

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

ALEXANDRE BUENO CATEB

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Alexandre Bueno Cateb – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-102-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresas – Legislação. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

O GT DIREITO EMPRESARIAL II contou com 28 artigos muito bem elaborados por pesquisadores de todo o Brasil. Com satisfação, pudemos participar de debates acalorados entre os participantes. A opinião corrente é a de que o Direito Empresarial não pode ser analisado como um ramo de proteção de classes, mas como um mecanismo de crescimento e desenvolvimento econômico.

Preocupados com os rumos recentes pelos quais vem passando o país, em que a crise política se soma à recessão que perdura por mais de um ano, os participantes foram uníssomos em afirmar a necessidade de se garantir à classe empresarial, por meio de instituições fortes e seguras, meios para incentivar o investimento no setor produtivo brasileiro.

A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E SUA PARTICIPAÇÃO PARA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

COMPANY PRESERVATION AND ITS PARTICIPATION IN ACHIEVING PUBLIC POLICIES

**Clodomiro José Bannwart Júnior
Maurício José Morato de Toledo**

Resumo

O princípio da preservação ganhou especial destaque no Direito Empresarial a partir da vigência da Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, quando o legislador o consignou expressamente no texto normativo (art. 47). A partir de então a doutrina vinculou substancialmente tal princípio a recuperação da empresa que se encontra em situação de crise econômico-financeira, ressaltando sua importância para manutenção da fonte produtora, do emprego e do interesse dos credores. Contudo, pretende o presente trabalho analisar o princípio da preservação da empresa de forma mais ampla, além das hipóteses de recuperação previstas na norma citada, ante a atribuição de responsabilidades sociais às empresas pelo Estado, tornando-as instrumentos de consecução de políticas públicas.

Palavras-chave: Empresa, Preservação, Políticas públicas, Responsabilidade social

Abstract/Resumen/Résumé

The principle of preservation has gained special prominence in Business Law from the enactment of Law 11,101 / 2005, which regulates both the judicial and extrajudicial recovery, as well as bankruptcy of the entrepreneur and the business company, when the legislator expressly consigned in the regulatory text (art. 47). Since then the doctrine has substantially linked such principle to the recovery of companies facing economic and financial crisis, emphasizing its importance to maintain production source, employment and creditors interests. Nonetheless, this study aims to analyze the principle of preserving companies from a wider perspective, in addition to the recovery hypothesis specified in the cited norm, before the allocation of companies social accountabilities by the state, turning them into tools of public policies achieving.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Companies, Preservation, Public policies, Social accountability

INTRODUÇÃO

O princípio da preservação da empresa, no Brasil, remonta ao advento do Código Comercial (1850)³ que admitia o instituto da moratória do comerciante em situações específicas e restritas, desde que demonstrasse condições de superar a situação de crise vivenciada, assim como excepcionalmente a concordata. Ainda que timidamente e de forma precária, buscava-se a manutenção do negócio desenvolvido pelo comerciante.

O passar dos anos e o desenvolvimento das relações comerciais (empresariais) levaram o legislador a ampliar as condições para preservação do negócio em momentos de dificuldade financeira ou econômica. Não obstante priorizar a proteção aos credores, as formas de proteção da atividade empresarial evoluíram, ampliando-se as hipóteses de concordata, por exemplo, e em passado recente com a regulamentação da recuperação judicial e extrajudicial das empresas.

Apesar de ser possível extrair dos textos legais, anteriores a Lei 11.101/2005, a intenção do legislador na manutenção da empresa em crise, mesmo que de forma indireta, somente no final da última década do século passado é que o princípio da preservação da empresa passou a gozar de destaque na doutrina e nos debates envolvendo a sobrevivência da empresa em dificuldade econômico-financeira. E de forma ainda mais expressiva a partir daquela lei.

No entanto, o princípio da preservação tem sido invocado, via de regra, apenas na hipótese de recuperação judicial ou extrajudicial da empresa e, por força da referida lei, acaba por ter sua amplitude restrita às finalidades da própria recuperação, isto é, à manutenção da fonte produtora para, conseqüentemente, manter empregos e assegurar interesses dos credores.

O art. 47, da Lei 11.101/2005, aponta expressamente as três finalidades mencionadas (manutenção da empresa, do emprego dos trabalhadores e interesses dos credores) como meio de promover “a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

³ A respeito do Código Comercial de 1850, cabem duas observações. A primeira, com base em Américo Lacombe é a de que o Código já teria nascido envelhecido “sem conhecer as estradas de ferro nem a navegação a vapor”, porém, naquele contexto, refletia as melhores ideias a respeito do Direito Comercial. A segunda, com base em Antonio Wolkmer, é a de que “as necessidade imediatas, as atividades negociais e o desenvolvimento comercial fizeram com que a principiante burguesia latifundiária priorizasse a regulamentação da vida econômica sobre a vida civil”. A garantia dos direitos civis vieram somente 67 anos depois, em 1916, com a consubstanciação do Código Civil. (WOLKMER, 2015, p. 102-103)

Todavia, o princípio da preservação possui alcance muito maior, posto que a empresa, desde os primórdios de sua regulamentação no Brasil, mantém relevante papel na consecução de políticas públicas, haja vista o Estado lhe atribuir responsabilidades que vão muito além de seu objeto social, atuando como importante instrumento de desenvolvimento social, econômico e político.

Configura-se, portanto, como objetivo fundamental analisar a importância da subsistência da empresa em crise, quando efetivamente demonstrar sua viabilidade no mercado, para assegurar não só emprego aos trabalhadores e o interesse dos credores, mas também o desenvolvimento econômico e social (local, regional ou nacional), por meio de processos de inclusão social, de capacitação e formação profissional, geração de renda, de tributos etc.

Para êxito do tema proposto, o trabalho apresentará um breve histórico de responsabilidades atribuídas às empresas pelo legislador, suas razões e relevância. Em seguida, será abordado o contexto social, político e econômico em que está inserida a empresa, e os respectivos reflexos de uma crise que coloque em risco sua subsistência. Na sequência, será destacada a condição da empresa como “ator” de políticas públicas, apontando algumas situações em que a entidade empresarial figura como centro de execução de tais políticas.

1) PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O art. 47, da Lei nº 11.101/2005, é o único dispositivo legal a mencionar de forma expressa o princípio da preservação da empresa, e o faz no âmbito da recuperação judicial ou extrajudicial da empresa em crise:

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.

Segundo Tarcisio Teixeira o princípio da preservação da empresa tem por fim recuperar a atividade empresarial de crise que coloque em risco sua sobrevivência, visando a continuidade do negócio, a manutenção de empregos e interesses de terceiros. (TARCISIO, 2011/2012, p. 185)

No entanto, a doutrina, sem embargo ao amplo reconhecimento da importância da preservação da empresa na recuperação judicial, não se preocupa substancialmente em definir

ou conceituar o princípio, apenas o tem como fundamento basilar do instituto da recuperação. Até porque tentar delimitar seu alcance nenhuma ou pouca utilidade traria para o estudo do Direito Empresarial.

O que realmente importa para o Direito e, conseqüentemente, para a doutrina, é a análise da sobrevivência da empresa afetada por crise econômico-financeira, quando há possibilidade de se reerguer, além de receptividade e espaço no mercado para manter atividade viável, como bem pontua Manoel Justino Bezerra Filho:

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, deve ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento de produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social. (BEZERRA FILHO, 2013 – p. 139/140).

Nota-se, portanto, que a preservação da empresa tem lugar quando se vislumbra a possibilidade de superação da crise, inclusive em condições de subsistir no mercado, pois se a empresa foi acometida de crise fatal, que torna inviável sua recuperação, seja em razão da impossibilidade de satisfação de seus débitos, seja porque sua atividade não encontra receptividade no mercado ou adequação a este, o esforço para salva-la não se justifica, ante a probabilidade de ocasionar maiores danos ao mercado e à sociedade.

Entretanto, quando viável a preservação da empresa e a superação da crise, os benefícios da manutenção da entidade empresarial superam as finalidades da recuperação apontadas pelo art. 47, da Lei nº 11.101/2005 (manutenção da fonte produtora, emprego dos trabalhadores e interesse dos credores) e por Bezerra Filho (incremento de produção e manutenção de emprego). O Estado e a sociedade “ganham” com a atividade da empresa, pois além dos tributos decorrentes do exercício empresarial, da geração de renda necessária ao desenvolvimento local e regional, preserva-se importante ator de políticas públicas.

2) SÍNTESE HISTÓRICA

Não obstante a Lei nº 11.101/2005, por meio do art. 47, conferir maior expressão ao princípio da preservação da empresa, assegurando-lhe condição destacada na doutrina e na jurisprudência em matéria de recuperação das empresas, certo é que desde o advento do Código Comercial, em 25 de junho de 1850, é possível extrair dos textos normativos a preocupação do legislador com a manutenção das empresas.

O art. 336, do Código Comercial Brasileiro, previa que as sociedades poderiam se dissolver quando fosse impossível a sua continuação em razão da perda capital. Ou seja, competia à sociedade, ou aos credores, demonstrar que era impossível sua continuidade. Logo, se a dissolução da sociedade exigia prova da impossibilidade de seguir na atividade, a lógica permite deduzir que o objetivo da norma era assegurar a continuidade da empresa.

Ainda no Código Comercial previa, com intuito de proteger o comerciante, a possibilidade de moratória àquele que provasse a impossibilidade de satisfazer suas obrigações em decorrência de “acidentes extraordinários imprevistos, ou de força maior”, desde que comprovasse também que possuía “fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante alguma espera” (art. 898).

Admitia-se também a concordata na falência, quando proposta pelo falido, porém tal possibilidade se restringia ao final da instrução do processo de falência, mediante concordância dos credores (art. 842, do Código Comercial). Mas não deixava de ser uma possibilidade de preservar a empresa.

Posteriormente desenvolveu-se o instituto da concordata, passando a admiti-la inclusive preventivamente, sendo que até o advento da Lei nº 11.101/2005 várias normas disciplinaram a questão, como comentam Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Marina Labate Batalha:

No Brasil, o Código Comercial de 1850 admitia o instituto da moratória independentemente de falência (arts. 898 a 906), desde que se tratasse de comerciante vítima de circunstâncias imprevistas e com cabedais bastantes para pagar integralmente os credores. Excepcionalmente era admitida a concordata na falência, desde que não ocorresse culpa ou fraude do devedor e aníssem credores representando a maioria em número e dois terços dos créditos sujeitos à concordata. O Decreto n. 917/1890 disciplinou a concordata preventiva, ao lado da moratória, da cessão de bens e da liquidação judicial, abolidos pelo Decreto n. 859, de 1902. A Lei n. 2.024/1908 manteve os institutos da concordata preventiva e suspensiva, o mesmo ocorrendo com o Decreto n. 5.746/1929 e com o atual Decreto-lei n. 7.661/1945, modificado substancialmente *in subjecta matéria* pela Lei n. 7.274/1984 e pela Lei n. 8.131, de 24.12.90. (BATALHA; BATALHA, 1996, p. 654)

Os meios de assegurar a preservação da empresa, ainda que o objetivo maior fosse a satisfação dos credores, tiveram denominações diversas, como moratória, concordata preventiva ou suspensiva e, recentemente, recuperação judicial ou extrajudicial. No entanto, ainda que de forma mais explícita nesta última, tais meios sempre tiveram um fim convergente: a manutenção da empresa.

Ao mesmo tempo que o legislador buscou assegurar a sobrevivência da empresa, também lhe repassou atribuições sociais, educacionais, econômicas e até políticas que não

necessariamente guardavam relação com seu objeto social. A partir de então as empresas passaram a figurar como importantes atores na consecução de políticas públicas.

A Constituição Federal de 1934, por exemplo, impunha às empresas a obrigação de proporcionar ensino primário gratuito aos seus empregados e aos filhos destes:

Art. 139 - Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.

Na Constituição Federal de 1946 encontra-se disposição semelhante:

Art. 168. [...]
III - as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes;

Não é difícil notar que o Estado repassou às empresas a responsabilidade de alfabetizar seus funcionários e respectivos filhos, incumbência que originariamente era do próprio Estado. A obrigação independia da atividade explorada pela empresa e sequer identificava se possuía condições ou não de proporcionar o ensino. Apenas e tão somente atribuía tal “encargo” e a empresa deveria cumprir.

A Constituição Federal de 1967 ampliou as responsabilidades da empresa, impondo-lhe, indiretamente, a obrigação de integrar o trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, assegurando-lhe participação nos lucros e até na gestão empresarial (art. 158, V). Repassou a empresa também a competência de organizar as atividades econômicas, com o estímulo e apoio do Estado (art. 163). E ainda ampliou as obrigações educacionais da empresa:

Art. 170 - As empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter, pela forma que a lei estabelecer, o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes.

Parágrafo único - As empresas comerciais e industriais são ainda obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

O parágrafo único do art. 170, da Constituição Federal de 1967, é o embrião de uma das políticas públicas defendidas pelo Estado atualmente, que tem nas empresas o principal ator de consecução: a capacitação do trabalhador menor de 18 (dezoito) anos, na condição de menor aprendiz. As empresas não só estão incumbidas de ofertar vagas para trabalhadores menores (com idade igual ou superior a 14 anos), como também de qualifica-los.

A Constituição Federal de 1988, expandiu ainda mais as atribuições da empresa e, conseqüentemente, sua atuação nas políticas públicas, como por exemplo financiar o

trabalhador desempregado (art. 293 - seguro desemprego), custear o tratamento do trabalhador incapacitado para o trabalho em virtude de acidente laboral, ainda que o acidentado não seja seu empregado (arts. 7º, XXVIII e 210, § 10), participar da integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante treinamento para o trabalho (art. 227 - menor aprendiz, primeiro emprego, contratação de deficientes etc.), prestar serviços de saúde (art. 197) entre outras.

Assim, inegável que a empresa ao longo da história do Brasil adquiriu *status* de agente executor de políticas públicas, que extrapolam os limites de seu objeto social, de sua fonte de produção, da relação com seus empregados e credores. A empresa saudável é benéfica ao Estado e à própria sociedade, pois auxilia no desenvolvimento social, econômico e político, especialmente na localidade onde está instalada e região.

Por tais razões é que o princípio da preservação da empresa não se restringe e não pode ficar restrito ao âmbito da recuperação judicial ou extrajudicial, mas sim ensejar o desenvolvimento de outros mecanismos de manutenção das empresas, possibilitando o resguardo delas antes mesmo de serem acometidas por crises que coloquem em risco a existência das mesmas.

3) CRISE DA EMPRESA E SUA SOBREVIVÊNCIA

Diversos são os fatores (econômicos, sociais, políticos, fiscais etc.) que podem contribuir para a crise da empresa e até sua dissolução. Por outro lado, poucos são os mecanismos para preservá-la (a recuperação é o exemplo mais concreto).

Fábio Ulhoa Coelho aponta para três espécies de crise que podem acometer a empresa:

A crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária. (COELHO, 2011, p. 250)

Mesmo reconhecendo que há diferenças nas espécies de crise citadas pelo autor, ou mesmo de sua origem, quando a empresa busca a recuperação judicial, por exemplo, a diferenciação da espécie pouca relevância tem, pois provavelmente a empresa já foi acometida por todas: o faturamento não é suficiente para fazer frente às despesas; não possui dinheiro em caixa para honrar suas obrigações e; sua dívida é superior ao seu patrimônio. Esse motivo, por

si só, justifica o desenvolvimento de mecanismos mais eficazes de preservação da empresa, de forma que o auxílio ocorra antes da junção das três espécies mencionadas por Fabio Ulhoa Coelho.

A não superação da crise conduz a liquidação e dissolução da empresa, resultado antagônico ao defendido pelo princípio da preservação, que coloca em segundo plano o propósito liquidatório da empresa, ressaltando a necessidade de se envidar esforços para salvá-la e manter a atividade desenvolvida, se viável for. É neste sentido o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho:

[...] a preservação da empresa, por meio da recuperação judicial, por exemplo, só se justifica quando há solução de mercado para a empresa, isto é, se há interesse de agente econômico privado na atividade desenvolvida, apto dar seguimento à mesma. (COELHO, 2011, p. 253)

A preservação da empresa depende, portanto, da viabilidade da atividade desenvolvida, bem como de sua receptividade e interesse do mercado. Sendo viável, seu restabelecimento é de interesse da sociedade e do próprio Estado, pois além de ser fonte produtora, de gerar empregos e assegurar o interesse dos credores, a atividade empresarial impulsiona uma gama de outras atividades correlacionadas, que Paulo Fernando Campos Salles de Toledo denomina de “valor da empresa em funcionamento”:

Por outro lado, essa ideia de preservação da empresa tem muito a ver com algo que os americanos chamam de “going concern value” (valor da empresa em funcionamento). A empresa não é apenas um conjunto de bens e pessoas, é mais do que isso, ela tem em si, em funcionamento, em atividade, um agregado imponderável que lhe dá um valor a mais específico, próprio e efetivo. A preservação, portanto, tem a ver diretamente com o valor da empresa em funcionamento. Se nós somarmos todos os elementos que configuram a empresa, “a + b + c”, haverá um item a mais que é este valor da empresa em funcionamento. (TOLEDO, 1992, p. 84)

A empresa em funcionamento pressupõe relação com fornecedores, vendedores, assessorias diversas, sejam pessoas físicas ou jurídicas, fomentando o desenvolvimento de outras atividades correlatas. Conseqüentemente gera renda direta e indiretamente à outras empresas e trabalhadores, incrementa a receita tributária do Estado, auxilia no desenvolvimento local e regional e ainda participa da efetivação de políticas públicas, principalmente no âmbito da inclusão social e laboral.

Por outro lado, a empresa em crise gera prejuízos não somente aos sócios, empreendedores, credores e empregados, o Estado e a sociedade também são afetados,

principalmente em localidades em que uma ou poucas empresas são as únicas geradoras de renda. Fábio Ulhoa Coelho aponta com precisão os danos ocasionados pela crise da empresa:

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregam capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição da arrecadação de impostos e dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional. (COELHO, 2011, p. 251)

A cessação da atividade empresarial em decorrência de crise econômico-financeira implica em diversos reflexos no meio social e econômico. De forma direta afeta credores e seus respectivos negócios, encerra postos de trabalho e, via de consequência, extingue fonte de renda do trabalhador e de sua família, aumenta o custo social, já que o Estado e a sociedade terão que prestar socorro ao desempregado, reduz a oferta de produtos ou serviços no mercado, diminui a receita tributária estatal entre outros. De forma indireta, atinge atividades correlatas e interdependentes, subtrai a circulação de capital e ainda, afeta políticas públicas de geração de empregos e inclusão social, que têm na empresa instrumento essencial de execução, como o desenvolvimento e formação do trabalhador menor aprendiz, a absorção do deficiente físico ou mental pelo mercado de trabalho, por exemplo.

Para Marlon Tomazette a preservação da empresa tem fundamento Constitucional, enquanto meio de promoção do desenvolvimento:

Tal princípio tem sua origem no princípio da garantia de desenvolvimento nacional, previsto nos artigos 3º, II, 23, X, 170, VII e VIII, 174 *caput* e § 1º, e 192 da Constituição Federal. A ideia de preservação da empresa envolve a separação entre a sorte da empresa (atividade) e a sorte do seu titular (empresário individual ou sociedade), bem como da sorte dos sócios e dirigentes da sociedade. A recuperação judicial não se preocupa em salvar o empresário (individual ou sociedade), mas sim em manter a atividade em funcionamento. A empresa (atividade) é mais importante que o interesse individual do empresário, dos sócios e dos dirigentes da sociedade empresária. Não importa se estes terão ou não prejuízos, o fundamental é manter a atividade funcionando, pois isso permitirá a proteção de mais interesses (fisco, comunidade, fornecedores, empregados...). Não se descarta a manutenção da atividade com o mesmo titular, mas a preferência é a manutenção da atividade em si, independentemente de quem seja o titular". (TOMAZETTE, 2011, p. 51)

Já Tarcisio Teixeira defende a observância do princípio da preservação da empresa juntamente com o princípio da função social, ante os reflexos da atividade empresarial no meio social e econômico:

Além disso, o princípio da preservação da empresa deve ser visto ao lado do princípio da função social da empresa (derivado da função social da propriedade), que considera o fato de a atividade empresarial ser fonte produtora de bens para a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc. (TEIXEIRA, 2011/2012, p. 186)

Assim, necessário se faz ampliar os mecanismos de preservação da empresa para além da recuperação judicial ou extrajudicial. É imprescindível o desenvolvimento de formas de proteção da empresa antes que mergulhe em crise tamanha que inviabilize a atividade empresarial e sua sobrevivência.

A Lei nº 11.101/2005, conforme exposto anteriormente, manifesta a preocupação estatal na manutenção da empresa em funcionamento, ainda que em detrimento de interesses particulares, inclusive da pessoa dos sócios e/ou credores, pois visa evitar a dissolução ou extinção da sociedade empresária para assegurar a continuidade da fonte produtora de bens ou serviços à sociedade, o emprego dos trabalhadores, os interesses dos credores, o desenvolvimento econômico e social etc.

Contudo, a despeito das inovações trazidas pela Lei nº 11.101/2005, as normas reguladoras da empresa, em especial quanto a dissolução dela, não se mostram totalmente adequadas à realidade, exigindo do Judiciário e da doutrina grande esforço para acomodá-lo ao direito posto. Rubens Requião destaca a questão:

Vemos, pois, a precariedade científica de uma classificação decalcada nas formas de dissolução legal, se fossem os dois preceitos do Código Comercial (arts. 335 e 336) interpretados literalmente. Aliás, superada a doutrina individualista sobre a qual se assentou o Código Comercial e, mais precisamente, a *seção* relativa a dissolução, a necessidade de preservação da sociedade comercial e a da empresa, pelo muito que elas representam na ordem econômica, levou a jurisprudência a várias acomodações para impedir o desenlace social. (...) o princípio preservativo da sociedade ou empresa impõe a necessidade de novas fórmulas, que o direito comercial encontrou na exclusão do sócio. (REQUIÃO, 2013, p. 413.)

Invocar o princípio da preservação quando a crise atinge alto grau de complexidade e pequena chance de reversibilidade, como no caso de algumas situações de recuperação judicial ou extrajudicial, é subestimar o seu alcance e finalidade. É imprescindível que o Estado, enquanto ente regulamentador, e o próprio mercado disponham de meios para identificar o início de crise da atividade empresarial e prestar-lhe auxílio na luta pela superação do momento difícil, a fim de resguardar bem maior, que é o interesse coletivo.

Abre-se um flanco para a verificação de como as empresas se articulam e se adequam ao contexto das sociedades democráticas, cuja barreira entre o público e o privado tem ficado cada vez mais tênue. Tal cenário leva à percepção de que as empresas não podem ser tratadas como se fossem o negócio exclusivo de uma pessoa ou de um grupo, mas como instituições sociais, já que o papel que exercem é essencialmente social e, por isso, devem assumir compromisso interacional partilhado e corresponsabilidade social, na demonstração de confiabilidade de suas relações, inscritas em produtos e serviços disponibilizados. (PIZZI, 2007, p. 14)

Assim, as empresas que melhor captam o contexto hodierno das mudanças sociais, devem, ademais, saber reinterpretar o seu papel privado e público, ao mesmo tempo, integrando-se a convergência das sociedades que se democratizam e de esferas públicas cada vez mais contestadoras. (BANNWART JÚNIOR, 2013, p. 114)

Para García-Marzá (2007, p. 27) o cenário contemporâneo, marcado pela publicidade e transparência exige da empresa uma postura ética que consiste em “ocupar-se das condições de possibilidade da credibilidade social da ação empresária e, portanto, da confiança nela depositada por parte de todos aqueles grupos que formam parte ou estão relacionados por sua atividade”.

Portanto, a sobrevivência da empresa viável, neste cenário, é amparada pelo próprio interesse público, pois se apresenta como relevante instrumento de desenvolvimento social e econômico.

4) ANÁLISE DA EMPRESA VIÁVEL

A preservação da empresa, conforme abordado anteriormente, se justifica quando há indícios de que a empresa em crise e sua atividade empresarial são viáveis. Isto é, se possui meios de superá-la e há interesse do mercado na atividade desenvolvida.

A Lei nº 11.101/2005 de fato representou alteração substancial no ideal de preservação da empresa. Isto porque a norma anterior a ela (Decreto-lei nº 7.661/1945) tinha como objetivo maior retirar do mercado a empresa que não demonstrava condições de subsistir e cumprir suas obrigações, preocupando-se mais em resguardar os interesses do credor em detrimento do agente econômico. Já a lei vigente visa sanar a crise que acomete a empresa, oferecendo meios para sua superação, por meio da recuperação judicial ou extrajudicial. A Lei nº 11.101/2005 coloca a extinção da atividade empresarial como solução secundária, apenas na hipótese de impossibilidade de recuperação da empresa.

A análise da viabilidade da empresa torna-se procedimento fundamental para definir se o caminho do agente econômico em crise é a sua recuperação ou sua extinção, por meio da falência.

Contudo, a norma legal não firma objetivamente a quem compete o exame da viabilidade da empresa em crise, a fim de encaminhar sua recuperação ou sua extinção, deixando a questão a cargo da doutrina e do judiciário.

Fábio Ulhoa Coelho indica que o exame de viabilidade compete ao judiciário, que deve analisar: a importância social da empresa, seu potencial econômico para se reerguer e sua importância para a economia local, regional ou nacional; a qualidade da mão de obra e a tecnologia empregada na atividade desenvolvida; o volume do ativo e do passivo; a idade da empresa; e seu porte econômico. (COELHO, 2011, p. 405/407)

Os critérios indicados pelo jurista pressupõem um magistrado com formação multidisciplinar, que lhe autoriza transitar pelas mais diversas áreas do conhecimento (economia, administração, contabilidade, sociologia, informática etc.) com propriedade e profundidade, além de conhecer as nuances das mais variadas atividades empresariais.

Ainda que o magistrado possa valer-se do auxílio de peritos e assessores para realização da análise da viabilidade da empresa, a tarefa é deveras complexa e delicada. Afinal definir o potencial econômico de uma empresa e sua importância para a economia, seja em âmbito local, regional ou nacional, exige profundos conhecimentos de economia e mercado. Da mesma forma, discernir se a mão de obra e a tecnologia empregada na atividade desenvolvida é adequada ou não, ainda mais para fins de salvar a empresa da crise, não é matéria afeta ao cotidiano da magistratura.

Não são raras as decisões em que magistrados, ou até mesmo órgãos colegiados do Judiciário, acolhem o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho e procedem a análise da viabilidade da recuperação da empresa, a fim de encaminhar sua preservação.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, manteve decisão de Juiz de Primeira Instância que entendeu pela inviabilidade de empresa que buscava recuperação judicial, valendo-se de assistência técnica pericial para formar sua convicção:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de processamento. Determinação de realização de perícia prévia, para auxiliar o juízo na apreciação da documentação contábil (art. 51 II LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa. Possibilidade. Decisão mantida. Assistência técnica de perito permitida pela lei. Juiz que não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes para apreciar a regularidade da documentação contábil apresentada. Art. 189 LRF c/c art. 145 CPC. Com relação à constatação da real situação de funcionamento das empresas, não pode o julgador mostrar-se indiferente diante de um caso concreto, em que haja elementos robustos a apontar a

inviabilidade da recuperação ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal. O princípio da preservação da empresa não deve ser tratado como valor absoluto, mas sim aplicado com bom senso e razoabilidade, modulado conforme a intenção do legislador e espírito da lei. Ativismo. Precedentes. Decisão de deferimento do processamento que irradia importantes efeitos na esfera jurídica de terceiros. Decisão integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recuso desprovido.

(TJ-SP. Agravo de Instrumento 2058626-90.2014.8.26.0000, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 03/07/2014, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial)

Corte mais alta para apreciar a questão em razão da matéria, o Superior Tribunal da Justiça, em decisão da Terceira Turma, entendeu que cabe ao Juiz analisar a viabilidade da empresa para aprovar ou não o plano de recuperação por ela apresentada:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA. FALÊNCIA. INTERESSE PÚBLICO. DESISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. A recuperação judicial visa a continuidade de empresa em crise econômico-financeira. Tem por fonte a função social da empresa, desempenhada pela atividade produtiva, buscando-se manter empregos, sem abalos à ordem econômica. Ela pressupõe um plano de recuperação judicial, que deverá ser aprovado pelo Juiz, vinculando todos os credores; todavia, descumprindo-se as obrigações assumidas no plano, qualquer credor poderá requerer a falência. 2. Tal como é lícito a qualquer credor formular o pedido de falência, também o é desistir do pedido antes de decretada a quebra, ainda no campo da recuperação judicial, pois, enquanto perdura a recuperação judicial, os interesses prevaletentes são os privados, os interesses patrimoniais dos credores, embasados pelo interesse social de que a empresa se mantenha. 3. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(STJ. REsp 1408973 SP, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 11/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, DJe 13/06/2014)

Contudo, não é este o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça. A imensa maioria das decisões caminha no sentido de que a análise da viabilidade da empresa compete aos próprios credores que, além de parte interessada, possuem maior afinidade com a atividade desenvolvida pela empresa em crise, com as condições do mercado do respectivo seguimento e conseqüente possibilidade de absorção da produção ou serviço do agente econômico devedor. E por estarem inteirado da atividade empresarial desenvolvida também possuem melhores condições de avaliar a mão de obra e tecnologia empregada na produção ou serviço, e se há solução de mercado para a empresa.

A probabilidade do credor ter maior proximidade com a atividade desenvolvida pela empresa em crise, com o seguimento de atuação desta no mercado e vivenciar as tendências do setor é significativamente maior que a do magistrado. No entanto, é inegável também que o Juiz possui importante função de zelar pela preservação da empresa viável, assegurando-lhe, quando for o caso, as condições legais para tentar se reerguer em momento de crise.

Eis o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear.

2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1359311/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 30/09/2014)

Entretanto, relegar exclusivamente aos credores a competência para proceder a análise da viabilidade da empresa em crise pode ocultar interesses próprios em detrimento do interesse coletivo de preservação da empresa em crise. Isto porque o fato de serem mais ligados a realidade da entidade empresarial devedora e afetados pela conclusão da análise de sua viabilidade, não faz com que os credores necessariamente abdicuem de seus interesses imediatos, visando assegurar bem maior que é a manutenção da fonte produtora, dos empregos etc.

Da mesma forma, atribuir tal responsabilidade ao judiciário pode ensejar ações e procedimentos dissociados da realidade da atividade empresarial, em razão do natural distanciamento do Juiz das minúcias da empresa e do setor de atuação no mercado.

A análise da viabilidade da empresa não pode ser fragmentada, conduzida pelo interesse dos credores, pelo formalismo do judiciário ou por critérios objetivos simplesmente, mas sim deve ser concatenada com o desenvolvimento social e econômico local, regional ou nacional, dependendo do potencial da empresa em crise, com sua atuação na consecução de políticas públicas de inclusão social, formação e qualificação do trabalhador, com a receita tributária e renda decorrente da atividade empresarial para, somente na sequência avaliar o ativo e o passivo, o interesse dos credores e dos sócios. O caminho inverso pode mostrar apenas uma faceta da realidade socioeconômica da atividade empresarial, distante do resguardado pelo princípio da preservação da empresa.

5) ELEMENTO INTEGRANTE DA TEIA SOCIAL

A empresa, para o Direito Empresarial, caracteriza-se por ser uma organização dos fatores da produção colocada em funcionamento por um empresário. É o exercício da atividade produtiva, que por sua vez transmite uma ideia abstrata. (REQUIÃO, 2014, p. 86)

No entanto, no aspecto prático-real, a empresa enraizou-se na estrutura social, enquanto ente personalizado passível de contrair obrigações e adquirir direitos, de forma que sua atuação reflete diretamente na sociedade, em especial na comunidade mais próxima de suas bases.

Portanto, restringir o princípio da preservação da empresa às hipóteses de recuperação judicial ou extrajudicial implica em subestimar o seu real objetivo e alcance. Não há crise que afete exclusivamente a empresa, sem reflexos no meio social e econômico. Da mesma forma que não é razoável crer que uma comunidade por ser afeta por uma crise que não atinja uma empresa sediada na localidade.

Assim, o estudo do princípio da preservação da empresa exige análise global da teia social em que está inserida, entendendo o sistema para depois tentar identificar as peculiaridades de cada situação, como bem ressalta Luiz Carlos Bruschi:

A visão mecanicista de fragmentar para conhecer o todo é enganosa e mostra apenas um retrato pálido de uma realidade que não conhecemos. A visão total, comumente chamada de holística ou sistêmica, é mais abrangente porque observa os tipos de relação entre os elementos, e não simplesmente sua estrutura, de forma isolada. Numa visão mecanicista, estabelecemos o conhecimento do todo a partir das partes, enquanto numa visão sistêmica (termo que prefiro ao desgastado holístico) vamos do todo para as partes.

Parece uma coisa simples, mas não é, porque toda a nossa ferramenta neuronal foi treinada num sistema no qual temos que fragmentar para conhecer. É bastante difícil conhecer para fragmentar". (BRUSCHI, 2003, p. 6/7)

Conforme já explanado, a crise de uma empresa pode decorrer de diversos fatores, internos (má gestão financeira, dos recursos humanos, dos investimentos etc.) ou externos (políticos, econômicos, sociais etc.), porém buscar a recuperação e a manutenção da atividade empresarial pautado apenas em pontos específicos, fragmentando o problema, reduz a probabilidade de êxito, pois prioriza-se a cura do efeito e não da causa da crise. Do mesmo modo, ignorar que a crise ocasiona diversos reflexos prejudiciais a sociedade e à economia, além das divisas da sede da empresa, para eximir o Estado e a sociedade da responsabilidade de auxiliar na sobrevivência do ente empresarial, fonte produção e de geração de empregos, apenas agrava as consequências do liame social.

Waldo Fazzio Junior destaca os males que o desarranjo de uma empresa gera para sociedade:

Quando o objetivo do estudo é a insolvência empresarial, essa gama de percalços interdisciplinares assume maiores proporções determinadas pelo envolvimento de interesses econômicos públicos e privados, sem prejuízo dos direitos sociais, cuja relevância é inegável. Se as crises econômico-financeiras que afetam as empresas são, em medida considerável, resíduos de políticas econômicas lúdicas, e estas, descendentes de rearranjos do capitalismo globalizado, também é verdade que o microcosmo empresarial enfermo contribui para a disseminação de outros males, como o sobrepreço do crédito, a desconfiança do mercado, a incerteza dos consumidores, a insegurança trabalhista e o desemprego crônico. (FAZZIO, 2008, p. XV/XVI).

Engana-se, portanto, aqueles que acreditam que a crise da empresa é só da empresa, ou que não irá respingar nos diversos setores da sociedade. No plano dos fatos, a atividade empresarial em crise atinge toda a estrutura social próxima a ela, não só quanto a manutenção da produção, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores, como realçado pelo art. 47, da Lei nº 11.101/2005. Reduz receita tributária, enfraquece políticas de integração social e laboral, diminui as perspectivas de desenvolvimento da localidade e região, ocasionando verdadeiro efeito “cascata”: desemprego, sobrepreço, inflação, descrédito, insegurança financeira e laboral etc.

A empresa, ao longo do tempo, foi inserida na teia social de modo tal que suas ações influenciam em maior ou menor grau, de acordo com o potencial da atividade desenvolvida, o cotidiano da coletividade próxima a ela e a própria ação estatal.

A atividade empresarial gera renda, faz o capital circular no mercado, gera emprego, oportunidades de atividades satélites, auxilia no desenvolvimento socioeconômico local e regional, e ainda exerce importante papel na consecução de políticas públicas, como primeiro emprego, formação e qualificação do trabalhador menor aprendiz, inclusão social do deficiente físico ou mental entre outras.

A empresa em crise acaba por afetar toda a sociedade, direta ou indiretamente, de modo que a sua preservação requer mecanismos mais amplos e abrangentes para, senão preveni-la da crise, ao menos amenizar seus efeitos, atenuando os reflexos para a coletividade.

6) CONCLUSÃO

Conforme destacado na introdução do trabalho, o princípio da preservação tem sido invocado apenas na hipótese de recuperação judicial ou extrajudicial da empresa e, por força da Lei nº 11.101/2005, acaba por ver seu alcance limitado às finalidades da própria recuperação,

isto é, à manutenção da fonte produtora para, conseqüentemente, manter empregos e assegurar interesses dos credores.

Contudo, no transcorrer da história do Brasil a empresa adquiriu a condição de agente executor de políticas públicas, que extrapolam os limites de seu objeto social. Por tais razões é que o princípio da preservação da empresa não se restringe e não pode ficar restrito ao âmbito da recuperação judicial ou extrajudicial, mas sim ensejar o desenvolvimento de outros mecanismos de manutenção das empresas, possibilitando o resguardo delas antes mesmo de serem acometidas por crises que coloquem em risco a existência das mesmas.

O socorro prévio a empresa, ofertado na fase mais branda da crise, que é seu início, possibilita a superação mais célere e menos traumática da situação, evitando o perecimento da empresa, fechamento de postos de trabalho, prejuízo aos credores prejudicados e, principalmente, que o Estado seja afetado pela crise e, conseqüentemente, reduza investimentos públicos, serviços e benefícios à sociedade.

O estreito liame empresa-sociedade exige uma leitura mais ampla e de cunho geral do princípio da preservação, haja vista o importante papel atribuído às empresas pelo legislador, destacando-se como instrumento de desenvolvimento social e econômico, de efetivação de políticas públicas, gerador de renda e de tributos. Até porque a fronteira entre Estado, economia e empresas tem ficado cada vez mais tênue diante da intensificação dos desdobramentos do processo de globalização, ainda não plenamente mensurados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Responsabilidade Social e Emancipação Social. In: SOUZA, André Peixoto; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Questões contemporâneas do Direito**. Curitiba/PR: ILAAJ, 2015, p. 38-47.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; BANNWART, Michele Christiane de Souza. Aspectos Normativos da Responsabilidade Social na cultura empresarial. In: BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; FERES, Marcos Vinício Chein; KEMPFER, Marlene (org). **Direito e Inovação: estudos críticos sobre Estado, Empresa e Sociedade**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2013, p. 109-129.

BATALHA, Wilson de Souza Campos Batalha; BATALHA, Silvia Marina Labate. **Falências e Concordatas : comentários à lei de falências : doutrina, legislação, jurisprudência**. 2ª ed. LTr: São Paulo, 1996.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 9 ed. rev., atual. e ampl. RT: São Paulo, 2013.

BRUSCHI, Luiz Carlos. **Rede autopoietica: a vida da vida**. Editora UEL: Londrina, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. Vol. 3. 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

FAZZIO Junior, Waldo. **Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 4ª ed. Atlas: São Paulo, 2008.

GARCIA-MARZÁ, Domingo. **Ética Empresarial: do diálogo à confiança na Empresa**. São Leopoldo; Pelotas/RS: Editora Unisinos, Educat, 2007.

PIZZI, Jovino. Apresentação. In: GARCIA-MARZÁ, Domingo. **Ética Empresarial: do diálogo à confiança na Empresa**. São Leopoldo; Pelotas/RS: Editora Unisinos, Educat, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 2º vol. 30 ed. rev. atual. por Rubens Edmundo Requião. Saraiva: São Paulo, 2013.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 1º vol. 33 ed. rev. atual. por Rubens Edmundo Requião. Saraiva: São Paulo, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado: doutrina e prática**. Saraiva: São Paulo, 2011.

_____. **A Recuperação Judicial de Empresas**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 106/107, p. 181-214: São Paulo, 2011/2012.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A reforma da Lei de Falências e a experiência do Direito Estrangeiro**. Revista do Advogado, n. 36, p. 82-87: São Paulo, 1992.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falências e recuperação de empresas**. Vol. 3. Atlas: São Paulo, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.