



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA -UnB
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO DE ALCANTARA TRINDADE

**ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NO PROCESSO
FALIMENTAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DE
EMPRESA**

Brasília

2017

BRUNO DE ALCANTARA TRINDADE

**ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NO PROCESSO
FALIMENTAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DE
EMPRESA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Fundação Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto

Brasília

ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NO PROCESSO FALIMENTAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DE EMPRESA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Fundação Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto (Orientador)

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

Prof. Me. Leandro Oliveira Gobbo

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges (Suplente)

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, irmãos e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida

A todos os professores, não somente por terem me ensinado, mas por terem me instigado e inspirado. Em especial, ao meu orientador, pela orientação, apoio e confiança, os meus mais sinceros agradecimentos. Aos professores Paulo Bunier, Antônio de Moura Borges e Leandro Gobbo, pela disposição em participar da Banca de Monografia dessa Pesquisa. A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores desta instituição dedicados, aos quais, sem nominar, terão os meus eternos agradecimentos.

Ao Curso de Direito da Universidade de Brasília, e as pessoas com quem convivi nesses espaços ao longo desses anos. A experiência de uma produção compartilhada com amigos nesse espaço foi a melhor experiência da minha formação acadêmica.

RESUMO

Esta monografia é o resultado de uma análise que envolve a relação entre a Fazenda Pública e o processo falimentar. O estudo inicia com uma abordagem histórica do direito comercial e do instituto da falência, com o objetivo de demonstrar a nova feição trazida pela Lei nº 11.101 que regula o processo falimentar brasileiro e como se pode extrair dos seus artigos a concretização do princípio da preservação da empresa. Neste percurso, o ordenamento jurídico enfrenta o seguinte dilema, problema desta pesquisa: a Fazenda Pública pode iniciar o processo falimentar? Para responder ao problema de pesquisa, a fundamentação foi desenvolvida através do método dedutivo e o uso da técnica de pesquisa bibliográfica. A partir dessa análise, reforça-se o entendimento majoritário que se posiciona pela impossibilidade do pedido de falência movido pela Fazenda, contudo, o enfoque que se dá envolve uma linha de raciocínio que vai além das questões meramente processuais. Verificou-se que a falta de interesse e legitimidade da Fazenda, isto é, questões processuais, são apenas umas das formas de defender a impossibilidade do pedido. Uma análise principiológica dessa relação mostrou-se mais relevante para o debate, já que pode ser desenvolvida fora do texto legal e além do ramo comercial do direito.

Palavras-chave: Lei de falência; Princípios; Execução fiscal; créditos tributários; Fazenda pública.

ABSTRACT

This monograph is the result of an analysis that involves the relationship between the Public Treasury and the bankruptcy process. The study begins with a historical approach to commercial law and the institute of bankruptcy with the objective of demonstrating the new feature brought by Law 11,101 that regulates the Brazilian bankruptcy process and how one can extract from its articles the concretization of the principle of preservation of the corporate entity. On this current path, the legal system faces the following dilemma, problem of this research: can the Public Treasury initiate the bankruptcy process? In order to answer the problem of this research, the reasoning was developed through the deductive method and the use of the bibliographic research technique. Based on this analysis, it reinforces the majority understanding that stands for the impossibility of the bankruptcy petition moved by the Public Treasury, however, the approach that takes place, involves a line of reasoning that goes beyond the mere procedural issues. It was found that the lack of interest and legitimacy of the Treasury, that is, procedural issues, are only one of the ways to defend the impossibility of the request. A principiologic analysis of this relationship has become more relevant to the debate, since it can be developed outside the legal text and beyond the commercial branch of law.

***Key-words:* Bankruptcy law; Principles; Tax execution; Tax credits. Public Treasury.**

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CC/02	Código Civil de 2002
CCm	Código Comercial
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação de Leis Trabalhistas
CTN	Código Tributário Nacional
D	Decreto
DL	Decreto-Lei
LEF	Lei de Execução Fiscal
LF	Lei de Falências
LFR	Lei de Falências e Recuperação
LFRE	Lei de Falências e Recuperação Especial
STF	Superior Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
UnB	Universidade de Brasília

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO COMERCIAL	15
2.1. <i>O PROCESSO EVOLUTIVO NO BRASIL E NO MUNDO</i>	<i>15</i>
2.2. <i>PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....</i>	<i>20</i>
3. FALÊNCIA E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	26
3.1. <i>ANÁLISE HISTÓRICA</i>	<i>26</i>
3.2. <i>REGRAMENTO DA FALÊNCIA NO SISTEMA BRASILEIRO.....</i>	<i>28</i>
3.3. <i>FALÊNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....</i>	<i>32</i>
4. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO PROCESSO FALIMENTAR	37
4.1. <i>AS ESPÉCIES DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS</i>	<i>37</i>
4.2. <i>EXECUÇÃO FISCAL E A SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO FALIMENTAR</i>	<i>39</i>
4.3. <i>O PAPEL DA FAZENDA PÚBLICA NO PROCESSO FALIMENTAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA</i>	<i>43</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS.....	57

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.101 passou a regular, no território nacional, o processo de recuperação judicial e falência a partir de 08 de junho de 2005¹. Após 11 anos de tramitação no Congresso Nacional, a referida Lei revogou, parcialmente, o antigo Decreto-Lei Nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

Com o novo diploma, institutos como a concordata e a continuação do negócio pelo falido foram extintos. A nova Lei instituiu o maior exemplo da concretização do princípio da preservação da empresa: a recuperação judicial e extrajudicial. Segundo Luís Felipe Salomão Paulo e Penalva Santos “O plano de recuperação da empresa é o verdadeiro "coração" da nova lei.”²

O diploma atual manteve a falência, contudo, desenhou novos contornos legais, mas não unificou o sistema de falências, permanecendo a velha dicotomia entre falência empresarial e falência civil, que remonta ao período francês dos atos de comércio.

À semelhança da concordata prevista no DL 7.661/45, a nova lei criou um regime especial de recuperação judicial para microempresa e empresa de pequeno porte. Com a Lei Complementar n. 147, de 7 de agosto de 2014, portanto, cerca de 9 anos após a entrada em vigor da lei, foi criada uma quarta classe de credores que é específica para esse tipo de empresa.

Os atos processuais devem ser comunicados ao Ministério Público devido ao interesse geral que envolve o processo de falência. Contudo, em relação ao Decreto -Lei, suas competências foram reduzidas. Os procedimentos que demandam a participação do Ministério Público são poucos, via de regra, a sua intervenção está ligada, basicamente, a apuração de crimes falimentares.

¹ A referida lei foi publicada no Diário Oficial no dia 05 de fevereiro de 2005, contudo, o artigo 201 determinou que a entrada em vigor da referida lei só aconteceria 120 dias depois de publicada. Portanto, houve um período de *vacatio legis* de aproximadamente 4 meses. *In verbis*: Art. 201. Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação.

² SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. São Paulo: Forense, 2012. cap. 13, p. 27

Com a nova Lei a falência deixa de ser uma forma de cobrança dos devedores, pois estabelece limites mínimos para o pedido de falência, incentiva ao máximo a recuperação judicial, amplia o prazo da contestação, entre outros mecanismos que impedem a utilização do pedido de falência como uma forma de pressionar o empresário como ocorria com a antiga legislação.

A nova Lei tenta preservar a empresa e efetivar a sua função social, mesmo que, em detrimento dos anseios dos credores individualmente considerados, isso fica claro no artigo 47 da Lei, que está “topograficamente” localizado na parte que trata do instituto da recuperação judicial, mas esse princípio norteia toda a Lei de falências, inclusive o processo falimentar.

As várias formas de proteção da empresa, para um leigo, podem parecer exageradas e pouco isonômicas, contudo, as ideologias que envolvem a Lei nº. 11.101/05 derivam da ideia de que a empresa é importante tanto para a sociedade quanto para o Estado, de forma que é mais importante preservá-la e, com isso, maximizar o bem-estar geral da sociedade que beneficiar os credores que são um grupo pequeno em relação ao resto da sociedade, por óbvio, os seus créditos serão adimplidos, no entanto, não tão rápido quanto gostariam.

Mesmo com as mudanças um problema persiste: as questões fiscais sempre foram uma dificuldade seja para o empresário falido seja para o em recuperação judicial. Em relação ao Estado, o problema diz respeito a extensão e a forma com que atuará.

É inegável a necessidade dos tributos³, o Estado não vive sem eles, por outro lado, o empresário em crise não tem possibilidades de contornar a crise sem uma atuação fazendária razoável e adequada, tanto no momento em que tenta manter o negócio, evitando a falência, quanto no momento em que se reergue seja recuperação judicial ou seja a extrajudicial. Portanto, deve-se achar um equilíbrio entre os interesses sócio-tributários e os sócio-empresariais que possibilite a concretização sadia de ambos.

³ As expressões “crédito tributário” ou “tributos” devem, nessa monografia, serem entendidas no sentido genérico e amplo, incluindo as obrigações fiscais e parafiscais.

A questão tributária que envolve o mundo empresarial é controvertida, pois são duas áreas de intenso debate e incerteza, especialmente na área de falências e recuperação de empresas em que vácuos normativos, legislações tecnicamente mal redigidas e embates entre o público e o privado geram um verdadeiro campo de batalha.

Mesmo com a relevância do empreendedorismo para a sustentação da economia – e por vias indiretas do Estado – uma questão vem se colocando de maneira cada vez mais consistente quando se discute a atividade empreendedora que está em crise frente a responsabilidade tributária. Sem entrar em debates sobre a eficiência da aplicação dos recursos, os tributos são necessários para a manutenção do Estado, principalmente para o Estado brasileiro que trouxe para si várias competências de ordem social.

Dessa maneira, ganham cada vez mais relevância as discussões sobre a atuação da empresa e do Estado, pois de um lado se tem o ente público que demanda o pagamento dos tributos e do outro lado, a empresa que precisa sair do “vermelho” e, para tanto, deve dispendir o menor capital possível para maximizar os ganhos e sair da crise. Trazer para o centro do debate a análise sobre as consequências do comportamento do Fisco no processo de recuperação judicial e falência pode impactar a maneira como se cobra os tributos e tenta-se manter o empreendedorismo, sem que, para isso, seja necessário o sacrifício demasiado de um dos lados

As discussões sobre o impacto tributários sobre os institutos da Lei nº. 11.101/05, além de um aspecto pratico de importância ímpar, reveste-se de grande importância para o meio acadêmico. Nesse contexto, a maior produção de estudos e pesquisas sobre a tributação, seja na falência seja na recuperação judicial, pode ser o início de um processo começado na academia, mas que se estende para a realidade prática confusa e vacilante.

É nesse cenário que o presente trabalho se desenvolve: como conciliar os interesses opostos dentro do processo de falência. Nesse embate de forças, as partes devem ceder para que se chegue a um patamar aceitável e se promova o bem-estar geral da nação. Assim, o problema de pesquisa busca analisar a impossibilidade do ajuizamento do pedido de falência pela Fazenda Pública a partir de uma

argumentação principiológica que extrapola as relações processuais, que sustentam a doutrina majoritária.

Nesse diapasão, é necessário demonstrar que o sistema falimentar passou por uma evolução que desenvolveu e consolidou novos paradigmas, com destaque para os princípios da preservação da empresa e sua relação com vários ramos do direito. Há ainda algumas perguntas que devem ser respondidas em relação ao processo de falência, quais sejam: Como se dá a atuação do fisco a luz dos princípios falimentares? Há relação entre os princípios falimentares e os princípios tributários? Qual a importância da separação do conceito de empresa e empresário dentro do processo falimentar?

Para superar o problema de pesquisa, utiliza-se o método dedutivo com o uso de pesquisa bibliográfica e documental. Adota-se a coleta de conteúdos e informações para a análise e contextualização dos objetivos gerais e específicos, estabelecendo contornos específicos das etapas que devem ser cumpridas para atingir o resultado final. A pesquisa bibliográfica envolve a consulta e interpretação da doutrina nacional de Direito Empresarial, com foco maior na doutrina falimentar. A pesquisa documental resulta da análise e consulta as Leis nacionais e acordão que trataram da falência, de outros institutos do direito comercial e da Fazenda Pública.

O trabalho está dividido em cinco capítulos, dois desses são reservados para a introdução e conclusão do trabalho.

A primeira parte aborda brevemente o processo histórico-evolutivo do direito comercial desde a *lex mercatoria* até o período da teoria da empresa do sistema italiano e o processo de separação entre o conceito de sócio da empresa e o conceito de empresa. Em seguida aborda-se o princípio da preservação da empresa no âmbito geral do Direito Empresarial e sua relação com outros ramos do direito, principalmente, o ramo tributário.

Em seguida, será analisado, brevemente, o processo histórico-evolutivo da falência. Na segunda parte, o enfoque recairá sobre as fases das legislações brasileiras que se resumem em 5 períodos distintos. Por fim, analisar-se-á a compatibilidade entre o princípio da preservação da empresa e o instituto da falência. Para tanto, a legislação anterior – DL 7661/45 – será comparada com a atual Lei, a

breve digressão sobre o sistema anterior permiti observar como os procedimentos evoluíram para o sistema que promove o empreendedorismo e afasta o processo de falência como meio punitivo.

Na parte final do trabalho, será abordado os diversos créditos tributários presentes no processo de falência, a relação entre o processo falimentar e a execução fiscal e, por fim, o papel da Fazenda Pública no processo falimentar. A Lei de falências e recuperação judicial são claras, qualquer credor pode requer a falência do devedor – artigo 97, IV –, contudo a jurisprudência do STJ entende que a Fazenda Pública não pode fazer o pedido, pois não possui legitimidade nem interesse de agir uma vez que tem à disposição a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980.)

Para a conclusão com êxito, serão utilizadas as seguintes técnicas: produção de resumos, resenhas, fichamentos, análise histórico-comparativa, interpretação sistêmica do ordenamento e análise quanto a finalidade do processo à luz dos princípios.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO COMERCIAL

Nesse capítulo, abordar-se-á o desenvolvimento histórico do direito comercial. Ascarelli divide em quatro períodos distintos o processo de formação e consolidação do direito comercial. O primeiro período é marcado pela *lex mercatoria*; o segundo período é marcado pelo início da migração ao poder do Estado; o terceiro é o período francês, no qual se desenvolveu a teoria dos atos de comércio; e, por fim, o período italiano, no qual se desenvolveu a teoria da empresa.

Dentro dessa análise histórica, analisa-se a importância que a separação do conceito de empresa e empresário trouxe para o direito comercial. Essa separação se mostra bastante importante, pois, ao final deste capítulo, analisa-se o princípio da preservação da empresa, que depende dessa dicotomia para fazer sentido e produzir efeitos no ordenamento. Além disso, é necessário analisar o princípio acima referido a luz do princípio constitucional da função social da empresa, além de demonstrar a relação que o princípio da preservação da empresa tem nos diversos ramos do direito, principalmente no Direito Tributário.

2.1. O processo evolutivo no Brasil e no mundo

O comércio enquanto atividade econômica, de uma forma ou de outra, sempre fez parte da história humana. Na antiguidade clássica, o comércio era rudimentar e a legislação era esparsa, dessa forma, não havia um sistema próprio que regesse a atividade comercial, enquanto campo jurídico passível de regulação. O desenvolvimento de um sistema jurídico do comércio só surgiu na Idade Média:

O direito comercial surgiu de uma necessidade, na Idade Média, de regulamentar as relações entre os novos personagens que se apresentaram: os comerciantes (a ascensão da burguesia). Mas o comércio, bem como as normas jurídicas que regulamentavam tal relação, remontam a um período bem anterior.⁴

Segundo Tullio Ascarelli (1962. P. 29/74. *Apud* Coelho. 2016, P. 33), o Direito comercial passou por quatro fases. O primeiro período foi marcado pelas

⁴ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 1, p. 30. v. 1.

corporações de artes e ofícios e o engrandecimento das feiras nas grandes cidades europeias.

O principal diploma legal aplicado era a *lex mercatoria*, Lei dos mercadores. O referido diploma tentava dirimir as dificuldades que os comerciantes encontravam ao negociar com pessoas de diferentes cidades, uma vez que os países europeus ainda não haviam se formado, mas existiam diversas cidades que desempenhavam papel importante no desenvolvimento do comércio. A referida Lei não era influenciada por nenhum regramento das cidades, o que se buscava era a rapidez nas soluções e a prevalência dos usos e costumes comerciais da região.⁵

A lei dos mercadores era uma fonte normativa dentro do seio das corporações, com isso, as regras ali abordadas eram direcionadas aos seus membros e não a todas as corporações. As corporações elegiam os seus próprios *cônsules* que aplicavam os usos e costumes para dirimir os conflitos entre os comerciantes.

Nesse mesmo sentido, Tomazette:

Nesse primeiro momento, o direito comercial podia ser entendido como o direito dos comerciantes, vale dizer, o direito comercial disciplinava as relações entre os comerciantes. Eram, inicialmente, normas costumeiras, aplicadas por um juiz eleito pelas corporações, o cônsul, e só valiam dentro da própria corporação. Posteriormente, no seio de tais corporações, surgem também normas escritas para a disciplina das relações entre comerciantes. Essas normas escritas, juntamente com os costumes, formaram os chamados estatutos das corporações, fonte primordial do direito comercial em sua origem.⁶

Foi na Itália que esse sistema surgiu: Veneza e Florença eram duas das repúblicas italianas que se tornaram os centros de troca mais importantes da Europa. Nesses grandes centros, beneficiados pela posição estratégica da península italiana, os comerciantes compravam, vendiam, negociavam e escoavam os produtos de toda a Europa.

Esse sistema classista começou a ruir na metade do Século XVI. O poderio econômico da burguesia ascendente crescia cada dia mais. Em certo momento, as relações entre comerciantes e não comerciantes geravam embates que, nem sempre

⁵ Ibid., p. 96.

⁶ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 1, p. 32. v. 1.

poderiam ser solucionados pelos membros das corporações comerciais. Lentamente, o poder de criar direitos e julgar passou para as mãos dos Estados, que iniciavam o processo de unificação nacional na Europa.

No entanto, as corporações continuavam a existir, mas o seu poder de decisão foi, lentamente, passado para a competência dos tribunais comerciais. Contudo, os magistrados não eram juízes de carreira, eram comerciantes eleitos para mandatos específicos de dois anos.

Uma pequena crítica deve ser feita: os dois períodos constituem apenas uma fase do direito comercial. A evolução trazida para o sistema de um período em relação ao outro não representa um salto evolutivo tão relevante a ponto de ser caracterizado como uma nova fase. Os comerciantes, embora tivessem perdido parte do poder que tinham antes, ainda continuavam a frente das relações de comércio. O Estado ainda não havia consolidado a força que conseguiria no sistema Francês dos atos de comércio, mas caminhava nesse sentido. Dessa forma, máxima vênua, esse segundo momento se caracteriza apenas como o início do fim do período da *lex mercatoria* e não uma segunda fase, propriamente dita.

O terceiro período⁷ foi o sistema francês dos atos de comércio, marcado pelo Código Napoleônico de 1807. A consolidação desse sistema ocorreu no momento em que o *Code de Commerce* – Código Mercantil napoleônico – entrou em vigor, no ano de 1808. Esse sistema foi marcado pela teoria dos atos de comércio, mecanismo que foi encontrado na época para dar contornos mais objetivos a atividade mercantil.⁸

A teoria dos atos de comércio surgiu em resposta ao sistema anterior, marcado pelas corporações mercantis que eram formadas por classes enrijecidas e elitistas da sociedade. Dessa forma, eram poucas as pessoas que poderiam usufruir das benesses trazidas pelo direito comercial, como visto acima.

⁷ Por questões de coerência, manteve-se a contagem dos períodos de acordo com aquela estabelecida por Tullio Ascarelli. No entanto, reforça-se a crítica no sentido de que existem apenas três períodos históricos distintos.

⁸ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 1, p. 34. v. 1.

É justamente nessa fase que ocorre a abolição do corporativismo. Isso permitiu, pelo menos em tese, que qualquer pessoa pudesse desempenhar a atividade mercantil, independentemente de estar ou não vinculado a uma determinada classe. Nesse novo cenário, aquele que se explora atividade comercial recebia tratamento diferenciado, que resultava de uma disciplina jurídica própria do ramo.

Os atos de comércio eram uma espécie de lista de atividades trazidas pelo Código e somente as aquelas atividades poderiam ser consideradas atividades comerciais. Essa restrição causava incerteza jurídica em relação a diversas atividades, pois, se a atividade desempenhada não estivesse elencada nessa lista, não seria considerada atividade comercial. Logo, aquele que desempenhasse essa atividade não seria considerado comerciante e, portanto, não usufruiria das regras destinadas a esse ramo.⁹

O Código Comercial Napoleônico (1807) não foi um marco legislativo como o Código Civil (1804), contudo, ainda assim, influenciou diversos sistemas jurídicos da época. A teoria dos atos de comércio foi introduzida na Espanha, Portugal, Bélgica, nas colônias e ex-colônias desses países.¹⁰

O Brasil adotou a teoria dos atos de comércio, bebendo da doutrina francesa desde 1850 com o Código Comercial Brasileiro juntamente com o regulamento 737, de 25 de novembro de 1850. Hoje, o Código Comercial está parcialmente revogado, tendo em vista a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Sobre esse aspecto, escreve Gladston Mamede:

Essa teoria foi repetida no Brasil, com a edição do Código Comercial, em 1850, quando era Imperador D. Pedro 11; cuida-se de uma das normas mais duradouras da história brasileira: sua primeira parte, dedicada ao comércio em geral, esteve em vigor até 11 de janeiro de 2003, quando passou a vigor o Código Civil (Lei 10.406/02)¹¹.

O sistema francês lentamente se deteriorava. Com o desenvolvimento das técnicas mercantis, delimitar qual matéria seria ou não de trato comercial, tornava-se

⁹ DOS SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes. Dos efeitos da falência sobre os créditos tributários. 2010. P 14.

¹⁰ 1962. P. 29/74. Apud. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. cap. 1, p. 25-46; cap. 2, p. 34.

¹¹ MAMEDE, Gladston. Manual de direito empresarial I Gladston Mamede. - 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013. São Paulo: Atlas, 2006. cap. 1, p. 3.

uma tarefa cada vez mais difícil. Além disso, restringir a atividade comercial às molduras, impedia o livre desenvolvimento do mercado. A ineficiência das codificações que adotaram a teoria dos atos de comércio levou as constantes alterações legislativas, como aponta Frans Martins:

Tanto o Código francês como os demais que o seguiram foram constantemente modificados, em vista das periódicas inovações surgidas no Direito Comercial. Essas Leis posteriores muitas vezes não apenas alteraram disposições dos Códigos como revogaram inteiramente as mesmas, passando a regular a matéria de modo diverso.¹²

Aliado a isso, surgiram várias críticas quanto a manutenção da separação entre Direito Civil e Direito Comercial. No Brasil, por exemplo, surgiram críticas no sentido de que os dois ramos do direito se submetiam a mesma parte geral, ao mesmo regramento das obrigações e dos contratos.¹³

A crise no sistema francês levou ao quarto período. Esse período é chamado de período italiano, que tentou superar os percalços criados pelo sistema francês. O *Codice Civile* (1942) disciplinava a matéria tanto do Direito Civil quanto do Direito Comercial. A teoria dos atos de comércio é superada e passa a vigorar a teoria da empresa.

O Brasil adotou esse sistema com o Código Civil de 2002, assim, o centro do direito comercial passa a ser a empresa, contudo o CC/02 não definiu o que vem a ser empresa. Dessa forma, busca-se no conceito de empresário a definição de empresa, ou seja, a pessoa que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”¹⁴.

É com base nesse conceito de empresário que Eduardo Goulart Pimenta define empresa como sendo “qualquer atividade econômica de produção ou distribuição de bens ou serviços com intuito de lucro, realizada e dirigida, mediante a organização de capital e trabalho, pelo empresário”¹⁵.

¹² MARTINS, Fran. O Comércio e o Direito Regulador das Atividades Comerciais. In: Atual ABRÃO, Carlos Henrique. Curso de direito comercial. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. cap. 1, p. 34.

¹³ Mamede, Gladston. Manual de direito empresarial I Gladston Mamede. - 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013. São Paulo: Atlas, 2006. cap. 1, p. 3.

¹⁴ Art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)

¹⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart. O princípio da preservação da empresa sob a ótica da Constituição Federal e do Código Civil de 2002. Revista do Curso de Direito (Nova Lima) v.3, p. 81, 2004.

Dessa forma, percebe-se dois elementos caracterizantes do instituto: o primeiro deles é o profissionalismo, isto é, a atividade deve ser praticada habitualmente, sem caráter recreativo ou esporádico; o segundo elemento é o exercício de atividade econômica, isto é, o objetivo de gerar riquezas, que não necessariamente se apresentam como lucros.¹⁶

A divisão dos conceitos de empresa e de empresário é de grande importância para o Direito Empresarial, uma vez que da antiga prática se aplica, indistintamente, as mesmas sanções ao empresário e a empresa, isto é, o ordenamento deixou de atrelar o destino de um a sorte de outro.

Essa forma de observar, principalmente no âmbito do direito falimentar e recuperacional, implicou mudanças na condução e tratamento do empresário e da empresa no curso do processo. Esse novo paradigma implicou maior aplicação e concretização do princípio da preservação e da função social da empresa, seja no processo falimentar, seja no processo de recuperação judicial ou extrajudicial.

No próximo item é analisado o princípio da preservação da empresa aplicado ao sistema empresarial como um todo, delimitando seus contornos e funções, além de uma análise da sua incidência e correlação com alguns ramos do direito.

2.2. Princípio da preservação da empresa

Para Patrícia Dantas Gaia, a evolução do Direito de Empresa supera o que está positivado na Lei e implica reconhecimento da força dos princípios, que agora também são normas e que, portanto, devem ser reconhecidas; aplicada o que importa, dentro do Direito Empresarial, uma visão nova sobre a empresa.

(...) [N]ão deveria mais funcionar como uma organização contratual, onde prevalece - sempre e a qualquer preço - a vontade dos empresários/contratantes. A empresa, assim como a propriedade, passa a ter necessariamente uma função social, um objetivo institucional. Portanto, a preservação da empresa - e não necessariamente do empresário - significa preservação de empregos, de receitas tributárias, enfim, de bem-estar à

¹⁶ DOS SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes. Dos efeitos da falência sobre os créditos tributários. 2010. P 18

sociedade. A empresa permanece com sua finalidade capitalista de buscar os resultados financeiros, mas com a necessidade também de criar valor social.¹⁷

Antes de abordar o princípio da preservação da empresa, é necessário tecer breves digressões sobre o princípio constitucional da função social da empresa. Esse princípio não se encontra na Constituição expressamente, contudo, a doutrina e a jurisprudência, por meio de um esforço interpretativo, construíram suas bases teóricas a partir do princípio da função social da propriedade que está positivado nos artigos 5º, XXIII¹⁸ e 170¹⁹, III da Constituição.²⁰

Para Fábio Ulhoa Coelho, a empresa só cumpre a função social se:

[...] [G]era empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos e se desenvolve com estrita obediência às Leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.²¹

Dessa forma, o referido princípio consagra a ideia de que a empresa envolve vários interesses, muito maiores do que o interesse dos membros que a dirigem. As empresas geram riquezas, empregos, tributos, meios de produção entre outros fatores que a colocam no centro dos anseios sociais e econômicos. É justamente por isso que o Estado deve, enquanto agente regulador, promover e incentivar o desenvolvimento empresarial e intervir²² no âmbito empresarial, se

¹⁷ GAIA, Patrícia Dantas. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XIX., 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI... Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010. p. 3008.

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (grifos nossos)**

¹⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: **III - função social da propriedade; (grifos nossos)**

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. cap. 1, p. 25-46; cap. 2, p. 66

²¹ Ibid., p. 75

²² "Intervir", nesse contexto, deve ser entendido como meio utilizado pelo Estado Regulador cujo fulcro é estabelecer as regras do jogo que norteiam a atuação dos empresários. O que difere de dirigismo, mecanismo usado por Estados autoritários que intervêm agressivamente na economia de forma

necessário, mesmo que contrariamente aos interesses dos empresários, pois, como dito acima, a empresa vai além dos empresários.²³

Nesse sentido, parece razoável concluir que o princípio da preservação da empresa é um dos derivados do princípio da função social, pois, aquele princípio reforça o entendimento de que é necessário proteger a empresa e preservar os interesses que norteia a atividade econômica, não se limitando ao destino dos dirigentes da empresa, sempre que os meios possibilitarem essa alternativa.

É evidente que a extinção da empresa provoca prejuízos para diversos segmentos sociais, isto é, se a atividade empresarial for encerrada, os fornecedores perdem um cliente, os trabalhadores ficam sem emprego, os parceiros de negócios perdem o investimento, os credores perdem a sua retribuição e o consumidor fica sem o bem ou serviço. Dessa forma, buscar meios alternativos de manutenção da atividade econômica são necessários, já que preservam os interesses multifacetados da sociedade em relação a empresa.

O princípio da preservação da empresa pode ser deduzido em diversos diplomas jurídicos. O Código civil de 2002 (CC/02), por exemplo, ao permitir resolução parcial da empresa (Art. 1028 e ss)²⁴ e a desconsideração da personalidade jurídica

autoritária e unilateral. (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, pp. 224)

²³ PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro. 2009. 133 p. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, [2009?]. P. 57.

²⁴ Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: I - se o contrato dispuser diferentemente; II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido. Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa. Parágrafo único. Nos trinta dias subseqüentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade. Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente. Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026. Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. § 1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota. § 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário. (Vide Lei nº 13.105,

(Art. 50²⁵) permite prolongar a vida da empresa, o mesmo pode ser observado no Código de Defesa do Consumidor (CDC) que também prevê a desconsideração da personalidade jurídica (Art. 28²⁶).²⁷

Com a nova Lei de falências e recuperação de empresa, se tem a positivação infraconstitucional do princípio da preservação da empresa que deu um passo importante na consolidação desse princípio. O referido princípio pode ser extraído tanto do instituto da Recuperação Judicial quanto do instituto da falência.

O princípio da preservação também pode ser observado, segundo Patrícia Gaia, em outras áreas do direito, tais como:

No **Direito Ambiental** o rigorismo com as condutas agressoras do meio ambiente pelas empresas; no **Direito Societário** a preocupação com os sócios minoritários e com a transparência dos números financeiros (demonstrações financeiras); no **Direito do Trabalho** a crescente preocupação em reduzir os salários fixos, substituindo-os pela remuneração variável, onde se leva em conta os resultados (metas financeiras, ambientais, de convivência, etc.) e o lucro.²⁸ (grifos nossos)

Um ponto importante que deve ser debatido é a aplicação desse princípio ao Direito Tributário. O embate entre o sistema tributário e o sistema empresarial deve ser compreendido dentro de um todo integrado que proporcione a cooperação, isto é,

de 2015), Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

²⁵ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

²⁶ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. cap. 1, p. 25-46; cap. 2, p. 77

²⁸ GAIA, Patrícia Dantas. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XIX., 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI... Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010. p. 3010

analisar esses dois “mundos” com o objetivo precípua de maximizar suas atividades sem que, para tanto, iniba-se a atuação do outro. Uma vez que “O Direito Tributário deve ser provido por essa nova percepção acerca da empresa, que valoriza a manutenção desta, especialmente pelo papel social que exerce institucionalmente na comunidade.”²⁹

A atuação e função da Fazenda Pública de qualquer país tem como objetivo principal a arrecadação do maior valor possível de tributos, para possibilitar o funcionamento da máquina pública, principalmente no Brasil em que o Estado trouxe para si obrigações muitas vezes impraticáveis. Do outro lado, se tem a empresa que quer maximizar os lucros e diminuir os gastos, os tributos, portanto, são gastos que os empresários tentam escoar.

Dessa forma, gera-se um embate de duas forças fundamentais, mas não necessariamente equivalentes. É evidente que a Fazenda, que representa o Estado, possui maior poder, logo, sua atuação pode acarretar efeitos irreversíveis em uma empresa, pois não existe paridade de armas.

Sendo assim, aplicar o princípio da preservação da empresa a atuação do fisco é de grande importância para o Estado, tendo em vista o feixe de relações sócias e econômicas presentes em uma empresa, que reverberam tanto no âmbito público quanto no privado. Nesse mesmo sentido, a professora Misabel Abreu Machado Derzi:

Se a empresa cumpre uma função social e é geradora de empregos e de riqueza, então a sua preservação não interessa apenas a seus credores investidores, mas ainda ao Fisco, que se alimenta de sua capacidade econômica, e aos trabalhadores em geral.³⁰

A referida doutrinadora vai além e estabelece uma relação direta entre o princípio da preservação da empresa e o princípio da capacidade contributiva de

²⁹ GAIA, Patrícia Dantas. O princípio da preservação das empresas e sua aplicação no direito tributário. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XIX., 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI... Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010. p. 3010.

³⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da preservação das empresas e o direito à economia de imposto. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). Grandes Questões atuais do Direito Tributário., v. 10, n. 1 ed., p. 337, 2006.

pagar impostos³¹ previsto no artigo 145, §1º³² da CF³³ e o princípio da proibição do confisco. A capacidade econômica da empresa deve ser respeitada, não só para proporcionar a justiça fiscal, mas também para permitir o funcionamento regular de suas atividades.

Dessa forma, cabe ao Estado promover a aplicação do Direito Tributário alinhado a ideia de preservação e proteção da empresa. Cabe ao Estado um papel importante: a atuação moderada é sempre desejável, mas nem sempre possível. Do outro lado, se tem o empresário que deve atuar de forma coerente com as Leis do Estado³⁴, não se pode defender cegamente dirigentes que atuam a margem da Lei, mas a resposta ao problema apresentado não se traduz nem na tributação exagerada nem no punitivíssimo cego.

No próximo capítulo, são analisados a evolução histórica do instituto da falência, processo de construção internacional e as fases pelas quais o Estado brasileiro desenvolveu seu instituto falimentar. Ainda, é abordada a incidência do princípio da preservação da empresa sobre o instituto da falência, fazendo uma breve comparação com a sistemática anterior.

³¹ Nas palavras de Kiyoshi Harada “O princípio tem por escopo o atingimento da justiça fiscal, repartindo os encargos do Estado na proporção das possibilidades de cada contribuinte. Note-se que o texto refere-se corretamente à capacidade econômica *do contribuinte*, que corresponde à capacidade contributiva” (HARADA, 2017, P. 272)

³² Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte

³³ DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da preservação das empresas e o direito à economia de imposto. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). *Grandes Questões atuais do Direito Tributário.*, v. 10, n. 1 ed., p. 338, 2006.

³⁴ Para Patrícia Dantas Gaia: “O princípio deve ser acionado durante a vida empresarial, de forma preventiva, incentivando o lucro, proveniente da atividade produtiva, que consagra a função social da empresa - geradora de empregos e de riquezas.” (GAIA, 2010, p. 3010)

3. FALÊNCIA E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Nesse capítulo, a análise histórica continua como objeto de estudo, contudo, o instituto será restringido. Inicialmente, será abordado como era tratada a insolvência do devedor e como ela evoluiu de uma punição que recaía sobre o corpo do devedor para uma sanção que atingia apenas o patrimônio do inadimplente.

A falência passou, segundo Ricardo Negrão, por cinco períodos distintos dentro do ordenamento brasileiro, quais sejam, o período português, o período inaugurado com o Código Comercial de 1850, o período republicano, a fase pré-empresarial e o início da tramitação do Projeto de Lei nº. 4376/93. Cada um desses períodos trouxe características próprias, contudo, alguns se mostram mais relevantes que outros em termos de coerência com o desenvolvimento internacional do instituto e como os objetivos que se buscavam.

Por fim, o princípio da preservação da empresa volta a ser analisado, mas diferentemente do capítulo precedente, a análise envolve exclusivamente o procedimento falimentar. Para tanto, uma pequena digressão ao sistema antigo – DL 7661/45 - se faz necessário, uma vez que, a comparação com o atual diploma legal demonstrará o novo objetivo do sistema falimentar brasileiro. Ademais, serão abordados dentro da Lei nº. 11.101/05 os dispositivos legais que enaltecem o princípio da preservação da empresa e como eles são aplicáveis não só ao processo da recuperação de empresa, mas como também ao processo falimentar.

3.1. Análise histórica

A insolvência do devedor sempre foi um problema para a sociedade, no entanto, quando se fala de sociedade empresarial a situação se agrava. A insolvência de uma empresa seja pela crise financeira, seja pela crise econômica, seja por qual motivo for, pode reverberar no mercado e na sociedade, levando a crises imensuráveis, se não houver adequado tratamento dos efeitos da insolvência.

Assim, é inegável que as consequências da insolvência geram feitos sociais que devem ser regulados sob pena de crises sistemáticas. A quebra de determinado setor, principalmente em uma sociedade globalizada, pode causar a

redução produtiva de diversos setores e, por consequência, perdas generalizadas de divisas, empregos, bens de consumo, etc.

Por conta desse cenário, um pouco alarmista, mas plausível, é que se faz necessária a implementação de mecanismos como o processo de falência. A origem etimológica da palavra falência, conforme Carvalho de Mendonça, é:

[A] gênese do verbo “falir”, buscando na palavra latina *falecea* origem mais remota, porque exprimiria a mesma coisa que faltar com o prometido, com a palavra, enganar; daí falimento, falência, seus derivados, significando falha, falta, omissão.³⁵

A insolvência gerava efeitos catastróficos para o devedor. Em Roma, o devedor insolvente respondia com o próprio corpo, ele poderia ser esquartejado em praça pública e dividido na mesma proporção dos créditos de seus credores, poderia perder a liberdade entre outras formas de responsabilização física.³⁶

Segundo Carvalho de Mendonça (1963), o instituto da falência teve origem na última fase do Direito Romano. Nesse período, os credores, após terem seus créditos reconhecidos por meio de uma sentença, dirigiam-se ao magistrado que emitia uma ordem, essa possibilitava a entrada na posse dos bens do devedor que seriam vendidos para solver a dívida, dessa forma, o insolvente respondia com o seu patrimônio e não mais com o seu corpo.³⁷

Cada um dos credores receberia um valor proporcional da dívida contraída e não adimplida. O devedor receberia a “pena” da infâmia, que acarretava sanções sociais, pois era uma penalidade desonrosa que influenciava nas suas relações pessoais com os demais cidadãos. O insolvente só seria perdoado se pagasse a todos os credores.³⁸

³⁵ Carvalho de Mendonça Apud, NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e empresa: recuperação de empresa, falência e procedimentos concursais administrativos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 1, p. 35. v. 3.

³⁶ DOS SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes. *Dos efeitos da falência sobre os créditos tributários*. 2010. P 27

³⁷ Carvalho de Mendonça Apud, NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e empresa: recuperação de empresa, falência e procedimentos concursais administrativos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 1, p. 37. v. 3.

³⁸ MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial brasileiro, volume 4: falência e recuperação*. São Paulo: Atlas, 2006. cap. 1, p. 40

O sistema que regia a falência no Direito Romano, por óbvio, não fazia distinções entre comerciante e não-comerciante. O mesmo processo era aplicado a todos, indistintamente, desde que comprovada a insolvência. A diferenciação entre falência para o comerciante e para o não-comerciante só foi concretizada quando se iniciou o processo de criação das corporações de arte e ofício, no primeiro período do desenvolvimento do Direito Empresarial e a delimitação explícita de quem seria comerciante, como visto acima.

Nesse momento, surgem dois tipos distintos de falência: uma aplicável ao comerciante profissional, conhecida como falência restritiva; e outra aplicada as pessoas que não desenvolvessem atividade de comércio, conhecida como falência ampliativa.³⁹ Esse modelo dicotômico é o adotado pelo Brasil, expresso tanto no CC/02 quanto na LRE.

3.2. Regramento da falência no sistema brasileiro

No Brasil, o direito falimentar passou, segundo Ricardo Negrão⁴⁰, por cinco períodos distintos, quais sejam: o período português, o período inaugurado com o Código Comercial de 1850, o período republicano, a fase pré-empresarial e o início da tramitação do Projeto de Lei 4376/93.

Os diplomas legais que regiam o processo falimentar no período português eram as ordenações. As Ordenações Afonsinas não possuíam um texto claro que diferenciava matéria comercial de matéria civil, mas previa a possibilidade de prisão do devedor no caso de insolvência e a moratória. Nas Ordenações Manuelinas, era pouca a matéria que se desdobrasse sobre as consequências da dívida não paga. Das três ordenações, a Filipina foi a que regulou de forma mais ampla o processo de falência, concebendo diversos institutos e regras procedimentais como: arrolamento

³⁹ DOS SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes. Dos efeitos da falência sobre os créditos tributários. 2010. P 29

⁴⁰ NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e empresa: recuperação de empresa, falência e procedimentos concursais administrativos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 1, p. 38.

de bens, pena de degraço para a falência culposa, autorização de apreensão, arrecadação dos bens do falido entre outros institutos.⁴¹

As Ordenações Filipinas vigoraram até 1916, contudo, com promulgação do Código Comercial de 1850, parte do seu texto foi revogado, isto é, toda a matéria que regulamentava o Direito Comercial no diploma português. Dessa forma, é com o Código de 1850 que se inaugura a segunda fase do processo falimentar brasileiro. É importante ressaltar que o referido código sofreu diversas alterações. As alterações tentaram aprimorar e contornar as brechas que a Lei apresentava, dessa forma, as referidas modificações legislativas introduziram no ordenamento diversos institutos, tais como: liquidadores juramentados, curador fiscal, falência de bancos, concordata por abono, todos inspirados na Lei belga de 1951.⁴²

A terceira fase é inaugurada com o Decreto-Lei nº. 917 de 1890, no entanto, esse diploma não trouxe grandes inovações. Até 1908, o ordenamento jurídico brasileiro viu diversas legislações⁴³ sobre falência, mas todas foram insuficientes, somente com a Lei nº 2.024 de 1908 que se introduziu verdadeiras mudanças no sistema falimentar. Esse diploma legal introduziu a falência das sociedades anônimas, a falência das cessionárias de obra pública, proibição de requerimento de falência pelo Ministério Público, entre outras disposições.⁴⁴

A quarta fase do direito de falências no ordenamento jurídico brasileiro é inaugurada pela promulgação do Decreto-Lei nº. 7.661 de 21 de junho de 1945. Esse diploma legislativo perdurou por quase sessenta anos. O DL 7.661/45 foi revogado quase que em sua totalidade pela atual Lei nº. 11.101/05, a única parte remanescente

⁴¹ NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e empresa: recuperação de empresa, falência e procedimentos concursais administrativos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 1, p. 38-42

⁴² Ibid., p. 40

⁴³ Lei 859, de 16 de agosto de 1902; Decreto nº. 4.855 de 2 de junho de 1903; lei 2.024 de 9 de dezembro de 1929.

⁴⁴ SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. Visão histórico-evolutiva do Direito Recuperacional. Revista Fafibe, São Paulo, v. , n. 4, p.1-14, 30 mar. 2011.

é aquela que versa sobre os processos iniciados durante a vigência do Decreto-Lei e ainda não concluídos até a data da promulgação da nova Lei⁴⁵.

O DL 7.661/45 trouxe ainda as seguintes mudanças: aumento dos poderes do magistrado seguido da diminuição dos poderes dos credores ao abolir a assembleia, na qual os credores deliberavam sobre os procedimentos falimentares e modificou a concordata nas suas duas formas – preventiva e repressiva –, nesse momento, ela deixou de ser um benefício e passou a ser um acordo de vontades.⁴⁶

Além disso, o referido diploma trouxe as seguintes novidades:

[A] extinção da figura do liquidatário e, também, o fato de a concessão da concordata preventiva não ficar mais à mercê dos credores. Instaurou-se, também, a marcha paralela do processo falimentar com o processo criminal. Nas hipóteses de crime falimentar, trazia, no entanto, um tratamento severo ou tolerante ao falido, na esfera civil.⁴⁷

A quinta fase se inicia com a tramitação do Projeto de Lei nº. 4.376 de 1993. Foram onze anos de tramitação no Congresso Nacional. Esse projeto foi sancionado no dia 09 de fevereiro de 2005, convertendo-se na Lei nº. 11.101/05, contudo, só entrou em vigor 120 dias após essa data.

Esse novo diploma introduziu no ordenamento duas novas figuras – a recuperação judicial e a extrajudicial – e extinguiu o instituto da concordata, além das diversas mudanças procedimentais e influência de diversos princípios, tais como: proteção aos trabalhadores; preservação da empresa; separação dos conceitos de empresa e de empresário; maximização do valor dos ativos do falido; retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; segurança jurídica e participação ativa dos credores.

⁴⁵ Lei nº 11.101/2005: Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto -Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945.

⁴⁶ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial brasileiro, volume 4: falência e recuperação. São Paulo: Atlas, 2006. cap. 1, p. 39. v. 4

⁴⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. PRINCIPAIS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR. In: ESMPU. (Brasil). Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União. Ano III. Brasília: ESMPU, 2004. cap. 3, p. 42.

A nova lei trouxe, no artigo 94⁴⁸, três pressupostos possíveis para se pedir decretação da falência do empresário inadimplente, quais sejam: (a) a insolvência baseada na impontualidade injustificada que depende da falta de pagamento, sem razão de direito, protesto do título executivo (judicial ou extrajudicial) e que a obrigação constante no título (ou títulos) seja superior a 40 salários mínimos; (b) a insolvência baseada na execução frustrada que demanda 3 omissões do devedor, isto é, não pagar, não depositar e não nomear bens à penhora; e por fim (c) a insolvência baseada na prática de atos de falência que estão arrolados na lei na altura do artigo 94, inciso III da Lei de Falências.

Embora regule a falência do empresário, a referida Lei não conceitua o quem vem a ser empresário, para isso, deve-se socorrer ao Código Civil de 2002 (CC/02), que determina, no seu Artigo 966, que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Dessa forma, é necessário, para se decretar a falência, uma atuação organizada e com articulação dos fatores de produção.

⁴⁸ 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: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. § 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo. § 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar. § 3º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. § 4º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução. § 5º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

Esses são, em linhas resumidas, os pressupostos da falência na nova Lei. No próximo item, abordar-se-á a relação entre o princípio da preservação da empresa e o instituto da falência. Ademais, o referido instituto será analisado comparativamente com o DL 7.661/45, para se delimitar a forma com a qual o diploma tratava a falência e como era utilizado como um meio de punição para, então, ser analisado o novo regramento conferido pelo atual diploma regulamentador.

3.3. Falência à luz do princípio da preservação da empresa

Na Lei de falências e recuperação de empresa, a doutrina, comumente, observa a manifestação do princípio da preservação da empresa no instituto da recuperação de empresa, para tanto, evocam artigo 47⁴⁹ da referida Lei.

A aplicabilidade do princípio, pelo menos em um primeiro momento, refere-se ao instituto da recuperação de empresa, pois viabiliza a manutenção da atividade e, ao mesmo tempo, permite a satisfação dos credores, promovendo a um só tempo o princípio da preservação da empresa e o estímulo ao desenvolvimento econômico saudável.

No entanto, o objetivo do presente tópico é analisar o princípio da preservação da empresa em relação ao instituto da falência. Para tanto, antes de iniciar a análise do referido princípio frente ao instituto da falência, se faz necessária uma pequena análise do mesmo instituto na antiga legislação (DL 7.661/45).

O DL 7.661/45 dividia o processo falimentar em três fases distintas. A primeira fase consistia em um processo pré-falimentar, era nesse momento que se apresentava o pedido de falência, se aprovado pelo magistrado, este decretaria a falência do empresário ou sociedade empresarial.⁵⁰

⁴⁹ 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.

⁵⁰ DOS SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes. Dos efeitos da falência sobre os créditos tributários. 2010. P 43

Esse procedimento constituía apenas a parte inicial do processo falimentar. Nesse momento, o quadro geral de credores ainda não havia sido formado, a execução coletiva não seria iniciada e nem se realizava a liquidação. Era um processo, prioritariamente, formal de decretação de falência.

Na segunda etapa – sindicância –, ocorriam vários processos simultaneamente. Era nesse momento que se iniciava o processo de arrecadação dos bens do falido, se julgava as ações de restituição, os créditos eram verificados e habilitados e se formava o Quadro Geral de Credores (QGC). O inquérito judicial acontecia nessa fase, o Ministério Público acompanhava o processo e apurava eventuais crimes falimentares, ao final, o inquérito seria apensado aos autos do processo falimentar.

Na terceira e última fase, ocorria o processo de liquidação e realização do ativo. Todas as etapas do processo de falência objetivavam a liquidação do ativo e o pagamento dos credores, assim como o atual; contudo, o antigo sistema era tão demorado e caro que acabava por inviabilizar a preservação da empresa.

A concordata⁵¹ suspensiva, por exemplo, era uma das únicas formas de preservação da empresa. O empresário poderia requerer a referida concordata, mas essa alternativa dependia do recebimento ou não da denúncia por crime falimentar.⁵²

A venda dos bens poderia ser feita individualmente, acarretando a perda do valor, as dívidas eram transferidas ao terceiro que se sub-rogava. A Lei possuía, ainda, outros entraves que a tornava ruim para a economia e para o mundo empresarial. Segundo os professores Aloisio Araújo e Bruno Funchal, a antiga Lei de falências possuía, além dos já mencionados, os seguintes problemas:

- (I) Direito dos credores são fracamente protegidos devido principalmente à preferência dada aos direitos trabalhistas e fiscais;
- (II) Incentivos distorcidos e falta de mecanismos efetivos para apoiar a reestruturação corporativa resultam em altas taxas de fechamento de firmas potencialmente viáveis;
- (III)

⁵¹ Concordata era um “Benefício que a lei concede ao devedor comerciante de boa-fé, consistente na prorrogação dos prazos de pagamento ou na diminuição do valor devido, com a finalidade de evitar a decretação de sua falência. [...] A Concordata abrange somente os credores quirografários, e o concordatário permanece exercendo o seu comércio com restrições quanto à alienação de imóveis e a transferência de seu estabelecimento”. (Andrade, 2003, P. 4)

⁵² ANDRADE, Shakespeare Teixeira. Um breve estudo sobre a concordata. Santa Catarina: Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, 2003. P. 23

Problema da sucessão reduzia o valor da firma falida; (IV) Alto custo e tempo excessivo gasto no fechamento de firmas economicamente inviáveis.⁵³

Esse paradigma é modificado com a nova Lei de falências. O processo está inteiramente guiado por princípios, dentre eles, o princípio da preservação da empresa, seja no processo falimentar seja na recuperação judicial.

A Lei aliada ao consagrado princípio da separação do conceito de empresário e de empresa, possibilita a concretização e reafirmação do princípio da preservação da empresa no processo falimentar.⁵⁴

O princípio da preservação da empresa está positivado no Art. 75⁵⁵ da Lei nº. 11.101/05 que indica, claramente, a sua aplicabilidade no instituto da falência ao buscar a preservação e otimização produtiva dos bens, intangíveis ou não, da empresa falida.

Ao determinar o afastamento do dirigente da empresa falida, aplica-se a ideia de que a empresa é um ente diferente do empresário, não se deve condenar um baseando-se na sorte do outro. Para Marlon Tomazette “não se busca apenas a eliminação de empresas arruinadas, mas sim, a otimização dos recursos produtivos, com a possível continuação da atividade com outros sujeitos”.⁵⁶

Diferente da Lei anterior, a Lei nº. 11.101/05 determina que a alienação do ativo seja realizada no início – Artigo 139⁵⁷ – e estabeleceu uma ordem preferencial na alienação dos bens da empresa, no artigo 140⁵⁸, incisos I a IV.

⁵³ ARAUJO, Aloisio; FUNCHAL, Bruno. A nova lei de falências brasileira: primeiros impactos. *Brazilian Journal Of Political Economy*, São Paulo, v. 29, n. 3, p.191-212, set. 2009.

⁵⁴ GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. A falência e a preservação da empresa: compatibilidade? 2012. Dissertação (Doutorado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, [2013-02-27]. P. 244

⁵⁵ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

⁵⁶ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. P 373.

⁵⁷ Art. 139. Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo

⁵⁸ Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III –

Ao autorizar a alienação dos bens no início, a Lei permite que o processo falimentar se desenvolva mais rapidamente, isso implica na redução de gastos para a massa falida além de evitar a desvalorização dos bens e diminuir as despesas inerentes a sua manutenção e guarda.

O fundamento da preferência na alienação é simples, o que se quer é a maximização dos ativos e efetivar o princípio da preservação. Dessa forma, tenta-se vender a empresa em bloco o que permite a manutenção da atividade econômica, caso não seja possível, vende-se as filiais, unidades produtivas, etc.; a venda de partes da empresa é interessante quando determinada parcela da atividade é atrativa para os futuros compradores ⁵⁹.

Se não for possível a venda da empresa, vende-se os bens em bloco e, por fim, os bens individualmente considerados. Segundo Ricardo Bernardi, nessa hipótese de alienação:

[N]ão se está mais falando em venda de empresa como conjunto de bens e direitos, e sim na mera venda de bens, sem que se permita ao adquirente a continuidade da atividade econômica do falido, o que é característica essencial nas duas hipóteses anteriores.⁶⁰

Da mesma forma que na venda da empresa em bloco, o que se deseja é a venda do conjunto, seja o conjunto de bens seja a empresa como um todo, isso se justifica pela possibilidade de se arrecadar mais e, conseqüentemente, adimplir a dívida perante mais credores.

Além disso, a Lei permite que as atividades do empreendimento continuem – Art. 99⁶¹ da LRF –, mesmo após a decretação de quebra, desde que traga benefícios ao processo e aos credores. Essa medida, como se supõe, tem relação direta com a

alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.

⁵⁹ Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 / coordenação Francisco Sátiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 485

⁶⁰ BERNARDI, Ricardo. Seção X: Da realização do ativo. In: DE SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; DE MORAES PITOMBO., Antônio Sérgio A. (Org.). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. cap. 10, p. 491.

⁶¹ Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;

analisada acima, uma vez que, a continuação das atividades pode ser conveniente para a venda da empresa e permita a maior arrecadação de rendimentos que possibilitaria o pagamento de um número maior de credores.

Dessa forma, fica evidente que, tanto no processo de recuperação judicial quanto na falência, deve-se observar o princípio da preservação da empresa que constitui verdadeiro núcleo da Lei de Recuperação de Empresa e Falência. Negar essa conclusão, permitiria regressar ao sistema falimentar antigo, o que, por óbvio, desvirtuaria totalmente o intuito da mudança legislativa.

Assim, pode-se concluir que a ideia de preservação na falência envolve a manutenção da capacidade produtiva da empresa, o que permite a continuação da exploração e geração de riquezas para o mercado. No próximo capítulo, parte central do presente trabalho, serão abordados três temas ligados ao direito tributário e ao processo falimentar. O primeiro abordará os créditos tributários, na tentativa de contextualizar a análise. Em seguida, se observará, brevemente, o processo de execução fiscal no juízo falimentar e, por fim, a atuação como sujeito ativo da Fazenda Pública no processo falimentar e o processo de cobrança desenhado na Lei de Execuções Fiscais.

4. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO PROCESSO FALIMENTAR

No capítulo final, serão analisados os créditos fiscais que são perseguidos pela Fazenda Pública. Esses créditos podem ser tributários ou não. Os principais créditos tributários são aqueles que decorrem de atividades desempenhadas antes e depois da decretação da falência e as multas, além desses, há, ainda, os créditos parafiscais que serão objeto de análise dessa primeira parte do capítulo.

Na segunda parte, abordar-se-á o processo de execução fiscal e o processo falimentar. Analisa-se como a Fazenda não se submete ao juízo universal de falência, no entanto, deixa-se claro que existe a necessidade de respeitar o *par conditio creditorium*. Ao final, é analisada a distribuição dos créditos entre as entidades de direito público interno.

Ao final, na tentativa de responder o problema de pesquisa, será avaliado o papel da Fazenda Pública como sujeito ativo do processo falimentar, para tanto, as questões processuais serão deixadas de lado, uma vez que, a jurisprudência e doutrina já se consolidaram no sentido de o fisco não possuir legitimidade e interesse de agir ao ajuizar o processo falimentar, para se abordar a questão a luz dos princípios do direito comercial, em especial, o princípio da preservação da empresa.

4.1. As espécies de créditos tributários

O processo falimentar envolve diversos créditos de natureza fiscal e parafiscal. Eles se distinguem pelo momento de constituição, preferência na liquidação e natureza. Os créditos fiscais podem ser tributários e não tributários. Aqueles [os tributários] envolvem os créditos decorrentes de taxas, impostos, contribuições de melhoria, etc. Os não tributários podem envolver várias outras atividades desde multas de trânsito a má realização de uma obra.⁶²

Os três principais créditos são: as multas fiscais, os créditos constituídos antes da sentença de quebra e os constituídos depois da sentença. As multas fiscais

⁶² COELHO, Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 461

serão pagas ao final, preferindo apenas aos créditos subordinados, uma vez que tem natureza subquirográfica.

Os créditos tributários concedidos após a sentença de quebra são extraconcursais, isto é, serão pagos antes dos concursais, mas depois dos especiais. Esses créditos estão previstos no artigo 84, IV e V⁶³ da Lei nº. 11.101/05 e serão pagos depois de adimplida as dívidas decorrentes da remuneração do administrador judicial, dos auxiliares e dos créditos trabalhista decorrentes de relação de trabalho e acidente de trabalho prestados após a decretação da falência – esses últimos não correspondem aos créditos trabalhistas dos empregados da empresa falida, mas aos serviços prestados ao processo falimentar; as quantias fornecidas pelos credores; e demais custas do processo de falência.

Os créditos tributários constituídos antes da sentença de quebra somente serão pagos se os créditos trabalhistas, limitados a 150 salários mínimos por credor, e os decorrentes de garantia reais, limitado ao valor do bem gravado, forem solvidos.

Por fim, apresentam-se os créditos parafiscais destinados aos serviços sociais. Nas palavras de Fábio Ulhôa:

Os créditos parafiscais são as contribuições para entidades privadas que desempenham serviço de interesse social, como o Serviço Social do Comércio Sesc, o Serviço Nacional da Indústria — Senai e assemelhados, ou para programa social administrado por órgão do governo, como o Programa de Integração Social — PIS. Se a sociedade falida era devedora dessas contribuições, o administrador judicial deverá realizar o pagamento junto com os créditos fiscais.⁶⁴

Esses são os créditos que a Fazenda Pública demanda no processo falimentar. No próximo tópico do trabalho, descreve-se o processo de execução dos créditos estudados nesse tópico do capítulo. Para tanto, analisa-se a ordem de preferência do recebimento de créditos tributários entre União, Estados, DF e

⁶³ Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida; V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

⁶⁴ COELHO, Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 461

Municípios e como a Fazenda se comporta perante o juízo universal de falência e os princípios que o envolvem.

4.2. Execução fiscal e a sua relação com o processo falimentar

O juízo falimentar é regido pelos seguintes princípios: universalidade, unicidade e indivisibilidade do juízo falimentar.

O princípio da unidade, previsto no artigo 3º⁶⁵ da Lei nº. 11.101/05, institui que somente um juízo é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir o plano de recuperação judicial ou decretar a falência. Esse local será o estabelecido com base no principal estabelecimento da empresa do devedor.

O princípio da indivisibilidade – artigo 76 da Lei nº. 11.101/05⁶⁶ – estabelece que o juízo falimentar passa a ser competente para todas as ações e reclamações sobre interesses e negócios da massa falida, dessa forma, tudo que envolver demandas contra o devedor deve ser levado ao juízo falimentar. A própria Lei estabelece algumas exceções, quais sejam, as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas na Lei, mas nas quais o falido figura como autor ou litisconsorte ativo, além das ações ilíquidas anteriores a decretação da falência.

Esse dispositivo corrobora com o que está previsto na Lei de execuções fiscais. Pelo art. 5º da Lei nº. 6.830/80 “A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, **inclusive o da falência**, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário”. (Grifos nossos)

Tanto o princípio da indivisibilidade quanto o princípio da unidade tem o mesmo objetivo de impedir que decisões sejam prolatadas por juízos distintos, tendo

⁶⁵ Art. 3º. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”.

⁶⁶ Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo”.

em vista que a empresa falida possui vários credores em diversas localidades. Dessa forma, estabelecer um só juízo para a causa, proporciona coesão para o processo e impede decisões contraditórias.

Por fim, segundo o princípio da universalidade, decretada a falência, todos os credores devem concorrer no juízo falimentar – *vis attractiva* –, como expõe o artigo 126⁶⁷. Para Almeida, em comentários a sistemática do DL 7661/45, mas que se aplicam ao novo sistema, “por juízo universal se há de entender, pois, a atração exercida pelo juízo da falência, sob cuja jurisdição concorrem todos os credores do devedor comum – o falido”.⁶⁸

As ações que envolvem créditos de natureza públicas, sejam tributários ou não, contudo, não se sujeitam aos referidos princípios. O art. 187, *caput* do Código Tributário Nacional dispõe: “Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.

Tem-se, ainda, o §7º, do Artigo 6º⁶⁹ da Lei nº. 11.101/05 que determina que não serão suspensas as execuções fiscais em trâmite ou já propostas com o advento da decretação da falência ou concessão da recuperação judicial. Mesmo que a Fazenda ainda não tenha iniciado uma execução, ela não estará impedida mesmo após a decretação da falência.

Esse privilégio concedido ao Fisco, entretanto, não significa que ele receberá seu crédito preterindo a ordem estabelecida pela Lei. O papel do juízo falimentar é estabelecer a classificação do crédito no quadro geral de credores, não podendo deliberar nem sobre a natureza nem sobre o montante do crédito. E o papel

⁶⁷ Art. 126. Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 75 desta Lei

⁶⁸ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. A impossibilidade do credor fiscal em requerer falência. Revista de Estudos Tributários, v. 62. 2008. p. 104,

⁶⁹ Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

do juízo federal ou estadual, no qual corre a ação iniciada pela Fazenda, é remeter o que foi angariado no juízo fiscal ao juízo falimentar, para se submeter ao concurso de credores, como estabelece o Artigo 108, §3^{o70} da Lei de falências.

Nesse sentido, Francisco Satiro de Souza Júnior:

A autorização para cobrança judicial dos créditos fiscais, independentemente do processo falimentar, não pode desconsiderar seu caráter concursal. O processo de cobrança tributária pode evoluir em Juízo próprio até a fase de excussão, mas os resultados da alienação ou do pagamento a qualquer título devem ser levados ao juízo falimentar para rateio, sob pena de violação da ordem de prioridade reconhecida tanto na Lei 11.101/2005 como no CTN.⁷¹

Dessa forma, o único papel da Fazenda, após o envio dos créditos angariados no juízo fiscal, é esperar pelo término da falência e o recebimento dos créditos, se houver saldo para tanto.

Outro caminho dado à Fazenda, além de poder continuar na execução que já havia iniciado, a Fazenda pode habilitar seus créditos no juízo falimentar. Contudo, o fisco, se optar pela habilitação, deverá seguir as regras do juízo falimentar e, conseqüentemente, renunciar a execução fiscal⁷². Nesse mesmo sentido, Marlon

⁷⁰ Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias.

(...)

§3^o. O produto dos bens penhorados ou por outra forma apreendidos entrará para a massa, cumprindo ao juiz deprecar, a requerimento do administrador judicial, às autoridades competentes, determinando sua entrega”.

⁷¹ BERNARDI, Ricardo. Seção X: Da realização do ativo. In: DE SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; DE MORAES PITOMBO., Antônio Sérgio A. (Org.). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. cap. 10, p. 366.

⁷² 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 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

Tomazzete diz que “a opção por um caminho implica renúncia ao outro, isto é, se o fisco ajuizar a execução fiscal, não pode se habilitar, ou se usar a habilitação, não poderá ajuizar execução fiscal”⁷³

Após esse processo de habilitação e execução no juízo falimentar, caso exista saldo, é necessário observar a ordem preferencial no recebimento dos créditos fiscais entre os entes políticos de direito público. O parágrafo único do artigo 187⁷⁴ do CTN estabelece uma ordem interna de preferência no recebimento dos créditos, a União é a primeira a receber seguida pelos Estado e Distrito Federal e por fim, os municípios.

Esse disposto foi criticado por alguns doutrinadores, levantando a tese da inconstitucionalidade, pois, segundo eles, o referido parágrafo criara uma hierarquia entres os entes federativos de direito público interno o que era vedado pelo artigo 9, I da constituição de 1967. A matéria chegou ao STF que editou em 1977 o verbete de Súmula 563: “O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional é compatível com o disposto no art. 9º, I, da Constituição Federal”.

A matéria não é pacífica, ainda existem estudiosos⁷⁵ que advogam no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo. Nesse sentido, Harada entende que:

O poder tributário foi outorgado pela Carta Magna às entidades componentes da Federação para que cada uma delas cumpra as missões que lhe foram atribuídas pelo mesmo Estatuto Magno. A noção de competência repele qualquer ideia de hierarquização, como a que resulta do dispositivo sob comento.⁷⁶

especial provido. (REsp 988.468/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 29/11/2007, p. 273) (grifos nossos)

⁷³ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. P. 251.

⁷⁴ Art. 187.: Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I - União; II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata; III - Municípios, conjuntamente e pró rata.

⁷⁵ Nesse mesmo sentido, temos Sacha Calmo (2010. P. 791) para quem “O parágrafo único do artigo, ao nosso sentir, é de duvidosa constitucionalidade, em que pese a posição do STF considerando-o compatível com a República e a Federação. As pessoas políticas são iguais dentro do pacto federativo. Justo ao contrário, a jurisprudência aprofundou a desigualdade ao colocar, depois da União, mas antes dos estados, a administração descentralizada da União (autarquias federais e fundações) e, ao lado dos estados, mas antes dos municípios, as instrumentalidades do Estado-Membro. Segue religiosamente o CTN, contra a Constituição...”

⁷⁶ HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017. P. 415.

Dessa forma, entende-se como correto o entendimento do STF. Não existe criação de uma hierarquia entre a União, Estados e Municípios, o que a Lei faz é simples: coloca uma ordem de recebimento, não cria distinções entre os entes. Se essa tese fosse acatada, importaria dizer que a ordem de classificação da falência também seria inconstitucional, pois estabelece diferenciações entre os credores. Haveria clara inconstitucionalidade se determinasse que o estado de São Paulo recebesse seus créditos antes de todos os outros, já que é o estado com o maior número de falências. Assim, estaria, pois, criando uma distinção entre os entes que não era permitida pela constituição de 1967 e não é permitida pela constituição de 1988.

Na última parte do capítulo, analisa-se se a Fazenda pode ou não requer a quebra do contribuinte inadimplente e se a análise é meramente legal ou se envolve questões principiológicas que vão além do que se positiva na Lei.

4.3. O papel da Fazenda Pública no processo falimentar à luz do princípio da preservação da empresa

A possibilidade de a fazenda iniciar o processo falimentar é debatida na doutrina e na jurisprudência há muito tempo, até hoje existe divergência, parte da doutrina entende que não é possível⁷⁷ e a outra parte entende o contrário⁷⁸. A jurisprudência, no entanto, parece ser pacífica no sentido de que a Fazenda Pública não tem legitimidade para requerer o pedido de quebra.

O pano de fundo que embasava essa questão, ainda na égide do DL 7661/45, era a ineficiência da execução fiscal. Como o processo era muito moroso e pouco produtivo, tentou-se encontrar outros meios para que o Fisco realizasse a cobrança dos créditos devidos pelos empresários, dessa forma, a tese adotada seria

⁷⁷ SALOMÃO; SANTOS. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. cap. 13, p. 172; TOMAZETTE. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas. 2017.P. 434; ALMEIDA. Impossibilidade do credor fiscal requerer falência. 2008

⁷⁸ MENDES; BRIGIDO. Legitimidade da fazenda pública para postular a falência do devedor tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium. Revista da PGFN, ano 1, n. 3, p. 232, 2012; MÖLLER. Ainda sobre o requerimento de falência pela fazenda pública. 2016

a de que se a falência servia para o particular pleitear seus créditos, também deveria servir para o Estado, o que permitiria salvaguardar o crédito público.⁷⁹

O novo diploma legal, no entanto, não resolveu a questão. O Artigo 97⁸⁰, IV, permite que “qualquer credor” possa requerer a falência e, ademais, não existe na Lei de falências, ou em qualquer outra, um artigo que proíba expressamente a atuação da Fazenda como sujeito ativo no processo falimentar, existem, no entanto, interpretações do artigo 187 do CTN, que veda a participação da Fazenda no concurso de credores. Dessa forma, se Fazenda Pública tiver créditos tributários vencidos e não pagos, poder-se-ia cogitar a possibilidade de o Fisco requerer a falência do devedor.

Nesse sentido, os procuradores da Fazenda Nacional, Thayana Felix Mendes e Thiago Cioccarri Brigido relatam:

Reconhecer a legitimidade de todo e qualquer credor que possa reclamar seu crédito na falência, exceto da Fazenda Pública, é penalizar o Estado por ter prerrogativas e dar benefício indevido ao devedor tributário em prejuízo da sociedade. A lei de falências não excluiu qualquer credor específico de seu regime, e traz diversas previsões benéficas ao par conditio creditorium e garantias patrimoniais aos credores.⁸¹

A lei de falência exige para requer a falência do devedor, um título executivo líquido e certo para que se possa promover o pedido e que esse título seja superior a quarenta salários mínimo. Ora, o CTN é expresso no sentido de que a dívida regularmente inscrita goza de liquidez e certeza além de gerar efeitos de prova pré-constituída, como estabelece o Art. 204⁸² do referido código.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015, assim como o anterior, confere a característica de título executivo a CDA:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:
(...)

⁷⁹ MÖLLER, Max. Ainda sobre o requerimento de falência pela fazenda pública. In: TESE XLI congresso nacional de procuradores de estado. 2015, Brasília. XLI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Brasília: Anpe, 2016. p. 6

⁸⁰ Art. 97. Podem requerer a falência do devedor: IV – qualquer credor.

⁸¹ MENDES; BRIGIDO. Legitimidade da fazenda pública para postular a falência do devedor tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium. Revista da PGFN, ano 1, n. 3, p. 235, 2012;

⁸² Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.

IX - A certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

Dessa forma, poder-se-ia advogar no sentido de que existe legitimidade para o Fisco em requer a falência sob o fundamento da impontualidade injustificada. Contudo, não foi esse o entendimento do STJ, o egrégio tribunal manteve o entendimento já aplicado sob a égide do DL 7661/45 de que a Fazenda Pública não tem legitimidade para requerer a falência da empresa.

Foi destacada que a Fazenda não possui interesse nem legitimidade de agir, uma vez que possui meios próprios de cobrança estabelecidos na lei de execuções fiscais⁸³ (artigos 5^o⁸⁴, 29⁸⁵ e 31⁸⁶ da Lei de Execuções Fiscais).

Esse também foi o entendimento defendido na I Jornada de Direito Comercial: Enunciado nº 56: A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário.

⁸³ 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. 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. (STJ - REsp: 287824 MG 2000/0119099-7, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 20/10/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/02/2006 p. 205RDDT vol. 128 p. 147) (Grifos Nossos)

⁸⁴ Art. 5º - A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

⁸⁵ Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento

⁸⁶ Art. 31 - Nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de quitação da Dívida Ativa ou a concordância da Fazenda Pública.

Além disso, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar defendeu, no Resp 164.389 - MG, que se a fazenda pudesse requerer a falência de todos, os seus devedores instalariam o caos no país⁸⁷.

Os argumentos do Ministro Ruy Rosado de Aguiar poderiam ser sustentados na vigência da Lei anterior, contudo, hoje não tem mais sentido. De fato, não se deve permitir que a fazenda escolha de quem irá cobrar e de quem não irá, contudo, afirmar que a fazenda geraria o caos não parece refletir a verdade. A defesa pela impossibilita de a Fazenda Pública requerer o a falência de uma empresa se funda em questões principiológicas e o fato de não existir vantagem para o setor público, nem para o setor privado.

É notório, no Brasil, a elevada carga tributária que recai sobre as empresas, dessa forma, esperar que todos estejam em dia com as obrigações tributárias é ilusório. No entanto, não se pode esperar atitudes impensadas do Fisco, um dos fundamentos da República é a livre iniciativa⁸⁸, dessa forma, é dever do Estado não só promover o empresariado, mas também permitir o seu funcionando e manutenção.

O voto do Ministro Ruy Rosado estava baseado na ideia de que o Fisco utilizaria o pedido de falência como meio de cobrança e pressão, contudo, a nova Lei tem mecanismo que impedem o uso do pedido de falência como mecanismo de cobrança, como analisado no capítulo II. Além disso, o papel da Fazenda Nacional não está regido pela busca cega e inconsequente dos inadimplentes, ela também está sujeita a Constituição e aos seus princípios, o que não permite o uso mal-intencionado da Lei. Mesmo que o pedido de quebra fosse utilizado de forma abusiva, haverá

⁸⁷ “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.” (STJ - REsp: 164389 MG 1998/0010726-6, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 13/08/2003, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 16/08/2004.)

⁸⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

consequências e responsabilização tanto para o poder público quanto para o particular.

Aqueles que defendem a legitimidade do pedido de falência pela fazenda, tentam demonstrar que o entendimento consolidado pela jurisprudência está baseado em um cenário econômico e legal que não existe mais, uma vez que a Lei nº 11.101/05 modificou o ordenamento radicalmente, introduzindo elementos que contornam a problemática presente no DL 7661/45 e seu uso transfigurado.

Thayana Mendes e Thiago Brigido entendem que seria desarrazoado permitir que a Fazenda utilizasse dos mecanismos da impontualidade injustificada para requerer a falência, tendo em vista meios mais adequados estabelecidos na Lei de execuções fiscais. Contudo, não concebem um motivo lógico-jurídico para se impedir o pedido de falência com base na execução frustrada e nos atos de falência – Artigo 94⁸⁹, II e III da Lei de Falências.

Para eles, restringir a atuação da fazenda permitiria que o empresário não recolhesse, deliberadamente, os tributos devidos e planejasse a gestão do negócio com base nessa ilegalidade. Isso decorreria da falta de punição eficaz do empresário.⁹⁰

Os referidos procuradores elencam outros motivos no sentido de que a Fazenda também tem a legitimidade de requerer a falência com base na execução frustrada e nos atos de falência. Ressalta a falta de prerrogativas da Fazenda frente

⁸⁹ Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

⁹⁰ MENDES; BRIGIDO. Legitimidade da fazenda pública para postular a falência do devedor tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium. Revista da PGFN, ano 1, n. 3, p. 235, 2012;

aos demais credores particulares no processo de execução, princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e:

(i) não há qualquer vedação legal expressa ou implícita à legitimidade Fazendária; (ii) a manutenção de sociedade empresária devedora de tributos viola a função social da propriedade, o dever fundamental de pagar tributos e a ordem econômica, em especial a livre concorrência; (iii) não há qualquer incompatibilidade de procedimentos entre a Execução Fiscal e o processo falimentar; (iv) viola a isonomia entre os credores negar à Fazenda Pública o pedido de falência; (v) a Fazenda Pública está sujeita materialmente a um concurso de credores; (vi) há o interesse público geral de fazer cessar as atividades de empresa insolvente sem possibilidade de recuperação, inaugurando o *par conditio creditorium*.⁹¹

Máxima vênia. Em comparação com a lei anterior, o Fisco e os créditos tributários perderam algumas prerrogativas no processo falimentar. De fato, a fazenda perdeu parte das suas vantagens, mas isso não significa ineficácia dos meios executórios, o que se quis foi nivelar o “poder” da fazenda com os demais credores e concretizar o *par conditio creditorium*.

Não se pode defender a exclusividade de um meio no processo falimentar. Todos os credores estão na mesma situação, inclusive a Fazenda Pública, a falência é a *ultima ratio*, não existe outra saída e a eventual falta de pagamento é normal nesse tipo de processo e nenhum credor espera receber o crédito integralmente. Além disso, como visto, a Fazenda possui diversas prerrogativas de execução que vão da não sujeição ao juízo falimentar à escolha de habilitação de créditos.

Ademais, não se pode aplicar cegamente o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a própria constituição estabelece princípios e busca o incentivo e a defesa do setor privado – liberdade de iniciativa, defesa da propriedade privada, função social da empresa. Dessa forma, o que se deve fazer é ponderar a aplicação dos princípios.

Por óbvio, uma empresa devedora gera malefícios a concorrência, contudo, não se sustenta aspecto geral do argumento. É claro que a inadimplência tributária vai de encontro com os interesses gerais da população e do Estado, no entanto, deve-se observar a questão da inadimplência à luz da empresa em crise que não consegue recolher os tributos por questões econômicas, administrativas e mercadológicas. O

⁹¹ Ibid., p. 235

empresário que deliberadamente não recolhe os tributos deverá responder por isso, existem diversos mecanismos de responsabilização no ordenamento brasileiro, inclusive penais⁹².

Além disso, Marcus Elidius Michelli de Almeida assevera que:

Não há o que se falar que uma empresa insolvente não está gerando impostos, isso é uma verdadeira falácia! A empresa mesmo que devedora, ao pagar os salários, comprar matéria prima de seus fornecedores, utilizar energia elétrica, etc. está sendo tributada e pagando impostos, mesmo que indiretamente e, portanto, levando recursos para o Estado.⁹³

A atuação ponderada da Fazenda no processo falimentar e o incentivo a concretização da preservação da empresa é benéfico não só para a sociedade como também para o Estado, como visto, a Empresa é um feixe de anseios sociais, econômicos e estatais. Dessa forma, evitar pressões e benefícios unilaterais que violem a paridade entre os credores é mais recomendado do que reprovável, mesmo que o credor seja o Estado. Por óbvio, não se defende o perdão da dívida, apenas uma atuação condizente com a situação da empresa falida, isto é, o incentivo a preservação da empresa o que não mina a ação nem o pagamento de crédito algum.

De fato, não existem incompatibilidades claras entre a execução no processo falimentar e a execução no processo fiscal, no entanto, é necessário lembrar que o ordenamento vai além do que está na Lei.

Para Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos⁹⁴, o pedido de decretação de falência pela fazenda viola o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de não garantir que o crédito tributário será pago, constituiria um meio muito gravoso para o contribuinte. Ademais, é necessário que a Fazenda pautar sua atuação no meio menos gravoso, sob pena de caracterização de abuso de direito.

⁹² Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>

⁹³ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. A impossibilidade do credor fiscal em requerer falência. Revista de Estudos Tributários, v. 62. 2008 .p. 106

⁹⁴ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. São Paulo: Forense, 2012. cap. 13, p. 177.

Afastar certas prerrogativas da Fazenda concretiza o princípio da isonomia. É inegável a superioridade do Fisco perante os demais credores, além de não se submeter ao concurso de credores, a Fazenda não está restrita ao juízo universal da falência, possui todo o aparato do Estado a sua disposição, pode propor nova execução ou prosseguir a já iniciada e pode optar pelo processo de execução concursal da falência ou a execução fiscal da LEF.

Dessa forma, à luz do princípio da preservação da empresa, permitir que a Fazenda Pública peça o pedido e de quebra poderia levar a atividade econômica daquele ente à uma situação irreversível e alinharia o uso do processo falimentar com o antigo processo de execução do DL 7661/45, em que se buscava a punição do empresário e não um meio de satisfação dos créditos que permitisse um retorno saudável ao mercado e a produção de bens. Além disso, mesmo que a Fazenda esteja atrelada ao concurso de créditos materialmente falando, como expõem os procuradores acima, isso significa apenas uma coisa, concretização do *par conditio creditorium*.

O último argumento⁹⁵ dos procuradores é válido, de fato a empresa que não consegue se reerguer deve se sujeitar a execução concursal de credores. Contudo, apenas isso não legitima o pedido de falência indicado pela Fazenda, uma vez que não existe razoabilidade nem adequação do uso desse meio, seria o mesmo que caçar ratos com espingardas, tendo a disposição ratoeiras. A lei de execuções fiscais é suficiente para buscar os fins que a Fazenda almeja.

Diante do exposto, conclui-se que a escolha pelo pedido de quebra tendo outros meios para se executar as dívidas tributárias é um verdadeiro contrassenso e vai de encontro com o princípio da preservação da empresa.

Outrossim, a posição da corrente que apoia a legitimidade só observa um dos lados, qual seja, a busca pelos créditos tributários pela Fazenda. Esquecem, deliberadamente, da necessidade de que todos os Estados nutram e mantenham um setor privado saudável e estável. Permitir que o Fisco utilize o processo falimentar

⁹⁵ “Há o interesse público geral de fazer cessar as atividades de empresa insolvente sem possibilidade de recuperação, inaugurando o *par conditio creditorium*” ((MENDES; BRIGIDO, 2012, P. 237)

feriria o princípio da função social da empresa, além de minar a concretização do princípio da preservação da empresa⁹⁶.

É necessário que se possibilite a manutenção da atividade econômica, esse entendimento corrobora com os princípios constitucionais e infraconstitucionais, impede abusos por parte do Estado e preserva o princípio da preservação da empresa que é o objetivo principal da nova lei.

Considerando todos os aspectos suscitados no presente estudo, verifica-se que a Fazenda Pública não pode se valer da lei falimentar para buscar o adimplemento das dívidas tributárias não adimplidas pelo empresário. Por óbvio, não se defende a isenção, anistia, remissão ou qualquer outra forma de exclusão ou extinção do crédito. Além disso, não se afirma que o Fisco atue como agente acéfalo que representa o Estado em uma busca irresponsável.

Impedir o ajuizamento da falência pela Fazenda, concretiza o princípio da preservação da empresa, pois possibilita a manutenção da capacidade produtiva e impede que se desfaça um centro de interesses sociais. É cediço que a Fazenda tem

⁹⁶ 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 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, embaçador da norma falimentar. Recurso especial improvido.** (STJ - REsp: 363206 MG 2001/0148271-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 04/05/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2010) (grifos nossos)

meios próprios para buscar os seus objetivos, se são eficazes ou não, isso se mostra pouco relevante para o âmbito falimentar. Além de ser questão legislativa, fere diretamente os princípios da proporcionalidade e da adequação cogitar a possibilidade de usar outra Lei, apenas pela ineficácia do diploma específico. Que busquem alteração da LEF, uma vez que, como visto, mesmo que se permitisse que o Fisco iniciasse o processo falimentar⁹⁷, essa autorização seria incompatível com o sistema legal brasileiro.

O presente trabalho, parte do princípio de que, de um lado, existe uma instituição do Estado que atua dentro dos contornos legais e que se move, no sentido, de proporcionar a maximização do bem-estar social e que, para tanto, atuará preservando interesses e direitos dos empresários e da sociedade. Do outro lado, tem-se o empresário que se encontra em uma situação de crise motivada por questões econômicas, financeiras ou patrimoniais, mas que atua dentro dos ditames da Lei e buscou dar cumprimento as suas dívidas da forma correta.

Analisar essa relação a partir de indivíduos que atuam a margem da Lei ou de instituições que abusam do próprio direito, não gerará benefício algum. Estudar um caso pela exceção, distorce a realidade e impede que se chegue a uma resposta coesa e sensata.

Dessa forma, a conclusão que emerge do trabalho desenvolvido é que a Fazenda Pública, além de não poder iniciar o processo falimentar, deve se sujeitar as regras estabelecidas para os demais credores, despida, mesmo que parcialmente, de suas prerrogativas de Estado. No processo falimentar, o Estado se mostra como qualquer outro credor que busca seu crédito, não se fala de uma situação normal, a falência é a morte de uma empresa, defender tese diversa é desconhecer a situação pela qual passa o empresário além de negar as consequências nefastas para a sociedade.

⁹⁷ Importante ressaltar que, hoje, não existe vedação expressa que impeça o fisco. A vedação é jurisprudencial e doutrinária. E mesmo com esse “não-impedimento”, defendeu-se a tese majoritária abordando questões principiológicas. Dessa forma, mesmo que modificassem a Lei de Falências, essa modificação seria letra morta de lei.

Preservar a capacidade produtiva do ente em situação falimentar, além de concretizar o princípio da preservação da empresa reforça os fundamentos da República Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto geral da presente monografia envolvia a análise da atuação da Fazenda Pública no processo falimentar à luz do princípio da preservação da empresa que foi reforçado na atual sistemática falimentar brasileira. Dessa forma, os argumentos apresentados demonstraram a importância de uma visão integrada do sistema que vai além da classificação estática público ou privado e demonstra um campo interconectado de relações e anseios que circundam um objeto, qual seja, a empresa.

Dessa forma, foi necessário abordar um processo histórico-evolutivo que abordasse o processo de transformação conceitual do que vem a ser comércio para o direito. Inicialmente, analisa-se as corporações, em seguida atos de comércio e, por fim, a teoria da empresa e o processo de separação entre empresa e empresário, que foi muito importante para a construção do princípio da preservação da empresa.

Para tanto, foi necessário compreender como o processo falimentar se desenvolveu, passando de um processo que punia a pessoa fisicamente para outro que punia a pessoa patrimonialmente. Mesmo com essa mudança paradigmática, o processo falimentar continuava a punir o falido. E com isso, em um terceiro momento evolutivo, percebe-se que o processo se tornava menos punitivista e mais preservador, uma vez que se percebia o feixe de relações interpessoais que o processo falimentar envolvia.

Foi nessa nova relação que a falência passou a ser um processo tendente a desenvolver e concretizar os princípios da função social da empresa e o da preservação. Um mecanismo que significa o fim de uma empresa sem, contudo, implicar fim da atividade. Analisar os referidos princípios dentro do processo falimentar significa analisar a possibilidade da continuidade da atividade econômica com foco na conservação da atividade produtiva e promoção do bem-estar geral.

Esse entendimento é importante, pois compreende as relações econômicas, trabalhistas, tributaristas, sociais entre outras. A atividade que continua, mesmo que com outro empresário, fomenta o mercado, circula créditos, gera divisas, gera novos empregos e mantém os que já existiam, o Estado recebe a sua parcela da

atividade de forma direta ou indireta e a sociedade se beneficia com a produção, diversidade e concorrência no mercado.

Foi dentro desse entendimento que se analisaram as questões tributárias que circundam a falência. Ao analisar o processo de execução fiscal, percebe-se que a Fazenda pública tem diversos privilégios em relação aos demais credores, no entanto, é submetida ao princípio do *par conditio creditorium*.

O ponto central do trabalho envolvia a legitimidade do Fisco no processo falimentar. O entendimento majoritário mostrou-se mais coerente no sentido de que não existe legitimidade e nem interesse de agir já que existe um meio mais adequado para se buscar os créditos tributários. Contudo, analisando a questão sobre o prisma principiológico tentando demonstrar que a impossibilidade da Fazenda promove uma ação cujo objetivo é a decretação da falência envolve mais elementos que extrapolam o campo processual.

Permitir tal ação importaria na violação de diversos princípios do ordenamento tanto os constitucionais quanto os infraconstitucionais. Um meio tão gravoso, mesmo que usado com cautela, pode gerar danos irreversíveis ao empresariado.

O Estado já é um ente privilegiado em relação aos demais, conceder mais um mecanismo importaria valorização extremada em relação aos demais credores e, portanto, a violação, a um só tempo, do princípio do *par conditio creditorium*, violando a necessária paridade de armas entre os credores; o princípio da preservação da empresa, pois minaria a continuação das atividades; o princípio da função social da empresa, levando a empresa para longe do bem-estar geral; o princípio da tributação voltada para incentivo à produção, como visto, mesmo sem pagar os tributos a empresa mantida continua gerando frutos para o Estado e para a sociedade; entre outros princípios que norteiam tanto o direito comercial quanto o direito tributário.

A conclusão a que se chega é que o Estado, na figura da Fazenda Pública, deve se submeter as mesmas regras as quais se submetem os demais credores, uma vez que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não se aplica nesse caso, pois existem dois grandes interesses públicos envolvidos, o tributário/financeiro e o comercial, ambos essenciais ao Estado e a sociedade.

Em segundo lugar, reforça-se que, embora, legalmente não se vede a provocação da ação falimentar pela Fazenda, o ordenamento jurídico brasileiro não comporta tal possibilidade. Para tanto, o processo desenhado pela Lei de Execuções Fiscais constitui o mecanismo correto e mais adequado para a Fazenda buscar as dívidas do inadimplente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Shakespeare Teixeira. Um breve estudo sobre a concordata. Santa Catarina: Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, 2003. P. 23-24. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/um-breve-estudo-sobre-concordata>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

ARAUJO, Aloisio; FUNCHAL, Bruno. A nova lei de falências brasileira: primeiros impactos. *Brazilian Journal Of Political Economy*,, São Paulo, v. 29, n. 3, p.191-212, set. 2009

AZEVÊDO, Pedro Pontes de. A lex mercatoria e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. *Prim@ Facie - Direito, História e Política, Paraíba*, ano 5, n. 9, jul-dez 2006. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, p. 93-105. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/7210/5424> . Acesso em: 04 ago. 2017.

BERNARDI, Ricardo. Seção X: Da realização do ativo. In: DE SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; DE MORAES PITOMBO., Antônio Sérgio A. (Org.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101/2005*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. cap. 10, p. 484-490. v. único

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. sítio eletrônico internet. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/l11101.htm>. Acesso em: Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Legislação Federal complementar. Sítio eletrônico internet. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. cap. 1, p. 25-46; cap. 2, p. 75-77.

_____. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. cap. 47, p. 461-465.

_____. Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas / Fábio Ulhoa Coelho. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. P. 234

DERZI, Misabel Abreu Machado. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS E O DIREITO À ECONOMIA DE IMPOSTO. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). Grandes Questões atuais do Direito Tributário., v. 10, n. 1 ed., p. 336–359, 2006.

DOS SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes. DOS EFEITOS DA FALÊNCIA SOBRE OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. 2010. 110 p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Empresarial)- Faculdades Milton Campos, Nova Lima, [2010?]. Disponível em:<<http://www.mcampos.br/u/201503/cleliogomesdossantosjuniordosefeitosdedireitodevoto.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. Visão histórico-evolutiva do Direito Recuperacional. Revista Fafibe, São Paulo, v. , n. 4, p.1-14, 30 mar. 2011.

GAIA, Patrícia Dantas. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XIX., 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI... Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010. p. 3005-3018. Disponível em: <http://ecnphlgnajanjnkcmbpancdjoidceilk/content/web/viewer.html?source=extension_pdfhandler&file=https

%3A%2F%2Fs3.amazonaws.com%2Fconpedi%2Fanteriores%2FXIX%2BEncontro%2BNacional%2B-%2BUFC-Fortaleza%2B(09%252C%2B10%252C%2B11%2Be%2B12%2Bde%2Bjunho%2Bde%2B2010).pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. A falência e a preservação da empresa: compatibilidade? 2012. Dissertação (Doutorado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, [2013-02-27]. P. 130-141/240-246. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-19022013-102050/publico/Adriana_Valeria_P_Gardino_SIMPLIFICADA10012013.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2017.

GOMES, A. P. S. R. Execução Fiscal: Direitos e Garantias da Fazenda Pública. Revista do Curso de Direito, v. 9, p. 120-133, 2015. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/1556>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

HARADA, Kiyoshi. SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO: COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA: princípio da capacidade contributiva. In: HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 9, p. 272-273; 414-415. v. único.

Mamede, Gladston. Manual de direito empresarial I Gladston Mamede.- 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013. São Paulo: Atlas, 2006. cap. 1, p. 25-40. v. 4.

_____. INSOLVÊNCIA. In: MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial brasileiro, volume 4: falência e recuperação. São Paulo: Atlas, 2006. cap. 1, p. 35-39. v. 4.

MARTINS, Fran. O Comércio e o Direito Regulador das Atividades Comerciais. In: Atual ABRÃO, Carlos Henrique. Curso de direito comercial. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. cap. 1, p. 31-38.

MÖLLER, Max. Ainda sobre o requerimento de falência pela fazenda pública. In: TESE XLI congresso nacional de procuradores de estado. 2015, Brasília. XLI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Brasília: Anpe, 2016. p. 1 - 29. Disponível em: <<http://www.esapergs.org.br/revistadigital/wp-content/uploads/2016/04/Max-Moller.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017

NEGRÃO, Ricardo. Introdução. In: NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e empresa: recuperação de empresa, falência e procedimentos concursais administrativos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 1, p. 35-55. v. 3.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. PRINCIPAIS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR. In: ESMPU. (Brasil). Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União. Ano III. Brasília: ESMPU, 2004. cap. 3, p. 37-56. v. 13. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61752/principais_mudancas_legislacao_falimentar.pdf. >. Acesso em: 19 ago. 2017.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro. 2009. 133 p. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, [2009?]. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8614>>. Acesso em: 01 jul. 2017. P. 53-58.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O princípio da preservação da empresa sob a ótica da Constituição Federal e do Código Civil de 2002. Revista do Curso de Direito (Nova Lima) v.3, p. 75–85, 2004.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. São Paulo: Forense, 2012. cap. 13, p. 170-182.

TOMAZ, Roberto Epifanio; MONTE, Mario João Ferreira; CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Nova lex mercatoria: ordenamento jurídico supranacional (?). Revista Síntese Direito Empresarial, São Paulo, v. 44, p. 1368-1374, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 250-251;433-434 p.

_____. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO COMERCIAL. In: TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 1, p. 29-42. v. 1.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. A impossibilidade do credor fiscal em requerer falência. Revista de Estudos Tributários, v. 62, p. 99-108, 2008.

MENDES, Thayana Felix; BRIGIDO, Thiago Ciocari. Legitimidade da fazenda pública para postular a falência do devedor tributário: a função social da empresa e o interesse jurídico no par conditio creditorium. Revista da PGFN, ano 1, n. 3, p. 229-255, 2012. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/O%2036%20ARTIGO%20-%20LEGITIMIDADE%20FP%20FALENCIA.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.