AA290AB4004E3F50FAC82ECA48.cposg4?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1001975-61.2019&foroNumeroUnificado=0491&dePesquisaNuUnificado=1001975-61.2019.8.26.0491&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_a72be0eaf50645afbc3de9932951147d&g-recaptcha-response=03AGdBq25RcWHxu_uk7kMOzs9VuZAxwrrr0GkuSJ0AK16w6IF-SUa3RMC1QONM1QuR1FMfm5mHwV4cvgtJUI8I-CkgARs4VEvEoNUem-3YMP9cHHO-7FftnI3hWYo9x_vA3QXMkFaIbbhXpMaQ4sCui2Qt5ux5sLrXeWN-QW2VWA6gUhkpe2aqjpF621WSop4C95KiHuqJ_VjP__lAy3yGhcwQsMqGkgw64r7XmFrRi0QqPAHYZf1myOseJYBN0_5GC37J0zqs4ZnzCLuhXsTRx52y72H0F2x9DmZcOwvY2fjDvzyxrzSaPHI_Lw9_s9jqYvvtT2xe3PNcmTM0jGbB6jq58eYFZzqjudidJnAltCoKDqe46w4oynnlD69OjtV7gE6VYghhyStZeWMJDvoErDaBor0__Y7wwiIX-M0ffwTq9leKVc4c4k28oviJeR_4u79YSumZDShBIIv9j8ENX-eymEv1OMJtA#?cdDocumento=42>. Acesso em: 15 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula 39**. No pedido de falência fundado em execução frustrada é irrelevante o valor da obrigação não satisfeita. *E-book*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf?d=1604103457958>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula 43**. No pedido de falência fundado no inadimplemento de obrigação líquida materializada em título, basta a prova da impontualidade, feita mediante o protesto, não sendo exigível a demonstração da insolvência do devedor. *E-book*. Disponível em: <
<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf?d=1604103457958>> . Acesso em: 01 nov. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula 48**. Para ajuizamento com fundamento no art. 94, II, da lei nº 11.101/2005, a execução singular anteriormente aforada deverá ser suspensa. *E-book*. Disponível em: <
<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf?d=1604103457958>> . Acesso em: 03 nov. 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. São Paulo: USP, 2011. *E-book*. Disponível em:
<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-110406/publico/Tese_Vitor_Rhein_Schirato_Final.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1864625**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorridos: Zanini Equipamentos Pesados LTDA – em recuperação judicial; Usina Santa Elisa S/A - em recuperação judicial; e Sermatec Indústria e Montagens LTDA – em recuperação judicial. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Distrito Federal, 23 jun. 2020. Disponível em: <
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902946319&dt_publicacao=26/06/2020> . Acesso em: 28 nov. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. I**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOMAZETTE, M. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2017.

VIDO, Elisabete. **Curso de Direito Empresarial [livro eletrônico]**. 5. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*. Disponível em: <
<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F77943206%2Fv6.5&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e340000170e946283bfc2b7bac#sl=e&id=7172998ee5aa8b1c2f586a9be579e692&eat=a-151917837&pg=2&psl=&nvgS=false>>. Acesso em: 11 out. 2020.