

REQUERIMENTO DE FALÊNCIA PELA FAZENDA PÚBLICA

REJANE BRASIL FILIPPI

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Dentre os procedimentos concernentes às ações de decretação de abertura de falência, se aterá o presente estudo ao que se rege pelos artigos 1º e 11 do Decreto Lei nº 7.661.

Trata-se da ação proposta pelo credor de dívida certa e líquida, cujo título legítima ação executiva.

SISTEMA DE IMPONTUALIDADE. CARACTERIZAÇÃO DA INSOLVÊNCIA.

O princípio determinante da configuração do estado de insolvência do devedor que propicia a declaração judicial de quebra com fundamento no art. 1º é, segundo a Lei de Falências, o da impontualidade. Abandonou, portanto, o legislador o antigo critério da insolvência, que era a tradicional cessação de pagamentos.

O credor, sob o fundamento da impontualidade do devedor, ou seja, da falta de pagamento de obrigação líquida e certa no vencimento, sem relevante razão de direito, poderá requerer declaração de falência. Sobre o critério da impontualidade adotado pela Lei brasileira, observa WALDEMAR FERREIRA (Tratado de Direito Comercial, v. 14, p. 63, Ed. Saraiva, São Paulo, 1965):

"A impontualidade, por si só, a menos que justificada por fundamentos relevantes de direito, veio a ser, e é melhor dizê-lo por palavras de J. X. Carvalho de Mendonça o sinal ostensivo, mais perfeito, da impossibilidade de pagar, e, conseqüentemente, do estado de falência. O legislador não exige provas mais completas para definir este estado".

A impontualidade é o melhor dos critérios no ver do comercialista, sobretudo porque tem assento, como característico da falência, em ato público, solene e formal: o protesto por falta de pagamento de dívida líquida e certa:

"Não pagar no dia do vencimento ainda não é falir ou quebrar. O que externa, insofismavelmente, a falência é o protesto. Título protestado patenteia a falência do comerciante devedor". (P. 65, obra citada).

CARACTERIZAÇÃO DA IMPONTUALIDADE PELO PROTESTO POR FALTA DE PAGAMENTO

Eis o comentário de J. X. Carvalho de Mendonça (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, pág. 311, v.7, 3ª Ed, 1937)

"O fato material do vencimento da dívida, sem pagamento, não basta para autorizar o requerimento da falência do devedor, sujeitando-o ao regime severo dessa execução extraordinária.

A lei não o considerou, por si só, prova irrefragável da impontualidade, que podia provir da simples negligência ou da mora do credor ou de inadvertência do próprio devedor; tornou o exercício daquele direito dependente de um ato preliminar extrajudicial e solene: o protesto, a intimação pelo oficial público ao devedor para pagar a dívida vencida, ou dar as razões da recusa do pagamento".

Em razão da clareza da lei, os protestos para fim de falência não são supríveis por quaisquer outros meios, tais como interpelações judiciais, declaração extrajudicial de não pagamento, o ajuizamento de demanda, etc.

"Evidentemente, não basta a notificação ou a interpelação judicial, cujo respectivo ato judicial integrativo não tem o mesmo efeito soberano de uma sentença condenatória.

Também e simples demanda posta em juízo, como chamou Carvalho de Mendonça, não pode ensejar o requerimento de falência". (Roberto Barcellos de Magalhães, Prática do Processo Falencial, v. I, p. 26/27)

A INEVITABILIDADE DO PROTESTO PARA FUNDAMENTAR PEDIDO DE FALÊNCIA PELO ARTIGO 1º. TITULOS QUE LEGITIMAM AÇÃO DE EXECUÇÃO.

Aptos à caracterização da falência e passíveis de protesto, nos termos do artigo 1º, são os títulos executivos ou que legitimem ação de execução, o que obriga a remissão imediata ao artigo 585 VI do C. P. C.

Segundo J. Netto Armando (Parecer publ. na Rev. dos Tribunais, p. 49, maio de 1973) "título" na acepção da Lei Falimentar não são apenas os conhecidos instrumentos de crédito (notas promissórias, cheques, etc.) título, continua o parecerista (citando palavras de Carvalho Netto) "aqui quer significar numa ampla compreensão **todo o instrumento público ou particular, formal ou informal, que represente uma dívida**, que traduza clara e certamente um débito do comerciante sem necessidade de qualquer prova suplementar; é a roupagem jurídica que toma a obrigação".

Se o intuito for requerimento de quebra, estão sujeitos a protesto todos os títulos acima mencionados. Ao comum, os primeiros; ao protesto especial, os demais.

A distinção entre um e outro tipo de protesto se opera em razão da eficácia dele derivada, bem como do modo de sua concretização prática.

PROTESTO COMUM

Os títulos de crédito propriamente ditos (tais como cheques, duplicatas, notas promissórias, etc.) estão subordinados exclusivamente ao regime do protesto comum que lhes autorizam leis especiais.

No caso de uma letra de câmbio, de uma nota promissória, de uma duplicata, exemplifica Trajano Miranda Valverde, o portador não precisa dizer ao Oficial do Cartório competente qual o seu objetivo ao protestá-los:

"O protesto é tirado na conformidade dos preceitos que regulam o título e sua vinculação servirá para instrumentar o pedido de falência do devedor". (Com. A lei de Falência, p. 199, 3ª Ed. 1962)

Com a precisão conceitual que lhe é característica, e a propósito das letras de câmbio, acentua Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, vol. XXXV, p. 65, Ed. Borsoi) a dupla finalidade do protesto comum: além de documentar a impontualidade do devedor no intuito da falência, tem caráter eminentemente probatório, sendo ato indispensável ao exercício do direito de regresso contra os coobrigados no título:

"Ato formal, o protesto é essencialmente probatório. Fora do título, não se lhe atribui constituição de direito, nem por ele alguma das pessoas presentes dispõe. O seu papel único é documentar o exercício do direito constante do título".

Em relação aos títulos cambiários, portanto, o protesto tem eficácia probatória e constitui-se pressuposto para a ação de regresso. Além de simples ato formal de prova do exercício do direito cambiário, e no interesse de sua conservação, o protesto (comum) tem, como já se sublinhou antes, outra função para os títulos de crédito em foco. É documento pelo qual se revela ao credor

"a insolvência por parte do devedor, o que muito importa para o pedido de abertura de concursos de credores, civil, falencial, ou administrativo". (Pontes de Miranda, obra citada, p. 67)

ARTIGO 10 DA LEI 7.661. PROTESTO ESPECIAL

O artigo 10 da Lei de Falências prevê um livro especial onde se procederá o registro de protestos de todos "os títulos não sujeitos a protesto obrigatório" que deverão ser protestados "para o fim da presente lei".

A linguagem do dispositivo é clara: protesto especial falimentar não se destina aos títulos cujas leis de regência o prevêm, como ocorre com os cambiários ou cambiariformes. A previsão do artigo 10 abrange somente os demais instrumentos obrigacionais, inclusive contratos, estendendo-se a qualquer documento que represente uma dívida, traduzindo "clara e certamente um débito do comerciante sem necessidade de qualquer prova suplementar" para utilizar a expressão do parecerista já mencionado.

Vêm-se, portanto, bem discriminados, de um lado, o protesto cambiário, impropriamente chamado obrigatório, instituído por estatutos especiais e, de outro, o protesto falimentar expresso no artigo 10 citado.

Dentro do contexto falimentar ambos são, essencialmente, **pressupostos necessários a exercício processual do direito**, e têm, no ver de Carvalho de Mendonça, triplíce finalidade:

1. provar que o devedor deixou de pagar no vencimento obrigação líquida e certa;
2. indicar relevantes razões de direito que porventura justifiquem a recusa do devedor;
3. demonstrar que o credor se apresentou para tornar possível com a sua atividade o cumprimento da obrigação por parte do devedor, por outra, para excluir a **mora credendi**. (op. cit. p. 312/313, v. VII)

É evidente, e o acentua o comercialista, que o protesto não pode determinar de pleno direito a falência do devedor. Mas é preâmbulo necessário e indispensável para que seja declarada por sentença, após a apreciação da "**força jurídica** desse protesto e a improcedência das razões alegadas pelo devedor em sua defesa". (p. 313)

Em síntese: somente prova-se a impontualidade "mediante o protesto da obrigação, interposta perante o oficial público desse serviço encarregado. Esse protesto é o intróito à execução coletiva, não podendo falência alguma ser requerida, sob aquele fundamento, sem que seja exibida a certidão probatória de sua interposição. (P. 311)

Como bem explica Pontes de Miranda (Com. ao C.P.C., Tomo XII, p. 326, Ed. Forense), o **protesto, no caso, configura comunicação de vontade de exercer a pretensão à execução em concurso falencial**:

"O protesto preparatório da falência é notarial, apenas qualifica a interpelação do devedor; é a **interpelação mais protesto**, isto é, **comunicação de vontade de exercer a pretensão à execução em concurso falencial**".

Finalmente, vale mencionar aqui a referência de J. Netto Armando (parecer citado, pág. 49 e sts.) a respeito do protesto especial falimentar:

"É protesto instituído pela Lei no peculiar intuito da Falência (Lacerda, A Falência no Direito Brasileiro, 1931, pág. 156, nº 209) e, à semelhança do protesto comum cambial, abre para o devedor as portas da falência, exatamente para documentar a sua impontualidade de maneira que, como ocorre com o comum, tem ele dois caracteres específicos: o verificativo da impontualidade é o cominatório da falência (Lacerda, ob. cit., 154, 205)".

A INICIATIVA DA FAZENDA PÚBLICA CREDORA. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA*

Dívida ativa é expressão que designa "dívida cobrável" e não somente dívida lançada ou existente. O crédito tributário que pré-existe à judicialização da cobrança adquire excoutoriedade quando da regular inscrição da dívida nos livros da repartição competente. A certidão daí resultante enseja ação executiva, pois configura título executivo extrajudicial, mencionado no art. 585, inciso VI do C.P.C.

A inscrição da dívida ativa representa ato relevante que irá desencadear o processo de execução do direito subjetivo de crédito em que o tributo devido ao fisco tem sua expressão.

De resto, a certidão da dívida ativa tributária representa obrigação líquida – certa quanto à existência a determinada quanto ao seu objeto (art. 1533 do C.C.) – em razão do art. 204 do C.T.N., que atribui presunção de liquidez e certeza.

O título que documenta o crédito tributário preenche, portanto, todos os requisitos do art. 1º da Lei de Quebra e configura instrumento adequado da Fazenda Pública para o requerimento da falência de seu devedor comerciante.

A FAZENDA PÚBLICA POSSUI LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL PARA REQUERER QUEBRA DE SEU CONTRIBUINTE, COMERCIANTE INDIVIDUAL OU SOCIEDADE MERCANTIL

Inobstante as razões esgrimidas pelos que negam legitimidade à Fazenda Pública para requerer falência de comerciante, repelidas com brilho e energia por FABIO KONDER COMPARATO (R.T., v. 442, agosto/1972), os Tribunais do país e a maioria dos comercialistas brasileiros que estudaram o problema se inclinam a admitir essa legitimidade.

Duas bem cunhadas decisões, a primeira do Tribunal de Alçada de São Paulo e a segunda proferida pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, analisam em profundidade o tema.

Além do parecer de COMPARATO, estudos de J. Netto Armando (obra citada), Trajano de Miranda Valverde (Com. de Lei de Falência, 3ª Ed., v. I/103, nº 67, e 2ª Ed., v. I/105, nº 67), Walter T. Alvares (Direito Falimentar, v. I, 1ª Edição); Silva Pacheco (Tratado das Execuções-Falência e Concordata, v. 5, tomo I, 1960) concluem que as objeções feitas à legitimidade do crédito fazendário para autorizar quebra são irrelevantes.

Tais objeções têm apoio, fundamentalmente, em duas ordens de raciocínio:

a) ao ajuizar falência para cobrança de seu crédito, a Fazenda perde dois privilégios: os creditórios (direito de preferência) e os processuais;

b) a renúncia dos privilégios está ligada à outorga legislativa antecipada.

PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS. INCOLUMIDADE CONCURSUAL

À incolumidade a concurso de que goza a dívida ativa decorre do art. 187 do CTN, que é norma de direito processual e não de direito substancial. Diz o Prof. Fábio Konder Comparato, em parecer publicado na Revista dos Tribunais, ano 1961, vol. 442, pág. 48/54, que

"ela (a norma) diz respeito ao modo de exercício de uma pretensão em Juízo, e não à qualidade do direito de crédito cuja existência se alega na ação"

Já o privilégio creditório (art. 186 CTN) é privilégio enquanto prelação, só se manifesta relativamente a outros créditos, não tem valor em si como direito absoluto.

"Mas o concurso material de privilégios ou preferências não se confunde com o concurso formal de ações (judiciais) ou pretensões (extrajudiciais).

A incolumidade concursual que tem o crédito fazendário no sistema falimentar brasileiro não significa que, para melhor exercício de seus poderes, não possa o Estado preterir via executiva própria e ajuizar pedido de quebra. O legislador, acentua COMPARATO, ao criar este privilégio, não pretendeu "cortar as suas possibilidades de cobrança judicial, mas ampliá-las".

A RENÚNCIA DO PRIVILÉGIO CREDITÓRIO. ARTIGO 9º, III, "b" DA LEI DE FALÊNCIAS

A idéia de que o requerimento de falência está condicionado à perda do privilégio creditório parte de errônea interpretação do art. 9º, III, "b" da Lei nº 7.661.

Não há dúvida de que são inidentificáveis o privilégio real de que fala o dispositivo citado com meros privilégios pessoais, com os quais conta a Fazenda em relação aos demais credores.

"Art. 9º -

III - poderá requerer falência o devedor:

.....

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 débito".

O dispositivo fala expressamente em credor com garantia real. Este, sim, ao requerer falência precisa renunciar à garantia, ou provar insuficiência dos bens do devedor. Não abrange a Lei credores com privilégios pessoais, como é o caso da Fazenda Pública.

DISTINÇÃO ENTRE PRIVILÉGIO CREDITÓRIO E DIREITO REAL DE GARANTIA

A confusão existia em nosso direito falimentar até a vigente Lei de Falências. Ou, mais precisamente, instalou-se na vigência da anterior Lei nº 2.024, de 1908 que dispunha:

"O credor privilegiado, inclusive o hipotecário, somente poderá requerer falência do devedor declarando renunciar ao privilégio..."

A Lei atual, ao referir-se exclusivamente a credores com garantia real (art. 9º citado), desfez a confusão.

De resto, importando a regra falimentar em restrição de direito, é certo que não admite interpretação analógica ou extensiva.

Esclarece COMPARATO que o sentido e o alcance dos termos técnicos "privilégio" e "garantia real" não se encontram na Lei de Falências mas no nosso direito comum (Código Civil).

Os direitos reais de garantia, subespécie do gênero "direitos reais sobre coisa alheia", compreendem o penhor, a hipoteca e a anticrese. Estão situados em capítulo à parte dos privilégios, incluídos sob o título "Do Direito de Obrigações".

Institutos distintos, portanto. Os primeiros apresentam características essenciais dos direitos reais: poder direto sobre o bem determinado, caráter absoluto e conseqüente seqüela do bem em poder de quem quer que se encontre.

O privilégio não é "propriamente um direito, mas uma qualidade que adjetiva o direito pessoal de crédito e consiste na preferência de pagamento em confronto com outros créditos. A existência do privilégio não altera a natureza pessoal do crédito e, por conseguinte, só se manifesta em relação a outros créditos, não comporta incidência direta e absoluta sobre os bens do devedor, mesmo em se tratando de privilégio especial, o que significa que não dá seqüela". (Parecer – FÁBIO COMPARATO, obra citada, pág. 53/55).

A preferência que existe no direito real de garantia não é tônica fundamental de sua natureza, pois ele subsiste e pode realizar-se perfeitamente sem concurso de credores, dentro ou fora de processo judicial.

O privilégio do crédito tributário somente tem existência na execução coletiva do patrimônio do devedor, na medida em que atribui preferência ao direito do credor. Em síntese, como acentua Pontes de Miranda, mencionado no parecer de Comparato,

"o Direito real existe por si e irradia efeitos; o privilégio é efeito do direito quando se abre o concurso de credores". (idem, ibidem, pág. 148)

Desta seqüência de raciocínios conclui-se:

a) A preferência estabelecida no art. 186 do Código Tributário Nacional constitui um privilégio e não uma garantia real.

b) No estado atual do Direito Positivo Brasileiro não mais é possível confundir os dois conceitos: **privilégio** é simples prioridade de um direito pessoal; direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese) pertencem ao gênero direitos reais sobre coisa alheia enumerados no artigo 674 do Código Civil.

c) A vigente Lei de Falências usa a expressão **credor com garantia real** (art. 9º, III, "b"), não fazendo restrição ao pedido de falência pelos demais credores privilegiados entre os quais está a Fazenda Pública.

d) O art. 9º, III, "b" tem interpretação restritiva; o legislador particularizou a natureza do direito a que se quis referir, e afastou expressamente a hipótese de inclusão, nesta categoria, dos privilégios pessoais.

LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA

Três inteligentes argumentos no sentido de provar o interesse de agir da Fazenda Pública, inobstante a incolumidade concursal de que goza, foram colocados com felicidade pelo parecerista paulista:

a) A ineficiência do executivo fiscal:

"2. A realidade dos fatos veio, porém, demonstrar que essa incolumidade da Fazenda Pública ao processo concursal, mesmo ligada a uma preferência creditória de primeiro grau, longe de constituir a garantia absoluta que se imaginara, acabava por vezes apresentando inesperado e singular enfraquecimento do crédito fazendário, desde que interpretada como obstáculo jurídico à abertura da falência, do comerciante insolvente com base nesse crédito.

Verificou-se, assim, que o sucesso prático do executivo fiscal via-se freqüentemente comprometido pela inexistência ou insuficiência de bens penhoráveis no patrimônio do devedor, seja pelo pagamento de outras obrigações já vencidas, seja pelo efeito de anteriores execuções por parte de outros credores, já encerradas quando da constituição do crédito tributário".

b) O extremo rigor da tutela jurídica quanto às pretensões dos credores em relação ao devedor comum. A sentença de quebra, no que se refere à execução patrimonial, acarreta o penhoramento em bloco de todos os bens do devedor; a perda do direito imediato de administração e de disposição dos mesmos bens (art. 40, Lei nº 7.661).

c) O pedido de quebra significa ação posta em juízo: ação de falência.

Ocorrendo a situação prevista no art. 1º da Lei nº 7.661, ou seja, a impontualidade representada pelo não-pagamento no vencimento de obrigação líquida constante de título, do qual decorre a ação de execução, abre-se para o credor dupla via judicial: a execução-singular ou pedido de abertura de execução coletiva, ações que, seguramente, apresentam identidade na causa de pedir. De resto, o procedimento, adotado na ação de falência, por impontualidade, prevê ao réu a possibilidade de elidir a presunção de insolvência decorrente do protesto "pelo depósito, no prazo da defesa, da quantia, correspondente ao crédito reclamado" (art. 11, § 2º).

Neste caso, a ação de cobrança – pois não se pode esquecer que a ação de falência com base na impontualidade é também uma forma judicial de cobrança de dívidas – assumirá a forma de execução singular.

Assim colocada a questão, é fácil compreender que a incolumidade concursal não afasta o interesse processual da Fazenda Pública, assim entendido como condição do direito de ação, ou seja, de pedir a tutela jurisdicional para resguardo do seu direito material.

A QUALIDADE DO CRÉDITO FAZENDÁRIO: O PRIVILÉGIO CREDITÓRIO NÃO IMPEDE LEGALMENTE O REQUERIMENTO DE FALÊNCIA

Nenhum princípio, no Direito Positivo brasileiro, como já se demonstrou anteriormente, obriga a Fazenda Pública a renunciar seu privilégio creditório,

porque este é inconfundível com direito real de garantia, classificado no inciso III do art. 9º da Lei de Falência. Já se demonstrou que o privilégio em nada afeta a natureza pessoal do crédito, apenas lhe atribui uma preferência de pagamento na hierarquia dos demais créditos. Assim sendo, não falta à Fazenda do Estado interesse de agir, que, na hipótese, resulta exclusivamente do sistema da lei.

INSTITUTO DA FALÊNCIA. MEIO E FINS

A intervenção do Estado ao requerer falência – dentro de uma moderna concepção de atuação judicial do Estado – é necessária à própria saúde do sistema econômico. A falência como instituto jurídico não mais significa punição para o comerciante inepto ou de má sorte. É preciso que se compreenda a potencialidade de danos que podem ser causados e que não apenas se resumem em prejuízo a direitos individuais concretos, mas em prejuízos sociais, que a longo prazo surgirão com a desproteção de credores e assalariados agravando, assim, os ônus econômicos de coletividade. A eliminação das empresas economicamente condenadas baseia-se no princípio do “saneamento da atividade empresarial” que, no ver de RUBENS REQUIÃO, em trabalho publicado na Revista de Direito Mercantil, ano 13, série 74, constitui a “verdadeira finalidade do instituto da falência”.

A empresa inviável irradia ao sistema econômico perturbações, abalo à instituição do crédito e desequilíbrio. Assim deve-se rejeitar a filosofia que visa a manter sempre, a qualquer preço, o interesse pessoal do devedor de continuar o seu negócio, o que constituiria, ao mesmo tempo, um privilégio, uma liberalidade e uma discriminação, que não devem prevalecer contra o interesse geral.