

REFLEXÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA (LEI Nº 11.101/2005)

Mariana Gomes de Oliveira¹
Clarissa Bottega²
Victor Hugo Santos Nogueira³

RESUMO

O presente estudo é parte integrante das pesquisas desenvolvidas e apresentadas na “I Semana Científica de Desenvolvimento Socioeconômico – Invest” e tem por objetivo analisar a atividade empresarial como agente social, eis que é responsável pela geração de empregos, riquezas nacionais e, especialmente, fonte arrecadadora de tributos para a atividade estatal, sendo que o Estado, por sua vez, tem responsabilidade de fomentar programas sociais para o desenvolvimento nacional. É certo que, quando a empresa passa por dificuldades no pagamento de seus credores, a primeira opção que a sociedade sugere é o encerramento das atividades da empresa, ou seja, a sua falência. Porém, o grande problema a ser debatido no presente estudo é o princípio fundante da Lei nº 11.101/2005, qual seja: preservação da empresa.

Palavras-chave: Atividade Empresarial; Preservação da Empresa; Aspectos Socioeconômicos.

INTRODUÇÃO

Nosso intento é compreender, através de uma visão social e jurídica, quais os pilares fundamentais do Direito Brasileiro acerca do princípio da preservação da empresa. Nos dias atuais, tem se observado uma polarização política e ideológica em nosso país e o princípio da preservação da empresa está intrinsecamente ligado ao princípio da função social da atividade empresarial, eis que, uma análise acerca deste agente econômico, de certo, irá trazer uma visão dinâmica sobre a economia do nosso país.

Desta forma, o presente estudo se propõe, de forma não exauriente, aprofundar na temática relacionada ao direito empresarial, em especial, a tão necessária manutenção da atividade mercantil, vista, neste momento, como agente econômico responsável por gerar empregos e riquezas nacionais, e em especial, fonte de arrecadação tributária para o

¹ Mestranda do Curso de Pós Graduação do Mestrado em Ensino da Universidade de Cuiabá. Professora do Curso de Direito da Invest e Universidade de Cuiabá – UNIC.

E-mail: marianagoliveira12@gmail.com.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Coordenadora do Curso de Direito da Invest.

³ Graduando do Curso de Direito (6º semestre) da Universidade de Cuiabá (Campus Pantanal).

Estado, eis que este depende da carga tributária decorrente da atividade lucrativa exercida pela empresa.

ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Preliminarmente, vale ressaltar, que o Estado Brasileiro tutela o exercício da atividade empresarial exercida na prática, tanto pelo empresário individual, como pela sociedade empresária, sendo que a legislação aplicável a matéria resguarda a “teoria da empresarialidade”, ou seja, delineou, com base em construção história e legislativa, a terceira fase do direito empresarial, que se baseia na efetiva prática da atividade para que assim, seja considerada atividade empresarial.

Apenas a título de debate, vale lembrar que as teorias históricas da atividade empresária têm como antecedentes remotos o período da Idade Média, com características corporativas e subjetivas, sendo referida fase conhecida como a primeira, denominada por corporações de ofícios.

Com o transcurso da história, e especialmente, com base na necessidade de regulamentação sobre o que seria, objetivamente a atividade empresária, surge então, o Código Civil de Napoleão Bonaparte, com o objetivo de positivar quais eram as atividades consideradas mercantis, e assim, nas palavras do doutrinador André Luiz Santa Cruz Ramos:

“A definição dos atos de comércio era tarefa atribuída ao legislador, o qual optava ou por descrever as suas características básicas – como fizeram o Código de Comércio português de 1833 e o Código Comercial espanhol de 1885 – ou por enumerar, num rol de condutas típicas, que atos seriam considerados de mercancia – como fez o nosso legislador.” (RAMOS, 2014, p. 31)

Desta forma, compreende-se que, principalmente no nosso país, a teoria dos atos de comércio resultou na edição do Código Comercial de 1850, que em resumo apresentam a codificação das ideias de objetivação apregoadas no Código Civil Napoleônico.

Ocorre que a teoria dos atos de comércio (segundo período), não acompanhou os avanços advindos com a necessidade de produção em massa, eis que, começaram a surgir diversas atividades que não eram consideradas empresárias pela legislação, dificultando de sobremaneira a proteção do Estado de referidas atividades.

Acerca dos atos de comércio, vale lembrar, referidas positivamente ficaram obsoletas e não conseguiam acompanhar a necessidade de expansão das atividades que já estavam sendo exercidas na prática, para os fins de atender a população urbana que aumentava em grandes proporções.

Desta forma, inspirado pela edição do Código Civil Italiano de 1942, o nosso ordenamento jurídico adotou o entendimento da teoria da empresarialidade, ou seja, dentre diversas nuances, não definiu, necessariamente, o conceito de empresa, mas sim, o conceito da atividade empresária exercida por um ou mais sujeitos.

Referido entendimento pode ser extraído da nossa legislação, onde apresentou o artigo 966 do Código Civil de 2002, conforme abaixo em destaque:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Do referido dispositivo legal, compreende-se que é empresário todo aquele que exerce profissionalmente atividade com fins lucrativos, para justamente, atender a população com a prestação de bens e serviços necessários para o desenvolvimento social.

Nas palavras do jurista italiano Alberto Asquini, a empresa, com base na teoria da empresarialidade, então, assumiu um fenômeno poliédrico, ou seja, multifacetado economicamente, eis que, o universo jurídico da atividade empresária merece atenção não somente no que se refere a empresa em seu sentido singularizado, mas sim, deve ser encarado como um conjunto de sistemas com quatro perfis diferenciado quando analisados sob a ótica do direito, quais sejam:

“a) o *perfil subjetivo*, pelo qual a empresa seria uma pessoa (física ou jurídica, é preciso ressaltar), ou seja, o empresário; b) o *perfil funcional*, pelo qual a empresa seria uma “particular força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo”, ou seja, uma atividade econômica organizada; c) o *perfil objetivo* (ou patrimonial), pelo qual a empresa seria um conjunto de bens afetados ao exercício da atividade econômica desempenhada, ou seja, o estabelecimento empresarial; e d) o *perfil corporativo*, pelo qual a empresa seria uma comunidade laboral, uma instituição que reúne o empresário e seus auxiliares ou colaboradores, ou seja, “um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum”. (RAMOS, 2014, p. 36).

Com base nas considerações sobre o fenômeno poliédrico, se observa que ao perfil corporativo da empresa é analisado sob o viés social, eis que, o empresário, para exercer a

atividade lucrativa, necessita da ajuda de empregados, e para tanto, visando o bem comum e principalmente proporcionar o aumento de produção ou prestação de serviços, terá que contratar pessoas para laborar em nome da atividade lucrativa.

Dentro de uma visão social, historicamente a atividade empresarial tem ganhando nítida relevância, eis que, ao entrarmos na seara da discussão sobre as desigualdades sociais e pacificação dos povos, todos, indubitavelmente, buscam a igualdade coletiva, e se manifestam para os fins da liberdade individual, sob a defesa de um Estado menos intervencionista e que exerça a tutela dos direitos e necessidades individuais.

Nessa linha de raciocínio é possível compreender que o Estado, visando o fomento de políticas públicas sociais, deve propiciar, enquanto Poder Público, a manutenção de uma das espécies da propriedade privada, e no caso, resguardar a livre iniciativa (liberdade econômica) e concorrência justa e democrática, tudo para que, na via reflexa, ocorra a redução as desigualdades sociais.

Subsidiando a propriedade privada, e por consequência, a tutela da livre iniciativa empresarial, merece destaque o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, onde, de forma enunciativa assim dispõe:

“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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” (BRASIL, 1988)

Com base nos princípios constitucionais acima em destaque, se observa que o Direito Brasileiro é rico quanto a conjectura da importância da propriedade privada no âmbito empresarial em observância ao princípio da função social da empresa, e especialmente, a necessidade de mecanismos que venham a proporcionar a manutenção da atividade lucrativa, desde que referida atividade atenda aos anseios sociais.

Nesse diapasão, nossa legislação prevê que a atividade empresarial deve ser, ao máximo de tempo, preservada. Isso porque as consequências do fim de uma empresa extrapolam o âmbito privado, pois recaem, também, na impossibilidade da atuação do Estado como, por exemplo, em investimentos públicos, além do custo para o erário em manter, por qualquer período, um cidadão desempregado sem meio de subsistência.

Vale acentuar que a atividade empresarial, por óbvio, financia o setor público. Ora, o recolhimento de tributos não tem outra finalidade senão subsidiar o Estado para que este venha aplicar políticas públicas com o objetivo de criar uma sociedade mais justa e igualitária. Por consequência, fica evidente e consentâneo de que, por lógica, o Estado não gera riqueza, mas sim despesas (absolutamente necessárias, por sinal). Logo, apenas a iniciativa privada, através das empresas e dos profissionais liberais, é diretamente responsável por gerar riqueza, isto é, possibilidade de ascensão social aos indivíduos.

PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: OS BENEFÍCIOS SOCIAIS DA MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE LUCRATIVA EMPRESARIAL.

Levando em consideração os aspectos elencados alhures, é possível compreender que a preservação da empresa é de brutal importância em qualquer democracia. Uma vez que o Estado fomenta a continuidade da atividade empresarial, este contribui de maneira substancial e irrefutável para a melhoria dos serviços públicos, bem como para o desenvolvimento do comércio e para a evolução dos indivíduos como detentores de independência frente ao poder público.

Com base nessas premissas, surge então, o princípio da preservação da empresa, com a ideia de justamente agir em prol da manutenção da atividade lucrativa, desde que atenda a uma tríade econômica, qual seja: manutenção/geração de empregos; geração de riquezas nacionais e, ainda, geração de tributos.

Na prática, os Tribunais Superiores tem observado atentamente referido princípio, eis que, ao receber um pedido judicial acerca da decretação de falência da atividade, o Poder Judiciário, deve levar em consideração a função social da empresa, tão propalada pela Lei nº 11.101/2005, sendo possível assim, que em vez da sentença declaratória de falência, ocorra a possibilidade de concessão do benefício da recuperação judicial da atividade empresária.

Desta forma, o princípio da preservação da empresa, atribui a ideia de que a empresa é uma gente econômico social, e subsiste para atender um interesse coletivo, qual seja: a manutenção das suas atividades, em detrimento aos interesses individuais, seja de credores, empresário ou sociedade empresária.

O Poder Judiciário tem reconhecido que não se justifica um decreto falimentar que justifica a decretação da falência, eis que, somente há que se falar em encerramento das atividades empresariais em casos onde realmente não seja possível a viabilidade das atividades empresariais.

Desta forma, conforme artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, se observa que, com base na preservação da empresa e sua função social relevante, a recuperação judicial é a primeira alternativa a ser observada quando a empresa enfrenta crise econômico-financeira:

“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.” (Lei nº 11.101/2005)

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados envolvendo pedidos de decretação da falência, tem esposado entendimento acerca da preferência pela manutenção da empresa, sendo um dos casos recentemente citados em matéria jornalística do Tribunal Superior, com base em pedido realizado pelo credor do empresário, onde, requereu a decretação de falência sob a justificativa do artigo 94 da lei que regulamenta a matéria, qual seja, o seu inciso I onde dispõe sobre a possibilidade de decretação de falência na impontualidade injustificada.

Referida hipótese (art. 94, I, Lei nº 11.101/2005) apresenta que a falência pode ser decretada desde que o credor apresenta títulos executivos, devidamente protestados, e que perfazem o valor mínimo de 40 (quarenta) salários mínimos da data do pedido de falência.

Em caso concreto, o ministro Luís Felipe Salomão, ao relatar, no ano de 2012, o Recurso Especial nº 1.023.172, entendeu pela aplicação retroativa do princípio da preservação, sendo que, muito embora a demanda tenha sido ajuizada no ano de 2001 (anterior a previsão taxativa do valor mínimo para requerimento de falência), poder-se-ia aplicar, neste caso, a manutenção da atividade, eis que, no caso concreto, o valor de 34 (trinta e quatro) salários mínimos na época do pedido não teria o condão de justificar medida tão drástica.

Nas palavras do ministro relator:

“Com efeito, a Constituição da República consagra a proteção à preservação da empresa por duas razões basilares: (i) é forma de conservação da propriedade privada; (ii) é meio de preservação da sua função social, ou seja, do papel socioeconômico que ela desempenha junto à sociedade em termos de fonte de riquezas e como ente promovedor de empregos. Assim, o princípio da preservação da empresa cumpre a norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário.” (STJ, RESP, 2018).

Adiante, o Ministro ressaltou que, muito embora os anseios do credor no recebimento dos valores que lhe são devidos, não se justifica o decreto falimentar, eis que, a empresa possui fator socioeconômico de maior relevância, e assim, destacou:

“Tendo-se como orientação constitucional a preservação da empresa, refoge à noção de razoabilidade a possibilidade de valores insignificantes provocarem a sua quebra, razão pela qual a preservação da unidade produtiva deve prevalecer em detrimento da satisfação de uma dívida que nem mesmo ostenta valor compatível com a repercussão socioeconômica da decretação da falência” (STJ, RESP, 2018)

Frente a tais considerações, se observa claramente que a atividade da empresa é mais relevante e necessária do que pedidos de credores que por vezes objetivam interesses individuais.

Por óbvio que os maiores interessados em um processo falimentar são justamente os credores, que tem no patrimônio da empresa a ser realizado a garantia do recebimento dos seus créditos, mas, o que se observa do entendimento da legislação e do Superior Tribunal de Justiça é justamente que, a decretação de falência não é a melhor opção nos casos onde a atividade empresarial consiga demonstrar o mínimo de prevalência do exercício da atividade lucrativa, portanto, a preservação da empresa passa a ser, além de matéria de defesa para o devedor empresário, se constitui igualmente em cumprimento do

princípio constitucional da função social da empresa e os respectivos princípios constitucionais enunciados no artigo 170 da Constituição Federal Brasileira (já mencionado anteriormente).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, se observa que muito embora o recebimento de diversas demandas que versem sobre o pedido de falência de empresas devedoras impontuais, o Poder Judiciário, entendido que prevalece a aplicação dos princípios protetivos regulamentos pela Lei nº 11.101/2005, tendo assim, o poder de finalmente possibilitar e pacificar a unificação de três pilares basilares da democracia contemporânea, quais sejam o da liberdade, da igualdade e da eficiência, e especialmente, a tutela das garantias socioeconômicas viabilizam a geração de empregos e renda para o país.

Desta forma, o princípio da preservação da empresa surge como uma grande estratégia legislativa com o objetivo, de principalmente, tutelar o princípio da livre iniciativa econômica fomentando assim, a continuidade do exercício da atividade empresária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 23 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em 23 de outubro de 2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1.023.172 SP 2008/0012014-0**. Relator: Luís Felipe Salomão. Julgado em 19 de abril de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1140961&num_registro=200800120140&data=20120515&formato=PDF. Acesso em 23 de outubro de 2018.

STJ. **Notícias**. Data: 02/09/2018 às 06:03. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not

%C3%ADcias/O-princ%C3%ADpio-da-preserva%C3%A7%C3%A3o-da-empresa-no-olhar-do-STJ. Acesso em 23 de outubro de 2018.

RAMOS, Andre Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 4^a Ed. Rev. Atual. e Ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.