

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO**

**DIOGO LUIZ ARAÚJO DE BENEVIDES COVÊLLO**

**A (I)LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER FALÊNCIA DIRETA DE  
SEU DEVEDOR:**

**UMA ANÁLISE A PARTIR DO INTERESSE PÚBLICO**

**BRASÍLIA**

**2022**

DIOGO LUIZ ARAÚJO DE BENEVIDES COVÊLLO

**A (I)LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER FALÊNCIA DIRETA DE  
SEU DEVEDOR:**

UMA ANÁLISE A PARTIR DO INTERESSE PÚBLICO

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional em Direito apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito, sob a orientação do professor Luciano Felício Fuck.

BRASÍLIA

2022

Código de catalogação na publicação – CIP

C873i Covêllo, Diogo Luiz Araújo de Benevides

A (i)legitimidade da fazenda pública requerer falência direta de seu devedor: uma análise a partir do interesse público / Diogo Luiz Araújo de Benevides Covêllo. — Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2022.

112 f.

Dissertação — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado em Direito, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Felício Fuck

1. Falência. 2. Fazenda pública. 3. (I)legitimidade. 4. Interesse público.  
I.Título

CDD 341.4

DIOGO LUIZ ARAÚJO DE BENEVIDES COVÊLLO

**A (I)LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER FALÊNCIA DIRETA DE  
SEU DEVEDOR:**

UMA ANÁLISE A PARTIR DO INTERESSE PÚBLICO

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação *Stricto  
Sensu* em Direito como requisito para  
obtenção do título de Mestre em Direito.

Data da Defesa: 20 de dezembro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

---

Luciano Felício Fuck  
Prof. Orientador

---

Maysa de Sá Pittondo Deligne  
Prof. Avaliador

---

Marlon Tomazette  
Prof. Avaliador Externo



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO ECONÔMICO E  
DESENVOLVIMENTO

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Discente: DIOGO LUIZ ARAÚJO DE BENEVIDES COVELLO

Registro Acadêmico: 2114145

Orientador(a): Prof. Dr. Luciano Felício Fuck

Título do trabalho apresentado:

A (I)LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER FALÊNCIA DIRETA DE SEU  
DEVEDOR: UMA ANÁLISE A PARTIR DO INTERESSE PÚBLICO

Resultado:

Após o exame do trabalho e da apresentação de defesa do texto de Dissertação e  
arguição do(a) candidato(a) a banca examinadora decidiu:

( X ) PELA APROVAÇÃO

( ) PELA REFORMULAÇÃO

( ) PELA REPROVAÇÃO

Observações:

---

---

---

Assinatura da banca examinadora

Prof. Dr. Luciano Felício Fuck

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

LUCIANO  
FELICIO  
FUCK:92054692  
115

Assinado de forma  
digital por LUCIANO  
FELICIO  
FUCK:92054692115  
Dados: 2022.12.22  
15:36:55 -03'00'

Prof. Dr. Marlon Tomazette

Centro de Ensino Unificado de Brasília - - UniCEUB

MARLON  
TOMAZE  
TTE:7779  
6136153

Digitally signed by MARLON  
TOMAZETTE:77796136153  
DN: C=BR, O=ICP-Brasil, OU=  
Secretaria da Receita Federal do  
Brasil - RFB, OU=RFB e-CPF A3,  
OU=VALID, OU=AR CERTDATA,  
OU=Presencial, OU=  
1698632000127, CN=MARLON  
TOMAZETTE:77796136153  
Reason: I am the author of this  
document  
Location:  
Date: 2022.12.22 18:08:42-03'00'  
Foxit PDF Reader Version: 12.1.0

Prof. Dra. Maysa de Sá Pittondo Deligne

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP75606

MAYSA DE SA  
PITTONDO  
DELIGNE:082270

Assinado de forma digital  
por MAYSA DE SA  
PITTONDO  
DELIGNE:08227075606  
Dados: 2022.12.22  
17:05:55 -03'00'

Agradeço a minha esposa pelo suporte dado durante todo esse período, sem o qual essa caminhada seria muito mais árdua.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
1 PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS CONVERTIDAS NA LEI N.º 11.101/2005 E SUAS ALTERAÇÕES, BEM COMO, ANÁLISE JURISPRUDENCIAL, EM ESPECIAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) ACERCA DO RECONHECIMENTO DA (I)LEGITIMIDADE DO FISCO EM REQUERER FALÊNCIA DIRETA .....	14
1.1 A LREF E A RUPTURA COM O SISTEMA FALIMENTAR ANTERIOR .....	14
1.2 O ESPÍRITO DA LREF PERANTE ALGUNS DOS POTENCIAIS CONFLITOS EM SEU TEXTO .....	20
1.3 POSSIBILIDADE DE CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA A PEDIDO DA FAZENDA PÚBLICA (ART.10-A, § 4º DA LEI N.º 10.522/2002); INOVAÇÃO LEGISLATIVA NÃO EXAMINADA PELO STJ.....	24
2 PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) ACERCA DO RECONHECIMENTO DA (I)LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA EM REQUERER FALÊNCIA DE SEU DEVEDOR.....	32
2.1 ANÁLISE DETALHADA DOS ACÓRDÃOS .....	37
2.2 FUNDAMENTOS USUALMENTE REPETIDOS NOS PRECEDENTES EXAMINADOS .....	57
2.3 ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO NO JULGAMENTO DA APL N.º 1001975-61.2019.8.26.0491, ANTES DAS ALTERAÇÕES DA LEI N.º 14.112/2020, RECONHECENDO A LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA. ....	59
3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À (I)LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER FALÊNCIA .....	61
3.1 SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO .....	65
3.2 FUNÇÃO SOCIAL E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	71
3.3 IMPESSOALIDADE E ISONOMIA .....	79

3.4 AS FUNÇÕES DO TRIBUTO À LUZ DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA IMPESSOALIDADE .....	81
4 O REQUERIMENTO FALIMENTAR DIRETO PROPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA PERANTE O ATUAL CONTEXTO LEGISLATIVO E O RECONHECIMENTO DE SUA LEGITIMIDADE.....	90
4.1 PARCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM SEDE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A CONTRAPRESTAÇÃO EXIGIDA PELA FAZENDA PÚBLICA .....	91
4.2 A CONTRAPRESTAÇÃO EXIGIDA PELA FAZENDA PÚBLICA CONFIGURA PRIVILÉGIO, GARANTIA OU PREFERÊNCIA AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO; PODE ELA SER COMPREENDIDA COMO POSSIBILIDADE PARA O PEDIDO DE FALÊNCIA DIRETA.....	97
5 CONCLUSÃO .....	102
REFERÊNCIAS.....	105

## RESUMO

Desde a vigência da Lei da Concordata (Decreto-Lei n.º 7.661/45) a Fazenda Pública tenta se valer do requerimento falimentar na cobrança de seus créditos, mas a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ) impede tal possibilidade.

Com o advento da Lei n.º 11.101/2005 (LREF), responsável por revogar o regime falimentar anterior, as bases nas quais se fundam o sistema falimentar foram modificadas. A proteção incondicional do crédito deixou de ser a finalidade da falência, muito em decorrência do reconhecimento do papel relevante das empresas na atividade econômica e social (princípio da função social da empresa), por essa razão houve uma maior preocupação com a preservação dessas pessoas jurídicas (princípio da preservação da empresa).

Assim, a nova lei em virtude do papel preponderante das empresas para o desenvolvimento da nação busca defender a higidez do mercado e não mais o interesse individual de cada credor.

Apesar da modificação da estrutura da norma, o STJ manteve o posicionamento anterior e não se preocupou em explorar o âmago da nova lei. A esse fato se soma a possibilidade conferida à Fazenda Pública de convolar a recuperação judicial em falência (Lei n.º 14.112/2020).

Devido ao novo diploma ter modificado os princípios fundadores da norma e a recente alteração legislativa prevendo a inclusão do fisco como um dos legitimados ao pedido de convolação, é necessário investigar se o atual contexto legislativo permite a proposição do requerimento falimentar pela Fazenda Pública.

Para tanto o reconhecimento da (i)legitimidade será examinado frente ao interesse público defendido na LREF, pois a atuação de qualquer órgão da Administração Pública, devido ao regime jurídico administrativo ao qual está vinculado, deve pautar toda sua ação na defesa do interesse público, caso contrário seus atos devem ser tidos por ilegais.

Tendo tal premissa como norte, este ensaio analisará os projetos de lei que resultaram na publicação da LREF e em suas alterações, além da jurisprudência do STJ sobre o tema e da doutrina.

O exame do presente material coletado resultará na identificação do interesse público buscado com a proposição da medida falimentar, estando ele caracterizado

não há que se falar em ilegitimidade, mas tendo a Fazenda Pública agido com *animus* diverso restará claro o seu afastamento de seu regime jurídico, o que resultará na conclusão de impossibilidade da pretensão.

**Palavras-chave:** Falência; Fazenda Pública; (I)Legitimidade; e Interesse Público.

## RESUMEN

El Tesoro Público desde la vigencia de la Ley de la Concordata (Decreto-Ley n.º 7.661/45) trata de acogerse a la obligación de la solicitud de la quiebra en el cobro de sus créditos, por ello, la jurisprudencia consolidada del Superior Tribunal de Justicia (STJ) prohíbe tal posibilidad, en la fundación de la ausencia de legitimidad cuando el uso de la medida.

Sin embargo, la Ley n.º 11.101/2005 (LREF), encargada de revocar el anterior régimen de la quiebra, modificó las bases sobre las que se fundaba el sistema. La protección incondicional del crédito ya no es el objeto de la quiebra, porque se dieron cuenta del papel relevante de la empresa en la actividad económica y social (principio de la función social de la empresa), lo que terminó por suscitar la necesidad de un mayor esfuerzo para su preservación (principio de preservación de la empresa).

Por eso, la nueva ley en virtud del papel preponderante de la empresa para el desarrollo de la nación busca defender la rigidez del mercado y no más el interés individual de cada acreedor.

A pesar de la modificación de la estructura de la norma, el STJ mantuvo la posición anterior y no se preocupó por explorar el centro de la nueva ley. A este hecho se suma la posibilidad conferida al Tesoro Público de interponer un cobro judicial por la quiebra (Ley n.º 14.112/2020).

Debido a que el nuevo diploma ha alterado los principios fundacionales de la norma y la reciente alteración legislativa impidiendo la inclusión de autoridad fiscal como uno de los legítimos para hacer la solicitud de conversión y quiebra es necesario investigar si el contexto legislativo actual permite una propuesta de requerimiento de quiebra para el Tesoro Público.

Por ello, se examinará el reconocimiento de la (i)legitimidad frente al interés público defendido por la LREF, por la actuación de cualquier órgano de la Administración Pública, que por el régimen jurídico-administrativo al que se vincule, debe orientar toda su actuación en defensa del interés público, en caso contrario, sus actuaciones deberán ser consideradas ilícitas.

Desde este punto de vista, este ensayo analizará los proyectos de ley que resultan en la publicación de la LREF y en sus reformas, la jurisprudencia del STJ sobre el tema y la doctrina.

El examen del material analizado redundará en la identificación del interés público que se persigue con la propuesta de la medida de la quiebra, ya que no está

imbuida de ningún motivo que se encuentre en la ilegitimidad, pero si el Tesoro Público ha hecho con otro animus quedará clara su eliminación de su régimen jurídico, lo que resultará como consecuencia la conclusión de la imposibilidad de la reclamación.

**Palabras clave:** Quiebra; bienes públicos; (I) Legitimación; e Interés Público.

## INTRODUÇÃO

O Estado em sua concepção moderna é instituído para prover as mais variadas necessidades de sua população, tais como: segurança pública, saúde, educação, moradia, iluminação, saneamento, etc.

Evidente que a manutenção dessa gama de atividades exige contraprestação financeira, a qual se dá via cobrança de tributos. Assim, arrecada-se o tributo para possibilitar a entrega do serviço.

Por essa razão, ao menos em tese, os contribuintes deveriam realizar os pagamentos de forma espontânea visando o retorno em serviços públicos, mas os aspectos culturais e as deficiências estatais, somadas ao fato de não se tratar de uma liberalidade, naturalmente resulta em certa resistência ao pagamento do tributo.

O combate ao inadimplemento envolve diversas ações, sendo uma delas a proteção conferida pela legislação ao crédito tributário.

Segundo o Código Tributário Nacional (CTN) o tributo goza de privilégios e garantias. Essas podem ser tidas como meio ou modo de assegurar o direito, e aqueles são vantagens atribuídas ao crédito tributário em detrimento de outros credores na hipótese de concurso entre eles.

Dentre os privilégios previstos no CTN está o da ordem de preferência no pagamento em casos de falência (art. 186), que garante ao crédito tributário posição de destaque em relação aos demais credores, salvo os trabalhistas, extraconcursais e os de garantia real.

No uso de tal vantagem o Estado, via Fazenda Pública, há muito vem buscando como forma de satisfação da dívida a possibilidade de requerer falência do contribuinte inadimplente.

Os tribunais pátrios discutem essa possibilidade desde o Decreto-Lei n.º 7.661/45 (Lei da Concordata), tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no exame desta legislação considerado a Fazenda Pública como parte ilegítima para adoção de tal procedimento.

Com a extinção da figura da concordata em decorrência da publicação da Lei n.º 11.101/2005 (Lei da Recuperação Judicial, a Extrajudicial e a Falência do Empresário e da Sociedade Empresária - LREF), continuou a Fazenda Pública tentando requerer a falência de seus devedores, e, mais uma vez, a posição do STJ foi pela impossibilidade.

Ao examinar os precedentes judiciais do STJ, após a publicação da LREF, constatou-se a mera replicação da posição anterior consolidada à época da Lei da Concordata, ou seja, a Corte deixa de verificar a legitimidade da Fazenda Pública, sob à ótica da nova Lei de Falência.

Importante trazer à luz que, a posição pela impossibilidade, apesar de dominante no STJ, não está fundamentada em súmula e/ou recurso repetitivo.

Em vista disso, os tribunais estaduais por vezes não comungam da posição da Corte. É o caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que no acórdão do processo n.º 1001975-61.2019.8.26.0491 reconheceu a legitimidade da Fazenda Pública requerer falência, sob os auspícios da Lei n.º 11.101/2005.<sup>1</sup>

O aludido cenário apenas demonstra que a (i)legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência é um tema que sempre esteve em voga tanto nas academias como nos bancos dos tribunais.

Ocorre que com a publicação da Lei n.º 14.112/2020, responsável por alterar as Leis n.º 11.101/2005 e 10.522/2002, tal questão vem gerando questionamentos, especialmente, devido à redação do art. 10-A, § 4º-A, IV, da Lei n.º 10.522/2002 que elevou à Fazenda Pública a condição de legitimado ao requerimento de convocação da recuperação judicial em falência.

Com a novidade, naturalmente passou a se questionar sobre a possibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência direta de seus devedores, desde que preenchidos as exigências da LREF. Ou seja, paira a dúvida se a autorização para a Fazenda Pública convocar recuperação judicial em falência, conferida pela Lei n.º 14.112/2020, pode ser considerada como uma espécie de autorização à formulação do pedido direto de falência.

A resposta a essa questão perpassa pelo estudo do interesse público da medida, razão pela qual, na tese ora apresentada utilizar-se-á tanto a pesquisa bibliográfica como os precedentes judiciais a título de metodologia, haja vista a necessidade de se examinar os institutos vinculados ao Direito Administrativo,

---

<sup>1</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Seção Direito Privado 1). **Apelação Cível n. 1001975-61.2019.8.26.0491**. Apelante: União (Fazenda Nacional). Apelado: Derco Comercio e Representações Processual de Produtos e Alimentícios LTDA. Relator: Alexandre Lazzarini, 30 de julho de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI005TAEQ0000&processo.foro=990&processo.numero=10019756120198260491#>. Acesso em: 28 ago. 2022.

Tributário e Empresarial, especificamente, aqueles que tratam da cobrança do crédito público no âmbito do regime falimentar.

A hipótese a ser testada é se de fato a Fazenda Pública goza de legitimidade para requerer falência direta de seu devedor, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos na LREF.

A apreciação deste pressuposto envolve a análise dos projetos de leis (PLs) convertidos na LREF e suas alterações; acórdãos proferidos no STJ sobre o tema; e interesse público protegido pela LREF ao tratar do regime falimentar.

## **1 PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS CONVERTIDAS NA LEI N.º 11.101/2005 E SUAS ALTERAÇÕES, BEM COMO, ANÁLISE JURISPRUDENCIAL, EM ESPECIAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) ACERCA DO RECONHECIMENTO DA (I)LEGITIMIDADE DO FISCO EM REQUERER FALÊNCIA DIRETA**

### **1.1 A LREF E A RUPTURA COM O SISTEMA FALIMENTAR ANTERIOR**

O primeiro diploma que vigorou no País tratando de matéria falimentar, remonta ao ano de 1595 e foi promulgado por Felipe II (Lei de 8 de março de 1595), posteriormente, Marquês de Pombal outorga o Alvará de 13/12/1756 em substituição à norma anterior. Somente após a independência do Brasil há uma nova modificação no regramento da matéria falimentar, especificamente em 25 de junho de 1850 com a Parte III do Código Comercial (arts. 797 a 913).

Na sequência, foram surgindo modificações (Decretos n.º 3.308 e 3.039, ambos de 1864, e 3.516 de 1865), mas, com a proclamação da República foram editados o Decreto n.º 917/1890 e as Leis n.º 859/1902 e 2.024/1908, as quais vigoram até a promulgação do Decreto-Lei n.º 7.661/45 (Lei da Concordata).

No momento da promulgação da Lei da Concordata, o comerciante falido não era bem visto aos olhos de seus credores e do Poder Judiciário, portanto, a legislação não se preocupou em conferir ferramentas para o seu soerguimento.

O foco perseguido ali era conferir aos credores mecanismos para cobrança de seus interesses, sejam eles fiscais e/ou privados. A preocupação maior consistia em garantir o *par condicio creditorum*, a fim de possibilitar uma justa liquidação da empresa.

Inexistia grande preocupação com a manutenção da atividade econômica desenvolvida pelo falido, muito em virtude da escassez de pesquisa sobre o papel preponderante daquele no desenvolvimento econômico-social da nação, ou seja, a função social da empresa não era explorada.

Com a evolução da sociedade desde a promulgação da Lei da Concordata – pouco após a segunda guerra mundial – e das crises econômicas que afetaram principalmente o Brasil durante os anos 80 e início dos anos 90, observou-se uma mudança de visão a respeito da efetiva contribuição da empresa para o desenvolvimento nacional.

Tal percepção ensejou a releitura do papel da pessoa jurídica passando o foco da preocupação a ser na preservação da atividade empresarial e não apenas na satisfação do interesse do credor.

Isso se deu porque ficou constatado que a Lei da Concordata estava sendo utilizada pelo empresário mal-intencionado apenas para protelar a declaração de quebra, e, assim, ganhar tempo para melhor desviar seu patrimônio e fraudar seus credores.

Por esses motivos, a Lei da Concordata estava obsoleta, uma vez que não protegia os credores e nem a atividade empresarial.

Nesse contexto nasce o Projeto de Lei (PL) n.º 4.376/93, convertido na LREF (Lei n.º 11.101/2005), cuja principal preocupação seria atender as dinâmicas relações empresarias presentes no País.

A proposição originária do PL previa em seu título II a possibilidade de o falido requerer recuperação judicial, logo, primeiro seria reconhecida a falência para na sequência o falido decidir se desejava ou não a recuperação.

No que pese o equívoco em deslocar o pedido de recuperação para o momento posterior do reconhecimento da falência, o qual inclusive foi modificado durante o tramitar do referido PL, a simples menção à possibilidade da recuperação demonstra a guinada da nova lei a favor da reabilitação da empresa, ou seja, a visão quase monotéista da Lei da Concordata aos poucos vinha sendo superada.

Vale enfatizar que a mudança de pensamento decorreu do reconhecimento do papel preponderante ocupado pelas empresas no cenário econômico-social. É válido destacar que dentre os motivos que levaram a proposição do PL n.º 4.376/93 estão as repercussões causadas com a “morte” da empresa, quais sejam, perda de

postos de trabalho, riqueza econômica ao País, fonte recolhadora de tributos, *know-how*, dentre outros.

Cumpra ressaltar que o impacto gerado com a retirada de uma empresa do cenário concorrencial ultrapassa o interesse individual do credor, justamente por ser ela um agente de desenvolvimento e estabilidade econômico-social.

Na mensagem apresentada pelo Ministério da Justiça que acompanhou o PL, especificamente no item 11, há uma clara preocupação com a reabilitação da empresa para o mercado. Segue abaixo reprodução do trecho da mensagem:

11. Adota-se a recuperação da empresa em substituição à concordata suspensiva, com a finalidade de proteger o interesse da economia nacional, e o dos trabalhadores na manutenção de seus empregos. No caso de recuperação da empresa, deverão ser feitos o plano de saneamento e o de solução do passivo, bem como ser elaborada a demonstração da viabilidade da execução do primeiro.<sup>2</sup>

O caminhar dos debates do PL no Congresso Nacional resultou na apresentação de uma série de emendas e subemendas substitutivas, as quais, sempre vinham acompanhadas de justificativas, sendo talvez a mais relevantes delas a constante no parecer do Relator, Deputado Osvaldo Biolchi, datado de dezembro de 1999.

Basicamente e em linha com o entendimento da reanálise do papel da empresa no contexto econômico-social, o Relator garantiu à recuperação da empresa um local de destaque na nova legislação. Essa realocação visou maximizar o potencial da recuperação da empresa em virtude da ressignificação de seu papel:

[...] um interesse social maior [...]. Por isso é que convém ao Estado sua sobrevivência e prosperidade, se não por interesse imediato, no mínimo pela sua responsabilidade quanto à proteção do interesse coletivo, representado pelas oportunidades de trabalho, distribuição de riqueza, estabilidade econômica e garantia do adequado fluxo econômico-financeiro, consubstanciado nas inter-relações entre produtores, intermediários, financiadores e consumidores.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. Diário do Congresso Nacional. Brasília, **Diário do Congresso Nacional**, v. XLIX, n. 23, Seção I, p. 1932-2053, 22 fev. 1994. Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22FEV1994.pdf>>. Acesso em 10 out. 2022. p. 1988.

<sup>3</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento. Brasília, **Diário da Câmara dos Deputados**, v. LIV, p. 1-602, 3 dez. 1999. Suplemento ao n. 202. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1999SUP.pdf>>. Acesso em 10 out. 2022. p. 498-499.

A medida foi adotada em virtude da constatação do baixo índice de recuperação das empresas durante a vigência da legislação anterior. Segundo o parecer do Relator, 80% (oitenta por cento) das empresas não se reabilitavam à atividade empresarial, conseqüentemente, o propósito da nova lei falimentar deveria ser o fomento da continuidade da atividade econômica (preservação da atividade econômica). Veja:

A principal conquista que teríamos neste novo conceito de recuperação de empresa seria a verdadeira valorização da continuidade das atividades produtivas, pois só seria elegível à recuperação aquela empresa que se mostrasse viável. O jogo de "faz-de-conta" terminaria em definitivo, pois a empresa que não reunisse condições para recuperação estaria fadada à imediata liquidação, sem haver qualquer possibilidade de lesar os interesses dos trabalhadores e credores, além de se arrastar num processo moroso por anos e anos, emperrando a máquina judiciária.<sup>4</sup>

Tendo como alvo esse objetivo, o PL fundamentou-se em cinco pilares: manutenção da atividade empresarial, plano de reorganização da empresa, restrições ao individualismo (diminuição da interferência dos credores), crescimento da participação jurisdicional e intervenção do administrador judicial.

Os mencionados pilares acabaram sendo reproduzidos no art. 47, da LREF, que ao sintetizar os objetivos da recuperação judicial consignou a necessidade da busca pela manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Assim, a recuperação empresarial ao atingir tais fins promove a preservação da empresa, sua função social e estimula à atividade econômica.

Nessa esteira, extrai-se das justificativas apresentadas pelo parecer do Relator que a mola propulsora para modificação da regra motriz constante na Lei da Concordata seria a mudança de perspectiva do papel da empresa na sociedade. E isso decorre da aplicação do princípio da função social da empresa, o qual busca preservar a atividade empresarial viável economicamente em virtude dos benefícios gerados à comunidade.

Com a aprovação do texto na Câmara dos Deputados, o PL n.º 4.376/93 foi encaminhado ao Senado Federal, tendo sido ali recepcionado como PLC n.º 71/2003.

---

<sup>4</sup> BRASIL, Câmara Dos Deputados, *op.cit.*, 1999. p. 496.

Por força da ordem regente, o PLC foi encaminhado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE-SF), sendo designado Relator o Senador Ramez Tebet, que por sua vez, ratificou o espírito proposto pela Câmara dos Deputados à nova lei.

Na leitura do relatório do PLC n.º 71/2003, durante a 9ª reunião da Comissão de Assuntos Econômicos, ordinária, da 2ª sessão legislativa ordinária da 52ª legislatura, realizada em 13 de abril de 2004, restou consignado o seguinte:

Como já foi dito, o objetivo é a preservação de empresa. Por quê? Em razão de sua função econômica? Sim, mas também em razão de sua função social. Ela deve ser preservada sempre que possível. Por quê? Porque ela gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis, como o nome, ponto comercial, reputação, marcas, rede de fornecedores, *know how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.<sup>5</sup>

Posteriormente, o relatório foi acrescido ao parecer proferido pela CAE-SF em 4 de maio 2004, que por sua vez, confirmou a necessidade de se observar os princípios da função social e da preservação da empresa, além de defender a concessão da recuperação somente àqueles que de fato detenham possibilidade de se recuperarem.<sup>6</sup>

Na sequência, o parecer da CAE-SF contou com a valorosa contribuição da proposta elaborada pelo Relator, Senador Fernando Bezerra, emitido em 2 de junho de 2004 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> BRASIL. Senado Federal. **Comissão de assuntos econômicos**: Documentos anteriores a 2012. Brasília: Senado Federal, 13 abr. 2004. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/pesquisaAnteriorA2012?siglaComissao=CAE&dataReuniaoIeni=2004-04-13&dataReuniaoFim=2004-04-19>>. Acesso em 15 nov. 2022. p. 13.

<sup>6</sup> 1) Preservação da empresa: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros. [...] 3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial. 4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara n. 71/2003**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 23 out. 2003. Lei de Falências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63304>>. Acesso em 23 nov. 2022. p. 20.

<sup>7</sup> BRASIL, Senado Federal, *op. cit.*, 2003.

O parecer publicado pela CCJ estava em consonância com o aprovado pela CAE-SF, mas propôs sugestões em face das emendas apresentadas. E, ainda, anotou que o PLC n.º 71/2003 tramitava em paralelo com o PLC n.º 70/2003 – Responsável por alterar o CTN -, visando adequá-lo às propostas da nova lei falimentar.

Após a aprovação do parecer na CCJ, o PLC n.º 71/2003 seguiu a plenário e sucessivamente foi aprovado.

**Em suma, o objetivo perseguido com o PL que resultou na publicação da Lei n.º 11.101/2005 (LREF) foi conferir mecanismos de reabilitação para as empresas que se encontram em crise econômica, visando reduzir o impacto negativo do encerramento das suas atividades na sociedade, desde que estas sejam lucrativas e eficientes, do contrário estar-se-á conferindo um verdadeiro assistencialismo.**

Importante pontuar que a LREF ao tratar da falência igualmente mudou as bases anteriormente vigentes passando primeiro a defender a maximização dos ativos do falido para somente após decretar o encerramento das atividades, tal medida foi adotada visando impedir o aumento do risco de inadimplemento.

Em outros termos, a preocupação na falência está em potencializar o patrimônio do falido numa espécie de engorda para na sequência satisfazer os créditos dos credores, via liquidação do falido.

Nessa busca, a manutenção da atividade empresarial por um determinado período de tempo poderia ser o melhor caminho, contanto que o risco de inadimplemento com sua adoção seja reduzido.

A própria lei falimentar passou a aplicar o princípio da preservação da empresa durante o procedimento de falência numa clara ruptura com a regra anterior, que exigia o encerramento imediato da atividade do falido independentemente se a manutenção da atividade econômica fosse positiva ou não para melhor satisfazer o crédito.

Ao seguir tais premissas, a LREF rompeu com a dinâmica da Lei da Concordata e contribuiu para superação da crise econômica, agindo em pleno prestígio ao princípio da função social e da preservação da empresa.

## 1.2 O ESPÍRITO DA LREF PERANTE ALGUNS DOS POTENCIAIS CONFLITOS EM SEU TEXTO

O espírito da LREF foi devidamente demonstrado pelos pareceres elaborados em ambas as Casas do Congresso Nacional indicados acima, contudo, é importante destacar, apesar de não ser o propósito perseguido por este estudo, que nos idos dos anos 2000, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, passou-se a discutir a concessão de privilégios a determinados tipos de créditos, *ex vi* bancários e fiscais, os quais prestigiavam o interesse individual do credor e estavam alinhados as matrizes da Lei da Concordata.

Como resultado, o alcance da própria LREF e dos princípios da função social e preservação da empresa foram mitigados.

A justificativa apresentada à época para conferir ao crédito bancário privilégios, consistia basicamente no argumento de que a empresa em dificuldade econômica dependeria de financiamento a ser concedido a juros baixos para sua reestruturação. E, tal pretensão somente seria possível na restrita hipótese de a nova lei prever condições especiais de retorno de capital, destarte, sendo garantida tal possibilidade as instituições financeiras estariam menos expostas aos riscos de inadimplemento e, por conseguinte, os juros do financiamento conferido às empresas em recuperação seriam mais módicos.

O âmago dessa defesa quase intransigente do crédito, pode ser extraído do parecer proferido pelo Senador Fernando Bezerra na CCJ durante a análise do PLC n.º 71/2003, na data de 4 de maio de 2004, cujo na oportunidade alçou a condição de princípio da nova lei falimentar a redução do custo do crédito no Brasil:

6) Redução do custo do crédito no Brasil: é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.<sup>8</sup>

Num olhar simplista, a posição adotada pelos legisladores estaria em consonância com os princípios motrizes da LREF (função social e preservação da empresa), haja vista que os privilégios se justificariam pelas razões

---

<sup>8</sup> BRASIL, Senado Federal, *op. cit.*, 2003. p. 20.

supramencionadas, entretanto, cabe trazer um contraponto suscitado por Manoel Justino Bezerra Filho:

Em outras palavras, antes de qualquer preocupação com recuperação da empresa, a Lei se preocupa em 'salvar' o dinheiro investido pelo capital financeiro, inviabilizado - ou ao menos tornando bastante problemática - a possibilidade de recuperação.<sup>9</sup>

Durante sua exposição o autor trouxe a título de exemplo a *Ley Orgánica* 8/2003 da Espanha, que em seu art. 56 conferia ao juiz a possibilidade de suspender a execução de garantias, desde que fosse indispensável para recuperação da empresa.<sup>10</sup>

De modo simplificado, o propósito de qualquer lei de recuperação deve ser sempre garantir ferramentas ao soerguimento das empresas, dado que esta demonstre a sua viabilidade econômica.

Sendo assim, a concessão de privilégios e/ou benefícios não podem resultar em barreiras à recuperação da empresa, sob pena de ferir os princípios da função social e da preservação da empresa.

Tendo como primado tais dogmas o espírito da recuperação das empresas consignados nos debates que resultaram na publicação da LREF estarão preservados.

Analisando o contexto acima, faltou ao Congresso Nacional aprofundar os estudos acerca dos efeitos gerados pelas concessões desses privilégios à recuperação da empresa.

Independentemente da ausência da real profundidade do impacto gerado por tais regalias, o fato é que os mesmos permanecem na LREF, bem como, foram conferidos aos créditos tributários, se não iguais ou ao menos parecidos.

É o caso da exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débito (CND) para o deferimento da recuperação (arts. 57 e 161, § 1º, da LREF), a qual nada mais é do que a obrigatoriedade de quitar o passivo tributário.

O PLC n.º 70/2003, responsável por compatibilizar a lei falimentar com o CTN, tramitou paralelamente ao PLC n.º 71/2003 e dentre as modificações indicadas

---

<sup>9</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresa e falência**: Lei 11.101/2005: comentado artigo por artigo. 11. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 66.

<sup>10</sup> BEZERRA FILHO, 2016. p. 68.

naquele PL constava a exigência de apresentação de CND para deferimento do processamento da recuperação judicial (art. 191-A, do CTN).

A inteligência dessa disposição acabou sendo examinada pelo Senador Fernando Bezerra com advento do parecer do dia 2 de junho de 2004, do PLC n.º 71/2003 aprovado pela CCJ, especificamente, quando apreciou a emenda n.º 7 proposta pelo Senador Rodolpho Tourinho, a qual requeria a supressão da exigência de certidões tributárias negativas ou positivas com efeito de negativa, para a concessão da recuperação judicial. Abaixo justificativa apresentada:

A Emenda n.º 7 também deve ser rejeitada, porque, como mencionado no exame da Emenda n.º 6, a exigência de certidão constitui medida para evitar que o processo de recuperação judicial sirva como expediente para livrar-se da sucessão tributária na venda de unidades da empresa em dificuldades. Ademais, é preciso ressaltar que a certidão que se exige não é necessariamente a negativa, podendo apresentar-se a certidão positiva com efeito de negativa, o que garante a concessão da recuperação com o parcelamento especial previsto na redação dada ao art. 155-A do CTN pelo PLC n.º 70, de 2003 – Complementar, que tramita paralelamente.<sup>11</sup>

Da leitura da explicação dada pelo Relator nota-se a despreocupação com os princípios da função social e preservação da empresa, além do principal propósito da legislação, ali resta claro que o objetivo perseguido seria apenas evitar o não pagamento do tributo.

Apesar da opção do legislador é importante rememorar que o crédito tributário não se sujeita à recuperação e sequer está incluído no quadro-geral de credores, cf. disciplina o art. 187, do CTN.

Mas isso não significa defender que a Fazenda Pública esteja alijada da cobrança de seu crédito. Entender de tal forma significaria possibilitar o soerguimento da empresa em crise econômica às custas do crédito tributário, o que por óbvio jamais poderia ser aceito diante da clara transgressão ao princípio da livre concorrência.

Em vista disso, consta na LREF a exigência de apresentação do plano de recuperação para possibilitar que os credores votantes averiguem a viabilidade econômica da empresa em recuperação.

O plano de recuperação sujeito à aprovação dos credores deve prever didaticamente as formas pelas quais os créditos não sujeitos à recuperação – como são os casos dos tributários – serão adimplidos (art. 53, I, da LREF). Frisa-se que

---

<sup>11</sup> BRASIL, Senado Federal, *op.cit.*, 2003. p. 10.

embora a Fazenda Pública não vote para aprovação ou rejeição do plano, as execuções fiscais não se sujeitam ao período do *stay period*, como resultado o credor fiscal pode realizar constrições ao patrimônio do devedor, sendo as mesmas concretizadas após a autorização do Juízo universal.

A obrigatoriedade dessa prévia autorização serve apenas para realização de um juízo de menor onerosidade em relação aos bens da empresa. O Juízo universal avaliará se o bem constrito pode ser substituído, sendo possível, determinará a substituição por aquele bem que não seja capaz de prejudicar em demasia o plano de recuperação, do contrário autorizará a constrição, tudo isso visando a maior utilidade do instituto da recuperação. Nos dizeres de Marcelo Barbosa Sacramone:

Não poderia o Juízo, todavia, impedir que os credores que foram privilegiados pela Lei pudessem ser satisfeitos com os bens do devedor sob a alegação de que a constrição comprometeria o princípio da preservação da empresa (art. 47).

Ao Juízo da recuperação caberia simplesmente a análise da menor onerosidade para indicar quais dos bens poderiam ser constritos. Caso não haja bens dispensáveis ou que não estejam diretamente vinculados ao plano de recuperação judicial, os atos de constrição não poderiam ser impedidos.<sup>12</sup>

Considerando que as execuções fiscais não encontram óbice para o seu prosseguimento quando apresentado o pedido de recuperação; Considerando que é possível em sede de execução fiscal realizar constrição do patrimônio do devedor em recuperação judicial; Considerando que os credores detentores dos créditos sujeitos ao plano de recuperação judicial analisam previamente a capacidade de soerguimento da empresa, tem-se que a exigência de CND trasveste-se de uma verdadeira barreira à recuperação judicial, isso porque num olhar final subjuga os credores à vontade do fisco, configurando clara disparidade de armas entre eles.

De forma sucinta, todos os credores da empresa ficam sujeitos à regularização perante o fisco, mesmo após analisarem e constatarem a viabilidade do plano de recuperação. Situação confrontante com o próprio objetivo da recuperação, pois se os credores entenderam que o plano aprovado é viável economicamente, a recuperação judicial deve ser mantida. Até porque o fisco pode continuar a exigir o pagamento de seu crédito independentemente da recuperação judicial da empresa, que por sua vez, se afetar o plano aprovado devido às constrições realizadas pelas

---

<sup>12</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 101.

execuções fiscais, caberá aos credores votantes providenciarem as medidas de convalidação da recuperação judicial em falência.

Trata-se de um risco calculado e aceito pelos credores, portanto, o privilégio conferido à Fazenda Pública em nada contribui para a finalidade da LREF. Porém, a norma está posta e atualmente ganhou força em decorrência das alterações realizadas pela Lei n.º 14.112/2020.

Diante disso, os privilégios previstos na LREF são uma realidade e devem ser confrontados com os princípios que a regulam.

### 1.3 POSSIBILIDADE DE CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA A PEDIDO DA FAZENDA PÚBLICA (ART.10-A, § 4º DA LEI N.º 10.522/2002); INOVAÇÃO LEGISLATIVA NÃO EXAMINADA PELO STJ.

A Lei n.º 14.112/2020 origina da proposição inicial do Projeto de Lei (PL) n.º 6.229/2005, o qual alterava o art. 6º, § 7º, da redação originária, da Lei n.º 11.101/2005, tal qual suprimia os arts. 49, 57 e 68, desta norma. Veja:

Art. 1º O § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º [...]

§ 7º As execuções de natureza fiscal ficam suspensas a partir do deferimento da recuperação judicial, estando sujeitos à recuperação judicial todos os créditos tributários existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (N.R)

Art. 2º Ficam revogados os arts. 49, 57 e 68 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.<sup>13</sup>

O PL foi apresentado pouco tempo após a publicação da LREF e refletia as preocupações pela opção legislativa em conferir privilégios aos créditos tributários que ao final acabavam por colidir com o espírito da norma.

Segundo a justificativa apresentada pelo Deputado Federal Luiz Antônio de Medeiros Neto, as alterações propostas buscavam garantir a efetividade da recuperação judicial, devido ao fato do “tratamento aos créditos fiscais na recuperação

---

<sup>13</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.229/2005**. Altera o § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que "Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária", para submeter todos os créditos tributários à recuperação judicial. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272>>. Acesso em 10 nov. 2022. p. 1.

judicial nos parece muito incoerente e inibe o acesso das empresas com passivo fiscal ao instituto da recuperação judicial".<sup>14</sup>

Provavelmente a conclusão do Deputado decorre do fato de o pedido de recuperação judicial na maioria das vezes vir acompanhado de um considerável passivo fiscal, e isso se dá em razão do deslocamento das verbas remanescentes ao pagamento de funcionários e fornecedores em detrimento das obrigações fiscais, justamente para evitar a paralisação da atividade empresarial durante o período de dificuldade econômico-financeira. Abaixo colaciona-se a justificativa apresentada:

A Lei nº 11.101, de 2005, que regulamenta a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do devedor empresário ou da sociedade empresária, que entrou em vigor no mês de junho passado, contém uma impropriedade em relação aos créditos fiscais que vem dificultando, em muito, o acesso das empresas ao plano de recuperação, levando-as em direção a pior alternativa legal, que é a falência.

Ocorre que a nova lei, em seu art. 6º, § 7º, determinou a não suspensão das execuções de natureza fiscal com o deferimento da recuperação judicial. Tal medida, na prática, excluiu os créditos fiscais do processo de recuperação, a despeito de, no mesmo parágrafo 7º, o Legislador ter ressalvado a possibilidade de o empresário pleitear o parcelamento desses créditos junto à autoridade tributária, observados os termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Tal tratamento aos créditos fiscais na recuperação judicial nos parece muito incoerente e inibe o acesso das empresas com passivo fiscal ao instituto da recuperação judicial. Entendemos que os créditos fiscais devem, sim, ser submetidos à recuperação judicial, como, aliás, defendemos durante a fase de discussão da proposição na sua primeira tramitação nesta Casa.

Do mesmo modo, também estamos propondo a supressão dos arts. 49, 57 e 68. Na prática, em alguns casos já verificados após o advento da nova lei, configura-se como inviável, para as empresas em vias de recuperação, cumprir a exigência contida no art. 57 da nova lei, qual seja a de apresentar a prova de quitação de débitos para com o Fisco, como pré-requisito para terem o pedido de recuperação deferido pelo Juiz.

Ora, uma vez que a empresa se encontra em difícil situação econômico-financeira, e projeta-se à elaboração de um plano de recuperação judicial, é porque não está conseguindo assumir as dívidas pactuadas com os credores, e, conseqüentemente, com o Fisco.

As empresas que se encontram em tal situação, com um expressivo passivo fiscal, dificilmente conseguirão arcar com os seus débitos fiscais, mostrando-se, portanto, inviável o atendimento da exigência da prova de quitação dos débitos perante o Fisco.

Isto ocorre porque a empresa em dificuldades prioriza, como é o lógico e o mais pertinente a ser feito, o destino de seus poucos proventos que ainda restam ao pagamento de seus empregados e fornecedores. Esta prioridade dá-se em virtude da necessidade de manter a empresa em funcionamento.

Todos sabemos que uma empresa que não paga os seus funcionários, quanto menos seus fornecedores, jamais terá condições de continuar com as suas atividades. Por isto é elementar a prioridade do deslocamento das verbas restantes, em desfavor do Fisco.

---

<sup>14</sup> BRASIL, Câmara Dos Deputados, *op. cit.*, 2005. p. 2.

Saliente-se que a certidão negativa somente poderá ser recusada se houver crédito efetivamente constituído contra o interessado. O simples descumprimento de obrigação tributária, principal ou acessória, não enseja motivo suficiente para a autoridade competente recusar a expedição, a menos que já tenha sido feito o lançamento do crédito correspondente.

Finalmente, como o objetivo primordial da nova lei - ao buscar a superação de crise econômico-financeira do devedor - é o de assegurar a manutenção da fonte produtora de bens e serviços e dos empregos, conclamamos o apoio de nossos ilustres Pares para procedermos a este urgente ajuste na nova lei, submetendo, dessa forma, também os créditos fiscais ao processo de recuperação judicial.<sup>15</sup>

Durante o trâmite do PL foram propostas diversas Emendas e subemendas Substitutivas de Plenário (SSP), além de serem apensadas uma série de PLs.

Para fins deste estudo serão examinados apenas o PL apensado de n.º 10.220/2018 e a 2ª (segunda) SSP, especificamente o art. 5º, o qual conferiu nova redação ao art. 10-A, § 9º, IV da Lei n.º 10.522/2002.

A redação proposta pelo art. 5º, da 2ª SSP ao art. 10-A, § 9º, IV, da Lei n.º 10.522/2002, conferiu à Fazenda Pública a possibilidade de requerer a convolação da recuperação judicial em falência quando o contribuinte devedor for excluído do parcelamento. A seguir transcreve-se o artigo citado:

Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderá liquidar os seus débitos para com a Fazenda Nacional existentes, ainda que não vencidos até a data do protocolo da petição inicial da recuperação judicial, de natureza tributária ou não tributária, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, mediante a opção por uma das seguintes modalidades: [...]

§ 4º-A. São consequências da exclusão prevista no § 4º deste artigo: [...]

IV - A faculdade de a Fazenda Nacional requerer a convolação da recuperação judicial em falência.<sup>16</sup>

De acordo com a exposição de motivos n.º 00053/2018, do Ministério da Fazenda (MF) que acompanha o PL n.º 10.220/2018, deveriam ser acrescidas duas novas hipóteses de convolação de recuperação judicial em falência. São elas:

22. Este projeto adiciona dois novos motivos para que o juiz convole o processamento da recuperação judicial em falência: (i) quando identificado esvaziamento patrimonial da devedora que implique em liquidação da empresa durante o processo de recuperação judicial e (ii) por

---

<sup>15</sup> BRASIL, Câmara Dos Deputados, *op. cit.*, 2005. p. 2-3.

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, 19 jul. 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10522.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2022.

descumprimento dos créditos parcelados juntos às Fazendas Públicas. (Grifo Nosso).<sup>17</sup>

Nos itens 9, 39 e 40 da exposição de motivos foram apresentadas as explicações, as quais somadas àquela descrita no item 22, formam a explicação para a propositura:

9. Este projeto de Lei especifica mudanças necessárias para aprimorar o sistema recuperacional brasileiro, garantindo um processo mais previsível, rápido e transparente às empresas que devem ser recuperadas e uma falência célere às empresas que não têm viabilidade, restituindo o maior valor possível aos credores e liberando ativos e trabalhadores para empregos mais eficientes e produtivos. A seguir são listadas as alterações propostas para cada um dos dois regramentos legais alterados por este projeto: Lei nº 11.101/2005 e Lei nº 10.522/2002. No caso da Lei 11.101/2005 as propostas de mudanças por capítulo são listadas individualmente devido ao grande número de alterações apresentadas. [...]

39. A Lei nº 13.043/2014, ao inserir o art. 10-A na Lei nº 10.522/2002, instituiu o parcelamento específico para devedores em recuperação judicial, prometido pelo Código Tributário Nacional e pela Lei nº 11.101/2005. Todavia, tal parcelamento, embora ordinário, por ter como destinatários devedores em recuperação judicial, costuma ser comparado com parcelamentos especiais, sofrendo, por essa razão, diversas críticas, sobretudo quanto ao número de parcelas (grande parte dos planos de recuperação judicial e dos parcelamentos especiais prevê prazo total igual ou superior a 10 anos), ausência de descontos e a exigência de inclusão da totalidade dos débitos (exceto os já incluídos em outros parcelamentos), com exigência de desistência/renúncia a eventual discussão administrativa ou judicial. Por outro lado, o art. 10-A da Lei nº 10.522/2002 não prevê proteções suficientes para a Fazenda Pública, a exemplo de (i) decretação da falência como consequência da exclusão; (ii) mecanismos para inibir ou controlar eventual esvaziamento patrimonial no curso do parcelamento; (iii) tratamento mais gravoso a dívidas oriundas de condutas tipificadas como crime (apropriação de tributos retidos na fonte) e que possuem tratamento superprivilegiado na falência (restituição em dinheiro); e (iv) exigência de regularidade fiscal em relação às obrigações correntes etc.

40. Diante do referido cenário, este projeto prevê um parcelamento mais favorável aos devedores em processo de recuperação judicial, porém com mais contrapartidas para proteção da Fazenda Nacional, nos seguintes termos: (a) autorização de parcelamento em até 120 prestações escalonadas, com possibilidade de liquidação da dívida administrada pela RFB com utilização de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL (neste caso, mantém-se o máximo de 84 parcelas), sem prejuízo de o contribuinte optar por qualquer parcelamento federal em aberto, desde que atendidos os respectivos requisitos; (b) permissão de que não sejam incluídos, no parcelamento, créditos com suspensão de exigibilidade ou garantia, o que melhor compatibiliza a necessidade de manutenção da regularidade fiscal com o amplo acesso à justiça, sem, contudo, permitir a

---

<sup>17</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Projeto de Lei n. 10.220/2018**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2174927>>. Acesso em 10 nov. 2022. p. 74.

prática de atos que atentem contra a boa-fé (exemplo: parcelar confessando a dívida para depois discuti-la); (c) exigência de concordância com termo de adesão estabelecendo contrapartidas em face da concessão do parcelamento (regularidade fiscal, antecipação de parcelas em determinadas situações etc.); (d) previsão de cláusulas de exclusão semelhantes às que vem sendo previstas nos parcelamentos especiais mais recentes; (e) fixação de consequências para a hipótese de exclusão do parcelamento; (f) concessão de tratamento mais gravoso (parcelamento em até 12 prestações, também escalonadas) para o parcelamento de créditos passíveis de restituição em dinheiro em eventual falência, tomando-se como parâmetro o tratamento conferido pelo art. 54 da Lei nº 11.101, de 2005, aos créditos trabalhistas, bem como ajustando o art. 14-C da Lei nº 10.522, de 2002, para evitar o esvaziamento, em grande parte, dessa medida. (Grifo Nosso).<sup>18</sup>

As referidas alegações se encontram amparadas nos princípios que regem a proposição, quais sejam:

I) preservação da empresa: em razão de sua função social, a atividade economicamente viável deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza, cria emprego e renda e contribui para o desenvolvimento econômico. Este princípio, entretanto, não deve ser confundido com a preservação - a qualquer custo - do patrimônio do empresário ou da empresa ineficiente;

II) fomento ao crédito: o sistema legal dos países da América Latina – Brasil inclusive – apresenta um histórico de pouca proteção ao credor, o que gera uma baixa expectativa de recuperação de crédito, impactando negativamente esse mercado por meio da elevação do custo de capital. A correlação entre a melhoria do direito dos credores e o aumento do crédito é demonstrada na literatura empírica sobre o tema. Uma consequência prática desse princípio é que o credor não deve ficar, na recuperação judicial, em situação pior do que estaria no regime de falência. Garantir ex-ante boas condições de oferta de crédito amplia a oferta de financiamentos e reduz seu custo;

III) incentivo à aplicação produtiva dos recursos econômicos, ao empreendedorismo e ao rápido recomeço (fresh start): célere liquidação dos ativos da empresa ineficiente, permitindo a aplicação mais produtiva dos recursos, aposta na reabilitação de empresas viáveis, remoção de barreiras legais para que empresários falidos – que não tenham cometido crimes – possam retornar ao mercado após o encerramento da falência;

IV) instituição de mecanismos legais que evitem um indesejável comportamento estratégico dos participantes da recuperação judicial/extrajudicial/falência que redundem em prejuízo social, tais como: proposição pelos devedores de plano de recuperação judicial deslocados da realidade da empresa (em detrimento dos credores), prolongamento da recuperação judicial apenas com fins de postergar pagamento de tributos ou dilapidar patrimônio da empresa etc.

V) melhoria do arcabouço institucional incluindo a supressão de procedimentos desnecessários, o uso intensivo dos meios eletrônicos de comunicação, a maior profissionalização do administrador judicial e a especialização dos juízes de direito encarregados dos processos.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> BRASIL, Câmara Dos Deputados, *op. cit.*, 2018. p. 78.

<sup>19</sup> BRASIL, Câmara Dos Deputados, *op. cit.*, 2018. p. 96.

Portanto, a inserção da hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência pela Fazenda Pública decorre de uma contraprestação por ela exigida, tendo em vista a aprovação de parcelamento mais benéfico para o cumprimento do art. 68, da LREF.

Tal possibilidade, muito provavelmente, foi agasalhada no princípio da instituição de mecanismos legais<sup>20</sup> acima transcrito.

Na sequência, o PL seguiu para o Senado Federal, sendo ali recepcionado como Projeto de Lei (PL) n.º 4.458, de 2020 de relatoria do Senador Rodrigo Pacheco.<sup>21</sup>

Durante o tramitar do PL no Senado Federal foram propostas diversas emendas, dentre elas acentuam-se as de n.º. 53 e 61 elaboradas respectivamente pelos Senadores Rose de Freitas e Luiz do Carmo.

O fim perseguido pelas proposições era suprimir a possibilidade de a Fazenda Pública requerer convalidação da recuperação judicial em falência nos casos de descumprimento do parcelamento ou transação. Abaixo colaciona-se a explicação exibida tanto pela Senadora Rose de Freitas quanto pelo Senador Luiz do Carmo. Veja:

**Emenda n.º 53 [...]**

O art. 73 da Lei nº 11.101, de 2005, lista as hipóteses que levam à decretação da falência da devedora. Nos incisos V e VI do referido artigo, na forma que lhe foi dada pelo art. 2º do PL nº 4.458, de 2020, são acrescentadas duas hipóteses. A primeira, em caso de descumprimento do parcelamento tributário. A segunda, na ocorrência de esvaziamento patrimonial em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas. Essas hipóteses aumentam o poder do Fisco, que poderá solicitar a convalidação da recuperação judicial da devedora em falência, o que não é razoável nem adequado.

Como é sabido, os créditos tributários não são sujeitos à recuperação judicial e possuem a prerrogativa de não terem sua exigibilidade suspensa, o que não acontece com os demais credores. Assim, os créditos da Administração Tributária continuam a ser executados normalmente após a instauração da recuperação judicial. O Fisco não é, pois, credor no processo de recuperação judicial, não participa da assembleia de credores, nem da elaboração do plano de recuperação da empresa. Ilógica, pois, a prerrogativa dada pelo projeto à Fazenda para convolar a recuperação judicial da empresa em

---

<sup>20</sup> "IV) [...] prolongamento da recuperação judicial apenas com fins de postergar pagamento de tributos ou dilapidar patrimônio da empresa"

<sup>21</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 4.458/2020**. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144510>>. Acesso em 16 nov. 2022.

falência, sobretudo quando a empresa teve o plano de recuperação judicial aprovado e o vem cumprindo adequadamente em relação a seus credores. A presente emenda supressiva tem por objetivo manter as atuais hipóteses de convalidação do processo recuperacional em falência, sem acrescentar novas possibilidades, em consonância com a jurisprudência dos tribunais superiores, que nega a prerrogativa ao Fisco.<sup>22</sup>

**Emenda n.º 61 [...]**

Tal previsão potencialmente estimulará requerimentos de convalidação em falência com a finalidade de recuperações de créditos fiscais, resultando em claro prejuízo do principal objetivo no contexto atual: preservar empresas, empregos e gerar renda.<sup>23</sup>

O relator do PL no Senado Federal, ao proferir o parecer n.º 165/2020 do Plenário, rejeitou as emendas citadas e consignou:

O Projeto inova ao autorizar o Fisco a pedir a convalidação do processo de recuperação judicial em processo de falência, em caso de descumprimento no pagamento de parcelas (seis seguidas ou nove alternadas), bem como autoriza a falência caso vendida a empresa em sede de recuperação judicial, não lhe sobrar recursos para honrar os créditos tributários e os créditos de credores não sujeitos ao plano. A medida traz equilíbrio para os credores tributários, tanto em relação ao devedor como em relação aos demais credores. (Grifo nosso).<sup>24</sup>

Da leitura da manifestação, nota-se que a possibilidade de convalidação da recuperação judicial em falência a pedido da Fazenda Pública decorreria de um equilíbrio entre os demais credores e a Fazenda Pública. Ou seja, a legitimação do fisco encontraria respaldo no princípio da isonomia.

Seguidamente, o PL foi aprovado e convertido na Lei n.º 14.112/2020.

Apesar de sua aprovação a possibilidade de convalidação de recuperação em falência pela Fazenda Pública pode ser questionada, ainda mais se considerarmos o parecer elaborado pelo Senador Ramez Tebet, aprovado pela CAE-SF, durante o tramitar do PL n.º 71/2003 no Senado Federal – convertido na LREF –.

<sup>22</sup> BRASIL. Senado Federal. **Emenda n. 53 PLEN - PL 4.458/2020**. Suprimam-se os incisos V e VI da nova redação dada ao art. 73 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, pelo art. 2º do Projeto de Lei (PL) nº 4.458, de 2020. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908403&ts=1630436941974&disposition=inline>>. Acesso em 16 nov. 2022.

<sup>23</sup> BRASIL. Senado Federal. **Emenda n. 61 PLEN - PL 4.458/2020**. Suprima-se o inciso IV do §4-A, do art. 10-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, incluído pelo Art. 3º do Projeto de Lei nº 4.458, de 2020. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908451&ts=1630436940966&disposition=inline>>. Acesso em 16 nov. 2022.

<sup>24</sup> BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 165/2020 - PLEN/SF**. De PLENÁRIO, sobre o PL nº 4.458, de 2020 (PL nº 6.229/05, na Câmara dos Deputados), que altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908589&ts=1607953763665&disposition=inline>>. Acesso em 16 nov. 2022. p. 25.

Naquela oportunidade, foi analisada a plausibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência de seus devedores e, ali conclui-se por sua impossibilidade devido a divergência do instituto com os objetivos da lei. Inclusive, o parecerista afastou a possibilidade de convalidação da recuperação judicial em falência a pedido do fisco.

Note:

As Emendas de nº 131 a 134 são de autoria do Senador ANTÔNIO CARLOS VALADARES e constituem reiteração, respectivamente, das Emendas de nº 5, 4, 3 e 6, com redação adaptada ao texto do Substitutivo. A Emenda nº 131 propõe a possibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência de empresas com débitos tributários. [...]

As Emendas de nº 131 a 142 foram apresentadas durante a sessão desta Comissão de 27 de abril de 2004 e receberam pareceres orais, transcritos abaixo.

A **Emenda nº 131** deve ser rejeitada, pois instituiria um poder-dever à União, aos Estados e aos Municípios para requerer a falência de empresas. Isso causaria uma onda de falências, pois afetaria todas as empresas e empresários inscritos na dívida ativa, **o que seria completamente incompatível com os objetivos da nova lei, que é a recuperação de empresas** a Fazenda Pública não poderia requerer convalidação da recuperação judicial em falência. (Grifo nosso).<sup>25</sup>

Como se vê as observações aprovadas pelo Congresso Nacional que compunham o espírito da LREF não foram enfrentadas nem pela Câmara dos Deputados e nem pelo Senado Federal enquanto tramitou o PL convertido na Lei n.º 14.112/2020.

Não obstante, os tópicos que compõem a análise jurisprudencial deste ensaio revelam que o STJ em momento anterior já vinha se debruçando sob parte de tais fundamentos. Ponto que será melhor explorado nos tópicos seguintes.

De todo modo, haja vista referir-se à inovação legislativa (convalidação da recuperação judicial em falência a pedido da Fazenda Pública), muito provavelmente o STJ será instado a se manifestar acerca do tema.

A tarefa exigirá do Tribunal da Cidadania (STJ) examinar o instituto da convalidação da recuperação judicial em falência, de igual forma, averiguar se: i) a Fazenda Pública realmente confere aos seus devedores em recuperação a efetiva possibilidade de quitação de seus passivos; ii) os meios disponibilizados pelo fisco são suficientes para não ferir a isonomia entre os credores; e iii) atende os princípios da função social e da preservação da empresa.

---

<sup>25</sup> BRASIL, Senado Federal, *op.cit.*, 2003. p. 7/54.

## 2 PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) ACERCA DO RECONHECIMENTO DA (I)LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA EM REQUERER FALÊNCIA DE SEU DEVEDOR

A controvérsia referente à legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência é antiga e perdura até os dias de hoje, apesar do STJ defender a impossibilidade de tal legitimidade, desde o julgamento do REsp n.º 138.868/MG, realizado em 17 de fevereiro de 1998.

Um leitor desavisado, diante do posicionamento do STJ poderia entender que o debate ficou destinados aos bancos acadêmicos, todavia, precedente recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), cumulado com as alterações perpetradas na Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial (LREF)<sup>26</sup> reacenderam de vez a discussão.

Importante jogar luz às repercussões econômicas e jurídicas, uma vez que as Fazendas Públicas são uma das maiores, quiçá as maiores, credoras e litigantes do País.

Segundo dados revelados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em seu relatório anual, Justiça em números<sup>27</sup>, as execuções fiscais representam 39% do total de casos pendentes no Poder Judiciário nacional.

Nas Justiças Federal e Estadual, as execuções fiscais correspondem respectivamente a 48% e 43% do acervo total de 1º grau (conhecimento e execução), sendo que a taxa de congestionamento desses processos alcança o patamar de 87%. Em resumo, a cada 100 processos apenas 13 foram baixados no ano de 2019 – seja por quitação, prescrição, ilegitimidade da cobrança, etc. –.<sup>28</sup>

Então, os resultados alcançados pelas cobranças de créditos públicos são baixos e vêm acompanhados de grande ônus ao Poder Judiciário e aos cidadãos.

Outrossim, consultando as informações disponibilizadas na publicação anual realizada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), PGFN em números

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 9 fev. 2005. LFRE. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2022.

<sup>27</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

<sup>28</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *op.cit.*, 2020.

2020<sup>29</sup>, o estoque da dívida pública em cobrança é de R\$ 2.436.042.898.186,46, desse montante são considerados irrecuperáveis o importe de R\$ 1.296.802.157.259,62 (53,23%) e de difícil recuperação R\$ 339.965.678.297,01 (13,96%). Assim, cerca de 67,19% de toda a dívida hoje controlada pela PGFN dificilmente será adimplida.

O crédito tributário, previdenciário e não previdenciário, corresponde a 95,23% do passivo administrado pela PGFN – não previdenciário R\$ 1.776.390.886.554,17 (72,9%) e previdenciário R\$ 543.122.526.364,62 (22,33%) –.<sup>30</sup>

Feito o breve relato, é importante a contextualização da cobrança do crédito tributário em território nacional, razão pela qual direcionemos as apreciações para a realidade fática da falência no Brasil.

O Serasa Experience (Serasa) publica em seu sítio<sup>31</sup> diversos indicadores econômicos, dentre eles, a quantidade de empresas inadimplentes no País e o número de pessoas jurídicas que tiveram falência requerida e/ou decretada.

De acordo com as informações fornecidas pelo Serasa, em maio de 2020 foram consideradas inadimplentes 5,9 milhões de empresas – pessoas jurídicas com pelo menos um compromisso vencido e não pago –.

É de conhecimento público que, via de regra, o primeiro passo realizado pelo credor na busca pelo adimplemento de seu crédito consiste na “negativação” do devedor pelo Serasa Experience, tendo a medida se revelado ineficaz passa-se a considerar a via judicial para satisfação do crédito.

Ponderando que o relatório Justiça em números 2020, ao analisar o ano de 2019, constatou que a taxa de congestionamento do Poder Judiciário foi de 68,5%, aqui, levando em conta os processos de conhecimento e execução, um olhar pormenorizado das informações ali lançadas atesta que as execuções não fiscais sozinhas detêm taxa de congestionamento de 82,4%.

A morosidade retratada pelos índices reflete o sentimento de frustração do credor, o qual, no anseio de ver seu crédito adimplido acaba por procurar soluções

---

<sup>29</sup> BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **PGFN em números: Dados 2019**. Brasília: PGFN, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020/view>>. Acesso em 15 ago. 2022.

<sup>30</sup> BRASIL, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, *op. cit.*, 2020.

<sup>31</sup> SERASA. **Serasa Experience**. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>>. Acesso em: 17 ago. 2022.

diversas, como por exemplo, requerimento de decretação da falência como resultado da frustração da execução.

Tal possibilidade encontra guarida no art. 94, II, da LREF. Observe:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: [...]

I – Sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – Executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial [...].<sup>32</sup>

O uso da ferramenta somado ao agravamento da crise econômica brasileira como efeito da pandemia, talvez, sejam os motivos do aumento de 12,7% dos pedidos de falência no País.<sup>33</sup>

O referido acréscimo, ao menos diretamente, não contou com a contribuição das Fazendas Públicas e isso, muito provavelmente, deve ser creditado ao entendimento prevalente até o momento no âmbito do STJ, qual seja, a Fazenda Pública não goza de legitimidade para requerer falência direta.

Para melhor compreender os valores jurídicos envolvidos no exame da (i)legitimidade da Fazenda Pública em requerer a falência de seu devedor, o presente estudo analisará os precedentes judiciais colegiados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O instrumento utilizado na identificação dos julgados proferidos pelo STJ foi a própria ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponível no sítio eletrônico do tribunal.<sup>34</sup>

Os critérios de pesquisas utilizados na busca do dia 27/10/2022 foram: “Fazenda Pública e Requerimento e Falência”; “Fazenda Pública e Legitimidade e Falência”; “Estado e Legitimidade e Falência”; “Estado e Requerimento e Falência”;

<sup>32</sup> BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 26 mar. 2005. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. LREF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm)>. Acesso em 15 ago. 2022.

<sup>33</sup> HERÉDIA, Thais. **Pedidos de falência de empresas aumentam 12,7% em 2020**. CNN BRASIL, 12 de jan. de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/pedidos-de-falencia-de-empresas-aumentam-12-7-em-2020-diz-boa-vista/>>. Acesso em 16 ago. 2022.

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Pesquisa de jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 20 ago. 2022.

“Crédito Tributário e Legitimidade e Falência”; e “Crédito Tributário e Requerimento e Falência”.

Cada um deles resultou na localização de uma série de acórdãos, entretanto, apenas 8 (oito) acórdãos de fato tratam da matéria desenvolvida neste estudo. Abaixo será apresentada a relação entre o critério de pesquisa e o volume de precedentes identificados:

- a) “Fazenda Pública e Requerimento e Falência” - Foram localizados 16 (dezesesseis) acórdãos, deste montante apenas 7 (sete) abordavam a matéria tratada neste estudo;
- b) “Fazenda Pública e Legitimidade e Falência” - Foram localizados 17 (dezessete) acórdãos, deste montante apenas 3 (três) abordavam a matéria tratada neste estudo, ademais, 2 (dois) dentre esses 3 (três) acórdãos já estavam mapeados pelo argumento de pesquisa anterior;
- c) “Estado e Legitimidade e Falência” – Foram localizados 17 (dezessete) acórdãos, deste montante apenas 2 (dois) abordavam a matéria tratada neste estudo, os quais, igualmente foram identificados nas pesquisas descritas nos itens “a” e “b”;
- d) “Estado e Requerimento e Falência” - Foram localizados 60 (sessenta) acórdãos, deste montante apenas 1 (um) abordava a matéria tratada neste estudo, o qual, igualmente foi identificado na pesquisa descrita no item “a”;
- e) “Crédito Tributário e Legitimidade e Falência” - Foram localizados 19 (dezenove) acórdãos, deste montante apenas 2 (dois) abordavam a matéria tratada neste estudo, os quais estavam mapeados nas pesquisas dos argumentos descritos nos itens “a” e “b”; e
- f) “Crédito Tributário e Requerimento e Falência” - Foram localizados 34 (trinta e quatro) acórdãos, deste montante apenas 6 (seis) abordavam a matéria tratada neste estudo, sendo que todos estavam identificados na pesquisa feita com base nos argumentos descrito no item “a”.

No intuito de robustecer o exame da matéria, também, foram identificadas as jurisprudências citadas nos acórdãos como referências.

Objetivando melhor amparar o leitor será colacionado adiante planilha indicando o argumento de pesquisa utilizado, os julgados encontrados e as jurisprudências tidas como referências. Segue:

Tabela 1 - Pesquisa de Jurisprudência

<b>Critérios de Pesquisa</b>	<b>Acórdãos</b>	<b>Julgados citados</b>
"Fazenda Pública e Requerimento e Falência"	REsp n.º 1.103.405/MG	REsp n.º 287.824/MG
	REsp n.º 988.468/RS	REsp n.º 287.824/MG
	REsp n.º 967.626/RS	REsp n.º 287.824/MG
	REsp n.º 287.824/MG	REsp n.º 136565/RS
	REsp n.º 164.389/MG	REsp n.º 138.868/MG REsp n.º 10.660/MG
	REsp n.º 138.868/MG	0
	REsp n.º 10.660/MG	0
"Fazenda Pública e Legitimidade e Falência"	REsp n.º 363.206/MG	REsp n.º 287.824/MG REsp n.º 164.389/MG REsp n.º 138.868/MG
	REsp n.º 138.868/MG	0
	REsp n.º 164.389/MG	REsp n.º 138.868/MG REsp n.º 10.660/MG
"Estado e Legitimidade e Falência"	REsp n.º 164.389/MG	REsp n.º 138.868/MG REsp n.º 10.660/MG
	REsp n.º 363.206/MG	REsp n.º 287.824/MG REsp n.º 164.389/MG REsp n.º 138.868/MG
"Estado e Requerimento e Falência"	REsp n.º 164.389/MG	REsp n.º 138.868/MG REsp n.º 10.660/MG
"Crédito Tributário e Legitimidade e Falência"	REsp n.º 363.206/MG	REsp n.º 287.824/MG REsp n.º 164.389/MG REsp n.º 138.868/MG
	REsp n.º 164.389/MG	REsp n.º 138.868/MG REsp n.º 10.660/MG
"Crédito Tributário e Requerimento e Falência"	REsp n.º 10.660/MG	0
	REsp n.º 1.103.405/MG	REsp n.º 988.468/RS REsp n.º 287.824/MG
	REsp n.º 988.468/RS	REsp n.º 287.824/MG
	REsp n.º 967.626/RS	REsp n.º 287.824/MG
	REsp n.º 287.824/MG	REsp n.º 136.565/RS
	REsp n.º 164.389/MG	REsp n.º 138.868/MG REsp n.º 10.660/MG

Dentre os argumentos de pesquisas mencionados nas buscas realizadas no sítio do STJ foram identificados sempre os mesmos precedentes, quais sejam: REsp n.º 1.103.405/MG; REsp n.º 988.468/RS; REsp n.º 967.626/RS; REsp n.º 287.824/MG; REsp n.º 164.389/MG; REsp n.º 138.868/MG; REsp n.º 10.660/MG; e REsp n.º 363.206/MG.

Tais julgados ao indicar os precedentes tidos como referências se citam, salvo o REsp n.º 136.565/RS cujo foi referenciado pelo REsp n.º 287.824/MG.

Dessa forma, no tópico que se sucede será analisado cada um desses acórdãos, a fim de depurar os valores jurídicos envolvidos.

## 2.1 ANÁLISE DETALHADA DOS ACÓRDÃOS

O regramento legal acerca do fenômeno da quebra das pessoas jurídicas é antigo, nada obstante, o STJ, por ter sido instituído em 1989, somente passou apreciar a insolvência das empresas desta data em diante, conseqüentemente, examinou o Decreto-Lei n.º 7.661/45 (Lei de Falência e Concordata) e atual legislação falimentar (Lei n.º 11.101/2005).

Consoante o disposto na pesquisa apontada no tópico anterior, os primeiros precedentes encontrados sobre o tema remontam à meados dos anos de 1990, época a qual o Decreto-Lei n.º 7.661/45 vigia. Ocorre que apesar de alguns dos acórdãos terem sido proferidos posteriormente a publicação da Lei n.º 11.101/2005, todos eles estavam vinculados a antiga legislação.

Independentemente da legislação levada à Corte Cidadã é possível notar identidade entre os valores jurídicos apreciados. Tendo isso em mente será analisado cada um dos precedentes judiciais supramencionados segundo sua ordem cronológica.

Observemos:

### a) REsp n.º 10.660/MG<sup>35</sup>

O primeiro Recurso Especial (REsp) identificado nas pesquisas realizadas neste trabalho foi o REsp n.º 10.660/MG, julgado por maioria de votos pela 3ª Turma

---

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 10.660/MG**. FALENCIA. FAZENDA PUBLICA. INTERESSE. NÃO HA EMPEÇO LEGAL A QUE FAZENDA PUBLICA REQUEIRA A FALENCIA DE SEU DEVEDOR. A LEI DE QUEBRAS SÓMENTE EXCLUI O CREDOR COM GARANTIA REAL, NOS TERMOS DO ART. 9., III, "B". DIREITO REAL DE GARANTIA E PRIVILEGIO CREDITORIO NÃO SE CONFUNDEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Recorrido: TATICO SUPERMERCADO LTDA. Relator: Min. Costa Leite, 12 de dezembro de 1995. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199100085324&dt\\_publicacao=10/06/1996](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100085324&dt_publicacao=10/06/1996). Acesso em 20 nov. 2022.

do STJ em 12 de dezembro de 1995. A ementa ficou sedimentada da seguinte maneira:

FALENCIA. FAZENDA PUBLICA. INTERESSE. **NÃO HA EMPEÇO LEGAL A QUE FAZENDA PUBLICA REQUEIRA A FALENCIA DE SEU DEVEDOR.** A LEI DE QUEBRAS SOMENTE EXCLUI O CREDOR COM GARANTIA REAL, NOS TERMOS DO ART. 9., III, "B". DIREITO REAL DE GARANTIA E PRIVILEGIO CREDITORIO NÃO SE CONFUNDEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp n. 10.660/MG, rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, julgado em **12/12/1995**, DJ de 10/6/1996, p. 20319).<sup>36</sup>

O recurso foi interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais devido ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) ter fundamentado seu entendimento em basicamente dois argumentos, quais sejam, **a Fazenda Pública é credora privilegiada** nos termos do capítulo VI, seção II, do Código Tributário Nacional (CTN) – arts. 186 e ss. -, bem como, **detém meios próprios e eficazes para satisfazer o crédito** (Lei n.º 6.830/80 – LEF-, art. 38).

Ademais, o TJMG colacionou posicionamento do professor Rubens Requião almejando fortalecer o seu entendimento.

Conforme o autor, a Fazenda Pública careceria de legítimos interesses econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor, por conseguinte, o requerimento falimentar apresentado por ela deteria nítido caráter de coação moral. Isso porque de acordo com “o Código Tributário Nacional os créditos fiscais não estão sujeitos ao processo concursal, e a declaração de falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum.”<sup>37</sup>

A fim de aclarar a posição do tribunal de piso será transcrito trecho do voto do Ministro Relator referente ao acórdão estadual que sintetiza a posição:

Em suma, colhendo as doudas lições transcritas, que me parecem ponderáveis e racionais, estou em que o requerimento de falência por iniciativa da Fazenda Pública, não é forma de cobrança de tributos, quando ela mesma dispõe de meios processuais muito mais eficientes, seguros e ágeis para a satisfação de seus créditos tributários, daí resultando que o requerimento de falência, **sobre representar desvio de sua função específica**, resvala para um constrangimento ilícito, que o Judiciário não pode admitir. (Grifo nosso).<sup>38</sup>

<sup>36</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 1995.

<sup>37</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 72.

<sup>38</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 1995. p. 3.

Como visto, o TJMG entendeu pela impossibilidade (ilegitimidade) do requerimento falimentar apresentado pela Fazenda Pública em razão da mesma dispor de privilégios irrenunciáveis para cobrança de seu crédito, além de gozar de instrumentos próprios para tal *múnus*.

A relatoria do recurso competiu ao Ministro Roberto Costa Leite, o qual examinou o pedido falimentar fundamentado no art. 2º, I, do Decreto-Lei n.º 7.661/41, *in verbis*:

Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:  
I - Executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal.<sup>39</sup>

No discorrer de sua exposição, o Ministro Relator realça que a matéria é de veras controvertida em sede doutrinária e cita alguns autores a título de exemplo, ao final, profere seu voto reconhecendo a possibilidade (legitimidade) do requerimento falimentar realizado pela Fazenda Pública.

Para o Relator a legislação “ao criar privilégios da incomunicabilidade concursal para a dívida ativa do Estado, o legislador brasileiro não pretendeu coartar as possibilidades de sua cobrança judicial, mas antes ampliá-las, podendo, pois, o crédito tributário ser reclamado no processo falimentar”.<sup>40</sup>

Ato contínuo, reproduziu lições de Fábio Konder Comparato, as quais buscaram atestar que a Fazenda Pública gozaria sim de interesse processual para requerer a falência.

O autor inicia sua argumentação afastando a tese segundo a qual o crédito tributário não poderia ser exigido em falência, pois, o seu caráter privilegiado não impede o interesse processual.

Conforme seus ensinamentos o interesse processual não se confundiria com interesse econômico ou moral – defendido por Rubens Requião-, pois aquele almeja um “determinado provimento judicial, a fim de fazer valer o direito substantivo de que se afirma ser titular”<sup>41</sup>, lado outro, o interesse econômico ou moral seria o próprio

---

<sup>39</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências. Rio de Janeiro, 21 de junho de 1945. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del7661impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661impressao.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2022.

<sup>40</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 1995. p. 6.

<sup>41</sup> ARMANDO, J. Netto. **A falência de contribuinte promovida pelo fisco**. São Paulo: Assistência de Promoção Tributária, 1972. p. 89.

direito material. Assim, o interesse processual decorreria do sistema da lei e não da natureza das coisas.

Com a intenção de esclarecer sua posição, traça um paralelo entre o credor preferencial no direito francês e o credor com garantia real no direito brasileiro, neste é permitido ao credor requerer a falência, desde que renuncie a garantia ou querendo mantê-la prove que os bens são insuficientes para saldar a dívida, já naquele a legislação reconhece a possibilidade do requerimento.

Melhor dizendo, a lei no ordenamento francês reconhece a possibilidade independentemente de renúncia e o direito brasileiro indica que o credor com garantia somente poderá requerer falência se a ela renunciar.

Sem demora, disciplina que direito real de garantia não se confunde com privilégio creditório, pois este é tido como uma espécie de prioridade ou preleção de um direito pessoal e aquele é algo que persegue o bem independentemente da mudança de titularidade, por isso, sua natureza se altera.

E arrebatada que a preferência estabelecida no art. 186, do CTN, consiste num privilégio e não numa garantia, por isso, a Fazenda Pública seria legitimada para requerer a falência.

**Fulcrado nesses argumentos, o Ministro Relator entendeu pela legitimidade da Fazenda Pública em requerer falência.**

No decorrer do julgamento, o Ministro Eduardo Ribeiro buscou afastar a argumentação segundo a qual o art. 38 da Lei de Execuções Fiscais (LEF, Lei n.º 6.830/80) vedou a cobrança do crédito tributário por outros instrumentos. Na ótica do Ministro, o rigor imputado pela LEF há muito teria sido mitigado em razão de sua interpretação em consonância com o texto constitucional, o qual previa o uso de outros instrumentos para debater a cobrança.

Cediço, o objetivo da LEF foi conferir uma maior garantia à Fazenda Pública e não um engessamento da cobrança.

Após a exposição supra, o Ministro Cláudio Santos suscitou que estaria sendo facultado ao agente administrativo a escolha de qual contribuinte seria imposto o requerimento falimentar, sendo tal situação ilegal.

Apesar disso, o Ministro Eduardo Ribeiro prontamente rebateu sustentando que não poderia a Fazenda Pública ser a única dentre os credores impedida de requerer falência de seu devedor, como também, arguiu que a atividade do agente de

administração supõe-se vinculada ao interesse público, conseqüentemente, uma vez afastado desta premissa o ato seria ilegal.

Diante do debate foi requerida vista pelo Ministro Cláudio Santos, cujo apresentou voto divergente ao Relator.

Basicamente defendeu que a dívida ativa somente poderia ser cobrada por execução fiscal e o CTN obsta que o crédito tributário seja objeto de processo concursal. Para o julgador a discussão pode ser feita por qualquer tipo de ação, mas a cobrança somente é permitida, por força do art. 38, da LEF, via execução fiscal. Além do que, o privilégio dado ao crédito tributário seria irrenunciável, sendo assim, o caminho para exigir o tributo seria a execução fiscal.

Em sua conclusão afirma que “conferir ao Estado uma medida judicial desse potencial aniquilador é, sem dúvida, contrariar aqueles princípios orientadores da ordem econômica no País” (igualdade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, etc).

De toda sorte, o entendimento prevalente foi de que a Fazenda Pública gozaria de legitimidade para requerer falência.

#### **b) REsp n.º 138.868/MG<sup>42</sup>**

A Quarta Turma do STJ examinou no dia 17 de fevereiro de 1998 recurso especial interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais em face do acórdão proferido pelo TJMG que reconheceu a ilegitimidade do requerimento de falência elaborado pela Fazenda Pública.

O julgado estadual pontuou que a matéria gera divergências e citou o REsp n.º 10.660/MG, mas posicionou-se pelo reconhecimento da ilegitimidade.

Para tanto a fundamentação do acórdão estadual foi toda baseada nos argumentos exibidos pelo voto divergente proferido pelo Ministro Cláudio Santos no REsp supracitado.

Rememora-se que naquela manifestação, o Ministro sustentou que:

---

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 138.868/MG**. FALENCIA. LEGITIMIDADE. FAZENDA PUBLICA. - A FAZENDA PUBLICA NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALENCIA. RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Recorridos: EGOM LTDA. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199700462056&dt\\_publicacao=30/03/1998](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700462056&dt_publicacao=30/03/1998)>. Acesso em 20 nov. 2022.

- 1) a Fazenda Pública somente poderia cobrar o crédito tributário mediante execução fiscal, por força do art. 38, da LEF;
- 2) o crédito tributário goza de privilégio nos termos do art. 187, do CTN, por conseguinte, não se sujeita ao concurso de credores, logo, inexistente interesse em requerer a falência;
- 3) as lições de Rubens Requião bem demonstram a impossibilidade de tal requerimento; e
- 4) a lei falimentar (Decreto-Lei n.º 7.661/45) exige em seu art. 10 protesto prévio como requisito para apresentação do requerimento de falência.

A Fazenda Pública irressignada interpôs REsp afirmando afronta ao art. 9, III, alínea *b*, do Decreto-Lei n.º 7.661/45, dissídio jurisprudencial e que o privilégio atribuído ao crédito tributário não impede o requerimento falimentar apresentado pelo fisco.

Segundo o art. 9, III, alínea *b*, do Decreto-Lei n.º 7.661/45, o credor com garantia real pode requerer a falência de seu devedor, contanto que renuncie a tal garantia ou querendo mantê-la, se provar que os bens não chegam para a solução do seu crédito. Abaixo se colaciona o dispositivo legal:

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: [...]  
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.<sup>43</sup>

A relatoria do recurso no STJ ficou à cargo do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Em seu voto consignou que, dentre os legitimados previstos nos arts. 8º e 9º, do Decreto-Lei n.º 7.661/45<sup>44</sup>, não consta a Fazenda Pública, o art. 29, da LEF, excluiu a

---

<sup>43</sup> BRASIL, *op. cit.*, 1945.

<sup>44</sup> Art. 8º O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de trinta dias, requerer ao juiz a declaração da falência, expondo as causas desta e o estado dos seus negócios, e juntando ao requerimento: I - o balanço do ativo e passivo com a indicação e a avaliação aproximada de todos os bens, excluídas as dívidas ativas prescritas; II - a relação nominal dos credores comerciais e civis, com a indicação do domicílio de cada um, importância e natureza dos respectivos créditos; III - o contrato social, ou, não havendo, a indicação de todos os sócios, suas qualidades e domicílios, ou os estatutos em vigor, mesmo impressos, da sociedade anônima. §1º Tratando-se de sociedade em nome coletivo, de capital e indústria, em comandita simples, ou por cotas de responsabilidade limitada, o requerimento pode ser assinado por todos os sócios, pelos que gerem a sociedade ou têm o direito de usar a firma, ou pelo liquidante. Os sócios que não assinem o requerimento, podem opor-se à declaração da falência

Fazenda Pública do concurso de credores, o art. 38, da LEF, somente permite a cobrança do crédito tributário por intermédio da execução fiscal, citou as lições de Rubens Requião e reproduziu o voto do vencido do Ministro Cláudio Santos no julgamento do REsp n.º 10.660/MG.

Quanto à aplicação específica do art. 9, III, alínea b, do Decreto-Lei n.º 7.661/45, fez as seguintes ponderações:

No caso dos autos, a credora deixou de lado execuções fiscais que promovera para a cobrança dos mesmos créditos e veio requerer a falência. Pergunta-se: teria esse pedido outra finalidade que não a de coagir a devedora ao pagamento, transformando o processo de falência em balcão para cobrança de dívidas?

Não se trata, portanto, de equiparar a Fazenda Pública ao credor com garantia real, o qual somente poderá requerer falência se àquela renunciar (art. 9, III, b), pois inexistente essa similitude como longamente ficou demonstrado pelo Prof. Fábio Comparato no parecer publicado na RT 422/48, mas sim de constatar que o nosso sistema legal não permite ao titular do crédito fiscal a iniciativa da decretação da falência do seu devedor.<sup>45</sup>

O Ministro Bueno de Souza proferiu voto como vogal referendando os fundamentos evidenciados pelo relator, inclusive, acrescentou que inexistente interesse prático à Fazenda Pública, visto que já dispõe de certidão de dívida ativa e todos os privilégios e garantias que facilitam a execução.

Enfim, a Quarta Turma do STJ, por unanimidade, reconheceu a ilegitimidade da Fazenda Pública requerer falência. A ementa restou sedimentada da seguinte maneira:

FALENCIA. LEGITIMIDADE. FAZENDA PUBLICA. - A FAZENDA PUBLICA NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALENCIA. RECURSO CONHECIDO MAS IMPROVIDO. (REsp n. 138.868/MG, relator Ministro Ruy

---

e usar dos recursos admitidos nesta lei. §2º Tratando-se de sociedade por ações, o requerimento deve ser assinado pelos seus representantes legais. §3º O devedor apresentará, com o requerimento, os seus livros obrigatórios, os quais permanecerão em cartório para serem entregues ao síndico, logo após o compromisso deste. §4º No seu despacho, o juiz mencionará a hora em que recebeu o requerimento e, no mesmo ato, assinará os termos de encerramento dos livros obrigatórios, lavrados pelo escrivão.

Art. 9º A falência pode também ser requerida: I - pelo cônjuge sobrevivente, pelos herdeiros do devedor ou pelo inventariante, nos casos dos arts. 1º e 2º, nº I; II - pelo sócio, ainda que comanditário, exibindo o contrato social, e pelo acionista da sociedade por ações, apresentando as suas ações; 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.

<sup>45</sup> BRASIL, *op. cit.*, 1945.

Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em **17/2/1998**, DJ de 30/3/1998, p. 74).<sup>46</sup>

**c) REsp n.º 136.565/RS<sup>47</sup>**

O julgamento em questão analisou pedido de quebra realizado por pessoa jurídica de direito privado, contudo, a posição adotada pelos ministros da Quarta Turma serve como parâmetro ao presente estudo.

Para o Ministro Relator, Ruy Rosado de Aguiar, o processo falimentar não pode ser em hipótese alguma utilizado em substituição aos meios ordinários de cobrança, cf. já restou sedimentado pelo STF no julgamento do RE n.º 87.405/RJ.

Isso porque reconhecer tal possibilidade a bem da verdade configura verdadeiro instrumento de coação para cobrança das dívidas, ou seja, o uso indevido do requerimento falência desvirtua o propósito da falência resultando num abuso.

De acordo com a unanimidade da turma, se for reconhecido o abuso no requerimento falimentar esse deve ser refutado.

Em vista disso, a ementa do julgado ficou consolidada da seguinte forma:

FALÊNCIA. Cobrança. Incompatibilidade.

**O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para a cobrança de dívidas.**

Considerando os graves resultados que decorrem da quebra da empresa, o seu requerimento merece ser examinado com rigor formal, e afastado sempre que a pretensão do credor seja tão somente a satisfação do seu crédito. Propósito que se caracterizou pelo requerimento de envio dos autos à Contadoria, para apurar o valor do débito, pelo posterior recebimento daquela quantia, acompanhado de pedido de desistência da ação. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 136.565/RS, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em **23/2/1999**, DJ de 14/6/1999, p. 198).<sup>48</sup>

Igual entendimento foi sendo reproduzido por grande parte dos precedentes aqui analisados, principalmente quando citam as lições de Rubens Requião.

---

<sup>46</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *op. cit.*, 1998.

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 136.565/RS**. FALÊNCIA. Cobrança. Incompatibilidade. O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para a cobrança de dívidas. [...]. Recorrente: BERTA S/A SISTEMAS DE SEGURANÇA. Recorridos: EXPRESSO CRUZADOR S/A. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 23 de fevereiro de 1999. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199700417654&dt\\_publicacao=14/06/1999](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700417654&dt_publicacao=14/06/1999) >. Acesso em 20 nov. 2022.

<sup>48</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *op. cit.*, 1999.

**d) REsp n.º 164.389/MG<sup>49</sup>**

O julgamento do REsp n.º 164.389/MG interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais foi realizado pela Segunda Seção do STJ em 13/08/2003. Cumpre enfatizar que dentre os acórdãos aqui analisados este foi o único remetido à referida sessão em decorrência da relevância da matéria e para prevenir divergência entre as Turmas.

As razões do recurso basicamente sustentam a negativa de vigência ao art. 2º, I, do Decreto-Lei n.º 7.661/45, bem como dissídio jurisprudencial.

A relatoria ficou a cargo do Ministro Castro Filho, que por sua vez, acabou sendo voto vencido no julgamento. No início de sua exposição pontuou os precedentes julgados tanto pela 3ª Turma (REsp n.º 10.660/MG) quanto pela 4ª Turma (REsp n.º 138.868/MG) e resumiu os argumentos das correntes favorável e contrária ao reconhecimento da (i) legitimidade do requerimento falimentar feito pela Fazenda Pública:

Os primeiros asseveram que há verdadeira incompatibilidade entre o ordenamento legal da falência e o da execução da dívida ativa da Fazenda Pública, que goza de inúmeras especificidades e privilégios. Os segundos não veem tal incompatibilidade e lembram que, ao criar privilégios, como o da incolumidade concursal para a dívida ativa do Estado, o legislador brasileiro não pretendeu coarctar as possibilidades de sua cobrança judicial, mas ampliá-las. Asseveram que tal incolumidade é processual, formal, não significando dispensa do concurso material de preferências, nem assegurando à Fazenda o recebimento de seus créditos.<sup>50</sup>

Na sequência, analisou o art. 38, da LEF tanto sob a ótica dos defensores da ilegitimidade da Fazenda Pública requerer falência quanto aos olhos da corrente contrária. Para tanto trouxe o voto proferido pelo Ministro Eduardo Ribeiro no julgamento do REsp n.º 10.660/MG, o qual afastou o rigor da cobrança, e colacionou as lições de Rubens Requião, as quais ecoam a falta de interesse de agir para apresentação do requerimento de quebra.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (2. Seção). **Recurso Especial n. 164.389/MG**. PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO. [...]. Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Recorrido: FRIGORÍFICO CATALÃO LTDA. Relator: Min. Castro Filho, 13 de agosto de 2003. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=199800107266&dt\\_publicacao=16/08/2004](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800107266&dt_publicacao=16/08/2004)>. Acesso em 22 nov. 2022.

<sup>50</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2003. p. 6.

E ao fechar o exame de ambas posições, rememorou que:

Asseveram que não é compatível com os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, conferir-se ao Estado o direito de destruir a empresa, segundo a livre determinação e escolha de seus agentes administrativos, por força de impontualidade no pagamento de um tributo, estando, em verdade, a legislação falimentar brasileira em descompasso com a realidade social e econômica.

Quanto à opção deixada ao funcionário administrativo, lembrou o Ministro Eduardo Ribeiro, no precitado julgamento do Recurso Especial n.º 10.660:

"A atividade do agente da Administração supõe-se vinculada ao interesse público. Se se verificar tratamento discriminatório haverá de ser reprimido. Não me parece, entretanto se deva, com base em tal possibilidade, privar a Fazenda de instrumento previsto em lei."<sup>51</sup>

Quanto ao seu entendimento, o Ministro Relator atribuiu à legitimidade do pedido de quebra certo propósito moralizante, pois a falência impede que os devedores contumazes continuem a explorar atividade econômica em verdadeira concorrência desleal com os demais e possibilita a condenação por crime falimentar de pessoas que adotam o “calote” à Fazenda Pública como estratégia de negócio.

Visando corroborar sua posição referendou o entendimento apresentado por Fábio Konder Comparato no que tange ao interesse de agir e, novamente, reverberou o caráter moralizante da medida. Veja:

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

Os que se opõem à possibilidade de a Fazenda requerer a quebra afirmam que ela não tem interesse processual, não tem necessidade de pedir a falência do comerciante, pois busca, tão-somente, a satisfação do crédito, que deve ser encontrada no executivo fiscal. Mas já se viu que o executivo fiscal nem sempre leva à satisfação do crédito, diante da malícia de contribuintes sem escrúpulos, que se escondem atrás da personalidade jurídica de empresas diversas, não pagam seus débitos tributários e ainda proporcionam concorrência desleal às empresas que funcionam regularmente. Como salientado, é justamente tendo em vista estes comerciantes que a Fazenda encontra utilidade e necessidade no processo falimentar, que poderá conduzir à retirada de tais comerciantes da órbita mercantil.<sup>52</sup>

Por último, assentou que a lei não veda tal possibilidade à Fazenda Pública, logo, permite.

---

<sup>51</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2003, p. 8.

<sup>52</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2003, p. 9.

De outro lado, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar antecipou seu voto para enfatizar o julgamento do REsp n.º 138.868/MG e combateu o dito “propósito moralizante” suscitado pelo relator com fulcro nos seguintes argumentos:

De um modo geral, no País, dificilmente encontraremos empresas que não tenham débitos com a Fazenda Pública, seja estadual, federal ou municipal, seja com relação às outras entidades que também cobram tributos. Se ao Estado é dado requerer falência, isso não é uma possibilidade, é um dever. Se o Estado requerer a falência de todos os seus devedores, será o caos; se tiver o direito de escolher uns devedores e não outros, será um caos pior. A ideia de transformar a falência em uma via de saneamento do mercado não é um objetivo da Lei de Falência, mesmo porque o Estado tem outros meios para sanear o mercado. Se quiser punir o crime de falência, essa é uma consequência, e não um objetivo da falência. Nenhum juiz decreta a falência para punir o autor dos crimes de falência; ele a decreta para resolver o problema da quebra e para que os credores sejam pagos. Punir o crime de falência não pode ser o fator determinante desta ação estatal. O Estado, se quiser, tem a possibilidade de punir pela sonegação fiscal. E, se a Lei de Falência permite ação revocatória, essa mesma ação é concedida a todos os credores iludidos pelos seus devedores, independentemente da falência. Por fim, a desconsideração da pessoa jurídica existe tanto para esse caso como para qualquer outro.<sup>53</sup>

O ministro foi o primeiro a introduzir a ideia das repercussões econômicas causadas pelo requerimento falimentar proposto pela Fazenda Pública, entretanto, não escorou seu posicionamento em estudos, apenas firmou sua colocação numa percepção genérica.

Outrossim, defendeu que a lei falimentar não objetiva uma punição, visto que essa é uma consequência, cediço, o referido propósito moralizante num olhar frio desvirtua a finalidade da norma.

Frente aos votos até então proferidos, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro pediu vista e apresentou sua concepção, a qual harmonizou-se com o voto do Ruy Rosado de Aguiar.

Basicamente defende que a Fazenda Pública detém instrumentos próprios para exigir o crédito tributário, qual seja, a execução fiscal. Continua sua exposição analisando se há ou não interesse público no requerimento de quebra e, conclui que de fato o único interesse perseguido com a medida é o recebimento dos valores, o que não coaduna com o interesse público. Ao final arrebatou afastando o propósito moralizante, sob o fundamento da existência de várias medidas cabíveis para obviar os inconvenientes daí resultantes.

---

<sup>53</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2003. p. 11.

Outros três ministros pediram vistas e proferiram votos. São eles:<sup>54</sup>

1. Ministro Ari Pargendler:

Para o Ministro não poderia a Fazenda Pública requerer a falência, porque o crédito tributário não passa pelo controle judicial.

2. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

Pediu *vênia* ao Ministro Ari Pargendler e acompanhou integralmente o voto do Ministro Relator suscitando as lições de Fábio Konder Comparato.

3. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Defendeu a ilegitimidade do requerimento falimentar apresentado pela Fazenda Pública, pois entende que a lei prevê instrumento próprio para cobrança da dívida tributária.

Após as manifestações o resultado foi proclamado por maioria para conhecer do recurso e negar provimento. Segue ementa solidificada:

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

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

II - Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos. (REsp n. 164.389/MG, relator Ministro Castro Filho, relator para acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, julgado em **13/8/2003**, DJ de 16/8/2004, p. 130.)<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2003.

<sup>55</sup> *Ibid.*

e) REsp n.º 287.824/MG<sup>56</sup>

O recorrente, Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, fundamentou suas razões do recurso em dois argumentos, quais sejam:

[...] O primeiro, no sentido de que possui legitimidade para requerer a falência do comerciante contribuinte em débito tributário, e o segundo com o entendimento de que, em tendo legitimidade para requerer a instauração de processo falimentar contra o contribuinte, possui igualmente o direito de levar a protesto a Certidão de Dívida Ativa.<sup>57</sup>

Para o Ministro Relator, Francisco Falcão, careceria a Fazenda Pública de interesse para protestar a Certidão de Dívida Ativa (CDA), posto que a mesma goza de presunção de legitimidade e certeza, dessarte, a sua não quitação já atesta o inadimplemento.

Nesse passo e considerando que o objetivo do protesto seria configurar a impontualidade e o inadimplemento do devedor, não há motivos para se protestar a CDA. Dessa forma, inexistente interesse por parte da Fazenda Pública em adotar tal medida.

Quanto ao ponto atinente à legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência o relator:

1. Escorou parte de sua fundamentação nos ensinamentos de Rubens Requião, visto que tal possibilidade configuraria coação para o pagamento de dívidas, assim sendo existiria uma violação ao princípio da razoabilidade;
2. Realizou breve reflexão acerca da inutilidade do procedimento falimentar diante da impossibilidade de o crédito tributário sujeitar-se ao concurso universal (arts. 186 e 187 do CTN);
3. Entendeu que o art. 38 da LEF prevê apenas a via da execução fiscal para cobrança do crédito tributário; e

---

<sup>56</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (1. Turma). **Recurso Especial n. 287.824/MG**. TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 204 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A FALÊNCIA DO COMERCIANTE CONTRIBUINTE. [...]. Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Recorrido: CONSTRUTORA OAS LTDA. Relator: Min. Francisco Falcão, 20 de outubro de 2005. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200001190997&dt\\_publicacao=20/02/2006](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200001190997&dt_publicacao=20/02/2006)>. Acesso em 22 nov. 2022.

<sup>57</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2005.

4. Diferenciou a Fazenda Pública dos demais credores quirografários, pois, estes não detêm nenhum privilégio e/ou preferência e aquela não pode renunciar aos privilégios impostos pela lei ao crédito tributário, logo, jamais poderia ser equiparada a credor quirografário.

Em voto de vista proferido pelo Ministro Luiz Fux foi corroborada toda a exposição do relator, melhor dizendo, a Fazenda Pública carece de interesse de agir para propor requerimento falimentar e proceder com o protesto da CDA.

Diante dos votos esposados a Primeira Turma do STJ em 20 de outubro de 2005, por unanimidade, reconheceu a ilegitimidade de a Fazenda Pública requerer falência. A seguir transcreve-se a ementa do acórdão:

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 204 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A FALÊNCIA DO COMERCIANTE CONTRIBUINTE. MEIO PRÓPRIO PARA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO REGIME DE CONCURSO UNIVERSAL PRÓPRIO DA FALÊNCIA. ARTS. 186 E 187 DO CTN.

I – A certidão de Dívida Ativa, a teor do que dispõe o art. 204 do CTN, goza de presunção de certeza e liquidez que somente pode ser afastada mediante apresentação de prova em contrário.

II – A presunção legal que reveste o título emitido unilateralmente pela Administração Tributária serve tão somente para aparelhar o processo executivo fiscal, consoante estatui o art. 38 da Lei 6.830/80. (Lei de Execuções Fiscais)

**III – Dentro desse contexto, revela-se desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública.**

**IV – Afigura-se impróprio o requerimento de falência do contribuinte comerciante pela Fazenda Pública, na medida em que esta dispõe de instrumento específico para cobrança do crédito tributário.**

V – Ademais, revela-se ilógico o pedido de quebra, seguido de sua decretação, para logo após informar-se ao Juízo que o crédito tributário não se submete ao concurso falimentar, consoante dicção do art. 187 do CTN.

**VI – O pedido de falência não pode servir de instrumento de coação moral para satisfação de crédito tributário. A referida coação resta configurada na medida em que o art. 11, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/45 permite o depósito elisivo da falência.**

VII – Recurso especial improvido. (REsp n. 287.824/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em **20/10/2005**, DJ de 20/2/2006, p. 205). (Grifo nosso).<sup>58</sup>

Importante destacar que a Fazenda Pública vinha a cada nova tentativa fundamentando as razões de seu recurso em outros dispositivos legais.

Na realidade estava se valendo do método “tentativa e erro”, assim, quando afastado o argumento com base no art. 2º, I, do Decreto-Lei n.º 7.661/45, buscou fundamentar sua irresignação no art. 9, III, alínea b, do aludido decreto e, nesta oportunidade, interpôs o recurso valendo-se do art. 10, § 1º, do referido decreto.

Por fim, apesar do julgamento ter sido proferido após a publicação da nova lei falimentar (Lei n.º 11.101/2005), os dispositivos analisados foram aqueles do Decreto-Lei n.º 7.661/45.

#### **f) REsp n.º 967.626/RS<sup>59</sup>**

A Segunda Turma do STJ por unanimidade reconheceu a possibilidade do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS habilitar o crédito tributário no procedimento falimentar em curso. Verifica-se a ementa do acórdão:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. INSS. JUSTIÇA ESTADUAL. PAGAMENTO ANTECIPADO DE CUSTAS. DISPENSA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE.

O INSS não está isento das custas devidas perante a Justiça estadual, mas só deverá pagá-las ao final da demanda, se vencido. Precedentes: REsp 897.042/PI, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 14.05.2007 e REsp 249.991/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 02.12.2002.

Não se conhece da alegada violação do art. 535 do CPC quando o dispositivo que teria deixado de ser apreciado pela Corte de origem não foi alvo dos embargos de declaração opostos.

Os arts. 187 e 29 da Lei 6.830/80 não representam um óbice à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência, tratam, na verdade, de uma prerrogativa do ente público em poder optar entre o pagamento do crédito pelo rito da execução fiscal ou mediante habilitação do crédito.

<sup>58</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2005.

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 967.626/RS**. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. INSS. JUSTIÇA ESTADUAL. PAGAMENTO ANTECIPADO DE CUSTAS. DISPENSA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. [...]. Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS. Recorrido: D'VIENA CALÇADOS LTDA - MASSA FALIDA. Relator: Min. Castro Meira, 9 de outubro de 2007. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num\\_registro=200701575626&dt\\_publicacao=27/11/2008](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=200701575626&dt_publicacao=27/11/2008)>. Acesso em 23 nov. 2022.

Escolhendo um rito, ocorre a renúncia da utilização do outro, não se admitindo uma garantia dúplice. Precedente: REsp 185.838/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 12.11.2001.

**O fato de permitir-se a habilitação do crédito tributário em processo de falência não significa admitir o requerimento de quebra por parte da Fazenda Pública.**

No caso, trata-se de contribuição previdenciária cujo pagamento foi determinado em sentença trabalhista. Diante dessa circunstância, seria desarrazoado exigir que a autarquia previdenciária realizasse a inscrição do título executivo judicial na dívida ativa, extraísse a competente CDA e promovesse a execução fiscal para cobrar um valor que já teria a chancela do Poder Judiciário a respeito de sua liquidez e certeza.

Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp n. 967.626/RS, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em **9/10/2007**, Dje de 27/11/2008). (Grifo nosso).<sup>60</sup>

A questão de fundo do julgado consiste na averiguação da viabilidade de o INSS habilitar seu crédito em falência. No entanto, a turma, objetivando ratificar a fundamentação, reconheceu a impossibilidade de conferir ao INSS a legitimidade para propor o requerimento falimentar.

Dito isso, passemos a depurar o voto do Ministro Relator Castro Meira.

A preocupação inicial durante sua exposição consistiu na fixação do tema julgado:

[...] Os créditos tributários não estariam sujeitos à habilitação em concurso de credores e, por isso, a competência para julgar sua execução seria apenas do juízo das execuções fiscais. Ademais, no presente caso, não há processo de execução do crédito em discussão, mas apenas pedido de habilitação desse no processo de falência.<sup>61</sup>

No transcorrer de seu voto sustentou que competiria a Fazenda Pública, ao proceder com seu juízo de ponderação, sopesar se no caso concreto seria oportuno habilitar o crédito no processo de falência em curso ou ajuizar execução fiscal. Mas de forma clara consigna a impossibilidade de a própria Fazenda Pública propor a falência de seu devedor. Veja:

Frise-se que a possibilidade de o Fisco vir a habilitar um crédito seu em processo de falência que já se encontra em curso não significa que também poderia ele vir a requerer a quebra do devedor. O pedido de falência por parte

---

<sup>60</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2007.

<sup>61</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2007. p. 6.

do Fisco não é de ser admitido, já que serviria de instrumento de coação moral para satisfação de dívida tributária.<sup>62</sup>

Portanto, o precedente ora analisado, apenas corrobora o entendimento sólido mantido pelo STJ desde o julgamento do REsp n.º 138.868/MG, inclusive, transcreveu a ementa do REsp n.º 287.824/MG.

**g) REsp n.º 988.468/RS<sup>63</sup>**

O exame desse recurso ocorreu pouco tempo após o julgamento do REsp n.º 967.626/RS, tanto é que o Ministro Relator ao proferir seu voto consignou a seguinte informação:

O tema veiculado no presente recurso especial é idêntico ao que relatei no REsp 967.626/RS, sessão do dia 09.10.2007, acórdão ainda não publicado, no qual, inclusive, as partes eram as mesmas. Dessa forma, mantenho o posicionamento adotado, que, então, foi acolhido pela Turma.<sup>64</sup>

Desse modo e considerando que os fundamentos do acórdão proferido no julgamento do REsp n.º 967.626/RS foram aqui repisados, será nesta oportunidade apenas informado que a Segunda Turma do STJ, por unanimidade, reconheceu a possibilidade de a Fazenda Pública requerer habilitação do crédito tributário em falência em curso, e, igualmente, considerou-a ilegítima para apresentar requerimento falimentar em face de seu devedor. Segue ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. INSS. JUSTIÇA ESTADUAL. PAGAMENTO ANTECIPADO DE CUSTAS. DISPENSA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE.

1. O INSS não está isento das custas devidas perante a Justiça estadual, mas só deverá pagá-las ao final da demanda, se vencido. Precedentes: REsp 897.042/PI, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 14.05.2007 e REsp 249.991/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 02.12.2002.

2. Os arts. 187 e 29 da Lei 6.830/80 não representam um óbice à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência. Asseguram, na verdade, uma prerrogativa do ente público, que pode optar pelo rito da

---

<sup>62</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2007. p. 7.

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 988.468/RS**. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. INSS. JUSTIÇA ESTADUAL. PAGAMENTO ANTECIPADO DE CUSTAS. DISPENSA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS. Recorrido: D'VIENA CALÇADOS LTDA - MASSA FALIDA. Relator: Min. Castro Meira, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702241919&dt\\_publicacao=29/11/2007](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702241919&dt_publicacao=29/11/2007)>. Acesso em 23 nov. 2022.

<sup>64</sup> *Ibid.*

execução fiscal ou pela habilitação do crédito no concurso de credores da falência.

3. Escolhendo um rito, ocorre a renúncia da utilização do outro, não se admitindo uma garantia dúplice. Precedente: REsp 185.838/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 12.11.2001.

**4. O fato de permitir-se a habilitação do crédito tributário em processo de falência não significa admitir o requerimento de quebra por parte da Fazenda Pública.**

5. No caso, trata-se de contribuição previdenciária cujo pagamento foi determinado em sentença trabalhista. Diante dessa circunstância, seria desarrazoado exigir-se que a autarquia previdenciária realizasse a inscrição do título executivo judicial na dívida ativa, extraísse a competente CDA e promovesse a execução fiscal para cobrar um valor que já teria a chancela do Poder Judiciário a respeito de sua liquidez e certeza.

6. Precedente: REsp 967.626/RS, desta relatoria.

7. Recurso especial provido. (REsp n. 988.468/RS, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em **13/11/2007**, DJ de 29/11/2007, p. 273). (Grifo nosso).<sup>65</sup>

#### **h) REsp n.º 1.103.405/MG<sup>66</sup>**

Como ocorreu no julgamento dos REsps n.º 967.626/RS e 988.468/RS, o tema examinado neste julgado consistia na possibilidade ou não de a Fazenda Pública habilitar seu crédito no processo de falência em curso.

A Segunda Turma, por unanimidade, manteve o entendimento publicado nos acórdãos supramencionados, qual seja, pode a Fazenda Pública requerer a habilitação de seu crédito em procedimento falimentar, o que é a ela vedado é proceder com o requerimento falimentar.

Importante trazer à baila que o trecho relativo à possibilidade do requerimento falimentar foi tratado de forma superficial, vejamos trecho do voto:

Frise-se que a possibilidade de o Fisco vir a habilitar um crédito seu em processo de falência que já se encontra em curso não significa que também poderia ele vir a requerer a quebra do devedor. O pedido de falência por parte do Fisco não é de ser admitido, já que serviria de instrumento de coação moral para satisfação de dívida tributária.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2007.

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 1.103.405/MG**. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APRESENTAÇÃO DE CRÉDITOS NA FALÊNCIA. PRESTAÇÃO DE CONTAS APRESENTADA PELO SÍNDICO. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DE PEQUENO VALOR. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. Recorrente: FAZENDA NACIONAL. Recorrido: ESPORTE ESPETACULAR LTDA - MASSA FALIDA. Relator: Min. Castro Meira, 2 de abril de 2009. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200802448230&dt\\_publicacao=27/04/2009](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802448230&dt_publicacao=27/04/2009)>. Acesso em 23 nov. 2022.

<sup>67</sup> *Ibid.* p. 11.

Como resultado do julgado, a ementa ficou assim:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APRESENTAÇÃO DE CRÉDITOS NA FALÊNCIA. PRESTAÇÃO DE CONTAS APRESENTADA PELO SÍNDICO. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DE PEQUENO VALOR. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE.

1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que soluciona a controvérsia com base em fundamento prejudicial ao ponto sobre o qual não houve enfrentamento no âmbito do Tribunal de origem.

2. Os arts. 187 e 29 da Lei 6.830/80 não representam um óbice à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência; tratam, na verdade, de uma prerrogativa da entidade pública em poder optar entre o pagamento do crédito pelo rito da execução fiscal ou mediante habilitação do crédito.

3. Escolhendo um rito, ocorre a renúncia da utilização do outro, não se admitindo uma garantia dúplice. Precedentes.

**4. O fato de permitir-se a habilitação do crédito tributário em processo de falência não significa admitir o requerimento de quebra por parte da Fazenda Pública.**

5. No caso, busca-se o pagamento de créditos da União, representados por 11 (onze) inscrições em dívida ativa, que, todavia, em sua maioria, não foram objeto de execução fiscal em razão de seu valor. Diante dessa circunstância, seria desarrazoado exigir que a Fazenda Nacional extraísse as competentes CDA's e promovesse as respectivas execuções fiscais para cobrar valores que, por razões de política fiscal, não são ajuizáveis (Lei 10.522/02, art. 20), ainda mais quando o processo já se encontra na fase de prestação de contas pelo síndico.

6. Determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para verificação da suficiência e validade da documentação acostada pela Procuradoria da Fazenda Nacional para fazer prova de seu pretensão crédito.

7. Recurso especial provido. (REsp n. 1.103.405/MG, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em **21/4/2009**, DJe de 27/4/2009).<sup>68</sup>

#### i) REsp n.º 363.206/MG<sup>69</sup>

A relatoria competiu ao Ministro Humberto Martins, o qual reproduziu os argumentos que vinham sendo apresentados desde o julgamento do REsp n.º 138.868/MG em 17/2/1998, quais sejam:

Como cediço, a Fazenda possui meios próprios e eficazes para a satisfação do seu crédito. A discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível mediante execução fiscal prevista no art. 38 da Lei n. 6.830/80 [...]

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2009.

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 363.206/MG**. TRIBUTÁRIO E COMERCIAL? CRÉDITO TRIBUTÁRIO? FAZENDA PÚBLICA? AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALÊNCIA DE EMPRESA. [...]. Recorrente: Fazenda Pública Do Estado De Minas Gerais. Recorrido: Royal Minas Distribuidora LTDA. Relator: Min. Humberto Martins, 4 de maio de 2010. Disponível em: <  
[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200101482710&dt\\_publicacao=21/05/2010](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101482710&dt_publicacao=21/05/2010)>. Acesso em 23 nov. 2022.

Nesse segmento, o art. 187 do CTN dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31 da LEF, a fortiori, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a quebra da empresa.<sup>70</sup>

Para robustecer ainda mais seus argumentos evocou o princípio da conservação da empresa, sob um viés econômico. Note:

Com efeito, tanto a o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata instituído da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial.

O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante.

Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos.

Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública para requerer a falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a atividade econômico-capitalista.<sup>71</sup>

Os demais integrantes da Segunda Turma do STJ, por unanimidade, acataram o voto do Ministro Relator e negaram seguimento ao recurso da Fazenda Pública, sendo ali ratificado a sua ilegitimidade em requerer falência de seus devedores, *verbis*:

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

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

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

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

<sup>70</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2010. p. 6.

<sup>71</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2010. p. 6.

respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata e o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial.

4. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante.

5. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos.

**6. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública a requerer falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a atividade econômico-capitalista. Dessarte, a Fazenda poder requerer a quebra da empresa implica incompatibilidade com a ratio essendi da Lei de Falências, mormente o princípio da conservação da empresa, embasador da norma falimentar.**

Recurso especial improvido. (REsp n. 363.206/MG, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em **4/5/2010**, DJe de 21/5/2010). (Grifo nosso).<sup>72</sup>

## 2.2 FUNDAMENTOS USUALMENTE REPETIDOS NOS PRECEDENTES EXAMINADOS

Da leitura dos acórdãos reproduzidos constata-se que o STJ analisou a questão da legitimidade da Fazenda Pública a luz da Lei das Concordatas (Decreto-Lei n.º 7.661/45), ou seja, até o momento não houve análise direta acerca do reconhecimento de tal possibilidade perante a LREF (Lei n.º 11.101/2005).

Nesses acórdãos identificou-se que a Fazenda Pública no afã de ter sua legitimidade reconhecida fundamentou seus requerimentos de quebra nos arts. 2º, I, 9, III, alínea *b* e 10, §1º, todos do Decreto-Lei n.º 7.661/45, tendo sido as tentativas rechaçadas pelo Tribunal da Cidadania (STJ).

Alguns dos precedentes aqui estudados foram julgados por maioria de votos, até mesmo àquele proferido pela Segunda Seção, conseqüentemente, é possível mapear argumentos contrários e favoráveis ao reconhecimento da legitimidade:

---

<sup>72</sup> BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, *op. cit.*, 2010.

Tabela 2 - Compilação dos argumentos utilizados pelas Correntes contrárias e favoráveis ao reconhecimento da (i)legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência

Argumentos	A favor do reconhecimento da legitimidade	Contrário ao reconhecimento da legitimidade
Art. 186 e ss, do CTN; e Interesse de agir	<p>1) A criação de privilégios como o da incomunicabilidade concursal configura mais uma hipótese de cobrança além daquelas já disponibilizadas pelo ordenamento jurídico pátrio;</p> <p>2) O interesse processual não se confunde com interesse econômico ou moral, pois, aquele almeja um determinado provimento judicial, a fim de fazer valer o direito substantivo de que se afirma ser titular, lado outro, o interesse econômico ou moral seria o próprio direito material; e</p> <p>3) A retirada do mercado de comerciantes devedores costumeiros do fisco detém propósito moralizante, por isso, há uma certa utilidade e necessidade no processo falimentar.</p>	<p>1) Há expressa vedação legal à sujeição do crédito tributário ao procedimento concursal, ademais, o privilégio a ele conferido é irrenunciável; e</p> <p>2) O reconhecimento de tal possibilidade configuraria um verdadeiro instrumento de coação moral, visto que o pedido não teria outra finalidade que não a de coagir a devedora ao pagamento, transformando o processo de falência em balcão para cobrança de dívidas. Ademais, a ideia de transformar a falência numa via de saneamento do mercado não é um objetivo da Lei, mesmo porque o Estado tem outros meios para sanear o mercado. Se quiser punir o crime de falência, essa é uma consequência, e não um objetivo da falência.</p>
Art. 38, da LEF	<p>1) O rigor já foi há muito superado, tendo em vista que inclusive pode discutir o crédito tributário, via outras ações. Ou seja, o objetivo da LEF foi conferir uma maior garantia à Fazenda Pública e não um engessamento da cobrança</p>	<p>1) A lei é clara quanto a possibilidade de cobrança do crédito tributário, via execução fiscal.</p>
Discricionariedade do agente em requerer ou não a falência (Interesse público)	<p>1) Princípio da Isonomia, pois, a Fazenda Pública não poderia ser a única impedida de requerer.</p>	<p>1) Reconhecida a legitimidade o credor seria obrigado a requerer a falência de todos os seus devedores, portanto, existindo tal possibilidade seria um caos, já que as empresas em crise via de regra também são devedoras de crédito tributário;</p> <p>2) O processo de falência não pode ser utilizado em substituição aos meios ordinários de cobrança, pois, se assim o fosse estaria desvirtuando o propósito da falência gerando por conseguinte um abuso de direito;</p> <p>3) Não há interesse público e sim interesse em cobrar a dívida.</p>

Ordem econômica	1) Impede que o devedor contumaz realize concorrência desleal com os demais participantes do mercado, conseqüentemente, a retirada desses é salutar.	1) Reconhecer a possibilidade iria de encontro com os princípios da ordem econômica
Art. 29, da LEF	-----	1) Exclui a Fazenda Pública do concurso de credores
Arts. 8º e 9º, da Lei da Concordata	1) A lei não veda a possibilidade do pedido pela Fazenda Pública, logo, seria permitido.	1) Não prevê dentre os legitimados à Fazenda Pública

### 2.3 ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO NO JULGAMENTO DA APL N.º 1001975-61.2019.8.26.0491, ANTES DAS ALTERAÇÕES DA LEI N.º 14.112/2020, RECONHECENDO A LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA.

O julgado paulistano examinou a aplicação do art. 94, II, da LFRE, em favor da Fazenda Pública, devido à execução fiscal promovida pelo fisco não ter alcançado resultado.

Na fundamentação de seu voto, o Desembargador-Relator preocupou-se em demonstrar as controvérsias que circundam o tema. Expôs a posição dominante no âmbito do STJ e deu destaque aos precedentes do Tribunal da Cidadania.

Ponto a ser destacado no voto do Relator consiste na observação de que os precedentes do STJ examinavam a Lei da Concordata, sendo os acórdãos proferidos na sequência, seja pela Corte Cidadã ou pelos tribunais estaduais, meras reproduções daquele julgado. Ou seja, inexistiu o cuidado de examinar a questão da legitimidade frente as modificações decorrentes da LREF, do Código Civil e do Código de Processo Civil (CPC/2015).

E aos olhos do Relator devido à LREF “nova interpretação deve ser conferida à possibilidade da formulação do pedido de falência pela Fazenda Pública em determinadas situações”<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> SÃO PAULO, 2020.

No desenvolvimento de seu raciocínio, o Relator observou a nova leitura que vem sendo conferida ao Direito Administrativo em decorrência da aproximação entre o Direito Público e o Privado, além da questão das críticas ao princípio da supremacia do interesse público.

Ato contínuo, afastou a possibilidade de a Fazenda Pública lastrear requerimento de falência com base no art. 94, I, da LFRE, posto que a lei confere meios adequados para persecução do crédito tributário. Porém, se a credora pública utilizou os meios legais disponíveis na busca pela satisfação da dívida não poderia ser a ela negado a última *ratio*, qual seja, o requerimento falimentar com fulcro no art. 94, II c/c art. 97, IV, ambos da LFRE.

Tal fato decorre da LREF, que ampliou o rol de legitimados ao requerimento falimentar, antes restrito na Lei da Concordata. Acrescentou, ainda, em seu voto, fundamentos refutando um a um dos pontos defendidos pela corrente contrária ao reconhecimento da legitimidade, *ex vi*:

Por conseguinte, quanto ao fato do crédito da Fazenda Pública não estar sujeito ao concurso, é importante lembrar que, na classificação do concurso de credores, existe o chamado CONCURSO FORMAL (isto é, procedimental), e o CONCURSO MATERIAL, ou seja, a inclusão do crédito tributário na ordem de credores, na forma do art. 83, da Lei nº 11.101/05: [...] Ou seja, a Fazenda Pública não está sujeita ao concurso formal, porque pode continuar com a execução fiscal, a fim de buscar a satisfação de seu crédito. Mas está ela sujeita ao CONCURSO MATERIAL, pois está sujeita à fila de pagamentos. [...]

Por tais razões é que, estando a Fazenda Pública sujeita ao concurso material, e, uma vez frustrada a execução do crédito pelas vias próprias, não há porque se inadmitir o requerimento de quebra pelo ente público, lembrando-se, inclusive, que o interesse público é indisponível, e que o devedor tem meios para obstar a falência, como o pagamento do débito, efetuando pedido de recuperação judicial ou aderindo a eventual parcelamento dos débitos fiscais. (Grifo nosso).<sup>74</sup>

Se posiciona, também, contra aplicação indiscriminada do princípio da preservação da empresa. Quanto a esse ponto basicamente afirma que se a finalidade do princípio é proteger o interesse da economia nacional, coexistindo no mercado empresas não aptas a participarem da concorrência de maneira saudável, faz-se necessária a exclusão.

Acompanhando o Relator, o Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças apresentou voto convergente e adicionou que atualmente a melhor

---

<sup>74</sup> SÃO PAULO, 2020.

interpretação impede que a quebra seja considerada como uma espécie de sanção ou pena, “mas sim como um instituto econômico-jurídico aplicável como um escopo de saneamento de mercado”<sup>75</sup>.

Mas como trata-se de um tema controverso a decisão se deu por maioria, sendo o voto divergente proferido pelo Desembargador Fortes Barbosa.

Fundamentalmente, pontuou seu voto no impacto econômico que a medida poderia resultar, uma vez que tendo sido reconhecida a legitimidade da Fazenda Pública é seu dever sempre requerer a falência quando estar-se-á diante do insucesso do procedimento de cobrança.

E, no que tange aos argumentos de direito em si considerados, repetiu os fundamentos já apresentados no tópico anterior, via reprodução do voto do Ministro do STJ, responsável por julgar o REsp n.º 138.868/MG.

### **3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À (I)LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA REQUERER FALÊNCIA**

As premissas e virtudes de uma sociedade inexoravelmente devem estar refletidas no sistema jurídico que a rege, sob pena de crise de legitimidade social.<sup>76</sup>

Os princípios jurídicos são os responsáveis pela tradução dessas expectativas sociais no ordenamento.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios são as normas estruturantes do sistema jurídico, responsáveis por ecoar toda a lógica das regras que o compõem. A bem da verdade trata do tecido que harmoniza as normas a serem aplicadas, então, atentar contra um princípio caracteriza ofensa a todo um sistema.<sup>77</sup>

O exercício de compilar os valores da comunidade dentro de um sistema jurídico não é tarefa fácil, por isso, esses comportam um alto grau de generalidade e elevada carga axiológica.

---

<sup>75</sup> SÃO PAULO, 2020.

<sup>76</sup> DWORKIN, 1999 *apud* PENN, Bernardo Schmidt. Levando o princípio a sério: Uma análise do princípio em Ronald Dworkin e seu uso indiscriminado no Brasil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 71, p. 51-76, nov. 2016.

<sup>77</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

Como consequência dessas características, a visão tradicional relegava-os a uma posição de coadjuvantes dentro do ordenamento jurídico.

Inclusive, a citada posição foi confirmada pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), a qual em seu artigo 4º orientava a aplicação dos princípios aos casos de omissões legais.<sup>78</sup>

No pensamento contemporâneo, por sua vez, os princípios passam a ter uma maior relevância prática, visto a necessidade prévia de sua análise no exercício da exegese. Em outras palavras, os princípios deixaram de ser notados como simples recomendação e/ou orientação passando a deter um mandamento de otimização. Como pode se observar pelas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.<sup>79</sup>

Essa nova ótica resultou num ganho de legitimidade social para o sistema jurídico, pois, as expectativas da comunidade passaram a ser melhor espelhadas.

O maior destaque alcançado pelos princípios, a partir da visão contemporânea, trouxe a reboque a necessidade de adoção de diversas cautelas visando evitar seu uso indiscriminado.

Para Carlos Ari Sundfeld, não se pode utilizar os princípios de forma desordenada na resolução de uma contenda<sup>80</sup>. Significa dizer que seu caráter amplo e abstrato confere ao intérprete a possibilidade de escolher mais de uma decisão, desse jeito, o uso imprudente gera risco de sua utilização ser tida como justificativa para uma decisão arraigada de subjetivismo e arbitrariedade.

Nesse contexto, torna indispensável investigar o conteúdo mínimo ao qual se reveste o princípio jurídico quando aplicado, justamente para impedir seu uso desordenado.

---

<sup>78</sup> "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

BRASIL. **Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 4 set. 1942. LINDB. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/de14657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de14657compilado.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2022.

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34-45.

<sup>80</sup> SUNDFELD, 2014 *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*.

Diante das características expostas, resta patente que o sistema não pode ser formado única e exclusivamente por princípios, sob pena de comprometimento da segurança jurídica, daí a necessidade de fixação de regras.

As regras conferem uma maior previsibilidade ao ordenamento, além de ser um processo de aplicação mais simples e célere. Todavia, o sistema igualmente não pode ser composto apenas por elas, se assim o fosse seria dele exigido “disciplina legislativa exaustiva e completa, além de inviabilizar a realização dos sopesamentos necessários à resolução dos conflitos inerentes ao pluralismo.”<sup>81</sup>

Somente com a conjugação de ambos (princípios e regras) o intérprete pode evitar os riscos do exercício de uma atividade defeituosa.

Certo é que existem diferenças entre princípios e regras, as quais devem ser estudadas para impedir a utilização demasiada de um deles em detrimento do outro. O debate acerca da distinção entre eles é antigo, tendo como seu maior expoente Ronald Dworkin. Na obra “Levando os direitos a sério” é feita a separação:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...]

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. [...] Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância.<sup>82</sup>

Em suma, os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”<sup>83</sup>, as regras, por sua vez, são igualmente normas, porém, permitem apenas uma única possibilidade gerando uma maior segurança jurídica aos seus destinatários.

---

<sup>81</sup> NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodium, 2019. p. 147.

<sup>82</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 35/40/42.

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

Desse modo, as regras e os princípios diferenciam-se no número de soluções que cada um comporta, e nos dizeres de Robert Alexy, trata-se de uma distinção qualitativa e não de grau.<sup>84</sup>

Por fim, compete trazer a relevo o fato de inexistir entre os princípios e regras hierarquia normativa, sendo possível que qualquer um prevaleça. Na realidade, os princípios detêm força normogenética:

[...] Porquanto apenas estes são fundamentos e dão origem às regras. Não se trata, portanto, de meros valores dispostos no ordenamento, mas de normas das quais resultam prescrições de comportamentos e que repercutem na formação das demais normas jurídicas.<sup>85</sup>

Vale acentuar que, se porventura, ocorrer algum conflito entre as regras e os princípios, estar-se-á verificando na realidade um embate entre princípios, visto que estes fornecem razões favoráveis e contrárias à aplicação da regra naquele caso específico.

Defronte dessa curta contextualização, cabe investigar se dentre os princípios motrizes da LREF (preservação da empresa e função social) e da atividade da Administração Pública na figura da Fazenda Pública (supremacia e indisponibilidade do interesse público) há compatibilidade capaz de ensejar o reconhecimento da possibilidade desta se tornar uma legitimada para proposição da medida falimentar.

Ressalta-se que os precedentes judiciais analisados neste ensaio trouxeram à lume a indicação desses princípios como fundamento para o reconhecimento da (i)legitimidade de a Fazenda Pública propor requerimento falimentar, logo, cabe aqui investigá-los.

O estudo parte do exame dos princípios, haja vista que inexistente preceito expresso atribuindo à Fazenda Pública tal legitimidade, inclusive, os debates ocorridos durante a tramitação do projeto de lei convertido na LREF rejeitaram expressamente a possibilidade, cf. demonstrado nos tópicos anteriores.

De todo modo é imperioso consignar que a previsão legal do art. 94, I c/c art. 97, IV, ambos da LREF, estabelecem a possibilidade de qualquer credor requerer a falência de seu devedor quando restar demonstrada a insolvência jurídica.

---

<sup>84</sup> ALEXY, 2008. p. 91.

<sup>85</sup> CARVALHO. Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito Administrativo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 31.

Apesar da legitimação genérica dada a qualquer credor, o fisco não vem sendo considerado como um dos legitimados, por força de legislações outras que não LREF, *ex vi*, o Código Tributário Nacional (CTN) e a Lei de Execuções Fiscais (LEF), cf. visto no exame dos precedentes judiciais

Sem embargo, ante a ausência de vedação expressa no bojo da LREF e as diversas outras interpretações dadas aos dispositivos legais que fundam o reconhecimento atual da ilegitimidade, compete examinar se de fato a Fazenda Pública está ou não enquadrada no conceito de credor ecoado pelo art. 97, IV, da LREF, via o estudo dos princípios.

Até porque a Lei n.º 14.112/20, responsável por alterar substancialmente a LREF, a pretexto de conferir uma contraprestação à Fazenda Pública, reconheceu a possibilidade desta convolar recuperação judicial em falência. Todavia, a norma permaneceu silente quanto ao requerimento direto de falência.

Em vista disso, o exegeta deve caminhar pela análise dos princípios a fim de apurar se de fato a Fazenda Pública é ou não legitimada.

### 3.1 SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Feitas essas considerações iniciais, cabe, a partir de agora, analisar tanto o princípio da supremacia como o da indisponibilidade do interesse público, sendo o primeiro utilizado para justificar as prerrogativas estatais e o segundo constitui uma espécie de freio à atuação do Estado.

Ambos os princípios são os pilares do regime jurídico administrativo e traduzem o binômio “prerrogativas da Administração – direito dos administrados”<sup>86</sup> declamado por Fernando Garrido Falla como sendo a fisionomia do Direito Administrativo.

O binômio transparece o pêndulo que marca esse ramo de direito, que ora caminha para uma ação mais autoritária ora reverbera valores democráticos, mas sempre objetivando disciplinar o exercício da função administrativa.

---

<sup>86</sup> FALLA, Fernando Garrido, 1958 *apud* MELLO, 2010. p. 56.

Importante ter em mente que a dita função consiste na “atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”<sup>87</sup>.

Daí verifica-se a importância da definição do conceito de interesse público, o qual para alguns autores como Celso Antônio Bandeira de Mello deve sempre prevalecer sobre o privado, haja vista que a Administração Pública tutela a proteção da coletividade (interesse público), que por sua vez, não pode ser sacrificada.

Em que pese o acerto do raciocínio, o entendimento não pode ser tido como fundamento único dos princípios analisados, ou melhor, o seu conteúdo mínimo é mais amplo, à vista disso faz-se necessário definir “interesse público”.

Ao perseguir esse conceito é de bom alvitre proceder com uma breve comparação realizada por Alexandre Santos de Aragão entre a concepção anglo-saxônicas e a germânico-latina.

Expõe o autor que o interesse público na percepção dos EUA e Reino Unido seria uma espécie de soma dos interesses individuais, conseqüentemente, existindo a satisfação do indivíduo haveria a sua realização. De outro lado, na concepção germânico-latina o interesse público seria algo a mais do que o somatório dos interesses individuais<sup>88</sup>.

Notando tal característica, Tercio Sampaio Ferraz Junior passou a defender a flexibilidade do conceito, devido sua ideia de lugar-comum<sup>89</sup>. Já Gustavo Binbenbojm, advoga no sentido de que somente o caso concreto conjugado com os valores constitucionais podem definir o que seja interesse público<sup>90</sup>.

O ponto comum de ambas as exposições está na dificuldade em definir o que seja “interesse público”. Atento ao caráter indeterminado do conceito, José Eduardo Faria o descreve como “um conceito quase mítico, cujo valor se assenta justamente na indefinição de seu sentido e que, por ser facilmente manipulável por demagogos, populistas e tiranos da vida pública, acaba sendo analiticamente pobre”<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> MELLO, *op. cit.*, 2010. p. 29.

<sup>88</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 26.

<sup>89</sup> FERRAZ JUNIOR, 1995 *apud* JUSTEN FILHO, *op. cit.*, 2018.

<sup>90</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 117-169.

<sup>91</sup> FARIA, 1992 *apud* CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Conceito de Interesse Público no Estado Constitucional de Direito. **Revista da ESMESC**, v. 20, n. 26, p. 223-248, 2013. Disponível em: <<https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/78/71>> Acessado em: 17 jul. 2022. p. 226.

Ante a patente dificuldade de se definir “interesse público” Marçal Justen Filho propôs sua conceituação negativa, ou seja, o alcance do significado decorreria do exercício da exclusão.

A partir do encontro do que não seja interesse público seria possível minimamente parametrizá-lo, então, interesse público não se confundiria com: a) interesse estatal; ou b) interesse privado daquele que exerce a função administrativa; ou c) interesse da sociedade; ou d) interesse da totalidade ou da maioria dos cidadãos.<sup>92</sup>

Como resultado, conclui-se que interesse público é a soma dos valores constitucionais devidamente ponderados num caso concreto, sendo seu conteúdo mínimo os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tendo como norte tais (in)definições a clássica doutrina administrativista divide o interesse público em primário e secundário.

O interesse público primário consiste no objetivo primordial do Estado, qual seja, colocar em prática as normas constitucionais e infraconstitucionais em favor da coletividade<sup>93</sup>, tudo visando favorecer o bem-estar social, por sua vez, o interesse público secundário está conectado às atividades instrumentais ou internas do Estado para realização do interesse primário.

Pela definição acima apresentada nota-se que o interesse público primário é formado pela vontade da coletividade e nada tem a ver com os anseios do Estado individualmente considerados.

Já as ambições particulares do Estado são tidas como interesses públicos secundários e apenas podem ser considerados legítimas, se e somente se forem utilizadas na busca do interesse de toda uma comunidade. Diante disso, qualquer ação adotada pela Administração Pública que se afaste dessa premissa deve ser considerada como abuso de poder.

Em complementação ao até aqui exposto, cabe reproduzir explicação feita por Celso Antônio Bandeira de Mello sobre os interesses público secundários:

Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por

---

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, 2018.

<sup>93</sup> RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Processo público e Constituição: uma análise das prerrogativas processuais da Fazenda Pública à luz das garantias constitucionais do processo. *In*: FUX, Luiz. (org.). **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 101.

quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.

Em face do exposto, fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente par ao alcance de interesse públicos; não para satisfazer apenas interesse ou conveniência tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.<sup>94</sup>

No anseio de fazer valer o interesse de toda uma sociedade, foi conferido junto ao ordenamento jurídico instrumentos (privilégios, garantias e preferências) em favor da Administração Pública, no entanto, tais ferramentas não estão disponíveis ao Estado quando este explora seus interesses particulares, salvo se houver coincidência com o interesse público primário.

Surge daí o princípio da supremacia do interesse público, o qual justifica a medida proposta apenas se a mesma for indispensável ao atendimento do interesse da coletividade.

Essencialmente, o princípio alavanca o interesse público a uma posição de superioridade sobre o particular, fazendo com que aquele prevaleça num eventual conflito.

Defronte do conflito e tendo em vista que o interesse da coletividade deve sobrelevar, via de regra, sobre o interesse particular, a Administração Pública utiliza do princípio em questão como técnicas de solução de conflito. Em igual sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Wallace Paiva Martins Junior se posicionaram:

Havendo atos que primem pela juridicidade a colisão entre o interesse individual e o interesse público não é senão aparente, pois, o interesse para ser protegido é preciso que seja tutelável direta ou indiretamente pelo Direito. Assim sendo, o mercador de substâncias entorpecentes que não tenha autorização legal se tem interesse neste setor econômico, este não é juridicamente amparado. E a Administração Pública encontra uma série de restrições no correto exercício de suas prerrogativas, que balanceiam o binômio autoridade-liberdade e são instituídas para evitar a arbitrariedade em homenagem aos próprios interesses individuais. A supremacia do interesse público só pode ser entendida como técnica de solução de compromisso que transite obrigatoriamente por essas restrições, inclusive quando ela exista residualmente e em menor intensidade em atos não unilaterais.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> MELLO, *op. cit.*, 2010. p. 73.

<sup>95</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral e princípios do direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-Book*.

Como diz Marcos Bittencourt “o princípio da supremacia do interesse público atribui um status especial ao Estado frente ao particular”<sup>96</sup>.

Ocorre que os ensinamentos alhures vêm sofrendo contestação por parte da doutrina, a exemplo, Luís Roberto Barroso, Humberto Ávila, Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmiento, dentre outros.

Sucintamente, os autores citados questionam a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, para essa corrente, ocorrendo colisão entre os interesses não se deve pressupor uma supremacia, e sim, uma solução a ser dada a partir da ponderação dos valores constitucionais ali considerados.

Para eles o princípio em voga representa o autoritarismo retrógrado que marca a relação pendular do binômio mencionado por Fernando Garrido Falla.

Em contraponto, Fernanda Marinela ao ponderar os fundamentos exibidos pela corrente supra reproduziu as lições de Alice Borges:

[...] Não se trata de desconstruir a supremacia do interesse público, mas sim, de reconstruir a noção; contextualizá-la devidamente na atual ordem constitucional é fazer respeitá-la, buscando o verdadeiro interesse público. É importante não confundir supremacia do interesse público, princípio que está no alicerce das estruturas democráticas, viga mestra do regime jurídico administrativo, com os abusos, desvirtuamentos e manipulações em prol de interesse nada nobres. O problema não é do princípio ou de sua existência, mas sim de seus aplicadores. Apagar o princípio ou reduzir a sua importância não vai eliminar a arbitrariedade, já que os maus administradores certamente conseguirão outra justificativa para as suas vontades ilícitas.<sup>97</sup>

Já o princípio da indisponibilidade do interesse público encampa o dogma segundo o qual a Administração Pública ao cumprir sua função deve observar o interesse público, não podendo dele dispor livremente. Em resumo, trata-se de um verdadeiro limitador da atuação administrativa.

Perante a explanação acerca dos princípios, compete examinar as respectivas aplicações no contexto da falência.

Primeiramente, é relevante identificar qual é o interesse público perseguido pela lei falimentar.

---

<sup>96</sup> BITTENCOURT, Marcos. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Fórum, 2011. p. 98.

<sup>97</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 30.

A quebra de uma empresa gera risco de inadimplemento das contratações, fechamento de postos de trabalho, perda de arrecadação, etc., ou seja, afeta a função social da empresa e compromete a higidez do mercado influenciando negativamente a ordem econômica (art. 170, da CF).

Devido ao grande impacto gerado, o legislador entendeu por bem reunir todos os credores num só processo de execução coletiva, a fim de evitar que as execuções individuais proposta pelos credores mais céleres exaurissem todo o patrimônio do devedor ao ponto de não restar mais nada para os demais.

Igualmente, um dos objetivos foi manter o equilíbrio na cobrança entre todos os credores, de modo que seja conferido iguais chances de satisfação do crédito, daí a ideia de manutenção da higidez do mercado.

É notório que ao manter a possibilidade de cobranças individuais acabaria por resultar na satisfação do crédito de poucos em desfavor da grande maioria, o que acarretaria no “financiamento” de alguns, via créditos dos demais.

Por esse motivo, o interesse público protegido com o procedimento falimentar seria mitigar os impactos gerados pela “morte” da empresa, por intermédio da maximização dos ativos do falido.

Na ótica mais antiga a empresa deveria ser liquidada de forma imediata para evitar uma maior lesão ao crédito, vez que a medida impede o aumento dos riscos de calote e igualmente previne que apenas os credores mais oportunistas alcancem o adimplemento de seu crédito em prejuízo aos demais.

Por coincidência, o procedimento vigente durante a Lei da Concordada melhor prestigiava o interesse individual de cada credor, qual seja, a recuperação imediata de seu crédito.

A medida falimentar do devedor nunca foi o objetivo dos credores ou se em algum momento o foi está relegada a um segundo plano, pois, o que de fato importava era o recebimento de seus créditos.

Acontece que com o decorrer do tempo observou-se que a medida adotada para atingir o interesse público - gerar equilíbrio entre os credos na cobrança de seus créditos, objetivando manter a higidez do mercado - não mais seria adequada, assim, “a falência passa a ser concebida como um modo de o exercício de a atividade se

tornar mais eficiente, com a preservação da função social da empresa, agora apenas sob o comando de outro empresário arrematante dos bens na liquidação forçada”<sup>98</sup>.

Devido à nova concepção do procedimento falimentar nasce um hipotético conflito entre o interesse público e o interesse individual do credor, visto que este recomenda adoção da falência para satisfação imediata de seu crédito, e aquele agora almeja manter sempre que recomendado a atividade empresarial para conseguir extrair a máxima potencialidade do patrimônio do falido, no intuito de reduzir a repercussão negativa causada ao mercado com a “morte” da empresa.

Frente a colisão, o princípio da supremacia do interesse público é posto como instrumento de solução e, uma vez sendo chamado, prevalece a medida que melhor atenda ao interesse público.

Tendo sido reconhecido o interesse público primário na falência – higidez do mercado - compete investigar como a Fazenda Pública (Administração Pública) ali atuaria? Qual seria o interesse público de fato por ela perseguido quando propõe o requerimento falimentar?

As respostas serão encontradas com o estudo das funções do crédito tributário e do interesse público perseguido com a busca de sua satisfação, após o alcance da resposta deve ponderar se o reconhecimento da legitimidade da Fazenda Pública atenderia num último grau a proteção da higidez do mercado (interesse público protegido com a LREF) ou apenas o ressarcimento da dívida.

Essa análise será feita nos subtópicos a seguir.

### 3.2 FUNÇÃO SOCIAL E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O princípio da preservação da empresa encontra seu fundamento no princípio da função social dessa, que por sua vez, decorre do direito de propriedade e de sua respectiva função social (art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal).

A evolução social demonstrou que o direito patrimonial tradicional reconhecido pelo uso, gozo e disposição da coisa foi dando lugar como bem salientado por Gilmar Ferreira Mendes a ideia de “utilidade privada do direito patrimonial para o indivíduo,

---

<sup>98</sup> SACRAMONE, *op. cit.*, 2021. p. 401.

isto é, a relação desse direito patrimonial com o titular”<sup>99</sup> numa clara superação do conceito estritamente civilístico. Como visto, ocorreu uma ampliação da proteção do direito de propriedade deixando de ser compreendido apenas como bens móveis ou imóveis.

Ao reconhecer que a utilidade privada para o indivíduo seria parte integrante do direito de propriedade, ficou clara a possibilidade legítima do surgimento de novas definições do seu conteúdo, acabando por revelar o caráter dinâmico do conceito.

Nesse cenário de inexistência de um preceito estanque/estático compete ao legislador, no exercício de seu *múnus*, regular o exercício do direito de propriedade, o qual deverá adotar como bússola a função social arraigada ao instituto, bem como, sempre assegurar a existência, a funcionalidade e o pleno exercício da propriedade.

Nos dizeres de Hans-Jurgen Papier citado por Gilmar Ferreira Mendes “o legislador está obrigado a construir a ordem jurídica da propriedade, considerando, para isso, tanto os interesses privados como as exigências de cunho social.”<sup>100</sup>

Extraí-se dessa afirmação que o direito de propriedade detém um caráter híbrido, devido ao seu afastamento da ideia individualista que o revestia.

Isso decorre do princípio da função social da propriedade, responsável por introduzir “na esfera interna do direito de propriedade um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo”<sup>101</sup>.

Trata-se de um preceito que acaba por limitar o próprio exercício do direito de propriedade, uma vez que exige a utilização desta em prol da satisfação da comunidade e do progresso<sup>102</sup>.

Embora ambos os direitos fundamentais acabem por se autolimitarem, o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e utilidade) funciona como uma espécie de balança no exercício da função legislativa, em resumo, consiste num instrumento para aplicação da teoria dos limites dos limites.

O legislador no desenvolvimento de seu mister é obrigado a ponderar se o conteúdo da norma referente ao exercício do direito de propriedade e sua função

---

<sup>99</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 519.

<sup>100</sup> PAPIER, Hans-Jurgen *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*, 2010. p. 534

<sup>101</sup> COLLADO, Pedro Escribano, 1979. *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 286.

<sup>102</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 592.

social se faz ou não necessário, adequado e/ou útil, verificando se de fato o núcleo essencial do direito fundamental está protegido.

De maneira sucinta é possível defender que o núcleo essencial do direito de propriedade e de sua função social consiste na impossibilidade de colocar a coisa (propriedade) a serviço do Estado ou da comunidade.

Observando esse equilíbrio o legislador estará respeitando o caráter individual da propriedade e o interesse público decorrente de sua destinação socialmente útil.

Dito isso, analisar-se-á o impacto de tais preceitos dentro da temática da empresa.

A ordem emanada da Constituição Federal (CF/88) acaba por obrigar que toda e qualquer atividade econômica desenvolvida em território nacional deve se pautar não só pelo interesse particular naturalmente embrenhado por aquele que explora seus bens de produção, mas também, exige dos agentes econômicos responsabilidade social devido ao impacto causado por sua atividade na comunidade. (art. 170, III, da CF/88).

Tendo como premissa tal mandamento constitucional e considerando que o empresário é o agente catalizador da atividade econômica passa-se a investigar o que seria o direito de propriedade ali protegido, igualmente, a sua respectiva função social.

O art. 966, do Código Civil (CC)<sup>103</sup>, preconiza que toda pessoa física ou jurídica que exerça profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços deve ser considerada empresário.

A empresa, por sua vez, consiste no “conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços.”<sup>104</sup> O termo empresa consigna a ideia de formação de uma pessoa jurídica para exploração de determinada atividade econômica objetivando ao final o lucro.

Ocorre que a realização de sua finalidade primária não pode ser predatória ao ponto de reflexamente gerar um impacto negativo à sociedade, razão pela qual o texto constitucional, em decorrência da adoção de características do Estado Social, concilia a liberdade de iniciativa e a propriedade privada com os interesses sociais.

---

<sup>103</sup> BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. CC. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2022.

<sup>104</sup> TEBET, 2004 *apud* NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da empresa**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 21.

É possível constatar que apenas o asseguramento das liberdades individuais não seria suficiente para garantir a realização de projetos pessoais. Dado isso, surge o princípio da função social que confere ferramentas aos indivíduos para o efetivo gozo das liberdades evocadas pelo Estado Liberal e descritas na Constituição Federal e, ao mesmo tempo, limita o seu exercício. Comungando de igual entendimento, Fábio Brasilino em sua obra reproduz as lições de Roberto Mangabeira Unger:

Nesse sentido, Roberto Mangabeira Unger sustenta a necessidade de todos herdarem da sociedade “um conjunto de direitos e recursos básicos para dar início a uma trajetória de vida e mantê-la, a despeito dos extremos de azar e insegurança”, e complementa que “todos deveriam, portanto, ter disponíveis as ferramentas necessárias para uma ação cívica e econômica efetiva”.<sup>105</sup>

Por esses motivos o princípio da função social da propriedade foi elevado ao patamar de um dos princípios formadores da ordem econômica.

Mas como seria o exercício do direito de propriedade no desenvolvimento da atividade empresarial? E, por conseguinte, como aplicar-se-ia ali o princípio da função social da propriedade?

Como dito, o direito de propriedade garante ao indivíduo o direito/poder de utilizar e dispor do bem da forma que melhor lhe convir, mas o seu gozo pode sofrer certa limitação resultante da função social da propriedade, a qual visa garantir que os benefícios obtidos com a exploração da propriedade privada gerem saldo positivo à sociedade.

Transmutando essa lógica para o cenário da empresa tem-se que o direito de propriedade está presente quando o empresário adquire os bens de produção, os quais após a finalização do processo produtivo serão transformados em bens de consumo para serem comercializados e finalmente revertidos em lucro.

No desenvolvimento dessa atividade empresarial as tomadas de decisões acerca da efetiva destinação desses bens de produção acabam repercutindo nos interesses da coletividade, *ex vi* pagamentos de impostos, geração de empregos e distribuição de renda, como decorrência da prática a perseguição do lucro deve guardar certa compatibilidade com os interesses sociais.

---

<sup>105</sup> BRASILINO, Fábio. **Bem jurídico empresarial**: função social, preservação da empresa e proteção ao patrimônio mínimo empresarial. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 105.

Ou seja, a finalidade lucrativa não pode subjugar toda uma comunidade, contudo, isso não significa sustentar a função social da empresa a qualquer custo. Nessa esteira, somente poderá ser exigida da empresa a título de função social ações positivas e/ou negativas que de fato sejam compatíveis com a exploração de sua atividade econômica, sob pena de se ver transformada numa atividade assistencial.

Em conformidade com Eduardo Tomasevicius Filho, a função social da empresa consiste no “poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos”.<sup>106</sup>

Dessarte, o equilíbrio entre o fim primário da empresa e a função social é a medida que melhor compatibiliza os princípios que regem a ordem econômica.

De forma sintetizada, o princípio da função social da empresa consiste numa maneira de conciliar o exercício da atividade empresarial com a valorização à livre iniciativa.

Calha ressaltar que o princípio da função social da empresa está expresso na Lei n.º 11.101/2005 (LFRE)<sup>107</sup>, especificamente no art. 47, que por sua vez, não se limitou a positivar o aludido princípio, tendo além disso previsto o princípio da preservação da empresa. Veja:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.<sup>108</sup>

Portanto, desde que a função social da empresa esteja preservada há a conclamação do princípio da preservação da empresa. Antes de examinar o princípio em questão é de bom alvitre traçar um rápido histórico acerca do seu surgimento.

O Decreto-Lei n.º 7.661/45<sup>109</sup>, responsável por disciplinar o procedimento de concordata, detinha como premissa tratar a empresa devedora como uma espécie de doente terminal, sendo o encerramento da atividade a única solução fornecida em situações de crise econômica.

---

<sup>106</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 810, p. 33-50, abr. 2003. p. 42.

<sup>107</sup> BRASIL, *op. cit.*, 2005.

<sup>108</sup> BRASIL, *op. cit.*, 2005.

<sup>109</sup> BRASIL, *op. cit.*, 1945.

Inexistia à época preocupação com o impacto negativo gerado à comunidade com a retirada da empresa do mercado, a única preocupação de fato era a satisfação do crédito.

Com o decorrer do tempo ficou claro que a legislação não mais atendia aos anseios sociais, em vista disto, o parlamento iniciou os debates que culminaram na publicação da Lei n.º 11.101/2005.

A nova legislação teve como marco alterar a mudança da filosofia do regime falimentar nacional. Basicamente, a visão anterior - foco nos direitos e interesses dos credores – foi afastada para atender interesses diversos igualmente impactados pela quebra empresarial. Essa nova orientação ambicionava conferir aos devedores a possibilidade de reorganização para que fosse permitida a continuação do negócio.

Nas palavras de Gladston Mamede a principal finalidade da LREF consiste na “manutenção do capital social, o interesse público, a arrecadação de impostos objeto perante a sociedade, e não o encerramento e/ou afastamento da atividade do empresário junto ao seu estabelecimento comercial.”<sup>110</sup>

Em síntese, o encerramento de uma atividade econômica não afeta apenas a empresa em si, mas a todos os que a orbitam, como colaboradores, fornecedores, prestadores de serviços e consumidores.

Devido ao impacto extremamente negativo causado pelo encerramento de uma atividade empresarial, a LREF objetivou munir as empresas em crise de ferramentas para superação da dificuldade enfrentada.

O Relator do Projeto de Lei (PL) n.º 71/2003 – convertido na LFRE –, Senador Ramez Tebet, justificou o afastamento daquela visão retrógrada reverberada pelo Decreto-Lei n.º 7.661/1945 em alguns princípios, dentre os quais o da preservação da empresa. Ao expor sobre o princípio, pontuou que seu fundamento de validade é retirado da função social e descreveu as razões pelas quais a empresa deve ser preservada. Reproduz-se trecho do relatório:

[...] em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial,

---

<sup>110</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 50.

reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros;<sup>111</sup>

Pela leitura da reprodução supra percebe-se que a pessoa jurídica “representa um valor objetivo de organização que deve ser preservado, pois toda crise da empresa causa um prejuízo à comunidade”<sup>112</sup>. A partir disso, nasce a conexão entre os princípios da preservação e da função social da empresa. Na obra “Preservação da empresa”, Ricardo Negrão ao citar Gladston Mamede, explica:

E Gladston Mamede (2006, p. 182) não somente admite o princípio da preservação da empresa, mas ainda o identifica como corolário do princípio da função social da empresa: Essa compreensão da empresa por sua dimensão e finalidades privadas, no entanto, não exclui a compreensão concomitante de sua função social, ou seja, do interesse que a comunidade como um todo, organizada em Estado, tem sobre a atividade econômica organizada, ainda que se trate de atividade privada, regida por regime jurídico privado. A organização estruturada dos meios e processos de produção para intervenção e atuação no mercado, visando à produção de vantagens econômicas apropriáveis, é determinada pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação de serviços e, embora a finalidade imediata seja remunerar o capital nela investido, beneficiando os seus sócios quotistas ou acionistas, há um benefício mediato que alcança empregados, fornecedores, consumidores, o Estado. A proteção da empresa, portanto, não é proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com a sua atividade. E, como vimos no volume 1 desta coleção, corolário do princípio da função social da empresa é o princípio da preservação da empresa, metanorma que é diretamente decorrente da anterior; é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social.<sup>113</sup>

Da exposição explicitada é crível extrair o âmago do princípio da preservação da empresa, qual seja: proteção da atividade econômica.

Noutras palavras, o núcleo do princípio é manutenção da atividade empresarial devido ao seu impacto positivo na sociedade. Desta constatação extrai-se que o interesse individual de determinado credor não pode ser óbice para a manutenção da atividade econômica.

Mas essa defesa não significa preservar de maneira indiscriminada toda e qualquer atividade, pelo contrário, sendo constatada a incapacidade de

---

<sup>111</sup> DIANEZI, Vicente. **Comissão do Senado aprova texto da Lei de Falências**. 4 maio 2004. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2004-mai-04/comissao\\_senado\\_aprova\\_texto\\_lei\\_falencias?pagina=10](https://www.conjur.com.br/2004-mai-04/comissao_senado_aprova_texto_lei_falencias?pagina=10)>. Acesso em: 2 ago. 2022.

<sup>112</sup> LOBO, 1998 *apud* BRASILINO, Fábio, *op. cit.*, 2020. p. 128.

<sup>113</sup> MAMEDE, 2006 *apud* NEGRÃO, *op. cit.*, 2019. p. 23.

concorrência/subsistência a devedora deve ser retirada do mercado, sob pena de transposição dos riscos da atividade econômica serem revertidos aos credores.

De toda forma a proteção ecoada pelo princípio é o da atividade econômica, e não o do interesse da pessoa do empresário. Manifestando de forma semelhante, Marlon Tomazette pronunciou:

A empresa (atividade) é mais importante que o interesse individual do empresário, dos sócios e dos dirigentes da sociedade empresária. Não importa se estes terão ou não prejuízos, o fundamental é manter a atividade funcionando, pois isso permitirá a proteção de mais interesses (fisco, comunidade, fornecedores, empregados...). Não se descarta a manutenção da atividade com o mesmo titular, mas a preferência é a manutenção da atividade em si, independentemente de quem seja o titular.<sup>114</sup>

Impende salientar que a retirada da empresa inapta não pode se dar de maneira açodada, pois mesmo durante o processo falimentar o princípio da preservação da empresa está presente. Isso se dá como resultado do princípio da maximização dos ativos considerado como um dos nortes do procedimento falimentar.

Assim, sendo constatada que a interrupção imediata da atividade empresarial é o melhor caminho para maximizar o ativo do falido, a medida deve ser de plano adotada. Entretanto, se a paralisação abrupta da atividade refletir em maiores prejuízos aos credores, o princípio da preservação da empresa consagra a possibilidade da continuação da exploração da atividade econômica, tudo visando potencializar os ativos da massa falida e melhor atender ao interesse público.

Nota-se que o princípio da preservação da empresa quando aplicado nem sempre buscará proteger a atividade empresarial, há casos nos quais a medida que melhor o prestigia é a interrupção da atividade empresarial, posto que a continuação da empresa poderá resultar em comprometimento da preservação das outras empresas que concorrem com o falido (afetando a livre concorrência) ou possuem parceria comercial com este.

Sobre o tema, ao tratar da falência, Marcelo Barbosa Sacramone expôs em sua obra: “Ainda que a falência acarrete a interrupção do desenvolvimento da atividade, o princípio da preservação da empresa [...] deverá nortear todo o desenvolvimento do processo falimentar”.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 81.

<sup>115</sup> SACRAMONE, *op. cit.*, 2021. p. 402.

Considerando as razões pelas quais a atividade econômica deve ser preservada, cabe dissecar se o reconhecimento da legitimidade de a Fazenda Pública requerer a falência estaria em harmonia com o princípio da preservação da empresa.

O princípio da função social da empresa proclama a necessidade de se observar o impacto do exercício de uma atividade empresarial na sociedade, melhor dizendo, há um interesse público por trás do desenvolvimento da atividade econômica.

Como efeito, qualquer medida pensada ou adotada pelo legislador e/ou administrador público deve levar em conta tal condição, a fim de compatibilizá-la com os anseios sociais.

Nesse contexto, o princípio da preservação da empresa é empregado, já que ele num olhar finalístico serve de instrumento para florescimento da função social da empresa.

E nessa busca nem sempre a aplicação literal do princípio da preservação da empresa de fato estará prestigiando a função social, pois haverá situações nas quais a medida que melhor prestigia o princípio em voga, por mais antagônica que seja, será o encerramento das atividades.

Com base nesses pressupostos, o requerimento falimentar sugerido pela Fazenda Pública deve ser analisado, isso porque o exame prévio da proposição feita pelo interesse público é indispensável. Constatado qual interesse público a medida perpetrada pela Fazenda Pública de fato busca, é possível identificar se o princípio da preservação da empresa aplicado à falência está sendo observado.

Somente após essa tarefa poder-se-á verificar se de fato a medida atende a função social e a preservação da empresa.

### 3.3 IMPESSOALIDADE E ISONOMIA

A Constituição Federal em seu art. 37, *caput*, consigna que a Administração Pública está vinculada ao princípio da impessoalidade, assim sendo, sua atuação deve sempre objetivar a igualdade de tratamento para aqueles que se encontrem em situações jurídicas semelhantes, o que acaba retratando uma faceta do princípio da isonomia.

Em virtude da aplicação desse princípio fica a Administração Pública impedida de beneficiar, prejudicar ou discriminar qualquer administrado, portanto, pouco importa quem será impactado pela atuação.

Segundo Fernanda Marilena, o princípio em questão deve ser analisado de acordo com o interesse público, “tendo o administrador a obrigação de agir de forma impessoal, abstrata, genérica, protegendo sempre a coletividade”.<sup>116</sup>

Transportando esses ensinamentos para a questão de fundo deste estudo, o Ministro Cláudio Santos pontuou no julgamento do REsp n.º 10.660/MG que se for reconhecida a legitimidade de a Fazenda Pública requerer a falência a mesma deverá proceder com a medida em face de todos os seus devedores, o que geraria um verdadeiro caos devido ao grande número de empresas inadimplentes.

Do contrário seria facultado ao agente público a escolha do devedor que sofreria o impacto da medida, situação essa vedada por força do corrente princípio.

Em contraponto, o Ministro Eduardo Ribeiro ponderou que o requerimento falimentar deve sempre seguir o interesse público, logo, eventual seletividade na aplicação da medida não feriria a impessoalidade em decorrência do requerimento estar fundado no interesse público. E, acaso, o agente afaste-se desse preceito, sua conduta deve ser tida por ilegal.

Isto posto, o reconhecimento da legitimidade mais uma vez perpassa pelo exame do interesse público de a Fazenda em pugnar pela falência, visto que somente ele fundamentaria uma eventual seletividade dos contribuintes sujeitos a medida sem para tanto negar vigência ao princípio da impessoalidade.

De toda forma, eventual reconhecimento da legitimidade também deve ser enfrentado sob a ótica da isonomia, contudo, não a igualdade ou a desigualdade perante os devedores, mas sim, do equilíbrio de armas entre os credores no intuito de não violar o princípio do *par conditio creditório*.

Consoante adiantado, a concessão de privilégios, garantias e preferências à Administração Pública decorre do princípio da supremacia do interesse público e são justificáveis para atendimento do interesse público primário. À vista disso, a concessão de mais uma ferramenta à Fazenda Pública somente se justificaria na hipótese de atender ao interesse da coletividade.

Isso porque o reconhecimento da medida em favor da Fazenda Pública confere a ela o uso de mais uma ferramenta de coerção, o que ao fim e a cabo

---

<sup>116</sup> MARINELA, *op. cit.*, 2012. p. 34.

potencializa a preponderância do tributo sobre os demais créditos. Por essa razão precisaria verificar se de fato o interesse público primário estaria sendo atendido.

Pautado nesse raciocínio, deve-se investigar em qual modalidade ou se realmente há interesse público no *animus* da Fazenda Pública quando buscar evocar tal medida.

### 3.4 AS FUNÇÕES DO TRIBUTO À LUZ DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA IMPESSOALIDADE

Historicamente as formas de organizações sociais mais primitivas já comportavam alguma espécie de financiamento para cobrir os gastos coletivos, conquanto, as cobranças na antiguidade não eram exigidas dos cidadãos livres.

Tanto na Grécia Antiga como no período romano apenas os escravos e estrangeiros estavam sujeitos ao recolhimento do tributo, ou seja, o ideário de liberdade está conectado à contribuição compulsória.

Certo é que existiam exceções a tal regra, *ex vi*, Roma ao exigir o *tributum* de seus cidadãos livres. A cobrança também era vinculada ao ideal de liberdade, tendo em vista que a exação detinha como propósito o financiamento da guerra, sendo o valor entregue devolvido ao contribuinte no momento da pilhagem.

Via de regra, a exigência trazia consigo a ideia de “preço da liberdade”.

Indo para a Idade Média a opinião de liberdade presente na antiguidade manteve-se conectada ao tributo, porém, aqui, a cobrança somente era feita sobre os homens livres em razão dos dogmas vigentes à época.

A liberdade estava atrelada à concordância do cidadão em adimplir com o pagamento, por isso, o tributo era exigido apenas dos homens livres. Os servos eram tributados pelos senhores feudais e em troca gozavam das terras e da proteção destes, mas caso não desejassem a cobrança bastava recusar a “oferta”, daí seriam pessoas livres.

Esse período foi marcado pelo início do Estado Patrimonial, tido por aquele onde o Estado fazendo uso de seu patrimônio financiava sua subsistência e atuava em conjunto com o particular no incipiente desenvolvimento econômico.

Com o decorrer do tempo, os cidadãos passaram a considerar que para o gozo de uma vida mais segura, confortável e livre, por mais antagônico que pareça, seria necessária uma maior intervenção estatal nas relações.

Surge o Estado Policial em substituição gradual ao Estado Patrimonial. Acontece que o aumento da intervenção estatal acabou por limitar a atuação do cidadão, por conseguinte, a sociedade passou a considerar um novo modelo menos intervencionista no qual o Estado atua como garantidor e não como autor.

Nesse contexto nasce o chamado Estado Fiscal, o qual num primeiro momento garantia o liberalismo nas relações entre os cidadãos, consistindo no preço do aumento da carga tributária o preço a ser pago por essa nova forma de atuação estatal. Nas palavras de Paul Kirchhof:

O imposto é o preço da liberdade. Se o Estado de Direito dá à iniciativa privada os fatores de produção de capital e trabalho, por meio da garantia de liberdade de exercício de profissão e liberdade de propriedade, renuncia o Estado, pois, estruturalmente, a atuar empresarialmente. Então, ele precisa financiar-se por impostos, isto é, por uma participação no resultado da economia privada.<sup>117</sup>

No evoluir da sociedade a ideia de liberdade acabou sendo alterada, pois um cidadão não poderia ser considerado livre quando inserido num ambiente marcado pela desigualdade.

Em vista disso, a população passa a exigir uma atuação mais ativa do Estado, que por sua vez, incha sua estrutura para atender aos anseios sociais. Daí vem o Estado Social Fiscal, cujo seu ideário seria suprir a sociedade de suas necessidades mínimas.

Todavia, o agigantamento Estatal não veio acompanhado da eficiência esperada, e o tributo necessário para a sustentação daquela estrutura ampliada acabou se revelando excessivo e desarrazoado.

A ausência da contraprestação desejada ocasionou na retomada pela sociedade das atividades antes delegadas ao Estado e no descontentamento quanto ao “preço da liberdade”.

Com o inconformismo nasce o Estado Democrático e Social de Direito pregando a equivalência entre a capacidade de suprimir a expectativa e o tributo recolhido. O Estado continua a ser responsável por garantir a livre concorrência, liberdade de propriedade, redução da desigualdade, etc., no entanto, o faz na medida de sua capacidade.

---

<sup>117</sup> KIRCHHOFF, 2004 *apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33.

Essa nova visão, também, altera o modo único de utilização do tributo que até então era revestido apenas da função arrecadatória.

Numa apertada síntese, verifica-se que o tributo desde o seu surgimento está ligado a ideia de liberdade, pois mune o Estado de recurso para a realização da mesma.

Feito o apanhado histórico percebe-se que o tributo detém papel preponderante na estrutura do Estado, razão pela qual o seu uso pode gerar distorções positivas ou negativas tanto no cenário econômico como nas relações sociais.

A depender da distorção ocasionada é possível que o “preço da liberdade” tenha se tornado caro demais, com isso os tributos gozam das funções mediatas que são capazes de influir no comportamento dos agentes visando restabelecer o “preço da liberdade” pago.

Dentre as funções da tributação – arrecadatória, distributiva, alocativa e estabilizadora - a arrecadatória (imediate) é a mais conhecida e consiste na obtenção de recursos financeiros para o cumprimento das atividades estatais. Já as funções mediatas (distributiva, alocativa e estabilizadora) geram efeitos capazes de influir no comportamento de modo a desequilibrar ou equilibrar o “preço da liberdade”.

Segundo Richard Abel Musgrave, o Estado ao tributar produz os seguintes efeitos à economia:

**Distributivos:** quando se tem em conta que é possível, com a tributação, redistribuir a renda, tirando mais de uns e aplicando mais em favor de outros. No Estado Social, a redistribuição visa à redução das desigualdades sociais.

**Alocativos:** quando se tem em conta que a própria incidência do tributo não é neutra sobre a economia, pois acaba por ter reflexos na forma como a totalidade dos recursos é dividida para utilização no setor público e no setor privado. Reflexo da função alocativa, tem-se a indicação de comportamentos. Afinal, a tributação se vincula a comportamentos humanos e a incidência tributária passa a ser um fator a ser considerado na própria decisão do agente econômico;

**Estabilizadores:** quando se tem em conta que a política fiscal deve ser formulada objetivando alcançar ou manter um elevado nível de emprego, uma razoável estabilidade no nível de preços, equilíbrio na balança de pagamentos e uma taxa aceitável de crescimento econômico.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> MUSGRAVE, 1980 *apud* SCHOUERI, *op. cit.*, 2015. p. 41.

O Estado Democrático e Social de Direito utilizando essas funções coordena a economia de modo a torná-la eficiente para atingir os seus propósitos, quais sejam, o progresso, a estabilidade, a justiça e a liberdade econômica.

Com o alcance dos objetivos, o tributo obtém o chamado “duplo dividendo” e prestigia os princípios enumerados pela ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal) gerando, assim, a eficiência econômica tão necessária para o “preço da liberdade” não ser tido como ilimitado.

Nesse diapasão, correlaciona-se o interesse público às funções do tributo (imediate e mediata), haja vista que estas buscam justamente atender àquele, ou seja, independentemente da ênfase conferida à função sua exigência almeja a satisfação dos anseios populares, cf. o histórico adiante demonstrou.

Num primeiro momento a cobrança do tributo pode apenas ambicionar o recolhimento de valores para o exercício de alguma atividade pelo Estado, apesar disso, um olhar mais profundo é capaz de revelar outra finalidade da cobrança, *ex vi*, a intenção de influenciar o cenário econômico pretendendo atender algum interesse público.

Devido ao propósito ambicionado com o tributo é possível identificar qual o interesse público, primário ou secundário, está sendo contemplado. Mas caso o tributo se dissocie do interesse público haverá uma perda de eficiência econômica resultando num alto “preço de liberdade” ao qual a sociedade não estará disposta a pagar.

A consequência desse afastamento poderá ser uma readequação do modelo de Estado ou a sua ruptura, portanto, a cobrança do tributo deve sempre estar associada ao interesse público, sob pena de ocasionar distorções indesejadas. De forma clara, precisar o interesse público é essencial para estabelecer o patamar aceitável de exigência tributária, contudo, as dificuldades de se definir um conceito estanque de interesse público são notórias, inclusive, ficou patente no tópico anterior, o quão árdua é a tarefa.

Pelo enredo mencionado é que a doutrina administrativista defende a identificação de interesse público caso a caso.

Considerando tal premissa, passa-se a investigar se o interesse público de fato está sendo atendido quando ocorre a cobrança do tributo.

Insta rememorar a subdivisão clássica do interesse público: primário - colocar em prática as normas constitucionais e infraconstitucionais imputadas ao Estado - e

secundário - atividades instrumentais ou internas do Estado necessárias para realização do interesse primário -.

Seguindo essa distinção, a corrente clássica do direito administrativo defende a primazia do interesse público primário sobre o interesse particular em decorrência do princípio da supremacia do interesse público.

Tendo como norte essas diretrizes apura-se o papel das funções do tributo na identificação do interesse público.

Para melhor balizar o estudo será apresentado o questionamento a seguir: o tributo a depender de sua função consiste numa ferramenta para atingir a realização da norma social ou de fato é a materialização da norma?

No caso da função arrecadatória pura inexistem dúvidas a respeito de seu caráter instrumental (interesse público secundário), muito em virtude de seu único efeito, qual seja, obtenção dos recursos necessários para o desenvolvimento das atividades estatais.

De outro lado, caso a função imediata (arrecadatória) não seja a preponderante, possivelmente, estar-se-á defronte da própria materialização da norma (interesse público primário). Exemplificando: o legislador ao modificar a base de cálculo das contribuições previdenciárias para receita bruta busca não somente obter recursos, mas principalmente reaquecer o mercado de trabalho visando cumprir a missão constitucional de fomentar o pleno emprego (art. 170, VIII, da CF/88). Nesta senda, o efeito produzido pela cobrança do tributo coincide com o interesse público primário (busca do pleno emprego).

Constata-se que a definição de interesse público está umbilicalmente ligada ao efeito (imediate ou mediato) preponderante da tributação naquela determinada situação.

Da mesma maneira, percebe-se que a cobrança do tributo não detém como fim único a arrecadação (função imediata), pois o ato de exigir pode, a depender da situação, servir para reequilibrar ou causar alguma distorção premeditada na ordem econômica (função mediata).

É o caso do valor mínimo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para ajuizamento da execução fiscal no cenário da União Federal<sup>119</sup>. Aqui, o ente federado entendeu

---

<sup>119</sup> BRASIL. Ministério Da Fazenda. **Portaria MF n. 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

que o interesse público primário – art. 37, *caput*, da Constituição Federal (eficiência) - somente seria atingido, via protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa (CDA), conseqüentemente, as cobranças ordinárias (processo judicial) de tais créditos estariam revestidas apenas do viés arrecadatário. Com a medida a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) buscou direcionar seus melhores esforços aos créditos de maior monta, os quais são capazes de gerar impacto, por exemplo, na livre concorrência (função alocativa e estabilizadora).

Transplantando essa ideia para o cenário da LREF e considerando que o interesse público ali protegido é a higidez do mercado, torna imperioso verificar se o requerimento falimentar elaborado pela Fazenda Pública está ou não revestido de interesse público, primário ou secundário, mas, primeiramente, é preciso investigar qual(is) dentre as funções do tributo (mediata ou imediata) se adequa a medida.

O credor quando opta pelo uso dessa ferramenta, via de regra, objetiva apenas a satisfação de seu crédito, sendo a falência uma mera consequência indesejada.

A bem da verdade a escolha do credor por esse instrumento se dá devido ao seu forte caráter coercitivo, capaz de direcionar o devedor a uma condição de vida ou morte em razão das duas únicas alternativas a ele apresentadas, pagar ou encerrar as atividades.

Por esse forte poder coercitivo, a Fazenda Pública há muito tenta utilizar a ferramenta como sucedâneo das execuções fiscais para buscar o adimplemento dos tributos não pagos, não obstante, o STJ vem impedindo.

Independente da jurisprudência sobre o tema, verifica-se uma aparente convergência entre os interesses dos credores particulares e fiscais, dado que ambos buscam o ressarcimento de seu crédito, sendo a diferença marcada pelo tipo de crédito exigido e o dever de atuação vinculado à Administração Pública.

O regime jurídico administrativo, responsável por vincular a Administração Pública, jamais pode se afastar do interesse público em contrapartida o credor particular não necessariamente precisa permear sua atuação exclusivamente neste sentido.

Em decorrência da obrigação de sempre perseguir o interesse público, o crédito (tributo) controlado pela Administração Pública deve estar vestido com alguma de suas roupagens (funções) seja arrecadatória ou/e alocativa ou/e estabilizadora ou/e distributiva.

Na situação em apreço, a utilização pela Fazenda Pública do requerimento falimentar na busca pela satisfação do crédito aparenta estar atrelado a uma atuação voltada unicamente ao interesse público secundário, qual seja, a função de arrecadação do tributo.

Isso porque a medida adotada tem como finalidade preponderante o ressarcimento do crédito, sendo a falência uma mera consequência.

Observando tal fato, seria crível entender que o requerimento falimentar elaborado por qualquer credor atentaria contra o interesse público protegido pela LREF – higidez do mercado -, porém, a motivação do credor particular não necessariamente precisa estar embebida na satisfação do interesse público, ao contrário, tal dever é imputado à Fazenda Pública.

Nasce, assim, um aparente conflito entre o interesse público de arrecadação e da manutenção da higidez do mercado.

Ponderando que a manutenção da higidez do mercado envolve fundamentalmente o encerramento imediato da atividade econômica a ele prejudicial, bem como, busca impedir que apenas o credor mais oportunista consiga alcançar o adimplemento em prejuízo aos demais, é plausível defender a proteção do interesse público primário, quando a Fazenda Pública adota tal medida coercitiva, visto que ao final impede a majoração dos riscos de inadimplemento.

Ou seja, a busca pelo adimplemento de seu crédito acaba por prestigiar o interesse público secundário, o qual num último grau deseja contemplar o interesse público primário (higidez do mercado).

Inclusive, essa questão foi enfrentada na maioria dos julgados colacionados a este ensaio sob a roupagem da ótica moralizante. De acordo com os defensores desta possibilidade, a falência do devedor a pedido da Fazenda Pública combateria a concorrência injusta e serviria para expurgar do mercado os empresários mal intencionados em razão da condenação por crime falimentar.

Dessa forma, a referida corrente conclui pelo reconhecimento do interesse processual da Fazenda Pública, uma vez que há interesse de agir (necessidade e utilidade).

Para Alfredo Buzaid o interesse processual ocorre “se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais”<sup>120</sup>.

Nesse ponto, é relevante questionar qual seria o prejuízo suportado pela Fazenda Pública em caso da não proposição da demanda?

Como cediço a atuação de qualquer órgão da Administração Pública sempre deve se pautar pela busca do interesse público, logo, vindo a medida a ser considerada como mais um instrumento de busca pela satisfação de seu crédito, por óbvio a falência do devedor pouco ou em nada contribuirá para tal fim, o que enseja o reconhecimento de sua **ilegitimidade** para o manejo da pretensão.

Outrossim, o princípio da supremacia do interesse público pode ser conclamado para solucionar o aparente embate entre interesse público, diga-se aparente, porque sequer a ação tomada pela Fazenda Pública revestida desse *animus*, unicamente arrecadatório, goza de interesse público.

Do contrário, sendo o requerimento tido por uma ferramenta de manutenção da higidez do mercado, a necessidade e a utilidade da medida estarão presentes tornando crível o reconhecimento da legitimidade da Fazenda Pública.

Nesse cenário é imperioso averiguar se é ou não tarefa da Administração Pública buscar tal pretensão.

A Lei da Concordata detinha como fim primordial proteger o crédito, entretanto, em virtude da publicação da LREF essa perspectiva foi alterada passando a nova lei falimentar a ter uma visão de conservação dos fatores de produção do devedor, visando melhor liquidar os seus ativos na tentativa de impedir o aumento dos riscos de inadimplemento.

Isto é o interesse público primário na LREF pode ser extraído da interpretação do princípio autoexplicativo da maximização dos ativos do falido.

Em virtude da mudança de perspectiva entre a Lei da Concordata e a LREF cabe ponderar se os fundamentos jurídicos utilizados pelo STJ para impedir o uso da medida pela Fazenda Pública ainda se mantêm.

O raciocínio desenvolvido por aquela Casa de Justiça foi todo construído com base no interesse público primário defendido na Lei da Concordata – proteção do

---

<sup>120</sup> BUZOID, Alfredo. Do agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 88-89.

crédito mediante o pagamento dos credores -, sendo assim, uma vez tendo sido transformado os propósitos albergados pela LREF não caberia mais proteger única e exclusivamente o crédito como era ecoado nos votos dos Ministros até então. Porquanto, o interesse ali guarnecido passou a ser a proteção do mercado em si considerado, independentemente de a medida prejudicar individualmente algum credor.

Vislumbra-se a presença de interesse público primário por parte da Fazenda Pública quando adota o requerimento falimentar com o fito de resguardar o mercado, ato contínuo, a pretensão que nasce com um viés arrecadatário acaba atendendo ao interesse público secundário.

Somente nessa hipótese tem-se reconhecida a **legitimidade** da Fazenda Pública.

De todo modo é fundamental verificar o impacto prático da medida, pois acaso ela se demonstre prejudicial ao desenvolvimento econômico ficará patente o seu afastamento do interesse público primário.

Até mesmo os precedentes judiciais do STJ reproduzidos ao longo deste trabalho levantaram tal preocupação, conquanto, as arguições pecaram por não serem acompanhadas de estudo técnico e, dessa maneira, a posição defendida nos julgados está no campo da suposição.

Em observância a esse contraponto Marcelo Barbosa Sacramone se manifestou:

Quanto ao argumento de que o Fisco poderia comprometer o desenvolvimento econômico nacional com diversos pedidos de falência, não há diferenciação do Fisco com os demais credores. A possibilidade mais célere de exigência do crédito, sob pena de decretação de falência, poderia incentivar os credores a manterem sua condição fiscal regularizada, com ganhos econômicos para toda a coletividade. Ademais, o empresário que não consegue desempenhar sua atividade econômica com o devido recolhimento dos seus tributos e demais encargos compromete a circulação de riqueza e gera uma distorção no sistema de mercado ao obter tratamento menos oneroso em relação aos seus concorrentes. O pedido de falência permitiria a hígidez do mercado, a concorrência em igualdade de condições entre todos os agentes e recolhimento regular dos tributos, em benefício do desenvolvimento econômico nacional.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> SACRAMONE, *op. cit.*, 2021. p. 470-471.

Os comentários feitos acerca da posição do STJ devem igualmente estender ao citado entendimento, posto que ambos carecem de estudos técnicos.

Seguidamente, compete verificar se o reconhecimento da (i)legitimidade da Fazenda Pública viola o princípio da preservação da empresa.

Como visto o preceito em questão retira seu fundamento de validade do princípio da função social da empresa, que por sua vez, conclama a indispensabilidade de se observar os reflexos ocasionados à sociedade pelo desenvolvimento da atividade empresarial.

Ocorrendo de o requerimento falimentar proposto pela Fazenda Pública desatender ao interesse público primário, concomitantemente existirá uma violação ao princípio da preservação da empresa devido ao afastamento da atuação do órgão da Administração Pública do princípio da função social da empresa.

Digo, a adoção do requerimento falimentar visando única e exclusivamente o ressarcimento do tributo viola o princípio da preservação da empresa.

De outro lado, se a medida for adotada em consonância com o interesse primário da LREF, aquele mesmo princípio estará sendo aclamado.

Isso porque seu ponto nefrálgico consiste em resguardar a atividade empresarial que atenda a função social, o que significa defender o interesse público. Cediço, sendo a medida com ele (in)compatível, o princípio da preservação da empresa restará agredido ou prestigiado.

Por fim, não se poderia reconhecer o uso da ferramenta à Fazenda Pública na hipótese da medida afastar-se do interesse público primário, pois resultaria numa disparidade de armas com os credores particulares (princípio do *par conditio creditorum*), além de desprestigiar o princípio da impessoalidade, cujo no caso em apreço só é concretizado quando estiver compatível com o interesse público.

#### **4 O REQUERIMENTO FALIMENTAR DIRETO PROPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA PERANTE O ATUAL CONTEXTO LEGISLATIVO E O RECONHECIMENTO DE SUA LEGITIMIDADE.**

Ao longo deste ensaio foi demonstrado o entendimento do STJ sobre o tema, e o âmago da LREF e da Lei n.º 14.112/20 – responsável pela alteração substancial da lei falimentar em vigor-.

Neste capítulo analisar-se-á o contexto da inserção do requerimento de convalidação da recuperação judicial em falência pela Fazenda Pública e se a inclusão desta possibilidade contribuiu para o exame do reconhecimento do pedido falimentar direto por ela proposto.

#### 4.1 PARCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM SEDE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A CONTRAPRESTAÇÃO EXIGIDA PELA FAZENDA PÚBLICA

A Lei n.º 14.112/2020 conferiu à Fazenda Pública a possibilidade de convolar a recuperação judicial em falência.

Em linhas rápidas a convalidação nada mais é do que transformar o procedimento de recuperação judicial em falência devido ao descumprimento de algumas das hipóteses taxativas previstas no art. 73, da LREF.

Tendo sido demonstrada a inviabilidade econômica da empresa deve ser reconhecida sua incapacidade, via falência, visando evitar um maior prejuízo aos credores e à sociedade.

O crédito tributário por não se sujeitar ao procedimento da recuperação da empresa muitas das vezes configurou entrave ao efetivo soerguimento da atividade empresarial, posto isso, o legislador determinou a criação de um parcelamento específico para as empresas nessa situação (art. 68, da LREF <sup>122</sup>).

Importante ter em mente que durante o tramitar dos PLs que resultaram tanto na LREF quanto na Lei n.º 14.112/2020 (alterações na LREF) foram debatidos pelos parlamentares a possibilidade de se retirar a exigência de apresentação de CND<sup>123</sup>, não obstante, optou-se por sua manutenção.

Diante da exigência legal foi incluído pela Lei Complementar n.º 118/2005, o art. 155-A, § 3º no CTN, que basicamente previu a necessidade de se publicar lei

---

<sup>122</sup> Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Parágrafo único. As microempresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

<sup>123</sup> Dentre os argumentos apresentados estavam o da incompatibilidade da exigência com o espírito da LREF, além da transgressão dos princípios da função social e preservação da empresa.

específica para definir os critérios de parcelamento dos créditos tributários no procedimento de recuperação judicial.

Todavia, a referida lei específica tardou a ser publicada o que na prática criou dificuldades para a homologação do plano de recuperação judicial da empresa, visto a exigência legal de apresentação prévia de certidão negativa de débito tributário (art. 57, da LREF).

O STJ diante do entrave – exigência de CND e falta da lei específica do parcelamento - entendeu que a desídia do legislador em cumprir com sua tarefa não poderia prejudicar o contribuinte, conseqüentemente, a CND não seria tida como requisito indispensável para homologação do plano de recuperação. O julgamento do REsp nº. 1.187.404/MT é considerado um marco sobre o tema:

DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

**3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.**

4. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.187.404/MT, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/6/2013, DJe de 21/8/2013). (Grifo nosso).<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial n. 1.187.404/MT**. DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS

Desse modo, o entendimento prevalente até antes da edição da referida lei específica era de que o crédito tributário não poderia ser empecilho à recuperação judicial, haja vista que a superação da crise econômica deveria contar com a participação de todos os credores envolvidos.

Concluindo, é dever de cada um deles se esforçar para a realização do benefício social resultante da manutenção da fonte produtora de riqueza.

Ato contínuo, parte dos estudiosos defendia que a exigência de CND tornaria inviável na prática a recuperação judicial, pois imputaria um ônus excessivo ao devedor e criaria uma espécie de privilégio especial à Fazenda Pública, visto que condiciona a aprovação do plano à regularização fiscal, mesmo esta não se sujeitando à recuperação. Nos dizeres de Marcelo Barbosa Sacramone:

Referido tratamento privilegiado, contudo, não seria justificável. Os créditos tributários, na falência, não seriam absolutamente prioritários. Eles apenas são satisfeitos após o pagamento dos credores trabalhistas e após a satisfação dos credores com garantias reais. Como consequência, ainda que haja voto favorável dos credores trabalhistas e com garantia real à recuperação, a exigência da apresentação da certidão negativa de débito poderá impedir a recuperação judicial e acarretar a falência do devedor, o que poderá inclusive prejudicar o pagamento dos próprios tributos, caso não haja ativos suficientes para a satisfação integral dos credores trabalhistas ou com garantia real. A decretação da falência, nesse caso, seria pior ao credor tributário, que nada receberia, do que a concessão da recuperação judicial, com a preservação da unidade produtiva e o recolhimento de recursos aos cofres públicos.

Por fim, o art. 57 atentaria contra os demais dispositivos da LREF. Em seu art. 52, por exemplo, dispensou o legislador a apresentação de certidões negativas para que o devedor possa exercer suas atividades, exceto nas contratações com o Poder Público [...]. Ademais, o crédito tributário não é afetado pelo deferimento do processamento do da recuperação judicial e não será submetido a novação de suas condições ou formas de pagamento pelo plano de recuperação judicial. Sua exequibilidade é integralmente mantida caso a recuperação judicial seja aprovada pelos demais credores e concedida judicialmente. (Grifo nosso).<sup>125</sup>

Somente em 13 de novembro de 2014 foi publicada a Lei n.º 13.043/2014 estabelecendo o parcelamento específico para os casos de recuperação judicial.

O diploma legal foi responsável por acrescentar o art. 10-A à Lei n.º 10.522/2002 e basicamente previu que: a) o parcelamento das empresas em recuperação judicial

---

MENCIONADOS DISPOSITIVOS. [...]. Recorrente: BANCO DO BRASIL S/A. Recorrido: VIANA TRADING IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE CEREIAS LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de junho de 2013. Disponível em:

<[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000540484&dt\\_publicacao=21/08/2013](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000540484&dt_publicacao=21/08/2013)>. Acesso em 20 nov. 2022.

<sup>125</sup> SACRAMONE, *op. cit.*, 2021. p. 330.

deveria ser realizado em 84 (oitenta e quatro) parcelas, as quais teriam percentual progressivo à medida que fossem realizados os pagamentos; e b) deveria o contribuinte renunciar a qualquer alegação de direito sobre o qual se fundasse a ação judicial ou recurso administrativo.

A jurisprudência ao examinar tais exigência considerou que o parcelamento proposto não era condizente com o tratamento a ser dispensado às empresas em recuperação e concluiu que o parcelamento aprovado criava distorções entre os credores privados e os fiscais. Além do mais, a lei era tida como inconstitucional por ferir os princípios da igualdade, função social da propriedade, devido processo legal e ampla defesa.

Ocorre que o art. 10-A, da Lei n.º 10.522/2002 foi modificado pela Lei n.º 14.112/2020 e passou a conceder um maior prazo para quitação dos tributos, possibilidade de utilização de prejuízo fiscal para quitação da dívida, dentre outros.

Frente às modificações e à adequação do parcelamento ao posicionamento do STJ, ao menos em tese, a necessidade de apresentação de CND para homologação do plano poderia ser exigida.

Entretanto, o STJ nos acórdãos mais recentes sobre o tema vem mantendo a posição reverberada no REsp n.º 1.187.404/MT e não exige a apresentação de CND para homologação do plano de recuperação, visto que há “incompatibilidade da exigência com a relevância da função social da empresa e o princípio que objetiva sua preservação”<sup>126</sup> (AgInt no REsp n. 1.802.034/MG julgado em 03/03/21).

A conservação do entendimento pela Corte Cidadã se deve ao julgamento em 26/06/2020 do REsp n.º 1.864.625/SP de relatoria da Min. Nancy Andrighi:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. ART. 57 DA LEI 11.101/05 E ART. 191-A DO CTN. EXIGÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A FINALIDADE DO INSTITUTO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL. APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI 11.101/05.

---

<sup>126</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 1802.034/MG (2019/0064644-5)**. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [...]. Agravante: FAZENDA NACIONAL. Agravado: TRANSPORTADORA AMADEUS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 15 de março de 2019. Disponível em: <  
[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=91&document\\_o\\_sequencial=119634241&registro\\_numero=201900646445&peticao\\_numero=201900574910&publicacao\\_data=20210303&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&document_o_sequencial=119634241&registro_numero=201900646445&peticao_numero=201900574910&publicacao_data=20210303&formato=PDF)>. Acesso em: 17 dez. 2022.

1. Recuperação judicial distribuída em 18/12/2015. Recurso especial interposto em 6/12/2018. Autos conclusos à Relatora em 30/1/2020.
2. O propósito recursal é definir se a apresentação das certidões negativas de débitos tributários constitui requisito obrigatório para concessão da recuperação judicial do devedor.
3. O enunciado normativo do art. 47 da Lei 11.101/05 guia, em termos principiológicos, a operacionalidade da recuperação judicial, estatuidando como finalidade desse instituto a viabilização da superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Precedente.
4. A realidade econômica do País revela que as sociedades empresárias em crise usualmente possuem débitos fiscais em aberto, podendo-se afirmar que as obrigações dessa natureza são as que em primeiro lugar deixam de ser adimplidas, sobretudo quando se considera a elevada carga tributária e a complexidade do sistema atual.
5. Diante desse contexto, a apresentação de certidões negativa de débitos tributários pelo devedor que busca, no Judiciário, o soerguimento de sua empresa encerra circunstância de difícil cumprimento.
6. Dada a existência de aparente antinomia entre a norma do art. 57 da LFRE e o princípio insculpido em seu art. 47 (preservação da empresa), a exigência de comprovação da regularidade fiscal do devedor para concessão do benefício recuperatório deve ser interpretada à luz do postulado da proporcionalidade.
7. Atuando como conformador da ação estatal, tal postulado exige que a medida restritiva de direitos figure como adequada para o fomento do objetivo perseguido pela norma que a veicula, além de se revelar necessária para garantia da efetividade do direito tutelado e de guardar equilíbrio no que concerne à realização dos fins almejados (proporcionalidade em sentido estrito).
8. Hipótese concreta em que a exigência legal não se mostra adequada para o fim por ela objetivado - garantir o adimplemento do crédito tributário -, tampouco se afigura necessária para o alcance dessa finalidade: (i) inadequada porque, ao impedir a concessão da recuperação judicial do devedor em situação fiscal irregular, acaba impondo uma dificuldade ainda maior ao Fisco, à vista da classificação do crédito tributário, na hipótese de falência, em terceiro lugar na ordem de preferências; (ii) desnecessária porque os meios de cobrança das dívidas de natureza fiscal não se suspendem com o deferimento do pedido de soerguimento. Doutrina.
9. Consoante já percebido pela Corte Especial do STJ, a persistir a interpretação literal do art. 57 da LFRE, inviabilizar-se-ia toda e qualquer recuperação judicial (REsp 1.187.404/MT).
10. **Assim, de se concluir que os motivos que fundamentam a exigência da comprovação da regularidade fiscal do devedor (assentados no privilégio do crédito tributário), não tem peso suficiente - sobretudo em função da relevância da função social da empresa e do princípio que objetiva sua preservação - para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira que o acomete. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (REsp 1864625/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 26/06/2020). (Grifo Nosso)<sup>127</sup>**

---

<sup>127</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 1.864.625/SP (2019/0294631-9)**. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. ART. 57 DA LEI 11.101/05 E ART. 191-A DO CTN. EXIGÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A FINALIDADE DO INSTITUTO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL. APLICAÇÃO DO

No que pese o julgamento ter ocorrido posteriormente à publicação da Lei n.º 14.112/2020, a leitura do voto demonstra que não foi enfrentada a exigência sob a perspectiva da nova legislação, e sim na ótica da lei anterior (Lei n.º 13.043/2014).

Importante realizar tal *distinguishing*, pois o precedente vem sendo reproduzido sem levar em conta as alterações perpetradas pela nova lei.

De toda forma, independentemente, do acórdão replicado estar fulcrado em premissa legal ultrapassada ainda é possível defender seu entendimento em razão de seus fundamentos estarem pautados na seara dos princípios, os quais se mantiveram incólumes.

Assim, persiste o debate acerca da dispensa ou não de CND para fins de homologação do plano de recuperação, posto que a Lei n.º 14.112/2020 ao viabilizar o parcelamento das empresas em recuperação cumpriu com a previsão legal prevista no art. 68, da LREF. Diversamente disso, a exigência do art. 57, da lei falimentar, colide com os princípios da função social e da preservação da empresa.

Sem demora, a modificação do parcelamento específico feito pela Lei n.º 14.112/2020 sofre críticas, especialmente devido ao reconhecimento da possibilidade de conversão da recuperação judicial em falência pela Fazenda Pública. A título de exemplo se colaciona as lições de Manoel Justino Bezerra Filho ao comentar o art. 73, V, da LREF <sup>128</sup>:

13. Este é um dos pontos bastante criticável da reforma. A Lei 10.522/2002, que também sofreu grande reforma, prevê parcelamento especial para a empresa em recuperação; no entanto, o crédito fiscal continua não submetido à recuperação (§ 7º-B do art. 6º). Em consequência, se não está submetido à recuperação, não deveria haver a previsão de convalidação em falência, em caso de descumprimento do parcelamento.

Imperioso rememorar que durante as discussões travadas no PL n.º 6.229/2005, convertido na Lei n.º 14.112/2020, prevaleceu o entendimento de que deveria ser conferida à Fazenda Pública uma contraprestação por ela ter cumprido

---

POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI 11.101/05. [...]. Recorrente: FAZENDA NACIONAL. Recorrido: ZANINI EQUIPAMENTOS PESADOS LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL; USINA SANTA ELISA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL; SERMATEC INDÚSTRIA E MONTAGENS LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 1 de outubro de 2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=111281976&n\\_um\\_registro=201902946319&data=20200626&tipo=91&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=111281976&n_um_registro=201902946319&data=20200626&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 17 dez. 2022.

<sup>128</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentado artigo por artigo. 6.** ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-Book*.

corretamente com o mandamento legal (art. 68, da LREF). Ademais, tal contraprestação serviria para garantir uma maior paridade entre o fisco e os demais credores. Note:

17. Especificamente quanto à possibilidade de convação da recuperação judicial em falência no caso de descumprimento dos parcelamentos e transação fiscal, na intenção de robustecer a possibilidade de soerguimento das empresas que passam por crise, mas que ainda são viáveis, abrandou-se significativamente as suas causas, majorando-se o número de prestações do parcelamento para dar ensejo a convação em falência e, ainda, as hipóteses de rescisão da transação fiscal, melhorando a posição do devedor por dois prismas distintos: primeiro trazendo condições efetivas e com razoabilidade de aplicação prática para o equacionamento do seu passivo fiscal; e, caso ocorra algum contratempo na possibilidade de cumprimento das obrigações assumidas, confere-se maior prazo para organização e fluxo financeiro do devedor para a retomada do cumprimento das obrigações com a fazenda.<sup>129</sup>

Observe-se que o termo contraprestação foi utilizado no sentido de “abrir mão” da parcela de um direito com o propósito de apoiar o soerguimento do devedor.

Por derradeiro, fica a questão: a contraprestação exigida pela Fazenda Pública seria uma garantia, privilégio ou preferência ao crédito tributário?

#### 4.2 A CONTRAPRESTAÇÃO EXIGIDA PELA FAZENDA PÚBLICA CONFIGURA PRIVILÉGIO, GARANTIA OU PREFERÊNCIA AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO; PODE ELA SER COMPREENDIDA COMO POSSIBILIDADE PARA O PEDIDO DE FALÊNCIA DIRETA

Incontestável a importância do crédito tributário para o Estado moderno, em vista disso, o Código Tributário Nacional (CTN) conferiu a ele privilégios, garantias e preferências.

Ocorre que o CTN não se preocupou em fazer uma distinção nítida entre os institutos (MACHADO, Hugo de Brito)<sup>130</sup>, devido a essa falta de cuidado a doutrina apresenta classificações monista, dualista ou tríade<sup>131</sup>, as quais são aqui citadas a título de informação, porquanto, para fins deste trabalho tal estudo é irrelevante.

<sup>129</sup> BRASIL, Câmara Dos Deputados, *op. cit.*, 2005.

<sup>130</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 242.

<sup>131</sup> Uma classificação monista, isto é, uma classificação que compreenda ou que reconheça a inexistência de diferença específica entre aquelas normas ou que lhes identifique uma única finalidade, reunindo aquelas em uma classe apenas a qual poderá ser identificada por qualquer de um daqueles nomes ("garantia", "privilégio" ou "preferência") ou por qualquer outro nome que lhes identifique. Uma classificação dualista, assim

De todo modo é possível definir garantia como “toda e qualquer medida que se destine a atribuir maior efetividade e segurança ao crédito tributário, quer existam bens ou não do devedor, quer tenha a medida caráter preventivo ou não”<sup>132</sup>, ou melhor, a forma de se garantir o direito. O privilégio, por sua vez, consubstancia-se no benefício de o crédito tributário a ser garantido pela totalidade do patrimônio do devedor. Por último, a preferência consiste na prioridade do credor receber de seu devedor em detrimento dos demais credores.

Segundo o art. 183, do CTN, “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 refiram”.

Logo, resta expresso que o legislador pode estabelecer outras garantias, preferências e privilégios, além daquelas já previstas. Inobstante, a ordem jurídica **não concede** ao legislador a possibilidade de instituir de forma **ilimitada** garantias, privilégios ou preferências ao crédito tributário.

Nesse sentido manifestou André L. Costa Corrêa na obra Normas Gerais de Direito Tributário: estudos em homenagem aos 50 anos do Código Tributário Nacional:

A competência para fixar outras "garantias" às já existentes no Código Tributário Nacional é limitada, conforme explicitado alhures, infra constitucionalmente pela necessidade de que tais garantias sejam previstas em função da natureza ou das características do crédito tributário que queiram garantir-condição imposta pelo Código tributário Nacional no caput do mencionado artigo 183. **Assim, se a natureza ou as características do crédito tributário não necessitarem de outras garantias específicas, a previsão destas, mesmo que inseridas por lei complementar, serão inválidas no sistema normativo brasileiro.** Há, portanto, uma reserva forma-material legal para a inclusão de outras "garantias" específicas ao sistema de prelação do crédito tributário.

Porém, entende-se que, a par dessa limitação, o acréscimo de outras "garantias" ao crédito tributário deverá obedecer aos limites constitucionais sistêmicos da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da

---

compreendida pela identificação de duas diferenças específicas, pertencente cada diferença específica a um dado conjunto de normas, o qual poderá conter ou não duas daquelas classes normativas - neste caso, a classificação pode identificar: 1) que o conjunto das normas de garantia apresenta diferença específica diversa da diferença específica do conjunto das normas de privilégio e/ou de preferência; 2) que o conjunto das normas de preferência apresenta diferença específica diversa da diferença específica do conjunto das normas de garantia e/ou de privilégios; 3) que o conjunto das normas de privilégios apresenta diferença específica diversa da diferença específica do conjunto das normas de garantia e/ou de preferência. E, por fim, a dogmática pode apresentar uma classificação que identifique que todas aquelas classes de normas congregam objetos em tomo de diferenças específicas próprias, ou seja, que identifique que as normas de "garantia" de "privilégio" e de "preferência" são espécies distintas do gênero das normas de prelação do crédito, porque cada espécie contém números indefinidos de normas em relação a uma diferença específica - classificação tríade.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes (Org.). **Normas gerais de direito tributário: Estudos em homenagem aos 50 anos do Código Tributário Nacional.** Curitiba: CRV, 2016. p. 583.

<sup>132</sup> BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.959.

promoção e preservação da dignidade humana. Isto é, a inclusão de novas "garantias" ou de "garantias" específicas à **natureza ou características de determinado tributo somente poderá ocorrer se tais "garantias" estiverem de acordo com os metaprincípios sistêmicos da moralidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da preservação e promoção da dignidade humana.**

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn-MC 1.753, já firmou entendimento de que a razoabilidade e a proporcionalidade são limites para a fixação de "privilégios" para a atuação do Fisco, inclusive, na sua feição legislativa. (Grifo Nosso) <sup>133</sup>

Frente ao exposto verifica-se que a criação de garantias ao crédito tributário deve obedecer aos princípios da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana foi ali disposta no sentido de finalidade do sistema tributário, vez que as normas devem atingir o interesse público e igualmente conservar e incitar os interesses privados dos cidadãos<sup>134</sup>.

Dito isso, voltam-se os olhares para a possibilidade da convalidação da recuperação judicial em falência a pedido da Fazenda Pública.

Resta claro que a possibilidade foi concedida à Administração Pública, sob o pretexto de ser uma contraprestação à concessão do parcelamento especial. Na realidade, a medida se trata de uma **garantia** à satisfação do crédito tributário.

E por ser uma garantia deve estar em harmonia com os princípios supramencionados.

Há uma clara transgressão ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, pois a medida não é adequada e necessária.

Somente uma medida será tida por adequada no caso de a mesma se mostrar apta no alcance daquele objetivo e, proporcional, se inexistir meio menos gravoso eficaz para tal finalidade. Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes "o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa"<sup>135</sup>.

Voltando ao contexto do crédito tributário perante a recuperação judicial deve rememorar que aquele não está sujeito ao plano de recuperação, portanto, a Fazenda

<sup>133</sup> RAMOS FILHO, *op. cit.*, 2016. p. 583.

<sup>134</sup> (...) seja pela preservação do mínimo existencial, seja pela limitação ao dever de solidariedade pela capacidade econômico-contributiva dos contribuintes, seja pela imposição de tratamento tributário equânime a todos, seja pela vedação do efeito confisco da tributação, seja pela fixação do caráter pessoal aos impostos, seja pela possibilidade da tributação progressiva, seletiva, não-cumulativa ou extrafiscal etc.

RAMOS FILHO, *op. cit.*, 2016. p. 586.

<sup>135</sup> MENDES, *op. cit.*, 2010. p. 411

Pública continua possibilitada de cobrar a dívida e efetuar constrição no patrimônio do devedor, aqui, inclusos aqueles descritos no plano.

À vista disso, qual seria a razão (motivo) de se conceder a um credor que não participa do plano de recuperação e nem está impedido de cobrar seu passivo pela via da execução fiscal a possibilidade de jogar ao mar todos os esforços feitos pelos demais credores. Explica-se.

Os credores sujeitos ao plano de recuperação ao votarem pela sua aprovação estudam previamente a sua viabilidade, e também verificam se o nível de esforço proposto realmente se faz necessário. Nesta oportunidade não se pode olvidar que eles detêm conhecimento do passivo fiscal e sabem que arcarão reflexamente com a dívida tributária da empresa, haja vista a percentagem da quantia renunciada e/ou o grande aumento do prazo para o recebimento de seus créditos.

Ao se permitir a convolação da recuperação judicial pelo fisco ocorre uma desconsideração de tudo isso em favor de um credor que não está impedido de perseguir seu crédito e nem a ele fez qualquer tipo de renúncia, ou seja, a medida não se faz necessária para o mesmo atingir sua finalidade.

Em tese, se o plano foi aprovado somente aqueles que participaram da votação seriam legitimados para reconhecer seu descumprimento. Se por ventura a Fazenda Pública, na busca pela satisfação de seu crédito, vier a penhorar algum patrimônio vinculado ao plano, e tal medida resulte na inviabilidade de manutenção do planejamento aprovado, compete aos credores votantes requererem a convolação em razão do descumprimento (art. 73, IV, da LREF).

A disponibilização de mais uma garantia ao fisco apenas resultará no aumento de concessões a serem suportadas pelos demais credores no plano de recuperação, o que acabará impactando na própria disponibilização de empréstimos à empresa em recuperação e a própria sociedade devido ao aumento do risco de crédito no Brasil, transgredindo os princípios da função social e da preservação da empresa, além do interesse público irradiado pela LREF ao tratar da recuperação judicial.

Dado que a adoção dessa medida nesse contexto nada tem a ver com o interesse público primário ou secundário, aqui, a Fazenda Pública só estaria agindo para satisfazer sua ânsia arrecadatória, totalmente dissociada do propósito revestido da medida, configurando um comportamento astucioso eivado de malícia em desconformidade com os princípios da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Enfim, o reconhecimento de legitimidade para o requerimento de convocação de recuperação judicial em falência representa transgressão aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já que a Fazenda Pública goza de outros meios para recuperar seu crédito.

Sendo assim, o legislador quando conferiu mais essa garantia ao fisco agiu fora dos limites constitucionais, o que configura a inconstitucionalidade da norma.

Raciocínio diverso deve ser empregado quando se examina a possibilidade da falência direta do devedor, porque nesta condição a Fazenda Pública atua na defesa do interesse público primário que reveste a LREF quando trata da falência.

A finalidade da falência não é contribuir para o soerguimento da empresa, pelo contrário, seu objetivo é retirar a empresa inviável economicamente do mercado objetivando a preservação deste e a maximização do patrimônio do devedor, ou seja, manter a higidez do mercado.

Nesse passo, apesar das alterações feitas na LREF terem introduzido a possibilidade de convocação da recuperação judicial em falência a pedido da Administração Pública, observou-se que a ferramenta não se harmoniza com o espírito da recuperação judicial configurando sua dissociação do interesse público ali protegido.

De outro lado, a ausência de referência expressa da Lei n.º 14.112/2020 à possibilidade de requerimento direto de falência elaborado pela Fazenda Pública não veda o reconhecimento da legitimidade, até porque o art. 97, IV, da LREF, já previa a possibilidade desde a publicação da lei.

Importante consignar que a Fazenda Pública está vinculada ao interesse público, e o reconhecimento dessa ferramenta em seu favor não pode se dar da mesma maneira que ocorre com os credores privados, cf. bem pontuado no tópico três.

Portanto, o interesse público primário deve ser sempre objetivado quando do uso da medida, mas mesmo nessa hipótese deve estar cabalmente demonstrado o insucesso da execução fiscal (art. 94, I, da LREF), somente assim o requerimento falimentar pode ser tido por adequado e necessário, senão a ação deve ser considerada como abuso de direito.

A moralidade da mesma forma estará preservada já que a ação do órgão da Administração Pública foi toda pautada na lealdade e boa-fé, pois primeiro se tentou cobrar a dívida por outros caminhos e diante do insucesso e da impossibilidade de

manter no mercado uma empresa que o desequilibra de forma negativa necessária foi a busca pela sua falência.

Logo, as modificações feitas pela Lei n.º 14.112/2020 não influíram no reconhecimento da legitimidade de a Fazenda Pública proceder com o requerimento falimentar direto de seu devedor, tendo essa garantia permanecida incólume após as modificações na LREF.

## **5 CONCLUSÃO**

Os argumentos e fundamentos jurídicos apresentados ao longo do presente ensaio atestaram que o reconhecimento da legitimidade da Fazenda Pública em proceder com o requerimento falimentar perpassa pela análise do espírito das leis que tratam do tema.

Isso se deve principalmente devido ao regime-jurídico administrativo que vincula a atuação da Administração Pública e seus órgãos, como é o caso da Fazenda Pública.

Dois princípios são as bases desse sistema (supremacia e indisponibilidade do interesse público), no entanto, o que de fato importa para esta abordagem é a definição de interesse público.

O interesse público é tido como bússola para adoção de qualquer medida, seja por parte do Executivo quando no exercício de sua função típica ou quando o legislador elabora as normas que regulam a atividade administrativa.

Mas por ser um conceito aberto o reconhecimento de sua aplicação num caso concreto irá variar, no entanto, não pode dissociar-se dos preceitos constitucionais.

Por tratar de um fim ao qual jamais poderá o administrador se afastar, sua atuação deve a ele estar vinculada, sob pena de sua ação ser considerada ilegal. Lado outro, o particular pode ansiar pelos mais variados objetivos sem se preocupar em estar agindo de maneira descompromissada com o seu propósito.

Em vista disso, inevitavelmente, o reconhecimento da legitimidade da Fazenda Pública em requerer falência perpassa pelo exame do interesse público guarnecido pela LREF quando trata do procedimento, melhor, é obrigação do agente pautar suas medidas segundo os valores ali protegidos.

Do contrário, a ação perpetrada pelo administrador é tida como ilegal podendo configurar um verdadeiro abuso e/ou desvio de finalidade.

Tendo como premissa essas orientações passamos a analisar qual o interesse público de fato a LREF protege no procedimento falimentar para na sequência avaliar se a medida em questão proposta pela Fazenda Pública está com ele harmonizada.

O propósito da falência foi consideravelmente modificado com o advento da LREF, visto que deixou de ser um instrumento voltado apenas para proteção do crédito (Lei da Concordata) passando a deter característica de manutenção da higidez do mercado.

Com isso, o interesse público protegido pela LREF seria a maximização dos ativos do falido, a fim de melhor suprir suas dívidas para em seguida encerrar suas atividades. Apenas com a adoção desse cuidado a higidez do mercado estaria garantida.

Por tratar-se de um interesse público, a Administração no desenvolvimento de seu *mister* deve sempre perseguir-lo, e sendo a medida falimentar o caminho para alcançar a maximização dos ativos do falido estaria a Fazenda Pública legitimada para proceder com o requerimento, conseqüentemente, a cobrança do crédito seria uma mera consequência.

Se acaso o *animus* da medida revelar-se distinto de tal propósito ficará patente que o objetivo ali buscado seria apenas o arrecadatório, o que afastaria a Fazenda Pública de seu regime jurídico configurando uma atuação ilegal e inconstitucional.

Uma vez que existirá uma verdadeira dissociação entre a atuação e os princípios da moralidade, proporcionalidade e razoabilidade. Nessa esfera a garantia estipulada em favor da Fazenda Pública perde a sua legitimidade.

Em face das razões, as alterações realizadas pela Lei n.º 14.112/2020 não mitigaram e nem corroboraram o entendimento aqui defendido, tendo em vista que a retirada de validade dos fundamentos ora apresentados decorreu dos princípios insculpidos desde o surgimento da LREF.

Forçoso, ainda, realçar que a busca pela amplificação do patrimônio do falido está em consonância com o princípio da preservação da empresa, o qual aplica-se ao procedimento falimentar justamente para manter a exploração da atividade econômica por determinado período de tempo, quando se fizer recomendável, visando potencializar os ativos do devedor para garantir uma maior satisfação dos credores.

Assim, a legitimidade de a Fazenda Pública requerer a falência de seu devedor deve ser reconhecida na hipótese da mesma atuar imbuída de um propósito

de maximização dos ativos do falido e desde que tenha comprovado a ineficácia dos outros meios de cobrança.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ARMANDO, J. Netto. **A falência de contribuinte promovida pelo fisco**. São Paulo: Assistência de Promoção Tributária, 1972.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.959.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresa e falência: Lei 11.101/2005: comentado artigo por artigo**. 11. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentado artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-Book.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITTENCOURT, Marcos. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Fórum, 2011.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento. Brasília, **Diário da Câmara dos Deputados**, v. LIV, p. 1-602, 3 dez. 1999. Suplemento ao n. 202. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1999SUP.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2022.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Diário do Congresso Nacional. Brasília, **Diário do Congresso Nacional**, v. XLIX, n. 23, Seção I, p. 1932-2053, 22 fev. 1994. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22FEV1994.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2022.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 10.220/2018**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2174927>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 6.229/2005**. Altera o § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que "Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária", para submeter todos os créditos tributários à recuperação judicial. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=307272>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências. Rio de Janeiro, 21 de junho do 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del7661impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661impressao.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 4 set. 1942. LINDB. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Brasília, 25 out. 1966. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>. Acessado em: 01 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. CC. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, 19 jul. 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10522.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 9 fev. 2005. LFRE. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 26 mar. 2005. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. LREF. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério Da Fazenda. **Portaria MF n. 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, 23 abr. 2012. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37784>>. Acesso em: 10 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **PGFN em números: Dados 2019**. Brasília: PGFN, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020/view>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Comissão de assuntos econômicos**: Documentos anteriores a 2012. Brasília: Senado Federal, 13 abr. 2004. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/pesquisaAnteriorA2012?siglaComissao=CAE&dataReuniaoIni=2004-04-13&dataReuniaoFim=2004-04-19>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Emenda n. 53 PLEN - PL 4.458/2020**. Suprimam-se os incisos V e VI da nova redação dada ao art. 73 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, pelo art. 2º do Projeto de Lei (PL) nº 4.458, de 2020. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908403&ts=1630436941974&disposition=inline>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Emenda n. 61 PLEN - PL 4.458/2020**. Suprima-se o inciso IV do §4-A, do art. 10-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, incluído pelo Art. 3º do Projeto de Lei nº 4.458, de 2020. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908451&ts=1630436940966&disposition=inline>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Parecer n. 165/2020 - PLEN/SF**. De PLENÁRIO, sobre o PL nº 4.458, de 2020 (PL nº 6.229/05, na Câmara dos Deputados), que altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908589&ts=1607953763665&disposition=inline>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Projeto de Lei da Câmara n. 71/2003**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 23 out. 2003. Lei de Falências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63304>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 4.458/2020**. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144510>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça (1. Turma). **Recurso Especial n. 287.824/MG**. TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 204 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A FALÊNCIA DO COMERCIANTE CONTRIBUINTE. [...]. Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Recorrido: CONSTRUTORA OAS LTDA. Relator: Min. Francisco Falcão, 20 de outubro de 2005. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200001190997&dt\\_publicacao=20/02/2006](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200001190997&dt_publicacao=20/02/2006)>. Acesso em: 22 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça (2. Seção). **Recurso Especial n. 164.389/MG**. PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO. [...]. Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Recorrido: FRIGORÍFICO CATALÃO LTDA. Relator: Min. Castro Filho, 13 de agosto de 2003. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=199800107266&dt\\_publicacao=16/08/2004](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800107266&dt_publicacao=16/08/2004)>. Acesso em: 22 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 967.626/RS**. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. INSS. JUSTIÇA ESTADUAL. PAGAMENTO ANTECIPADO DE CUSTAS. DISPENSA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. [...]. Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS. Recorrido: D'VIENA CALÇADOS LTDA - MASSA FALIDA. Relator: Min. Castro Meira, 9 de outubro de 2007. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200701575626&dt\\_publicacao=27/11/2008](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701575626&dt_publicacao=27/11/2008)>. Acesso em: 23 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 988.468/RS**. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. INSS. JUSTIÇA ESTADUAL. PAGAMENTO ANTECIPADO DE CUSTAS. DISPENSA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS. Recorrido: D'VIENA CALÇADOS LTDA - MASSA FALIDA. Relator: Min. Castro Meira, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702241919&dt\\_publicacao=29/11/2007](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702241919&dt_publicacao=29/11/2007)>. Acesso em: 23 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 1.103.405/MG.** PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APRESENTAÇÃO DE CRÉDITOS NA FALÊNCIA. PRESTAÇÃO DE CONTAS APRESENTADA PELO SÍNDICO. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DE PEQUENO VALOR. HABILITAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. Recorrente: FAZENDA NACIONAL. Recorrido: ESPORTE ESPETACULAR LTDA - MASSA FALIDA. Relator: Min. Castro Meira, 2 de abril de 2009. Disponível em: <  
[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200802448230&dt\\_publicacao=27/04/2009](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802448230&dt_publicacao=27/04/2009)>. Acesso em: 23 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 363.206/MG.** TRIBUTÁRIO E COMERCIAL? CRÉDITO TRIBUTÁRIO? FAZENDA PÚBLICA? AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALÊNCIA DE EMPRESA. [...]. Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Recorrido: ROYAL MINAS DISTRIBUIDORA LTDA. Relator: Min. Humberto Martins, 4 de maio de 2010. Disponível em: <  
[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200101482710&dt\\_publicacao=21/05/2010](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101482710&dt_publicacao=21/05/2010)>. Acesso em: 23 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 10.660/MG.** FALENCIA. FAZENDA PUBLICA. INTERESSE. NÃO HA EMPEÇO LEGAL A QUE FAZENDA PUBLICA REQUEIRA A FALENCIA DE SEU DEVEDOR. A LEI DE QUEBRAS SOMENTE EXCLUI O CREDOR COM GARANTIA REAL, NOS TERMOS DO ART. 9., III, "B". DIREITO REAL DE GARANTIA E PRIVILEGIO CREDITORIO NÃO SE CONFUNDEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Recorrido: TATICO SUPERMERCADO LTDA. Relator: Min. Costa Leite, 12 de dezembro de 1995. Disponível em:  
<[https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199100085324&dt\\_publicacao=10/06/1996](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100085324&dt_publicacao=10/06/1996)>. Acesso em: 20 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 138.868/MG.** FALENCIA. LEGITIMIDADE. FAZENDA PUBLICA. - A FAZENDA PUBLICA NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALENCIA. RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Recorridos: EGOM LTDA. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 17 de fevereiro de 1998. Disponível em:  
<[https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199700462056&dt\\_publicacao=30/03/1998](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700462056&dt_publicacao=30/03/1998)>. Acesso em: 20 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 136.565/RS.** FALÊNCIA. Cobrança. Incompatibilidade. O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para a cobrança de dívidas. [...]. Recorrente: BERTA S/A SISTEMAS DE SEGURANÇA. Recorridos: EXPRESSO CRUZADOR S/A. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 23 de fevereiro de 1999. Disponível em:  
<[https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199700417654&dt\\_publicacao=14/06/1999](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700417654&dt_publicacao=14/06/1999)>. Acesso em: 20 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial n. 1.187.404/MT**. DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. [...]. Recorrente: BANCO DO BRASIL S/A. Recorrido: VIANA TRADING IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE CEREAIS LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de junho de 2013. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000540484&dt\\_publicacao=21/08/2013](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000540484&dt_publicacao=21/08/2013)>. Acesso em: 20 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. **Pesquisa de jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 1.864.625/SP (2019/0294631-9)**. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. ART. 57 DA LEI 11.101/05 E ART. 191-A DO CTN. EXIGÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A FINALIDADE DO INSTITUTO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL. APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI 11.101/05. [...]. Recorrente: FAZENDA NACIONAL. Recorrido: ZANINI EQUIPAMENTOS PESADOS LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL; USINA SANTA ELISA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL; SERMATEC INDÚSTRIA E MONTAGENS LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 1 de outubro de 2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=111281976&num\\_registro=201902946319&data=20200626&tipo=91&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=111281976&num_registro=201902946319&data=20200626&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 17 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 1802.034/MG (2019/0064644-5)**. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [...]. Agravante: FAZENDA NACIONAL. Agravado: TRANSPORTADORA AMADEUS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 15 de março de 2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=91&documento\\_sequencial=119634241&registro\\_numero=201900646445&peticao\\_numero=201900574910&publicacao\\_data=20210303&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=119634241&registro_numero=201900646445&peticao_numero=201900574910&publicacao_data=20210303&formato=PDF)>. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASILINO, Fábio. **Bem jurídico empresarial: função social, preservação da empresa e proteção ao patrimônio mínimo empresarial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZAID, Alfredo. **Do agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1992.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito Administrativo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Conceito de Interesse Público no Estado Constitucional de Direito. **Revista da ESMESC**, v. 20, n. 26, p. 223-248, 2013. Disponível em: <<https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/78/71>> Acessado em: 17 jul. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral e princípios do direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

DIANEZI, Vicente. **Comissão do Senado aprova texto da Lei de Falências**. 4 maio 2004. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2004-mai-04/comissao-senado-aprova-texto-lei-falencias?pagina=10>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HERÉDIA, Thais. **Pedidos de falência de empresas aumentam 12,7% em 2020**. CNN BRASIL, 12 de jan. de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/pedidos-de-falencia-de-empresas-aumentam-12-7-em-2020-diz-boa-vista/>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da empresa**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodium, 2019.

PENN, Bernardo Schmidt. Levando o princípio a sério: Uma análise do princípio em Ronald Dworkin e seu uso indiscriminado no Brasil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 71, p. 51-76, nov. 2016.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes (Org.). **Normas gerais de direito tributário**: Estudos em homenagem aos 50 anos do Código Tributário Nacional. Curitiba: CRV, 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Processo público e Constituição: uma análise das prerrogativas processuais da Fazenda Pública à luz das garantias constitucionais do processo. *In*: FUX, Luiz. (org.). **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Seção Direito Privado 1). **Apelação Cível n. 1001975-61.2019.8.26.0491**. Apelante: União (Fazenda Nacional). Apelado: Derco Comercio e Representações Processual de Produtos e Alimentícios LTDA. Relator: Alexandre Lazzarini, 30 de julho de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI005TAEQ0000&processo.foro=990&processo.numero=10019756120198260491#>. Acesso em: 28 ago. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SERASA. **Serasa Experience**. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 810, p. 33-50, abr. 2003. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35577>. Acesso em: 22 ago. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.