



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000539930

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001975-61.2019.8.26.0491, da Comarca de Rancharia, em que é apelante UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), é apelado DERCO COMERCIO E REPRESENTAÇÕES PROCESSUAL DE PRODUTOS E ALIMENTICIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Em julgamento estendido, por maioria de votos, deram provimento à apelação da União Federal, para anular a sentença e determinar o regular processamento do pedido de falência. Votaram com o relator os Desembargadores Azuma Nishi, Pereira Calças e Cesar Ciamplini. Declara voto vencido o 3º juiz, desembargador Fortes Barbosa e declara voto convergente o 4º juiz, desembargador Pereira Calças**

, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), AZUMA NISHI, FORTES BARBOSA E CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 16 de julho de 2020.

ALEXANDRE LAZZARINI

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 24704

Apelação Cível nº 1001975-61.2019.8.26.0491

Comarca: Rancharia (1ª Vara)

Juiz(a): Patrícia Érica Luna da Silva

Apelante: União (Fazenda Nacional)

Apelado: Derco Comercio e Representações Processual de Produtos e Alimenticios LTDA

FALÊNCIA. PEDIDO FORMULADO PELA UNIÃO FEDERAL. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL E JULGOU EXTINTO O FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA FAZENDA PÚBLICA. HIPÓTESE DE ANULAÇÃO. PEDIDO DE FALÊNCIA COM BASE NO ART. 94, II, DA LEI Nº 11.101/05. CASO CONCRETO EM QUE RESTOU FRUSTRADA A EXECUÇÃO FISCAL. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS À UNIÃO PARA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. INTERESSE DE AGIR. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. EFEITOS DE EVENTUAL DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA RELEVANTES PARA A PRESERVAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA, EM COMBATE AOS AGENTES ECONÔMICOS NOCIVOS AO MERCADO. FAZENDA PÚBLICA QUE SE SUBMETE AO CONCURSO MATERIAL DE CREDORES, E, PORTANTO, TAMBÉM TEM INTERESSE NO PEDIDO DE QUEBRA. APELAÇÃO PROVIDA PARA ANULAR A SENTENÇA.

Trata-se de apelação contra a r. sentença de fls. 24/26, cujo relatório adota-se, que indeferiu a petição inicial e julgou extinto, sem julgamento do mérito, o pedido de falência formulado pela União Federal em face de “Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios Ltda.”, por falta de interesse de agir:

“A parte autora é carecedora de ação, pois as circunstâncias do caso revelam a inexistência de interesse processual.

Muito embora a lei nº 11.101/05 preveja em seu artigo 97, inciso IV que qualquer credor pode requerer a falência de empresa, essa faculdade não se estende à fazenda pública.

Isso se deve em função da finalidade precípua da lei nº 11.101/05, em que se busca a conservação da empresa com base na sua relevância sócio-econômica. Além disso, prevê o artigo 187 do CTN que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores, bem como não estão abrangidos no processo falimentar, conforme artigo 5º, 29 e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

31 da LEF.

Ademais, já decidiu o colendo STJ, no julgamento do Resp 363206-MG:

(...)

Além do mais, dispõe o Estado de outros instrumentos processuais específicos de cobrança, menos danosos à função social da empresa.

Diante de todo o acima exposto, reconheço a carência de ação por falta de interesse processual e INDEFIRO a petição inicial, nos termos do artigo 330, inciso III, do Código de Processo Civil e, por consequência, JULGO EXTINTO o processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil.”

Insurge-se a União Federal, sustentando, em síntese, que a antiga lei de falências, Decreto-Lei nº 7.661/45, em virtude do disposto no art. 9º, III, despertava dúvidas quanto à legitimidade ativa para o pedido de falência, porém, a atual Lei nº 11.101/05, em seu art. 97, deixa claro que “qualquer credor” pode formular o pedido.

Alega que seu crédito ultrapassa a R\$ 22.000.000,00, muito superior à capacidade econômica da requerida; que diversas tentativas de cobrança foram realizadas pelas vias ordinárias (Lei nº 6.830/80), sem sucesso; que a apelada foi citada para pagamento na execução fiscal (nº 0004075-79.2014.8.26.0491) e ficou-se inerte; e que as tentativas de localização de bens para penhora também não foram bem sucedidas.

Ressalta que o pedido de falência é utilizado como *ultima ratio*, e não tem como finalidade servir de instrumento de cobrança, mas como forma de correção do mercado, para retirar do tráfego jurídico agentes econômicos que não suportam mais o passivo acumulado.

Afirma, também, que o juízo expediu a certidão prevista no art. 94, II, da Lei nº 11.101/05; que, conforme demonstrado na ação cautelar fiscal nº 1000120-47.2019.8.26.0491, diversos bens colocados em nome dos sócios da empresa são constantemente usados para garantir débitos junto a credores privados; e que, especificamente para a execução nº 0004075-79.2014.8.26.0491, o valor atualizado para setembro/2019 era de R\$ 569.693,92 (fls. 10).

Menciona que deve ser admitido o pedido de falência pela Fazenda Pública no caso de execução frustrada e atos de falência (art. 94, II e III, da Lei



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nº 11.101/05), “uma vez que a ausência de consequências judiciais mais severas quando da não localização de bens dos devedores passíveis de penhora em Execução Fiscal acaba por justificar um planejamento tributário odioso, com o não recolhimento deliberado de tributos, condutas estas que afrontam diretamente a livre concorrência, gerando ineficiência do sistema tributário como um todo, estimulando a sonegação e o calote de créditos públicos”.

Ademais, destaca que não há incompatibilidade entre os procedimentos da execução fiscal e processo falimentar; que negar à Fazenda Pública o pedido de falência viola a isonomia entre os credores; que a Fazenda está sujeita materialmente a um concurso de credores; que há o interesse público geral de fazer cessar as atividades de empresa insolvente sem possibilidade de recuperação, inaugurando o *par conditio creditorum*; e que, portanto, tem legitimidade ativa e interesse para o pedido de falência.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 93/97, pelo não provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 102/108.

Às fls. 112 (com cópia às fls. 116), a douta Procuradoria Geral de Justiça reiterou o parecer de fls. 93/97.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

I) Em que pese o respeitável entendimento adotado pelo MM. Juiz de origem, bem como o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, o apelo da União Federal deve ser provido, para o fim de anular a sentença, admitindo-se o regular processamento do pedido de falência.

II) Importante ressaltar, de início, que o pedido de falência ora em análise é embasado no art. 94, II, da Lei nº 11.101/05 (execução frustrada).

A União Federal alega ser credora de R\$ 22.866.400,70, juntando certidão às fls. 09, relativa à execução fiscal frustrada (nº 0004075-79.2014.8.26.0491):



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Certifico e dou fê que nesta execução fiscal nº 0004075-79.2014.8.26.0491, que tem objeto a cobrança das CDAs 80.2.14.068587-95 e 80.6.14.112596-90, cujo valor de ajuizamento, para setembro/2014, era de R\$ 399.920,87 (trezentos e noventa e nove mil novecentos e vinte reais e oitenta e sete centavos), a executada Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios Ltda, CNPJ 61.434.510/0001-61, foi devidamente citada (fl. 18) para pagar ou nomear bens à penhora no prazo legal;
Que houve realização de penhora de bens no curso do processo (fls. 136, 137 e 141);
Que os bens penhorados foram submetidos a leilão por duas vezes sucessivas, sem o recebimento de lances (fls. 344 e 395);
Que foi decretada a indisponibilidade de bens da executada, sem a identificação de novos bens penhoráveis (fls. 408);
Que no curso do processo, a executada opôs Embargos a Execução Fiscal, distribuída sob o nº 1001886-43.2016.8.26.0491 (fls.204).
Que, em consulta, aos mencionados autos e ao andamento da Apelação nº 0007739-48.2018.4.03.9999 (TRF3), verifica-se que os citados Embargos foram julgados improcedentes, com trânsito em julgado no dia 04/09/2018;
Que por fim, a pedido da exequente, para fins do art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005, que não consta dos autos da execução informação de que o executado, dentro do prazo legal (art. 8º da Lei nº 6.830/80), pagou, depositou em juízo, ou nomeou bens à penhora suficientes à garantia integral da dívida.”

III) A questão relativa à possibilidade da Fazenda Pública pedir falência do devedor é controvertida desde a vigência do antigo Decreto-Lei nº 7.661/45.

E não se desconhece a existência de julgados que concluíram pela falta de legitimidade e/ou de interesse da Fazenda Pública no pedido de falência.

Nesse sentido: REsp nº 164389/MG (STJ, 2ª Seção, Rel. para o acórdão Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, j. em 13/08/2003); REsp nº 287824/MG, (STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 20/10/2005); REsp nº 363206/MG (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 04/05/2010); REsp nº 138868/MG (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 17/02/1998) e REsp nº 1103405/MG (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 02/04/2009).

A 2ª Câmara de Direito Empresarial também já decidiu pela ilegitimidade ativa da Fazenda pública no AI nº 2062894-27.2013.8.26.0000 (Rel. Des. Ricardo Negrão, j. em 22/09/2014):

“Não se ignora que a Fazenda Nacional não integra o concurso de credores nos processos recuperatórios, podendo exercer, nos limites fixados pelo legislador e pela jurisprudência pátria, a execução dos créditos que possui contra os devedores em recuperação judicial.

A Fazenda Pública tem foro extraconcursal para executar as dívidas inscritas, mas somente o Juízo Recuperatório e Falimentar pode decidir sobre a massa objetiva, destinada à liquidação da universalidade admitida nos processos falimentares e recuperatórios.

Não fosse assim, admitir-se-ia credores não somente infensos à competência universal como também detentores de privilégios únicos sobre o patrimônio da empresa em crise econômico-financeira.

Não há prevalência de interesse público, devendo-se ponderar a presença de ambos o fazendário e o social na tutela judicial de recuperação de empresas viáveis.

Dá análise dos autos, tem-se que o art. 187 do Código Tributário Nacional estabelece:

(...)

Ocorre que no caso dos autos, a Fazenda Nacional não pretendeu a habilitação de seu crédito na recuperação. Ao contrário, requereu a convalidação em falência diante do grande passivo tributário que a agravante possui.

Eis aí a principal razão do inconformismo da agravante, que sustenta a falta de legitimidade da Fazenda para tal ato.

E, neste argumento, haveria razão no pedido da agravante.

Isso porque existem algumas condições previstas na Lei Falimentar em relação ao pedido promovido pelos credores. Sobre os credores privilegiados fiscais, formaram-se duas correntes doutrinárias: aqueles que entendem ser possível o pedido falimentar tendo por sujeito ativo o credor tributário e aqueles que sustentam a ausência de interesse da Fazenda Pública.

Fábio Ulhoa Coelho na obra “Comentários à lei de falências e recuperação de empresas”, 9ª ed., São Paulo:Saraiva, 2013, p. 348, pondera que pequenas mudanças se verificam na nova norma, ao comparar o atual art. 97 com o anterior art. 9º.

A Lei n.º 11.101/2005 não pôs fim à discussão sobre a possibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência de seus devedores. A análise de seu art. 97 dá ensejo às mesmas discussões travadas durante a vigência do Decreto-Lei n.º 7.661/1945, sobre a possibilidade ou não de o Poder Público pedir a quebra do sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

Entende-se que a entrega da decisão de requerer a falência ao funcionário do Estado, de forma discricionária, cabendo a ele decidir em que casos fará ou não, implica em violação ao princípio da impessoalidade (CF, art. 37).

Não há, portanto, como concluir pela possibilidade da convalidação da recuperação judicial em falência a pedido da Fazenda Pública ante a inadequação entre o procedimento falimentar e o interesse levado a juízo, qual seja, a satisfação de créditos fiscais. Essa inadequação acarreta a inutilidade da jurisdição.

Com a edição da Lei n.º 11.101/2005 consagrou-se o princípio da preservação da empresa, com a superação da crise



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

econômicofinanceira e a reestruturação das empresas viáveis.

A Fazenda Pública goza de inúmeras garantias, privilégios e preferências para fazer valer seu direito creditório. Reconhecer sua legitimidade ativa para o pedido de falência implicaria em violação aos princípios específicos da Lei 11.101/2005, além de princípios constitucionais.”

IV) E muito se discute sobre a impossibilidade de pedido de falência por parte da Fazenda Pública, tendo em vista a existência de vias próprias para a satisfação do débito tributário, o qual goza de inúmeras especificidades e privilégios, à luz dos arts. 186 e 187, do Código Tributário Nacional, e arts. 5º, 29 e 31, da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80).

Discute-se, também, sob o ponto de vista dos princípios da preservação da empresa, da impessoalidade (princípio regente do direito administrativo) e da livre concorrência, bem como em face do art. 9º, do antigo Decreto-Lei nº 7.661/45, e do art. 97, IV, da Lei nº 11.101/05.

V) Amplo debate foi feito a respeito, em especial, no julgamento do REsp nº 164.389/MG, pelo Superior Tribunal de Justiça (j. em 13/08/2003, Rel. Designado Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), afetado à 2ª Seção pela 3ª Turma, em razão de divergência quanto ao tema entre as Turmas integrantes da Seção.

Por maioria de votos, e ainda sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, acabou prevalecendo o entendimento de que a Fazenda Pública não poderia dispor do pedido de falência:

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

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

II - Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos.”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Na época, o Min. Castro Filho (relator sorteado e vencido), colacionou a divergência sobre o tema:

“**De um lado, os que não admitem a possibilidade de a Fazenda requerer a quebra**, com respaldo em Carvalho Neto (Tratado das Defesas Falimentares, São Paulo, Ática, 1967, vol. II, p. 81, n.º 130), Elias Bedran (Falências e Concordatas no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, Alba, 1962, v. I, pp. 87 e 88, v. V, pp. 1504), Wille Duarte Costa (Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, 1996, pp. 15 e ss.), Luiz Tziruinil, Ruben Ramalho (Curso Teórico e Prático de Falência e Concordata, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 96), Rubens Requião (Curso de Direito Falimentar, 12.ª ed., São Paulo, Saraiva, vol. 1, p. 95). **De outro, aliados a Américo Ruggiero** (Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.º 7, dezembro 1975, pp. 247 e ss.), Romano Cristiano (Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.º 27-28, jan./dez. 1987, pp. 53 e ss.), Celso Agrícola Barbi (Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, Minas Gerais, n.º 20, out./dez. 1995, pp. 9 e ss.), J. Netto Armando (Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, Minas Gerais, n.º 20, out./dez. 1995, pp. 15 e ss.), Fábio Konder Comparato (Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, Minas Gerais, n.º 20, out./dez. 1995, pp. 29 e ss.), Trajano de Miranda Valverde (Comentários à Lei de Falências, 3.ª ed., v. I, p. 103, n.º 67), Luiz Gustavo Combat Vieira (Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, Minas Gerais, n.º 24, out./dez. 1996, pp. 27 e ss.), Amador Paes de Almeida (Curso de Falência e Concordata, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 59), Fábio Ulhôa Coelho (Manual de Direito Comercial, São Paulo, Saraiva, 1995), Rejane Brasil Filippi (Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre, v. 10, n.º 26, 1980, pp. 117 e ss.), os que não vêem nenhum óbice legal à pretensão”.

Acompanhando o Min. Castro Filho, portanto, também voto vencido, o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, observou:

“No precedente da Terceira Turma, transcreveu o Senhor Ministro **Costa Leite** as lições de **Fábio Konder Comparato**, afastando o óbice da qualidade essencial de crédito privilegiado da Fazenda para concluir pela possibilidade do ajuizamento do pedido de falência. Em seu voto o Senhor Ministro **Eduardo Ribeiro** assinalou ponto relevante argumentando que os efeitos drásticos da medida *“ainda que fundada apenas na impontualidade, não é peculiar ao pedido feito pela Fazenda. A empresa pode ser destruída, em virtude de dificuldade que seria passageira, a pedido de qualquer credor”*.”

VI) Todavia, respeitados esses entendimentos contrários a legitimidade ativa da Fazenda Pública para requerer a falência, tem-se que, com a entrada em vigor da atual Lei de Falências e Recuperações Judiciais (Lei nº 11.101/05), além da sujeição da Fazenda Pública ao concurso material de credores (em situação diferente daquela existente do Decreto-Lei nº 7.661/45), nova interpretação deve ser conferida à possibilidade da formulação do pedido de falência pela Fazenda Pública em determinadas situações.

Com efeito, os parâmetros existentes em 2003, época que prevaleceu o entendimento da ausência de legitimidade da Fazenda Pública para o requerimento de falência de empresas, foram alterados, não só pela nova Lei de Falências e Recuperações Judiciais (Lei nº 11.101/05), mas, também, com o início da vigência do Código Civil de 2002 e, agora, com o Código de Processo Civil de 2015, que trouxe, diante das muitas dificuldades para o credor receber o seu crédito, meios alternativos para a indução do cumprimento das obrigações (art. 139, IV).

O Direito Público aproxima-se ao Direito Privado, com a admissão da arbitragem em contratos públicos e parcerias público-privadas, por exemplo. Não se pode esquecer que essas mudanças levam, também, ao questionamento da subsistência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, como se vê na lição de Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno, 21ª ed., Forum Editora, 2018, p 128, item 7.9.1), que afirma que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular está ultrapassado, tema tratado, também, em obra coletiva “Interesses públicos *versus* interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público” (coord. Daniel Sarmiento, Lumen Juris editora, 2005).

VI.a) Não se discute, por certo, que o entendimento mais restritivo deve prevalecer nos casos de pedido de falência embasado no art. 94, I, da Lei nº 11.101/05, ou seja, de mero título protestado.

Isso porque, dispondo a lei sobre as vias adequadas para a persecução do crédito tributário, dotado de privilégios e especificidades - diferenciando-se, assim, dos credores comuns -, é possível discutir a admissão da legitimidade ativa da Fazenda Pública para pleitear a falência do devedor, diante do próprio risco (real) do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

uso indevido para atingir determinados devedores, em ofensa ao princípio da impessoalidade, que deve ser observado pela Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

VI.b) O mesmo não se pode dizer, porém, em casos de pedido de falência baseados no inciso II, do art. 94, da Lei nº 11.101/05, como a hipótese concreta, em que a Fazenda Pública valeu-se das vias apropriadas para satisfação de seu crédito, mas não logrou êxito.

Ou seja, a União Federal ajuizou a competente execução fiscal, mas não houve pagamento voluntário pelo devedor, nem foram localizados bens suficientes para satisfação da dívida, exaurindo-se os meios à disposição da Fazenda Pública.

Em tais situações, não é razoável tolher da Fazenda Pública a possibilidade de postular a falência do devedor, não havendo que se falar em quebra do princípio da impessoalidade. Ou seja, foram utilizados os meios processuais a sua disposição para buscar o seu crédito, não sendo admissível, por exemplo, afirmar que isso caracteriza crime de sonegação fiscal e, assim, concluir-se que a possibilidade da pena corporal (prisão) é forma de recebimento de tributos.

Além disso, nos termos do art. 97, IV, da Lei nº 11.101/05:

“**Art. 97.** Podem requerer a falência do devedor:

(...)

IV- qualquer credor.”

Verifica-se, a partir do referido dispositivo, que a atual Lei de Falências e Recuperações Judiciais cuidou de ampliar o rol de legitimados para o pedido de falência, diferentemente do que ocorria durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, cujo art. 9º assim dispunha:

“**Art. 9º.** A falência pode também ser requerida:

I- pelo cônjuge sobrevivente, pelos herdeiros do devedor ou pelo inventariante, nos casos dos arts. 1º e 2º, nº I;

II- pelo sócio, ainda que comanditário, exibindo o contrato social, e pelo acionista da sociedade por ações, apresentando as suas ações;

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

- a)** credor comerciante, com domicílio no Brasil, se provar ter firma inscrita, ou contrato ou estatutos arquivados no registro de comércio;
- b)** o credor com garantia real se a renunciar ou, querendo mantê-la, se provar que os bens não chegam para a solução do seu crédito; esta prova será feita por exame pericial, na forma da lei processual, em processo preparatório anterior ao pedido de falência se este se fundar no artigo 1º, ou no prazo do artigo 12 se o pedido tiver por fundamento o art. 2º;
- c)** o credor que não tiver domicílio no Brasil, se prestar caução às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 20.

Por conseguinte, quanto ao fato do crédito da Fazenda Pública não estar sujeito ao concurso, é importante lembrar que, na classificação do concurso de credores, existe o chamado CONCURSO FORMAL (isto é, procedimental), e o CONCURSO MATERIAL, ou seja, a inclusão do crédito tributário na ordem de credores, na forma do art. 83, da Lei nº 11.101/05:

“**Art. 83.** A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I- os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II- créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III- créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias.

IV- (...)” (sublinhei).

Ou seja, a Fazenda Pública não está sujeita ao concurso formal, porque pode continuar com a execução fiscal, a fim de buscar a satisfação de seu crédito. Mas está ela sujeita ao CONCURSO MATERIAL, pois está sujeita à fila de pagamentos.

Conforme ressaltam João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea: “*apesar de não se submeter a concurso, o crédito fazendário, de acordo com o art. 187 do CTN (e art. 29 da Lei de Execuções Fiscais), em caso de quebra, deve, sim, respeitar a ordem de preferência estabelecida no art. 83 da LREF, independentemente se o fisco promove (ou continua promovendo) execução fiscal ou se optou por habilitar seu crédito*” (**Recuperação de Empresas e Falência – Teoria e Prática na Lei 11.101/2005**, 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 601).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, além dos créditos extraconcursais, no caso de falência do devedor, a Fazenda Pública só vai receber depois dos credores trabalhistas e dos credores com garantia real, sendo que as multas tributárias ainda são consideradas como créditos quirografários.

E aqui abre-se um parêntese para lembrar que, sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, os créditos tributários anteriores à falência eram extraconcursais e tinham preferências sobre os encargos da massa, à luz de seu art. 124 e dos arts. 186, 187 e 188, do CTN.

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

É certo, por conseguinte, que um dos princípios basilares da Lei nº 11.101/05 é o princípio da preservação a empresa, à luz de sua função social, em busca da manutenção das atividades produtivas, dos empregos e interesses dos credores.

Não se olvida, porém, que a finalidade desse princípio está intimamente ligada à proteção do interesse da economia nacional, tal como consta da própria exposição de motivos da Lei nº 11.101/05, em seu item 11 (*“adota-se a recuperação da empresa em substituição à concordata suspensiva, com a finalidade de proteger o interesse da economia nacional, e aos trabalhadores na manutenção dos seus empregos”* - sublinhei).

Se assim é, nas circunstâncias acima narradas, ou seja, nas hipóteses de execução fiscal frustrada e inércia do devedor em satisfazer o débito tributário, não há como se invocar o princípio da preservação da empresa, de maneira genérica, de modo a justificar eventual falta de interesse da Fazenda Pública no pedido de falência.

Até porque, se há a finalidade de proteger o interesse da economia nacional, há que se considerar, também, a necessidade de exclusão do mercado das empresas que não estão aptas a participarem de maneira saudável da livre



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concorrência (um dos princípios da ordem econômica – art. 170, IV, CF).

Desse modo, o pedido falimentar, nesses casos, tem por objetivo, precipuamente, a repressão aos agentes econômicos nocivos ao mercado e à livre concorrência, os quais, muitas vezes, não pagam seus débitos tributários e concorrem deslealmente com aqueles agentes econômicos que atuam regularmente, adimplindo as obrigações tributárias.

Entender de maneira contrária, inclusive, equivaleria a incentivar o comportamento, muitas vezes adotado por esses agentes econômicos, de inadimplir constantemente as obrigações tributárias, acumulando vultosas dívidas de tal natureza, aproveitando-se do menor poder de constrangimento da Fazenda Pública em relação ao poder dos demais credores.

Isto é, se o Fisco não pode pedir falência, muitos agentes acabam deixando de pagar as obrigações tributárias, frustram voluntariamente execuções fiscais, não aderem a planos de parcelamentos, nem formulam eventuais pedidos de recuperação, em uma deliberada conduta para concorrer de forma ilícita, e causando prejuízos ao bom funcionamento da administração pública.

Lembra-se, inclusive, que a manutenção e fornecimento de serviços públicos essenciais, como saúde, educação, segurança, etc., é feito com a arrecadação tributária.

Então, esse tipo de agente econômico nocivo, além de colocar em risco a própria livre concorrência e a ordem econômica, ainda prejudica uma coletividade muito maior do que a sua gama de empregados e credores, a qual se busca tutelar com o princípio da preservação da empresa.

A esse respeito, oportuno ressaltar a lição de Marcelo Barbosa Sacramone:

“Quanto ao argumento de que o Fisco poderia comprometer o desenvolvimento econômico nacional com diversos pedidos de falência, não há diferenciação do Fisco com os demais credores. A possibilidade mais célere de exigência do crédito, sob pena de decretação de falência poderia incentivar os credores a manterem sua condição fiscal regularizada, com ganhos econômicos para toda a coletividade.

Ademais, o empresário que não consegue desempenhar sua atividade econômica com o devido recolhimento de seus tributos e demais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

encargos compromete a circulação de riqueza e gera uma distorção no sistema de mercado ao tentar obter tratamento menos oneroso em relação aos seus concorrentes.

O pedido de falência permitiria manter a higidez do mercado, a concorrência em igualdade de condições entre todos os agentes e recolhimento regular de tributos, em benefício do desenvolvimento econômico nacional.” (**Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 370)

VII) E vale lembrar a precisa lição de Adriana Valéria Publiesi (**Direito Falimentar e Preservação da Empresa**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2013, pp. 277/278) quanto à finalidade da falência:

“Diante disso, é evidente que a falência deverá representar uma solução de pagamento aos credores (sob a óptica da satisfação de seu crédito), mas não apenas isso; poderá constituir-se como alternativa de preservação da atividade econômica, já que, sem dúvida, esse é um dos fundamentos da lei brasileira. Busca-se, na falência, a tutela dos interesses que gravitam em torno da 'empresa', como manutenção da fonte produtora, dos empregos e da própria cadeia produtiva a benefício do tráfico mercantil. Finalmente, para o devedor, a falência constitui meio de obtenção da extinção de suas obrigações conforme art. 158 da lei.

(...)

O próprio conceito de **viabilidade**, exigido para a concessão da recuperação judicial, não está relacionado à empresa em si, mas ao plano que o devedor apresenta. Os credores confiam na factibilidade do plano e acreditam que o devedor se desincumbirá de sua aplicação. Daí resulta a ideia de que não havendo essa confiança, a falência será a solução para a crise do devedor, embora exista, na organização empresarial, um negócio com boas perspectivas de rentabilidade”.

VIII) À luz de todos esses fundamentos e das circunstâncias do caso concreto, portanto, é de rigor a anulação da r. sentença que indeferiu a petição inicial, para determinar o regular processamento do pedido de falência formulado pela União Federal.

Isso posto, **dá-se provimento à apelação da União Federal, para anular a sentença e determinar o regular processamento do pedido de falência.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ALEXANDRE LAZZARINI

Relator

(assinatura eletrônica)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca : Rancharia - 1ª Vara
Apelante : União (Fazenda Nacional)
Apelado : Derco Comércio e Representações Processual de
Produtos e Alimentícios LTDA
Relator : Alexandre Lazzarini

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE Nº 30.691

Adoto o relatório do eminente Desembargador Relator **ALEXANDRE LAZZARINI**, que por sua erudição e fundamentação exaure a matéria. Ao aderir à excelente fundamentação, acrescento esta manifestação, em razão da relevância do tema, quer sob o prisma jurisprudencial, quer sob o viés doutrinário ou acadêmico: a legitimidade e/ou o interesse da Fazenda Pública para requerer a falência do contribuinte empresário.

Cumpram evocar, preambularmente, clássica lição de **RUBENS REQUIÃO**, em seu Curso de Direito Falimentar, sob o título: "A discutida iniciativa da Fazenda Pública", oportunidade em que o mestre de Curitiba assentou:

"A fim de enfrentar com mais severidade os devedores relapsos, andou o fisco estadual paulista empenhado em constrangê-los a liquidar seus débitos fiscais, sob ameaça de requerimento de falência. Passou-se, então, a indagar se o direito falimentar brasileiro comportava tal iniciativa da Fazenda Pública.

*A tese mereceu dois importantes estudos jurídicos, largamente divulgados na imprensa e nas revistas especializadas, sendo inclusive enfeixados numa publicação da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Opinaram afirmativamente os juristas **J. NETTO ARMANDO** e **FÁBIO KONDER***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMPARATO (*Falência de Contribuinte Promovida pelo Fisco, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo*).

De nossa parte, estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento de falência do devedor por tributos. Segundo o Código Tributário Nacional os créditos fiscais não estão sujeitos ao processo concursal, e a declaração da falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum. À Fazenda Pública falece, ao nosso entender, legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor.

A ação pretendida pela Fazenda Pública tem, isso sim, nítido sentido de coação moral, dadas as repercussões que um pedido de falência tem em relação às empresas solventes.” (Curso de Direito Falimentar, vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 4ª edição, pág.93) - Grifei.

J. NETTO ARMANDO, que atuou como Curador Fiscal das Massas Falidas na Capital paulista, em seu célebre parecer sobre a legitimação ativa da Fazenda Pública (União, Estados e Municípios), com fundamento no art. 209 do CTN, respondeu afirmativamente para sustentar a possibilidade de formulação do pedido de quebra pelo Fisco, invocando o art. 9º, inciso III, letra "b" do Decreto-Lei 7.661. de 21/6/45 (antiga Lei de Quebras). Sustentou com firmeza que o Fisco pode requerer a falência, seja com fundamento na impontualidade, seja com base na execução frustrada ou nos atos de falência, previstos nos artigos 1º, "caput" e 2º do revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945, afirmando ainda: "*sem renunciar ao seu privilégio que, dessarte, permanece íntegro e intocável*". (Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual de Minas Gerais, n. 20, 1995, p.15). **NETTO ARMANDO** afirma também ser incontrariável o "interesse de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

agir" que tem a Fazenda Pública para peticionar a falência de contribuintes inadimplentes (p. 24).

FÁBIO KONDER COMPARATO, emérito Professor de Direito Comercial das Franciscanas Arcadas, em consulta que lhe foi formulada pela Coordenação da Administração Tributária, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, na mesma linha também afirma que a certidão da dívida ativa é documento hábil para ensejar à Fazenda do Estado requerer a falência de contribuinte com base no art. 1º da Lei de Falências (impontualidade), bastando que se providencie o protesto da aludida certidão, observando-se o art. 10 da Lei de Falências. O ilustrado mestre também responde afirmativamente na diretriz de que a Fazenda Pública tem legitimidade processual para requerer a falência do comerciante com fundamento no art. 2º do Decreto-Lei nº 7.661/45 (execução frustrada e atos de falência), defendendo ainda que o fisco, neste caso, não perderá o privilégio que ornamenta seu crédito, o qual não se confunde com um direito real de garantia. (Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual de Minas Gerais, n. 20, 1995, págs. 29/37).

TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ex-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, em seus clássicos Comentários à Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/1945), ao anotar o art. 7º que regulava a competência para a declaração da falência, "*in verbis*": "*o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento*", afirma que "*com a extinção da justiça federal de primeira instância promovida pela Carta Constitucional de 1937, foi estabelecido juízo privativo à União ou Fazenda Nacional nas capitais das unidades federativas*". Isto posto, diz o mestre: "*Se a União ou Fazenda Nacional pretender requerer a falência*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de um seu devedor, terá de processá-la nesse juízo". Com tal assertiva, que se encontra no Vol. I, Ed. Rev. Forense, 1948, pp. 89/90, de se concluir que um dos mais importantes comentaristas da revogada lei falimentar sustenta que a União tem legitimidade e interesse para requerer a falência do contribuinte inadimplente.

Com a vênua devida do eminente Des. **FORTES BARBOSA**, acompanho o posicionamento do ilustrado Desembargador Relator **ALEXANDRE LAZZARINI** na senda de que o Fisco (União, Estados ou Municípios) tem legitimidade e interesse processual para requerer a falência do contribuinte-empresário, com fundamento em certidão da dívida ativa, desde que caracterizada a execução frustrada, prevista no art. 94, II (executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal) ou art. 94, III - (pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial): atos de falência descritos nas alíneas "a" / "g", da Lei nº 11.101/2005. Com o respeito devido a entendimento diverso, entendo incabível a falência requerida pela Fazenda Pública com fundamento na impontualidade prevista no art. 94, inciso I, da Lei nº 11.101/2005, por perfilhar a escola que orienta ser procedimento vinculado à cobrança da dívida ativa regulamentada na Lei nº 6.830, de 22/9/1980 - Lei das Execuções Fiscais.

A discussão sobre o interesse de a Fazenda Estadual requerer a quebra do contribuinte inadimplente persiste desde a vigência do Decreto-lei nº 7.661/1945 e foi mantida após a edição da Lei nº 11.101/2005. O debate ora tem como pedra angular a alegação da falta de interesse de agir, ora a ausência de legitimidade, cumprindo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ressaltar que, sob o prisma do interesse, é de rigor destacar que interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda Estadual. Releva levar em conta ainda que, na análise da questão "*sub judice*", o exegeta da legislação concursal deve iniciar seu trabalho de hermenêutica levando em conta o entendimento, hoje consolidado, de que a quebra não deve mais ser reputada como sanção ou pena, mas sim como um instituto econômico-jurídico aplicável com o escopo de saneamento do mercado, o qual deve ser depurado dos agentes econômicos que não observam as regras legais do ordenamento econômico-jurídico regulamentador. Mesmo levando-se em conta os princípios gerais que regulam a atividade econômica, adotados pela Constituição da República Federativa do Brasil, que restabeleceu o estado democrático de direito em nosso País, notadamente os expressos no artigo 170, com ênfase no postulado da preservação da empresa, derivado da função social da propriedade, não se pode olvidar que o vetusto instituto da falência, regulado, hodiernamente pela Lei nº 11.101/2005, interessa aos credores e devedores, inclusive ao Estado, nas suas diversas esferas de atuação administrativa, econômica, jurídica e social.

É importante anotar que o art. 187 do Código Tributário Nacional, que preconiza não estar a cobrança judicial do crédito tributário sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial ou concordata, bem como no art. 129 da Lei nº 6.830 (Lei das Execuções Fiscais), que reprisa aludida vedação concursal - tais dispositivos albergados pela legislação tributária, a nosso aviso, não afastam os créditos tributários do concurso material de credores. Isto porque, valendo-se da interpretação sistemática da legislação em sua completude, notadamente sob o prisma da Lei nº 11.101/2005,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

principalmente considerando-se as modificações concretizadas pela Lei Complementar nº 118/2005 no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), não há margem para dúvidas de que a Fazenda Pública submete-se a concurso material de credores, haja vista que os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou de acidente de trabalho preferem ilimitadamente os tributários (art. 83, I, da Lei 11.101/2005 e art. 186 do CTN).

Nesta linha de posicionamento, entendo correta a doutrina defendida pelo culto Juiz **MARCELO BARBOSA SACRAMONE**, *"in verbis"*: *"Credores fiscais. Não há, na LREF, qualquer restrição a que os credores fiscais possam requerer a falência do empresário. Apesar de controvertida, a impossibilidade do pedido não resulta da Lei n. 11.101/2005, mas das demais leis que disciplinam o crédito tributário"*. Sustenta o comercialista que, além de não haver qualquer impedimento legal ao requerimento da falência do empresário ou da sociedade empresária inadimplente por débitos tributários, a medida permitiria manter a higidez do mercado, a concorrência em igualdade de condições entre os agentes econômicos e traria benefícios ao desenvolvimento econômico nacional (Comentários À Lei De Recuperação De Empresas E Falência, Ed. Saraiva, 2018, São Paulo, Pág. 370). No mesmo sentido, excelente ensaio da lavra dos Procuradores da Fazenda Nacional **THAYANA FELIX MENDES** e **THIAGO CIOCCARI BRÍGIDO** (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).

Por tais motivos, com o devido respeito da jurisprudência emanada do Colendo Superior Tribunal de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Justiça (REsp. 164.389-MG, Rel. **MIN. SÁLVI**O DE FIGUEIREDO **TEIXEIRA**, REsp. 287.824-MG, Rel. **MIN. FRANCISCO FALCÃO**, REsp. 363.206-MG, Rel. **MIN. HUMBERTO MARTINS**, bem como das excelentes e judiciosas razões expostas do douto voto vencido da lavra do Des. **FORTES BARBOSA**, entendo que, no caso de execução frustrada (execução fiscal), notadamente, e atos de falência, ou seja, artigo 94, incisos II e III, da Lei nº 11.101/2005, a Fazenda Pública (União, Estados, DF e Municípios) ostenta interesse e legitimidade para requerer a falência do contribuinte empresário com base em inadimplemento de débito tributário, observados todos os demais requisitos exigidos pela Lei nº 11.101/2005.

Este é o meu voto.

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

4º JUIZ



Apelação Cível nº 1001975-61.2019.8.26.0491

Comarca: Rancharia

Apelante: União (Fazenda Nacional)

Apelado: Derco Comercio e Representações Processual de Produtos e Alimentícios LTDA

Voto 16.355

Declaração de Voto Divergente

A questão atinente à legitimidade passiva das Fazendas Públicas para a propositura de pedidos de falência não é nova e gera, até hoje, um debate acalorado.

No Brasil de hoje, considerados os vários ramos da atividade empresarial e a vastidão de impostos, taxas e contribuições cobradas (sempre envolvidos num cipoal de regras aptas a tornar seu pagamento um verdadeiro pesadelo), são, muito dificilmente, encontradas empresas que não tenham acumulado débitos fiscais ou parafiscais e conferir a possibilidade das Fazendas Públicas confronta com a realidade econômica e jurídica estabelecida.

Se ao Poder Público é dado requerer falência, isso não é uma possibilidade, é um dever, considerada a impessoalidade com que devem ser tratadas as relações para com os administrados e a inviabilidade de que sejam escolhidos alguns devedores e deixados de lado outros devedores, a partir de critérios subjetivos, marcadamente de cunho político.

Sob um ponto de vista econômico, se o Poder Público requerer a falência de todos os seus devedores, será o caos; se tiver o direito de escolher uns devedores e não outros, será um caos pior.

A idéia de transformar a falência em uma via de saneamento dos mercados não é um objetivo da Lei 11.101/2005, mesmo porque o Poder Público ostenta outros meios para regular os mercados e sua intervenção deve ser tida como excepcional, tal qual previsto no artigo 2º, inciso II da Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica).

Além disso, sob um ponto de vista puramente jurídico, nenhum juiz decreta a falência para punir o autor de crimes, em específico os de sonegação fiscal. A decretação da falência mira a situação dos credores e a inviabilidade de sua satisfação, instaurando um concurso apto a solucionar, minimamente, uma situação concretamente insustentável. O Poder Público, se quiser, pode utilizar os instrumentos disponíveis para punir a sonegação fiscal e a legislação em vigor permite, a partir da desconsideração da pessoa jurídica, quando for o caso, atuar coativamente frente a sócios e administradores inescrupulosos.

Nada autoriza seja viabilizada, ainda que anunciada a frustração da execução fiscal, seja ajuizado um pedido de falência.

Sobre o assunto, nesse mesmo sentido e diante de julgados proferidos por esta Corte, Rubens Requião (Direito Falimentar, 13ª ed, Saraiva, São Paulo, 1989, pp.94-5) expunha que:

"A discutida iniciativa da Fazenda Pública. A fim de enfrentar com mais severidade os devedores relapsos, andou o fisco estadual paulista empenhado em constrangê-los a liquidar seus débitos fiscais, sob ameaça de requerimento de falência. Passou-se, então, a indagar se o direito falimentar brasileiro comportava tal iniciativa da Fazenda Pública.

A tese mereceu dois importantes estudos jurídicos, largamente divulgados na imprensa e nas revistas especializadas, sendo

inclusive enfeixados numa publicação da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Opinaram afirmativamente os jurista J. Netto Armando e Fábio Konder Comparato (Falência de Contribuinte promovida pelo Fisco, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo).

De nossa parte, estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento de falência do devedor por tributos. Segundo o Código Tributário Nacional os créditos fiscais não estão sujeitos ao processo concursal, e a declaração da falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum. À Fazenda Pública falece, ao nosso entender, legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor.

A ação pretendida pela Fazenda Pública tem, isso sim, nítido sentido de coação moral, dadas as repercussões que um pedido de falência tem em relação às empresas solventes."

Soma-se que, em voto minucioso, pronunciado ainda na vigência do Decreto Lei 7.661/1945 e tendo em conta o projeto resultante na Lei 11.101, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior analisou muito bem as questões repetidas neste apelo (REsp 138.868/MG, 4ª T, j. 17.02.1998), fornecendo conclusões similares, inclusive a partir da conjugação da Lei 6.830/1980 (ainda em vigor), tal qual o abaixo reproduzido:

"A alegação de abusividade da cobrança, através do pedido de falência, feita por outros comentadores, é criticada por Comparato, que a qualifica de lugar comum, partindo o autor da certeza de que norma alguma existe a impedir opte a Fazenda pela habilitação de seu crédito na falência em

lugar de executar o crédito tributário e, assim, conclui pela sua legitimidade para o requerimento de falência.

O argumento não me parece exato, na atualidade, após a vigência da Lei nº 6.830. de 22.09.80, que disciplina a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Com efeito, dispõe essa lei, em seu art. 38, que a "discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma da lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos." Humberto Theodoro Júnior, a analisar tal dispositivo, da posição do contribuinte-devedor não hesita em declará-la restritiva de direitos constitucionais, quando condiciona o ingresso em juízo à garantia da instância ("Lei de Execução Fiscal", 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, ps. 88/90). Tem toda razão. Mas, no momento, o que importa é outro aspecto da norma, ou seja a vinculação da Fazenda Pública: a discussão judicial da dívida ativa só é admissível em execução, isto, é, na execução fiscal disciplinada na respectiva lei, à qual se aplica subsidiariamente a lei processual civil comum (art. 1º: "A execução judicial para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei, e subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil").

(...)

É consabido privilegiar nosso ordenamento constitucional a igualdade, a liberdade de iniciativa, a livre

concorrência, não sendo compatíveis com esses princípios conferir-se ao Estado o direito de destruir a empresa, segundo a livre determinação e escolha de seus agentes administrativos, por força de impontualidade no pagamento de um tributo. A legislação falimentar brasileira está em descompasso com a realidade social e econômica, é atrasada e iníqua, ao considerar presumidamente insolvente em benefício do credor um caso de simples mora ou de mera impontualidade. A sua nova disciplina em tramitação no Congresso Nacional atenua um pouco o rigor da lei em vigor e agasalha um princípio de grande significação que é o interesse pela recuperação da empresa e não pela liquidação de seu ativo para pagamento de suas dívidas.

Conferir ao Estado uma medida judicial desse potencial aniquilador é, sem dúvida, contrariar aqueles princípios orientadores da ordem econômica no País, e consagrar uma coação reprovável pela moral e pela política.”

Assinala-se, para finalizar, que as Fazendas Públicas gozam de amplos privilégios assegurados em vários dispositivos legais e, em nenhum, consta a possibilidade de requerer a falência de seus devedores, o que só pode ser explicado de que o tratamento legal dispensado ao crédito lançado em dívida ativa independe da situação falimentar do devedor, não se sujeita obrigatoriamente ao procedimento concursal e a ação de execução fiscal pode ser ajuizada indistintamente, antes ou depois da decretação da falência, com os mesmos privilégios assegurados pela legislação vigente, persistindo uma incompatibilidade entre o regramento da falência e o da execução fiscal, inclusive porque o título de dívida ativa é criado unilateralmente, pelo próprio credor.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, resta caracterizada a ilegitimidade ativa e, diante da carência de ação, a extinção decretada merece ser mantida, aplicado o artigo 485, inciso VI do CPC de 2015.

Pelo meu voto, portanto, ressalvado meu respeito pelo posicionamento em sentido contrário, nego provimento ao recurso.

Fortes Barbosa
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	15	Acórdãos Eletrônicos	ALEXANDRE ALVES LAZZARINI	1170CD7C
16	22	Declarações de Votos	MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALCAS	11BE4A02
23	28	Declarações de Votos	MARCELO FORTES BARBOSA FILHO	118D304C

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1001975-61.2019.8.26.0491 e o código de confirmação da tabela acima.