



Centro Universitário de Brasília - Uniceub

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Curso de Direito

**GABRIEL OLIVEIRA COTTA**

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS  
PROCESSOS FALIMENTARES**

Brasília

2020

**GABRIEL OLIVEIRA COTTA**

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS  
PROCESSOS FALIMENTARES**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Professor Orientador: MSc. Carlos Orlando Pinto.

Brasília

2020

**GABRIEL OLIVEIRA COTTA**

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS  
PROCESSOS FALIMENTARES**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Banca Examinadora

---

Prof. MSc. Carlos Orlando Pinto  
Orientador

---

Professor  
Examinador

BRASÍLIA  
2020

## RESUMO

Objetiva esta monografia analisar a aplicabilidade do Princípio da Preservação da Empresa nos autos de processos de falência. Para isso, busca a origem constitucional, decorrente do Princípio da Função Social da Empresa, que demonstra a existência de interesses mútuos com a finalidade de que as empresas tenham pleno funcionamento em razão da preservação da função social que desempenham. Diante de tamanha importância social, intrínseca às empresas, não deve qualquer processo judicial de falência resultar na procedência dos pedidos, pois, muitas vezes, a parte que postula em juízo se desvirtua da real aplicação do instituto falimentar, que passa então a ser utilizado como simples forma de coação do devedor. Noutras ocasiões, ocorre ainda de o pedido judicial estar bem amparado em determinado ato ensejador de decretação falimentar, mas a empresa se mostrar viável em relação à sua continuidade e manutenção. A partir desses pressupostos, este estudo, amparando-se na doutrina e na legislação, examina casos concretos nos quais foi adotado, pelo Poder Judiciário, o Princípio da Preservação da Empresa na análise de solução de litígios de natureza falimentar.

**Palavras-chave:** Direito Empresarial. Falência. Função social da empresa. Princípio da Preservação da empresa.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 1 - ASPECTOS PONTUAIS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL</b> .....	<b>10</b>
1.1 Noções Gerais Sobre a Atividade Empresarial.....	10
1.2 As Atividades Não Empresariais e os Empresários Afastados da Falência .....	13
1.3 O Conceito de Empresa .....	16
<b>CAPÍTULO 2 - PROCESSO DE FALÊNCIA - PRINCÍPIOS E HIPÓTESES LEGAIS</b> .....	<b>18</b>
2.1 As Possibilidades Legais Para o Requerimento Falimentar.....	18
2.1.1 O Sistema da Impontualidade.....	18
2.1.2 O Sistema da Execução Frustrada.....	20
2.1.3 O Sistema dos Atos Enumerados em Lei.....	20
2.2 Dos Princípios Aplicáveis à Falência.....	21
2.2.1 Princípio da <i>Par Conditio Creditorum</i> .....	22
2.2.2 Princípio do Juízo Universal.....	23
2.2.3 Princípio da Maximização de Ativos.....	25
2.2.4 Princípio da Publicidade dos Atos e Procedimentos.....	26
2.3 Do Princípio da Preservação da Empresa e a Sua Aplicabilidade Nos Processos de Falência.....	27
<b>CAPÍTULO 3 - DA APLICAÇÃO JUDICIAL DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA</b> .....	<b>34</b>
3.1 Da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa em Razão da Existência de Outros Meios de Satisfação do Crédito.....	34
3.2 Da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa Com Fundamento na Viabilidade da Empresa Requerida.....	41
3.3 O Sistema da Impontualidade e a Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa.....	48

<b>CAPÍTULO 4 - MEIOS DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO ALTERNATIVOS À FALÊNCIA.....</b>	<b>51</b>
4.1 A Utilização Implícita do Princípio do Princípio da Preservação da Empresa Pelo Legislador.....	51
4.2 Meios Alternativos de Satisfação do Crédito.....	54
4.3. Sugestão de Satisfação do Crédito Diante do Indeferimento Falimentar.....	57
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

O presente Trabalho objetiva analisar em qual medida o Princípio da Preservação da Empresa se mostra aplicável aos processos falimentares, a partir da constatação de que determinada empresa possui viabilidade para a manutenção de suas atividades, mediante a utilização de qualquer meio que se evidencie idôneo para esse fim.

O meu interesse pelo estudo deste tema surgiu quando cursei a disciplina Direito Empresarial Falimentar, e foi exposto pelo professor um caso concreto em que o pedido de falência havia sido ajuizado em razão de uma execução de título extrajudicial que resultara frustrada. Na hipótese retratada, em que pese a exordial estivesse amparada no art. 94, inciso II, da Lei 11.101/2005<sup>1</sup>, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios julgou a demanda improcedente, com fundamento no Princípio da Preservação da Empresa.

Desta forma, pretende-se analisar as duas principais posições no processo falimentar, a que se refere aos interesses do autor, e, de outro modo, a que se vincula ao interesse da parte demandada, isto é, empresário ou sociedade empresária.

Assim, de um ângulo, há a pretensão de fazer valer a norma objetiva que disponha sobre a possibilidade de decretar a falência quando o devedor “não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal”<sup>2</sup> da execução. Em contraponto, o art. 47, da mesma Lei, dispõe que a recuperação judicial – assim como a falência – deve promover a recuperação da empresa e a sua função social<sup>3</sup>. Diante deste conflito aparente, busca-se analisar e apontar um eixo de equilíbrio entre as duas normas legais.

Não obstante a regulamentação da falência e da recuperação judicial ocorrer por meio do mesmo diploma legal, o trabalho ora formulado somente irá se ater no que tange aos aspectos falimentares, tendo em vista que, quanto à recuperação

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 21 set. 2018.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Ibidem.

judicial, já existe entendimento consolidado favorável à aplicabilidade do princípio em referência.

Ademais, ainda que tenha ocorrido menção ao caso prático mencionado, este servirá apenas como exemplo, pois não se trata de um trabalho de análise de caso, mas sim de pesquisa dogmática-instrumental que parte do método de abordagem dedutivo, buscando relacionar o instituto da preservação da empresa à lei, à doutrina e à jurisprudência, para assim demonstrar porque os tribunais vêm aplicando tal norma principiológica.

Com o intuito de melhor analisar o tema, torna-se necessário, primeiramente, abordar os aspectos da atividade empresarial, tendo em vista que a falência se aplica tão somente ao empresário e à sociedade empresária<sup>4</sup>. Por isso, será traçado um panorama geral sobre a atividade empresarial, bem como será apontado quais sujeitos estão ou não legalmente submetidos à falência, além de apresentar um conceito de empresa.

Feitas tais abordagens e conceituações preliminares, parte-se para o capítulo segundo, no qual demonstra-se de modo específico o funcionamento do instituto falimentar, apontando os três sistemas existentes para ingressar com o pedido de falência. Assim, aproveitando a introdução ao instituto, na sequência abordar-se alguns dos princípios basilares que se aplicam ao processo falimentar.

Procura-se, também, demonstrar que o Princípio da Preservação da Empresa, inserido no artigo 47 da Lei 11.101/05, apesar de estar no capítulo legal da Recuperação Judicial, é aplicável aos processos falimentares. Após, realiza-se a conceituação desse princípio, bem como se registra a sua fundamentação, de natureza legal e constitucional.

No terceiro capítulo, faz-se uma breve análise jurisprudencial sobre os casos que tiveram como *ratio decidendi* o Princípio em epígrafe, observando tanto os casos que tiveram a quebra decretada, quanto os que tiveram o pedido de falência julgado improcedente. Mas, ressalte-se, a relevância para o tema ora pesquisado consiste em

---

<sup>4</sup> Art. 1º da Lei 11.101/05 - Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.



observar as hipóteses nas quais houve a referida aplicação do Princípio da Preservação da Empresa.

Por derradeiro, no quarto e último capítulo, analisa-se alguns dispositivos legais dos quais é possível perceber o intuito do próprio legislador de proporcionar a preservação da empresa, ainda que haja a decretação de quebra. Apresenta-se, ademais, algumas modalidades alternativas para o credor buscar a satisfação do crédito, baseando-se, para tanto, nas decisões colacionadas no capítulo anterior. Também guardando referibilidade ao capítulo anterior, são apontadas, de forma sugestiva, propostas ao Poder Judiciário, para quando estiver diante do indeferimento do pedido falimentar, mas, que de todo modo, não pode deixar o credor frustrado, considerando que o pedido realizado tem amparo legal.

Feitas tais abordagens, chega-se à conclusão do trabalho, destacando-se a magnitude e a relevância do Princípio da Preservação da Empresa, mas sem, contudo, aplicá-lo de forma infundada, e sempre considerando a função social da empresa e o seu papel econômico.

## 1 ASPECTOS PONTUAIS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Neste capítulo, serão abordados os principais aspectos da atividade empresarial, considerando que a Teoria da Empresa, adotada pelo vigente ordenamento jurídico brasileiro, ainda está se estabilizando a partir da contribuição doutrinária e jurisprudencial, ao passo que, até então, vem mostrando-se bem aplicável as legislações já existentes.

Além disso, considerando que a teoria mencionada alhures classifica o empresário a partir do cumprimento de alguns requisitos de caráter cumulativos, se faz mister a explanação de breve panorama sobre tais requisitos. A relevância de entender essas condições determinantes de uma atividade empresária reside no fato de que o meio analisado neste trabalho, qual seja a falência, é aplicável apenas ao empresário e da sociedade empresária<sup>5</sup>.

### 1.1 Noções Gerais Sobre a Atividade Empresarial

Com a vigência do Código Civil de 2002<sup>6</sup>, a base do Direito Comercial passou a ser regulamentada por esta novel legislação, excluindo-se a figura do comerciante e adotando o Direito de Empresa, que trouxe como sujeito principal o empresário.

O então parcialmente revogado Código Comercial<sup>7</sup> – Lei nº 556 – é de 1850, e há tempos já não conseguia resolver por inteiro as questões da sociedade brasileira pelo fato de regular tão somente as atividades de mercancia. Com isso, deixava de fora do seu regramento as demais atividades negociais também exercidas pelas empresas, como a prestação de serviços, atividade rural, sistema financeiro, industrial, o ramo imobiliário, entre outros. Todavia, cabe ressaltar que, a Parte Segunda deste Diploma Legal continua vigente, regulando exclusivamente o comércio marítimo, que é um ramo extremamente específico no ordenamento jurídico.

---

<sup>5</sup> Art. 1º da Lei 11.101/05 - Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. 2002. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 maio 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 556, de 25 de jun. de 1850. Código Comercial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm). Acesso em: 14 de maio 2019

Nesse diapasão, o direito brasileiro foi se aproximando da Teoria da Empresa, de origem italiana, que tem por objeto a regulação da atividade do empresário. Essa teoria, agora muito mais abrangente que a Teoria Dos Atos de Comércio, passou a tratar como empresário vários daqueles que antes não eram nem mesmo considerados comerciantes.

Em decorrência disso, o art. 966 do Código Civil, que regula o Direito de Empresa, trouxe a seguinte redação: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.”<sup>8</sup>.

Ao mencionar a Teoria da Empresa, Bruno Mattos e Silva destaca que o elemento adotado por esta teoria, que causa o diferencial para o direito comercial, é o fator da organização. Por isso, ele conclui dizendo que, juridicamente, não existe mais a figura do comerciante no Brasil, existindo somente nos países que ainda adotam a Teoria dos Atos de Comércio. No Brasil, o comerciante existe apenas na linguagem informal, sendo aquela pessoa que tem uma loja ou uma butique de compra e vendas de coisas diversas<sup>9</sup>.

Como bem destaca o aludido autor, a Teoria da Empresa adota como critério identificador do empresário a forma com que este organiza o capital, a matéria-prima, e o trabalho em geral para a produção de sua atividade econômica de bens ou serviços. Por isso que, para esta teoria, a observância deve ser feita em relação a forma com que se exerce a atividade, isto é, se há ou não a existência da estrutura empresarial<sup>10</sup>.

O Livro II, do Códex Civil, não trouxe o conceito de empresa em si, pois se preocupou tão somente em apresentar quem pode ser enquadrado como empresário. Para isso, o Código utiliza alguns termos que, apesar de simples, possuem significado preciso, como (i) exerce profissionalmente, (ii) atividade econômica organizada e (iii)

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. 2002. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 14 maio 2019.

<sup>9</sup> SILVA, Bruno Mattos e. Direito de Empresa: teoria da empresa e direito societário. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>10</sup> BORBA, Tavares. Direito Societário. 10ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p.14.

para a produção ou circulação de bens ou serviços. Assim, vale tecer algumas breves considerações sobre este tripé que dá ensejo à figura do empresário.

Em relação à atividade profissional, esta se traduz como sinônimo de habitualidade. Portanto, logo se exclui da classificação de empresário aqueles que exercem tais atividades eventualmente e de forma esporádica. Todavia, não se deve confundir a habitualidade com o trabalho contínuo, pois a relevância reside na forma com que a atividade é exteriorizada.

Quanto à atividade ser econômica, Marlon Tomazette ensina que a “atividade” se refere à determinada finalidade comum, que é atingida por meio de um conjunto de atos que visam configurar o que se intitula de empresa. O fato de tal atividade ser econômica demonstra a necessidade de que as suas ações devam inovar na órbita financeira, isto é, deve ser capaz de gerar riquezas, de modo com que faça o capital circular no mercado<sup>11</sup>.

Ainda utilizando a doutrina de Marlon Tomazette, a caracterização de “organização” pode ser feita mediante a observação dos atos, para identificar se são coordenados entre si ou não, para que, ao final, se atinja o objetivo da atividade. Caso não exista essa organização, estar-se-á diante de um trabalho desenvolvido de forma autônoma, e não de forma empresária<sup>12</sup>.

Já o requisito da produção ou circulação de bens ou serviços também pode ter a classificação dividida de acordo com a atividade empresarial, pois a produção se refere à capacidade de transformar determinado insumo em qualquer produto do qual o mercado necessite para suprir alguma necessidade. Enquanto isso, os serviços são trabalhos prestados à terceiros, sem envolver a permuta de bens materiais. Quanto aos bens, o dispositivo se refere àqueles que o Direito Econômico classifica como “bens econômicos”, que possuem utilidade, são escassos e por isso possuem um preço, além de considerar o esforço humano que nele foi dispensado<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, v. 1. Teoria Geral e Direito Societário. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 9ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Os requisitos mencionados servem para determinar se o sujeito pode ser classificado ou não como empresário, figura esta que não deve ser confundida com a empresa em si. Desta forma, possível concluir que, empresário não é um mero empreendedor, mas sim aquele que tem cargo de administração na empresa e que, ordinariamente, se envolve na organização da atividade<sup>14</sup>.

Visto que a figura do empresário não pode ser confundida com a da empresa, cabe trazer à baila o conceito desta, já que o Código Civil não o fez. Mas antes disso, é importante destacar o disposto no parágrafo único<sup>15</sup> do artigo ora analisado, tendo em vista a exclusão de determinadas atividades profissionais da classe de empresários.

## **1.2 As Atividades Não Empresariais e os Empresários Afastados da Falência**

Conforme a redação do art. 966, parágrafo único, do Código Civil<sup>16</sup>, ficaram excluídas da classificação de “empresários” as profissões de caráter intelectual, científica, literária ou artística, desde que o seu exercício não implique nos elementos de empresa.

Segundo Marcelo Cometti, essa exclusão ocorre em razão de uma valoração social diversa, uma vez que “a profissão não é livre, como ocorre com a atividade empresarial, dependendo da formação intelectual mais severa e da inscrição do profissional na respectiva corporação”<sup>17</sup>, o que muitas vezes impede, por exemplo, a livre concorrência e a produção em massa.

Além dessas atividades profissionais que o próprio Código Civil afastou por entender que não são atividades empresárias, e que, conseqüentemente, não são passíveis de falir, o art. 2º da Lei 11.101/2005, vedou a incidência da falência sobre

---

<sup>14</sup> ROSSIGNOLI, Estefânia. Direito empresarial: coleção sinopse para concursos. 3ª Ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2014.

<sup>15</sup> Art. 996, parágrafo único, do CC – Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> COMETTI, Marcelo. Desmistificando o “Elemento de Empresa” na atividade intelectual exercida pelo empresário. Disponível em: <https://marcelocometti.jusbrasil.com.br/artigos/112024089/desmitificando-o-elemento-de-empresa-na-atividade-intelectual-exercida-pelo-empresario>. Acesso em: 03 de jun 2019.

algumas empresas que possuem determinados atributos, ainda que estas cumpram os requisitos para serem consideradas empresas.

Em tese, as empresas mencionadas no art. 2º, da Lei Falimentar, poderiam figurar normalmente no polo passivo do processo de falência, mas o legislador entendeu por bem afastá-las. Abaixo, a transcrição do dispositivo:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores<sup>18</sup>.

Basta observar o objeto de exploração das empresas mencionadas no dispositivo legal para perceber as razões que levaram o legislador a fazer essas exclusões. São atividades essenciais e de importância salutar, inclusive, para terceiros, conforme será demonstrado em seguida.

Ademais, em uma primeira leitura, a redação do dispositivo legal faz parecer que esta exclusão é absoluta, mas apresenta-se a seguir que, somente em alguns casos se trata de exclusão absoluta, sendo que em sua maioria, a exclusão é relativa.

Há quem defenda que a exclusão absoluta somente se aplica às empresas previstas no inciso I, isto é, às empresas públicas e de economia mista. Modesto Carvalhosa é um desses, e entende desta forma porque, para ele, a mera primazia do interesse público de tais empresas já seria capaz de afastar o instituto falimentar<sup>19</sup>. Sobre o mesmo tema, José Carvalho Filho discorda, pois entende que, mesmo que seja o Estado atuando no mercado econômico, não é pelo mero fato de ser o Estado que deva merecer essa benesse<sup>20</sup>. Em que pese a discussão doutrinária, fato é que,

---

<sup>18</sup> BRASIL. Lei nº11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 22 fev. 2020.

<sup>19</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4, p.430.

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 240.

até o momento não houve declaração de inconstitucionalidade sobre o dispositivo em epígrafe, o que enseja a sua normal aplicação.

Partindo para o inciso II do dispositivo em análise, ocorre a previsão do afastamento das instituições financeiras, cooperativas de créditos e os consórcios. Essas atividades, além de demandarem certa confiança entre as partes, recebem uma fiscalização especial por parte do Estado. Segundo Mamede, todas essas atividades se submetem às normas do Banco Central, e a liquidação ocorre mediante normas próprias<sup>21</sup>. Todavia, caso o BACEN entenda por bem não adotar nenhuma das modalidades do regime especial, fazendo isso por considerar que não é o caso de o Estado promover esforços, a falência pode sim ser decretada normalmente, pois não há razões para se aplicar tal diferenciação<sup>22</sup>.

Tanto é assim que, o art. 197, da Lei Falimentar, prevê a aplicação subsidiária da Lei 11.101/05 aos regimes previstos na Lei 6.024/74, que são os casos ora em comento. Além disso, o art. 12, alínea “d”, da Lei 6.024/74<sup>23</sup>, permite a autorização do pedido de falência quando o ativo não for suficiente para cobrir a metade do valor dos créditos quirografários. Em mais uma hipótese, nota-se que a ideia de exclusão falimentar não é absoluta.

Ainda sobre o a exclusão prevista no inciso II, as seguradoras e as sociedades de capitalização foram excluídas da falência em razão do alto risco que poderia ocasionar a terceiros. Apesar da exclusão ser considerada uma benesse às seguradoras e sociedades de capitalização, em contrapartida, o Estado realiza supervisão mais rígida por meio da Superintendência de Seguros Privados. Assim como no caso das instituições financeiras, nestes também será possível a decretação

---

<sup>21</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, v. 4: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43.

<sup>22</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, v. 3. 5ª Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2017, p. 62.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6024.htm). Acesso em 22 fev. 2020.

de falência quando o ativo não for suficiente para quitar ao menos a metade dos créditos quirografários<sup>24</sup>.

Sobre as operadoras de saúde, entende-se que também foi a relevância da atividade que levou o legislador a optar pela inaplicabilidade da Lei 11.101/2005. Todavia, nesta hipótese a exclusão também não é absoluta, pois o art. 23, §1º, da Lei 9.656/98<sup>25</sup> prevê a possibilidade de falência quando, diante da liquidação, não houver ativo suficiente para adimplir com pelo menos metade dos créditos quirografários.

Sobre as entidades de previdência complementar, que atuam para estender o benefício previdenciário e proporcionar maior renda aos contribuintes, estas se subdividem em entidades abertas e fechadas. Sobre as entidades fechadas, o art. 47 da LC 109/2001<sup>26</sup>, dispõe que estas não se sujeitaram a falência. Portanto, ocorre aqui uma exclusão absoluta, pois não há exceção. Já as entidades abertas não são mencionadas neste dispositivo, mas ainda assim prevalece a exclusão em razão da previsão do art. 2º, II, da Lei de Falência.

### **1.3 O Conceito de Empresa**

Consoante a definição de empresário realizada nos subtópicos anteriores, que adotou o amparo legal para a abordagem, bem como realizou o exame dos sujeitos excluídos desta definição pelo Código Civil, o presente trabalho também já apresentou as razões que levaram o legislador a afastar a incidência da falência em face de alguns tipos de empresários e sociedades empresárias, ainda que cumprissem todos os requisitos para tanto.

Logo, feita esta abordagem sobre os sujeitos da falência em si, este subtópico busca complementar o tema, com a análise e definição do conceito de empresa.

---

<sup>24</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, v. 3. 5ª Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2017, p. 63.

<sup>25</sup> BRASIL. Lei nº 6.956, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm). Acesso em: 22 fev. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime da Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm). Acesso em: 22 fev. 2020.



Sobre o conteúdo, Nusdeo a classifica como “unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços, não importa qual o estágio de produção”<sup>27</sup>. Na mesma linha, Marcelo Féres leciona que, a empresa é a atividade economicamente organizada com a finalidade de produzir bens e serviços<sup>28</sup>.

À primeira vista, pode até parecer inadequado utilizar um doutrinador de direito econômico para conceituar empresa, mas o próprio Rubens Requião reconhece como válida a ideia dos economistas:

Em vão os juristas têm procurado construir um conceito jurídico próprio para tal organização. Sente-se em suas lições certo constrangimento, uma verdadeira frustração por não lhes haver sido possível compor uma síntese jurídica para empresa, tendo o comercialista de se valer da ideia formulada pelos economistas<sup>29</sup>.

Nota-se, portanto, que não há conceito claro e objetivo de empresa, e como o citado Requião preferiu explicar, a empresa é uma abstração, pois esta não deve ser entendida como algo material ou palpável, mas sim como o exercício de uma atividade por parte do empresário<sup>30</sup>.

A relevância desta conceituação, e de distinguir a empresa e o empresário, reside no fato da Lei 11.101/2005 dispor que a recuperação judicial, extrajudicial e a falência, ora objeto deste trabalho, se aplicam ao empresário e à sociedade empresária. Portanto, é essencial compreender em face de quem a falência deve ser requerida, e oportunamente decretada, bem como até onde se estendem os seus efeitos.

---

<sup>27</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 9ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.

<sup>28</sup> FÉRES, Marcelo Andrade/ coordenador Frederico Viana Rodrigues. Direito de Empresa no Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>29</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 85.

## **2 PROCESSO DE FALÊNCIA – PRINCÍPIOS E HIPÓTESES LEGAIS**

Diante do panorama apresentado sobre a atividade empresarial, no qual analisou-se requisitos básicos à atividade empresarial, os sujeitos que incorrem em tal atividade, bem como os que ficaram dela afastados, o capítulo anterior buscou em outros ramos do direito a definição de empresa, visto que não há definição uníssona do tema.

Neste capítulo, portanto, pretende-se adentrar ao tema específico da falência, para melhor proporcionar familiaridade com o instituto, e, em seguida, apresentar as possibilidades de aplicar o Princípio da Preservação da Empresa ao instituto em referência.

### **2.1 As Possibilidades Legais Para o Requerimento de Falência**

Popularmente, a expressão “falência” é associada à mera ausência de capital de alguma pessoa física ou jurídica. Para o senso comum, o principal ato de falência seria o fato de determinada pessoa ter o passivo maior que o ativo, isto é, dever mais do que pode pagar. Entretanto, possível destacar, de pronto, que este não é um ato de falência.

Primeiramente, como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, somente o empresário e a sociedade empresária podem falir. Ademais, a falência depende da declaração judicial mediante o cumprimento de uma das hipóteses do art. 94, da Lei 11.101/2005.

Conforme dispõe o artigo supramencionado, a falência pode ser decretada em desfavor do devedor que (i) sem relevante razão, não paga dívida lastreada em título executivo devidamente protestado que ultrapasse o valor de 40 (quarenta) salários-mínimos; (ii) executado por quantia líquida, não paga, deposita ou nomeia bens à penhora; (iii) pratica determinados atos descritos na legislação como ensejadores do estado de falência.

#### **2.1.1 O Sistema da Impontualidade**

A primeira hipótese de falência apresentada no art. 94, da Lei 11.101/2005, ocorre quando o devedor, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência.

O dispositivo legal menciona a necessidade de o crédito estar consubstanciado em título executivo, podendo ser tanto título judicial quanto extrajudicial. Para melhor identificação dos títulos extrajudiciais, vide o rol do art. 784 do CPC<sup>31</sup>. Além disso, o título deve cumprir os requisitos do art. 783 do mesmo diploma legal<sup>32</sup>, a saber: fundar-se em obrigação certa, líquida e exigível.

A certeza da obrigação, como primeiro requisito, demonstra a necessidade de que esteja, indubitavelmente, estampado no título quem são as partes, isto é, credor e devedor e a natureza da prestação. Marinoni e Sérgio Arenhart bem resumem ao dizerem que, a certeza “refere-se à existência da prestação que se quer ver realizada”<sup>33</sup>. A liquidez do título se refere à necessidade de que haja expressa demonstração da quantia exata da obrigação. Já a exigibilidade se refere ao poder do credor de impor o cumprimento daquela obrigação em razão de já atingido o prazo do vencimento.

Além da exigibilidade e liquidez serem requisitos do título executivo, o art. 94, inciso I, da Lei Falimentar reforçou esses requisitos em seu dispositivo. Além disso, o artigo trouxe também a necessidade de que o título esteja devidamente protestado. Se for mais de um título, o protesto tem que ser feito, no mínimo, até atingir qualquer quantia que ultrapasse 40 salários-mínimos. A relevância do protesto se justifica em razão deste demonstrar a impontualidade do pagamento, constituir o devedor em

---

<sup>31</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 01 mar. 2020.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil v.3. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 120.

mora, demonstrar que o credor diligenciou para cobrar o crédito e tornar público o título<sup>34</sup>.

Sobre a necessidade de que a quantia mínima da dívida ultrapasse 40 salários-mínimos, Fazzio Júnior ressalta que esta foi uma forma encontrada para obstar o pedido de falência baseado em créditos de pequenos valores, prestigiando o princípio da preservação da empresa<sup>35</sup>.

### **2.1.2 O Sistema da Execução Frustrada**

Com previsão no inciso II, do art. 94, da Lei 11.101/05, a falência poderá ser requerida quando o sujeito executado por quantia líquida, deixa de pagar, depositar ou nomear bens à penhora dentro do prazo legal.

O sistema da execução frustrada ocorre quando há determinado processo de execução em curso e este acaba sendo infrutífero, isto é, improdutivo em razão da inércia do devedor em alguma das 03 ações previstas no inciso (pagar, depositar ou nomear). Nota-se que, nesta modalidade, não há como requisito o valor mínimo do título, podendo ser qualquer quantia. Desnecessária também a realização de protesto.

Leciona Mamede que, “o pedido de falência que tenha por base a frustração de ação executória, em oposição àquele fundado em mero inadimplemento, será instruído apenas com o título e a certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução”<sup>36</sup>.

### **2.1.3 O Sistema dos Atos Enumerados em Lei**

Ainda sobre o art. 94, da Lei 11.101/05, mas agora referente ao inciso III, o dispositivo apresenta rol taxativo de práticas que, se exercidas pelo empresário ou sociedade empresária, pode ensejar a falência. Isso porque, são atos que causam grande perda patrimonial e passíveis de impactar diretamente na garantia dos credores.

---

<sup>34</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 205.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>36</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, v. 4: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006, p. 220.

A seguir, o rol conhecido como “atos de falência”:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

(...)

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Apresentado esse panorama geral sobre as modalidades de ingresso do pedido de falência, para proporcionar melhor elucidação sobre o instituto, passa-se agora à exposição de alguns dos princípios jurídicos aplicáveis ao instituto falimentar.

## **2.2 Dos Princípios Aplicáveis à Falência**

Em que pese o objeto deste trabalho consistir em analisar um princípio específico, qual seja o Princípio da Preservação da Empresa, é essencial abordar alguns outros, como o Princípio da *Par Conditio Creditorum*, do Juízo Universal, da Maximização de Ativos, da Publicidade Dos Atos e Procedimentos, entre outros aplicáveis à falência, para que assim se amplie a visão de estudo sobre o instituto.

Além disso, ao analisar o procedimento de falência considerando outros princípios que são tão relevantes quanto o da Preservação da Empresa, será possível compreender os objetivos e diretrizes que o legislador buscava para formar o ideal instituto falimentar.

### 2.2.1 Princípio da *Par Conditio Creditorum*

Mais conhecido pelo seu nome de origem latina, mas que pode ser traduzido como “princípio da paridade entre os credores”, expressa que, entre os credores não existe causa de preferência entre os que se encontram em situações iguais. Isto significa que, os credores que estão na mesma classificação do quadro de credores, buscando a satisfação do crédito em face de um mesmo devedor, terão tratamento igualitário.

O princípio em referência guarda direta pertinência com o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Neste sentido ensina Tarcísio Teixeira:

Essa isonomia abarca os credores da mesma classe, ou seja, é um tratamento igualitário entre os credores, mantendo as diferenças quanto às respectivas classes de créditos, como será visto adiante. Uma vez classificados os créditos, primeiro pagam-se os credores da primeira classe, de acordo com os créditos de cada credor pertencente a esta classe. O pagamento será total ou parcial, dependendo dos recursos obtidos durante o processo. Depois de os credores da primeira classe terem sido pagos, se houver saldo, serão pagos os credores da segunda classe, total ou parcialmente, e assim por diante. Quando o pagamento for parcial, deverá respeitar a proporcionalidade, conforme o valor do crédito dentro de sua classe.<sup>37</sup>

Fábio Ulhoa complementa de forma muito clara ao explicar que, no processo de execução, via de regra, o procedimento é feito de forma individual, e quanto mais diligente for o exequente, maior sucesso este pode alcançar para reaver o crédito em litígio. Todavia, se diante da falência, presume-se que o devedor não dispunha de patrimônio suficiente para quitar a integralidade dos débitos perante todos os credores. Assim, se a mesma regra da execução individual fosse aplicada, incorrer-se-ia em injustiça, pois não permitiria aos credores da mesma categoria oportunidades iguais<sup>38</sup>.

Isso porque aquele credor mais diligente teria recebido, possivelmente, a integralidade do seu débito, sem permitir ao credor da mesma categoria receber ao menos parte do que lhe era devido, tendo em vista o esgotamento do patrimônio.

---

<sup>37</sup> TEIXEIRA, Tarcísio. Direito empresarial sistematizado – doutrina, jurisprudência e prática. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 450.

<sup>38</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 18ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 307.

O princípio se mostra tão relevante na prática que, a própria fazenda pública deve respeitar a ordem do quadro geral de credores, listada no art. 83, da Lei 11.101/05. Não é possível, portanto, que esta se utilize dos meios mais benéficos que possui para alcançar a satisfação do seu crédito perante a falida, prejudicando os demais credores.

## 2.2.2 Princípio do Juízo Universal

Observando, primeiramente, o disposto no art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal, a norma definidora das competências judiciais deve ser previamente estabelecida, considerando que não haverá juízo de exceção. Sobre isso, o art. 3º da Lei 11.101/05 definiu que será competente para tais demandas o foro da sede do principal estabelecimento do devedor.

O ponto relevante para o princípio em epígrafe é que, definido o juízo para dirimir as questões sobre os bens e interesses daquele devedor, este juízo será também competente para conhecer todas as demais ações que possam impactar sobre os bens daquele mesmo devedor. Neste sentido é a redação do art. 76 da Lei Falimentar:

Art. 76 – O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre os bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsórcio ativo<sup>39</sup>.

Essa reunião de processos em um único juízo, excetuando-se as exceções legais, se justifica para concentrar a totalidade da estrutura falimentar em uma única direção, isto é, sob o mesmo juízo. Além disso, considerando que os princípios jurídicos estão interligados, é possível verificar que este princípio é um instrumento que viabiliza o cumprimento do princípio mencionado no subtópico anterior, qual seja o princípio da *par condicio creditorum*.

Como visto, o processo de falência pode ser comparado a uma espécie de “execução coletiva”, pois normalmente há pluralidade de credores, das mais diversas classes, buscando a satisfação do respectivo crédito. É evidente que cada credor

---

<sup>39</sup> BRASIL. Lei nº11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 03 mar. 2020.

deseja alcançar a totalidade do valor que lhe é devido, mas em observância ao aludido princípio, deve haver equidade na relação.

Ora, certamente não haveria isonomia se cada credor buscase a satisfação do crédito perante um juízo diferente. Havendo a universalidade do juízo, é possível que o magistrado coordene e organize melhor as questões referentes à disposição do bem do devedor.

O Superior Tribunal de Justiça busca prestigiar o juízo universal em razão do maior conhecimento em relação à capacidade e limitações da empresa falida. No caso do RESP nº 914.712, após a convalidação da recuperação judicial em falência, o então Ministro Relator Luiz Fux decidiu que o resultado da alienação dos bens anteriormente penhorados deveria ser repassado ao juízo universal falimentar para que este fizesse as devidas apurações devido ao seu maior contato com os bens. Abaixo, um trecho do *decisum* que bem demonstra isso:

A falência superveniente do devedor não tem o condão de paralisar o processo de execução fiscal, nem de desconstituir a penhora realizada anteriormente à quebra. Outrossim, o produto da alienação judicial dos bens penhorados deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências.<sup>40</sup>

Neste mesmo sentido, ensina Requião:

Evita-se, na verdade, com a unidade e conseqüente indivisibilidade do juízo falimentar, a dispersão das ações e reclamações e medida que, conjuntamente, formam o procedimento falimentar, submetido ao critério uniforme do julgamento do Magistrado que superintende a falência e que preside a solução dos interesses em conflito com ela ou nela relacionados. (...). Pela natureza coletiva do processo de falência e pelo princípio da *par condicio creditorum* todos os credores que ocorrem ao processo de falência devem ser tratados com igualdade em relação aos demais credores da mesma categoria. Somente a unidade e a universalidade do juízo poderiam assegurar a realização dessas regras.

Diante de tal explicação, pode-se afirmar que o juízo universal visa preservar a satisfação do maior número de credores possível, ao proporcionar segurança jurídica aos envolvidos.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). Recurso Especial. REsp 914712/PR. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrente: Indústria de Madeiras Claudino LTDA – Massa Falida. Recorrido: Os mesmos. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 1º de outubro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+914712&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 9 mar 2020.



### 2.2.3 Princípio da Maximização de Ativos

Conforme os dois princípios anteriores já deixaram explícito, o trabalho falimentar consiste em liquidar os bens do devedor de modo com que seja possível satisfazer o crédito do maior número de credores, ou até a integralidade deles. A maximização dos ativos baseia-se, portanto, em criar mecanismos que proporcionem o alcance do maior valor possível oriundo da realização do ativo do devedor.

A própria Lei 11.101/05 trouxe formas de alienação do ativo de modo a valorizar os bens do devedor. *In verbis*:

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV – alienação dos bens individualmente considerados.

[...] <sup>41</sup>

Nota-se que a preferência legal é que ocorra alienação empresarial da forma mais completa possível, como a venda do estabelecimento por um todo. Diante da impossibilidade, que seja vendida em filiais. Se ainda assim não for possível, parte-se para a alienação individualizada. O objetivo disso é impedir a deterioração de parte do negócio, sendo preferível a venda do todo como um só.

Além disso, ao alienar a integralidade da empresa falida, estar-se-á prestigiando o princípio da preservação da empresa, pois será possível ampliar as oportunidades desta se recuperar e manter as atividades em produção.

Outro ponto da Lei 11.101/05 que prestigia o princípio em referência é o seu artigo 75, pois dispõe que, ao afastar o devedor das atividades empresariais, o faz para preservar e otimizar os recursos produtivos da empresa. Acertada a previsão do

---

<sup>41</sup> BRASIL. Lei nº11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 03 mar. 2020.

legislador, tendo em vista que, se o devedor já levou a empresa à bancarrota uma vez, não seria nada razoável permitir que este continuasse nas atividades de gerência.

Por fim, perceptível, ainda, a preocupação do legislador ao instituir o art. 113, da Lei 11.101/05. O referido artigo dispõe que é possível vender os bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a desvalorização, de forma antecipada. Tal previsão legal é essencial para maximizar os ativos do devedor, pois se considerar, por exemplo, uma indústria de laticínios, não seria viável aguardar todo o trâmite burocrático do processo da falência para, então, somente depois, vender os produtos.

Assim, possível perceber a relevância da maximização dos ativos do devedor para melhor resguardar o árduo trabalho de assegurar o crédito de terceiros, além de, em certa medida, proporcionar a preservação da empresa, ao passo que se esta for alienada integralmente, poderá manter-se no mercado.

#### **2.2.4 Princípio da Publicidade dos Atos e Procedimentos**

Presente no art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88<sup>42</sup>, bem como disposto no artigo 11<sup>43</sup> do Código de Processo Civil de 2015, o Princípio da Publicidade é de suma importância para o processo judicial como um todo, e não é diferente nos casos falimentares.

O Princípio em comento se refere à publicidade de todos os atos processuais, disponibilizando-os para acessos e consultas não somente das partes, mas também para qualquer outro interessado. Como leciona Fazzio Júnior, a publicidade está aliada à transparência, o que é salutar nos casos de insolvência. A relevância se fundamenta na necessidade existente de que os procedimentos sejam previsíveis e claros, como a estipulação de prazos para diligências, habilitação de credores e possibilitar a ciência do andamento processual a eventuais credores<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 5º, LIV, da Constituição Federal – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

<sup>43</sup> Art. 11, *caput*, do CPC – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

<sup>44</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 18.

O aludido Autor ainda menciona a importância de que a publicidade seja realizada não só pelo judiciário, mas também pelos demais agentes que integram o processo de falência, como o administrador judicial, o Ministério Público, o próprio devedor e os credores. Isto porque, considerando o objetivo de resolver a questão para o maior número de credores possível, a chance de proporcionar maior publicidade fica ainda maior com a disponibilização e a ampla divulgação dos atos já praticados e dos atos futuros.

### **2.3 Do Princípio da Preservação da Empresa e a Sua Aplicabilidade Nos Processos de Falência**

O tema central desta tarefa é analisar a aplicabilidade de determinado princípio em um instituto jurídico específico, qual seja a falência. Para tanto, se faz mister, ainda que de forma resumida, traçar algumas teorias e assim definir um entendimento para melhor elucidar este exame.

A disposição estrutural da Lei 11.101/2005 ficou da seguinte forma: o capítulo I aborda as disposições preliminares, que consistem nos artigos 1º ao 4º. O capítulo II, que abrange o art. 5º até o 46, cuida das disposições comuns aos dois institutos, isto é, dispositivos que se aplicam tanto para a recuperação quanto para a falência. O capítulo III começa a especificar os institutos, pois o art. 47 até o 72 cuida especificamente da recuperação judicial, ao passo que o capítulo IV da convocação da recuperação judicial em falência. O capítulo V, que vai do art. 75 até o art. 160 cuida da falência em si. O último capítulo, o VI, regula a recuperação extrajudicial.

Nota-se, portanto, que neste trabalho aborda-se questões acerca do tema falimentar, o que remete, na maioria das vezes, aos capítulos II e V. Todavia, o tema central deste trabalho é o Princípio da Preservação da Empresa, que tem previsão expressa no art. 47 da Lei, o que conduzirá a análise ao capítulo específico da recuperação judicial.

Diante da inserção do Princípio da Preservação da Empresa no capítulo que cuida tão somente da recuperação judicial, poder-se-ia, em uma análise precipitada, questionar se tal normal principiológica realmente se aplica aos demais casos, como à falência e à recuperação extrajudicial. Assim, para que não restem dúvidas,

imperioso demonstrar que o referido princípio, positivado no art. 47 da Lei 11.101/2005, ainda que disposto no capítulo da recuperação judicial, pode ser estendido e aplicar-se também à falência, assim como às outras situações cotidianas do mundo empresarial.

Cumpra observar, primeiramente, que antes de sua positivação, tal regramento já existia como um princípio no ordenamento jurídico, isto é, um princípio não positivado. Ainda que este trabalho não tenha o objetivo de analisar a hermenêutica dos princípios e levar o seu significado para um debate filosófico, é plenamente pertinente apresentar um breve conceito sobre a norma principiológica, mesmo com a maioria dos doutrinadores propondo variadas conceituações que não se harmonizam. O próprio Lenio Streck, em sua obra sobre hermenêutica jurídica, disse que “os princípios não têm conceito definido”<sup>45</sup>.

Ainda que não haja “conceito definido” para princípio, é interessante adotar a ideia formulada por Celso Antonio Bandeira de Mello, que assim os define:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>46</sup>.

Bem explica o administrativista ao dizer que os princípios servem para proporcionar a melhor compreensão à norma. Se os princípios servem para a melhor compreensão e integração do direito, certo é que não precisam estar positivados em texto legal, apesar de muitas vezes estarem. Fato é que, pelo simples fato de serem princípios, fica superada a legalidade estrita.

Por isso, ainda que não houvesse a positivação do princípio em qualquer texto legal, este continuaria sendo válido e aplicável, pois é corolário dos fundamentos da ordem econômica e financeira, bem como dos princípios gerais da atividade econômica. Assim, leciona Paulo de Barros Carvalho:

---

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 108.

<sup>46</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. P. 476.

Os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação de um dado feixe de normas. [...] Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enuncia-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los<sup>47</sup>.

Ocorre que, esta explanação sobre a não positivação do Princípio da Preservação da Empresa em qualquer diploma legal, e ainda assim ser possível que este vija no ordenamento, é apenas uma hipótese. No atual sistema jurídico brasileiro, é plenamente cabível traçar a sua base originária na Constituição Federal de 1988, isto antes mesmo da positivação na Lei 11.101/2005.

Conforme leciona Alexandre de Moraes, a Constituição da República Federativa do Brasil é classificada, em relação à finalidade, como dirigente. Isto significa que a CRFB/88 não somente assegura aquelas garantias já existentes, mas também prevê diretrizes para uma atuação ulterior, que devem ser observadas, em especial, pelo legislador. São as normas programáticas que devem orientar as ações governamentais futuras<sup>48</sup>.

Com isso, o legislador deve se pautar pelas normas constitucionais programáticas, para que as normas infraconstitucionais guardem referibilidade com aquilo que o constituinte havia idealizado. Assim, sobre o tema que aqui mais interessa, o constituinte originário inseriu no texto constitucional o Título VII, que trata sobre a “ordem econômica e financeira”. Dentro deste, o Capítulo I, que dispõe, especificamente, sobre os “princípios gerais da atividade econômica”, onde se inclui a função social da propriedade.

Ao analisar de forma sistêmica a função social da propriedade, decorrente da ordem econômica e financeira constitucional, chega-se à da função social da empresa, e dela decorre o princípio da preservação da empresa. Por isso, já que a preservação da empresa é decorrente de uma cadeia que se origina na função social da propriedade, necessário partir desta até chegar naquela.

---

<sup>47</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 148.

<sup>48</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

Ao falar de função social da propriedade é essencial definir o que é a “função”. Eros Grau o fez com as seguintes palavras: “as funções são os poderes que se exercem não por interesse próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”<sup>49</sup>. Logo, função é aquilo que atende a uma finalidade precípua, não só de interesse daquele titular, mas de terceiros, ou melhor, da sociedade.

Nesta mesma trilha, ensina Fábio Comparato:

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção.

(...) Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nestas, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva.<sup>50</sup>

Partindo deste pressuposto, a função social da propriedade está disposta na Constituição Federal tanto no artigo 5º, no rol dos direitos fundamentais, quanto no art. 170, este em referência à atividade econômica. Ao examinar a função social da propriedade, conseqüentemente, se faz necessário ater ainda mais à “propriedade”, pois é desta que se extrai a ideia de empresa como um dos fatores que proporciona a ordem econômica.

Em referência ao primeiro tópico deste trabalho, ao tratar sobre a distinção entre empresa e empresário, falou-se que o empresário é aquele que exerce profissionalmente a atividade empresa. Ocorre que, a empresa é propriedade, logo deve ser exercida de modo a cumprir a função social prevista. Por isso que, as empresas, ao serem consideradas como grandes fontes de empregos, de tributos e distribuidoras de renda, estão diretamente atendendo ao interesse de terceiros, isto é, cumprindo a função social da propriedade e especificamente a função social da empresa.

---

<sup>49</sup> GRAU, Eros Roberto. Elementos do direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 119.

<sup>50</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. Revista Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nova série, a. 22, abr./jun. 1983, p. 61.

Enxergando que a empresa atende a uma função social, por proporcionar inúmeros benefícios que extrapolam a esfera econômica, inclusive, em muitos casos, atuam em grandes serviços de assistência social, foi consolidando-se o entendimento de que a preservação desta seria fundamental para o desenvolvimento socioeconômico, daí surgiu o Princípio da Preservação da Empresa.

Por ser decorrente de uma função social constitucional, conforme demonstrado acima, o Princípio da Preservação da Empresa é aplicado cotidianamente nas relações negociais. A previsão expressa do princípio no capítulo legal que cuida especificamente da recuperação judicial se deu pelo fato de que, neste instituto, a preservação da empresa é o objeto fim de todos os esforços dispensados.

Ora, todos os demais institutos possuem outras finalidades principais além da preservação da empresa, mas este não é o caso da recuperação judicial. Por isso, não teria outro capítulo mais adequado para que o princípio em questão fosse inserido dentro da legislação pátria.

Ainda que seja abordado em capítulo próximo casos concretos de processos de falência que tiveram como *ratio decidendi* o princípio da preservação da empresa, apenas para ilustrar este assunto que ora está em destaque, cabe observar esta breve ementa do STJ, que deixa claro que não se deve buscar somente a satisfação do crédito nos processos de falência, mas sim a observância mediante uma visão macro, o que, *in casu* deu ensejo à aplicação do princípio da preservação da empresa.

Ementa: COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA. DECRETO-LEI Nº 7.661 /45. VALOR ÍNFIMO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. INDEFERIMENTO.

**I. O Superior Tribunal de Justiça rechaça o pedido de falência como substitutivo de ação de cobrança de quantia ínfima, devendo-se prestigiar a continuidade das atividades comerciais, uma vez não caracterizada situação de insolvência, diante do princípio da preservação da empresa.**

II. Recurso especial conhecido, mas desprovido”.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 920140 MT 2007/0016802-7 (STJ) Data de publicação: 22/02/2011<sup>51</sup> (grifo meu).

---

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 920140/MT. Quarta Turma. Recorrente: FICAP S.A. Recorrido: Instaladora Elétrica LTDA. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 08

Nota-se que, o Superior Tribunal de Justiça deixa claro a possibilidade da aplicação do princípio da preservação da empresa ao julgar um pedido de falência, justificando a aplicação do princípio em razão viabilidade da manutenção das atividades comerciais.

Deve-se levar em consideração, portanto, que o Princípio da Preservação da Empresa, expresso no art. 47 da Lei de Falência e Recuperação Judicial, tem o objetivo de viabilizar o soerguimento do devedor na recuperação judicial, mas que, conforme demonstrado, também se aplica à falência<sup>52</sup>, pois assim mantém essa fonte produtora de diversas riquezas que é a empresa.

Segundo Nones<sup>53</sup>:

Do ponto de vista conceitual, o princípio da preservação da empresa é um princípio geral de direito de aplicação prática que tem por escopo preservar as organizações econômicas produtivas, diante de um prejuízo econômico e social que a extinção de uma empresa pode acarretar aos empresários, sociedades empresárias, trabalhadores, fornecedores, consumidores e à Sociedade Civil. Trata-se, portanto, de um princípio jurídico geral a ser aplicado pelo Poder Judiciário aos casos concretos para garantir a continuidade da empresa por sua relevância socioeconômica.

Nota-se que, a aplicação do referido Princípio se faz para assegurar a continuidade da empresa em razão da sua relevância socioeconômica como um todo, e não para beneficiar o empresário ou algum sócio da empresa. Muito pelo contrário. A benesse proporcionada a este é mera consequência, podendo, inclusive, não ocorrer, pois a unidade econômica que o mercado se interessa, em especial, é pela empresa, e não pelo seu gestor, tendo em vista a predominância do social.

Em termos francos, o objetivo da norma é manter no mercado econômico a empresa em razão dos seus diversos valores, no afã de proporcionar giro ao ciclo da produtividade, gerar empregos e fontes tributáveis ao fisco. Ao atingir esta percepção e notar a magnitude do Princípio, ainda que exista divergência jurisprudencial, é

---

de fevereiro de 2011. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13215776&num\\_registro=200700168027&data=20110222&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13215776&num_registro=200700168027&data=20110222&tipo=5&formato=PDF) > Acesso em 05 jun 2019.

<sup>52</sup> GUERRA, Luiz. Falências & Recuperações Judiciais de Empresas – Crise Econômico-Financeira. V 2, Brasília, GUERRA Editora, 2011. P.37.

<sup>53</sup> NONES, Nelson. Sobre o Princípio da Preservação da Empresa. Revista Jurídica FURB. Blumenau, v.2, n. 23, p. 114-130, jan.jun/2008.



possível perceber que os tribunais vêm aceitando e ampliando a sua efetivação cada vez mais.

### **3 DA APLICAÇÃO JUDICIAL DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Neste capítulo, pretende-se analisar alguns julgados, de variados tribunais, dos quais o Princípio da Preservação da Empresa foi utilizado como fundamento do *decisum*. Logo pela leitura do título dos subtópicos que compõe este terceiro capítulo, é possível perceber que o aludido Princípio é aplicado em, no mínimo, 03 situações distintas, oportunidade na qual apresenta-se cada uma delas.

Em que pese alguns julgados já terem sido mencionados anteriormente neste trabalho monográfico, pode-se considerar que foi feito de forma *en passant*, servindo tão somente para exemplificar o que estava sendo explanado. Tendo em conta que, os dois capítulos anteriores cumpriram a missão de demonstrar diversos aspectos da teoria empresarial, especialmente o ramo do direito falimentar, neste capítulo a análise se detém tão somente aos precedentes, demonstrando que as teorias outrora apresentadas são sim aplicadas cotidianamente pelo poder judiciário.

Ademais, poder-se-ia suscitar a dúvida se todos os casos apresentados já transitaram em julgado ou se ainda há alguns desses processos em curso. Em que pese a maioria deles já terem sim transitado em julgado, tal informação é irrelevante, tendo em vista que o objetivo desta análise é demonstrar a forma com que a sua aplicação foi realizada, isto é, a o que levou o judiciário, em dado momento, a utilizar o Princípio da Preservação da Empresa nos autos do processo de falência.

#### **3.1 Da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa em Razão da Existência de Outros Meios de Satisfação do Crédito**

O primeiro aspecto que a jurisprudência se baseia para aplicar o Princípio da Preservação da Empresa ocorre quando o autor do pedido de falência faz uso de tal instituto como forma de coagir o devedor a satisfazer o crédito de forma mais célere, já que, se não houver o pagamento, ocorrerá a quebra empresarial.

Percebendo que os credores utilizam a falência de forma inapropriada, os próprios magistrados de primeira instância vêm reconhecendo a ausência do real

interesse processual na demanda falimentar e, conseqüentemente, extinguindo o feito sem resolução de mérito. O caso abaixo que ilustram bem tal situação:

Cuida-se de Ação de Falência, proposta por POSTO TIRADENTES em desfavor de TERCON BSB - TERRAPLANAGEM E CONSTRUÇÃO LTDA.

Pretende a requerente a cobrança de débito que fora executado em ação de cumprimento de sentença cível com a decretação de falência da requerida.

A requerente noticia que há uma execução provisória em trâmite e pelo apenso verifica-se que o processo está suspenso por 180 (cento e oitenta dias) desde a data de 26/04/2012 com pedido feito pela própria requerente.

**Diante disso, a via eleita mostra-se inadequada por falta de possibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir, tendo em conta que a requerente já possui mecanismos para compelir a requerida a cumprir a obrigação.**

Ante o exposto, indefiro a inicial com fundamento no art. 267, inciso I, c/c o art. 271 e o art. 295, inciso III, e seu parágrafo único, inciso III, todos do Código de Processo Civil. (Grifos à parte)<sup>54</sup>.

Nota-se que, o credor possuía outros meios para a cobrança do crédito que lhe era devido, inclusive meios mais apropriados, porém optou por fazê-lo por meio do pedido de falência. Insatisfeito com a sentença aludida, o autor interpôs recurso de apelação, alegando que a ação estava instruída com todos os documentos necessários e que o interesse de agir consistia nos injustificados inadimplementos do devedor para com os credores.

Entretanto, ao julgar o caso, o colegiado, à unanimidade, entendeu correto manter a sentença de primeira instância, pois o autor do pedido estaria desvirtuando o instituto falimentar com vistas à satisfação do crédito.

PROCESSO CIVIL E DIREITO COMERCIAL. PEDIDO DE FALÊNCIA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PROPÓSITO DE COBRANÇA DE DÍVIDA. EXECUÇÃO EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA FALÊNCIA COMO SUSCEDÂNEO DE AÇÃO DE COBRANÇA.

1. Não é cabível utilizar-se do processo falimentar, especificamente do pedido de quebra, como substitutivo de ação de cobrança. Precedentes.

<sup>54</sup> DISTRITO FEDERAL. (14ª Vara Cível de Brasília). Pedido de Falência. Proc. N. 2012.01.1.093241-8. Requerente: POSTO TIRADENTES. Requerido: TERCON BSB TERRAPLANAGEM E CONSTRUÇÃO LTDA. Brasília, 22 de junho de 2012. Disponível em: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=4&CDNUPROC=20120110932418>. Acesso em: 18 mar 2019.

2. Em razão dos graves efeitos decorrentes da decretação de quebra da empresa, seu requerimento merece rigoroso exame, de modo a coibir seu uso como instrumento de coação para satisfação de créditos.

3. Apelo não provido.<sup>55</sup>

Nota-se que o autor havia preenchido os requisitos legais para ingressar com o pedido de falência em face do crédito que não fora satisfeito pelo devedor, porém o juízo sentenciante, bem como o tribunal *ad quem*, entenderam que a literalidade legal deveria ser afastada em prol da aplicação do Princípio.

De igual modo, no caso do processo nº 0730825-73.2017.8.07.0015, a parte autora havia sido vencedora em processo de conhecimento, e, logo em seguida, ingressou com cumprimento de sentença referente ao valor julgado procedente pelo magistrado. No curso do processo de cumprimento de sentença, o executado não pagou, depositou ou nomeou bens à penhora dentro do prazo legal.

Diante disso, a parte credora se utilizou do sistema da execução frustrada e ingressou com o pedido de falência. Ao receber o processo, a magistrada proferiu decisão interlocutória no sentido de que a autora não havia demonstrado a execução forçada em face da ré, e por isso oportunizou a emenda da inicial. *In verbis*, o teor do *decisum*:

Diante dos documentos juntados pela autora, sobretudo o de ID 11682632, observo que, após a fase de pagamento voluntário do débito, houve pedido de expedição de certidão para fins falimentares, sem, contudo, ter havido qualquer ato de execução forçada em desfavor da parte ré, o que imprescindível para a configuração da execução frustrada apta a ensejar o pedido de falência.

Assim, faculto emenda à petição inicial para demonstrar que, deflagrado o cumprimento de sentença, a parte ré efetivamente incorreu na tríplice omissão prevista no art. 94, inciso II, da Lei 11.101/05.

Saliento, ainda, que o pedido de falência, que poderá acarretar a execução concursal de credores, não pode ser utilizado como sucedâneo de ação de cobrança ou de cumprimento de sentença, sob pena de desvirtuamento do instituto<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> DISTRITO FEDERAL. (1 Turma Cível). Apelação. Proc. n. 20120110932418. Apelante: POSTO TIRADENTES. Apelado: TERCON BRASÍLIA TERRAPLANAGEM E CONTRUÇÃO LTDA. Relator(a): Des. Flávio Rostirola. Brasília, 05 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=20120110932418&COMMAND=ok&ORIGEM=INTER>. Acesso em: 18 mar 2019.

<sup>56</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo de Falência. Processo nº 0730825-73.2017.8.07.0015. Vara de Falências, Recuperações Judiciais, Insolvência Civil

Em resposta à decisão acima colacionada, a autora do pedido de falência peticionou no sentido de que não constitui requisito legal esgotar as diligências para localizar bens passíveis de constrição, mas que bastava demonstrar a ausência de indicação pela parte contrária.

Assim, logo em seguida sobreveio sentença extinguindo o feito sem resolução de mérito, pois a magistrada decidiu que a não demonstração de diligências forçando a execução dá ensejo à carência do interesse de agir. Em sentença, a magistrada deixou claro que a falência era medida excepcional em razão do princípio da preservação da empresa, o que impede de adotá-la como sucedâneo da ação de cobrança. Alguns trechos ilustram bem o entendimento do juízo sentenciante:

Entendo, entretanto, que a caracterização da situação de insolvabilidade da parte ré é indispensável para o ajuizamento do pleito de falência, sob pena de se desvirtuar o instituto legal.

O pedido de falência não pode se tornar sucedâneo de ação de cobrança, de modo que, para que possa se utilizar do instrumento legal do pedido de falência, deve a parte credora demonstrar que esgotou a via executiva, tendo realizado todos os atos constitutivos a seu alcance, na busca de satisfazer seu crédito, esse é o sentido do termo "execução frustrada".

(...)

Ora, a falência é medida excepcional e, em atenção ao Princípio da Preservação da Empresa, como tal

deve ser tratada, mantendo-se a atividade produtiva e os postos de trabalho em benefício de toda a coletividade.

Assim, não tendo a parte autora demonstrado a existência de uma execução frustrada, é carente de interesse de agir, por inadequação da via eleita, quanto ao pleito de falência, motivo pelo qual seu pedido deve ser extinto.

**Ante o exposto, declaro o feito extinto sem resolução de mérito nos termos do art. 485, inc. VI, do CPC.**

(...)<sup>57</sup>

Nota-se que, logo no primeiro grau de jurisdição, na primeira manifestação do juízo, este oportunizou a emenda da exordial para demonstrar se havia cumprido outros meios alternativos de constrição de bens. A parte autora, se apegando à

---

e Litígios Empresariais do DF. Claudia Cristina X INOVARE CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA- ME. Decisão proferida em 06 de dezembro de 2017. Disponível no DJe.

<sup>57</sup> Ibidem. Sentença proferida em 15 de dezembro de 2017, disponível no DJe.

literalidade da lei, entendeu que não estava obrigada a cumprir tais diligências, pois assim não dispunha o disposto no art. 94, inciso II, da Lei 11.101/05.

Em sentença, a magistrada manteve o entendimento de que seria sim necessário buscar outros meios de cobrança antes de ingressar com o pedido falimentar, tendo em vista tratar-se de medida drástica. Para tanto, fundamento a decisão no Princípio da Preservação da Empresa.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação, sob o fundamento de que a execução frustrada não deve se basear em uma ação do credor, isto é, o credor não estaria obrigado a demonstrar que buscou bens do devedor. No seu entendimento, bastava a conduta omissiva da parte devedora no sentido de não cumprir o art. 94, II, da Lei de Falência.

Ao julgar o recurso, por unanimidade de votos, a 8ª Turma do TJDFT decidiu por conhecer e não dar provimento à apelação, mantendo-se integralmente a sentença recorrida. Os desembargadores basearam a decisão na mesma trilha da sentença, fundamentando que a falência consiste em medida excepcional, considerando que a via judicial cabível seria a execução, não se admitindo a falência como instrumento de coação.

AÇÃO DE FALÊNCIA. ART. 94, II DA LEI Nº 11.101/2005. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FRUSTRAÇÃO. TRIPLA OMISSÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. MEDIDA EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. É incabível a decretação da falência de empresa com fundamento no cumprimento de sentença frustrado (Art. 94, II da Lei nº 11.101/2005) na hipótese em que não ficou claramente demonstrada sua inequívoca intimação para o pagamento da dívida, o que, por consequência, impede a caracterização do requisito da tripla omissão: ausência de pagamento, de depósito e de nomeação de bens suficientes à penhora dentro do prazo legal.

2. A decretação de falência é medida excepcional, em atenção ao princípio da preservação da empresa.

3. Recurso conhecido e desprovido.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (8ª Turma Cível). Recurso de Apelação. APC 0730825-73.2017.8.07.0015. Apelante: Claudia Cristina. Apelada: INOVARE CONSTRUTORA E INCORPORADORA EIRELI – ME. Relator: Des. Diaulas Costa Ribeiro. Brasília, 10 de maio de 2018. Disponível em <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 18 março 2020.

Na tentativa de levar o caso ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, a autora ainda interpôs Recurso Especial, porém restou inadmitido pelo presidente do TJDFT ao realizar o juízo de admissibilidade. Sem mais recursos, o acórdão colacionado transitou em julgado.

Conforme ementas abaixo, é possível verificar que outras turmas do TJDFT já haviam decidido neste mesmo sentido de que é exigível demonstrar o cumprimento da tríplice omissão do devedor, o que é feito como forma de dar cumprimento ao Princípio da Preservação da Empresa.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE FALÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL EM CURSO. LITISPENDÊNCIA. PRESSUPOSTO DO ARTIGO 94, II, DA LEI 11.101/05. EMENDA NÃO ATENDIDA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. EXTINÇÃO DO FEITO. ARTIGOS 295, VI, E 267, I, DO CPC/73. SENTENÇA MANTIDA.

1. No caso dos autos, o requerente pretende a decretação de falência da requerida com base na tríplice omissão verificada nos autos da execução nº 2012.01.1.013283-5 perante a 21ª Vara Cível do DF. **Ocorre que não restaram atendidas as reiteradas exigências do magistrado sentenciante para a apreciação do pedido de falência, baseado no inciso II do artigo 94 da Lei nº 11.101/05, que disciplina a recuperação judicial e falência da sociedade empresária.**

**2. Quando o feito de execução da quantia cobrada ainda se encontra em trâmite e eventual penhora de bens naqueles autos demonstra possibilidade de recebimento do crédito, não caracterizada a tríplice omissão exigida pelo inciso II do artigo 94 da Lei de Falências.**

3. A desídia do autor em emendar a inicial a contento, ocasiona o indeferimento da peça inaugural e a conseqüente extinção do feito, com base nos artigos 295, VI, e 267, I, do Código de Processo Civil/73.

4. Recurso de apelação conhecido e não provido. Sentença mantida. (Grifamos)<sup>59</sup>.

PROCESSO CIVIL. COMERCIAL. FALÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PRELIMINAR. NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEIÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. RECONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA.

I. A sentença que, embora sucinta, declina as razões pelas quais se reconhece a ilegitimidade ativa do requerente, cumpre a determinação dos artigos 93, IX, da Constituição Federal, e 165 e 458, II, do Código de Processo Civil.

---

<sup>59</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (5ª Turma Cível). Recurso de Apelação. APC 0002266-84.2016.8.07.0015. Apelante: SICOOB EMPRESARIAL. Apelado: Orion Serviços e Eventos LTDA. Relator: Des. Silva Lemos. Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&SELECAO=1&CHAVE=20160110123067APC>.

Acesso em: 18 março 2020.

II. Para a decretação da falência, deve o interessado demonstrar o estado de insolvência jurídica, caracterizado por meio da impontualidade injustificada, da execução frustrada ou da prática de ato de falência.  
 III. Não tendo sido frustrada a execução, não se processa o pedido de falência formulado com base no art. 94, II, da Lei 11.101/05.  
 IV. Negou-se provimento ao recurso. CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME.<sup>60</sup>

E assim também já decidiu o TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FALÊNCIA LASTREADA EM EXECUÇÃO FRUSTRADA - INSOLVÊNCIA NÃO COMPROVADA - PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA - CRÉDITOS A RECEBER AINDA PENDENTES DE PENHORA - CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE - PEDIDO DE QUEBRA RECHAÇADO - GRATUIDADE DA JUSTIÇA - BENEFÍCIO CASSADO

1. **A decretação de quebra de uma sociedade empresária somente se legitima quando constatada sua insolvência, a qual decorrerá de um concurso de credores.**
2. A inexistência de concurso de credores, e a prova de que a sociedade empresária possui considerável montante a receber do cliente do autor da ação afasta a situação de insolvência da pessoa jurídica, descaracterizando, ainda, a hipótese de execução frustrada.
3. A declaração de pobreza colacionada pelo requerente nos autos alicerça a presunção juris tantum, prevista em lei, a seu favor.
4. No entanto, a presunção de miserabilidade jurídica, porquanto relativa, pode ser elidida quando verificada nos autos prova de que o beneficiário da justiça gratuita possui condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu sustento, o que ocorreu na espécie.
5. Recurso a que se nega provimento. (Grifei).<sup>61</sup>

Nesta mesma trilha, de que não é possível se utilizar da ação de falência com o mero propósito de coagir o devedor ao pagamento da obrigação, o STJ também já decidiu que esta não é a via adequada.

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA. ACÓRDÃO ESTADUAL QUE IDENTIFICOU SIMPLES PROPÓSITO DE COBRANÇA. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

<sup>60</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (6ª Turma Cível). Recurso de Apelação. APC 2012011190749-0. Apelante: Heroyno Jose Coelho Pita. Apelado: Ferreira Santos Arquitetura e Engenharia LTDA. Relator: José Divino de Oliveira. Brasília, 27 de fevereiro de 2013. Disponível em <https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&SELECAO=1&CHAVE=20120111907490APC>.

Acesso em: 18 março 2020.

<sup>61</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (5ª Câmara Cível). Recurso de Apelação. APC 0001487-87.2005.8.13.0132. Partes: não informado. Relatora: Des. Áurea Brasil. Belo Horizonte, 28 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=A+decreta%E7%E3o+de+quebra+de+uma+sociedade+empres%E1ria+somente+se+legitima+quando+constatada+sua+insolv%Eancia%2C&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 21 março 2020.



**I. Descabido o pedido de falência quando o mesmo se reveste do simples propósito de cobrança de dívida, como substitutivo da via executiva, e, ainda, quando revelado pelo aresto estadual a intransigência da credora no recebimento do diminuto crédito pela via do acordo.**

II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7/STJ).

III. Recurso especial não conhecido. (Grifamos)<sup>62</sup>.

Em vista dos casos apresentados, é possível identificar que o judiciário aplicou expressamente o Princípio da Preservação da Empresa para justificar o indeferimento falimentar, ainda que houvesse o cumprimento dos pressupostos objetivos previstos na Lei 11.101/05, considerando tratar-se de medida drástica que gera grandes consequências para todos os envolvidos. Não há uma tentativa de negar a todo custo a falência empresarial, mas sim de esforçar-se em outras medidas e deixar esta como residual.

### **3.2 Da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa Com Fundamento na Viabilidade da Empresa Requerida**

O outro aspecto que também tem feito a jurisprudência aplicar o Princípio da Preservação da Empresa, consiste em considerar que determinada empresa possui viabilidade para se manter no mercado socioeconômico, com fulcro na função social da empresa prevista na Carta Magna<sup>63</sup>.

Conforme leciona Tomazette, a “[...] empresa representa a maior parte das atividades que fazem parte da economia moderna e delimita o âmbito de atuação do direito empresarial”<sup>64</sup>. Ora, sendo a empresa uma instituição tão essencial, deve esta receber incentivos por parte do Estado para que se mantenha de portas abertas. Por

---

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4 Turma). Recurso Especial. REsp 606485/RS. Recorrente: Ferramentas Gerais Comércio e Importação S.A. Recorrido: José Antonio de Ramas – Microempresa. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 16 de novembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200302049121&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 18 março 2020.

<sup>63</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 21 set 2018.

<sup>64</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, v. 3. Falência e Recuperação de Empresas. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

intermédio do judiciário, a fomentação do Estado consiste em fazer valer a conservação da empresa viável.

Nesta mesma trilha, pela função social da empresa, é possível vislumbrar que esta tem o dever de pautar as suas atividades cobrindo interesses e necessidades do coletivo, considerando que, como corolário da função social, está a busca do pleno emprego<sup>65</sup>.

A geração de empregos é a maior fonte geradora de tributos em favor do Estado, além de que, em muitos casos, são as empresas que se tornam responsáveis por fomentar os direitos sociais previstos no art. 6º, da Constituição Federal, dada a precariedade de prestação dos serviços por parte dos órgãos públicos.

Sustentando tal entendimento, Maria Helena Diniz ensina que “A empresa, portanto, é o núcleo convergente de vários interesses, que realçam sua importância econômico-social [...]”<sup>66</sup>, devendo, assim, receber esforços mútuos em favor da sua continuidade.

O fato de a falência, muitas vezes, levar a empresa ao seu encerramento, torna imperioso adotar como norte, ao aplicar a Lei 11.101/2005, o capítulo da Ordem Econômica previsto na Constituição Federal<sup>67</sup>.

Entretanto, são também diversos os pedidos de falência que realmente estão bem amparados e que a continuidade daquela empresa no mercado coloca em risco tanto a saúde dos seus credores, quanto de toda a economia.

Nesses casos, poder-se-ia até questionar se seria a hipótese de inobservância da fomentação da ordem econômica, mas analisando com acuidade, percebe-se que algumas empresas já não atendem ao interesse social, e realmente

---

<sup>65</sup> BRASIL, op. cit, Título VIII, Capítulo I.

<sup>66</sup> DINIZ, Maria Helena. A Importância da Função Social da Empresa. Revista Jurídica, São Paulo, v.2, n. 51, p. 387-412, 2018. Disponível em: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=1&sid=343eb848-4d30-44bf-a0df-4d53a0690a70%40sessionmgr4006&bdata=Jmxhbm9cHQtYnlmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=131274029&db=foh>. Acesso em: 06 set 2018.

<sup>67</sup> MIRANDA, Maria Bernadete. Nova Lei de Falências: (Comparativos e Comentários). 1 ed. São Paulo: Rideel, 2005.

merecem o encerramento para que não prejudiquem outras, conforme as palavras de Fábio Ulhoa<sup>68</sup>:

Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser relocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza [...] as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem.

Essas tais “más empresas”, citadas por Fábio Ulhoa, não possuem espaço na economia, pois o seu funcionamento no mercado é capaz de gerar mais prejuízos do que benefícios.

Caso o Estado reunisse esforços para salvar uma empresa com esse diagnóstico, o efeito nocivo às demais empresas seria agigantado, considerando que estas, as que aqui receberão o nome de “boas empresas”, poderiam não conseguir meios de concorrer com as empresas que estavam na iminência de falir, tendo em vista o suposto incentivo estatal. Neste mesmo sentido, é o que leciona Daniel Carnio Costa:

Empresas inviáveis devem falir e isso não é ruim. Ao contrário do que muitos poderiam pensar, a falência é instrumento de saneamento da economia, retirando do mercado empresas inviáveis e abrindo a possibilidade para que outras empresas possam ocupar o espaço deixado pelas falidas, produzindo os benefícios econômicos e sociais delas esperados.

A decretação da quebra de uma empresa inviável retira do mercado um agente defeituoso, que ocupava injustificadamente o espaço que poderia ser ocupado por outra empresa capaz de produzir bons produtos, prestar bons serviços, gerar um maior número de empregos (com mais qualidade) e recolher tributos em volume mais expressivo.<sup>69</sup>

Assim, visto que deve haver união de esforços com o fim de conservar a empresa, com exceção dos casos em que a atividade se mostra inviável e prejudicial à ordem econômica, passa-se a análise de alguns casos nos quais o judiciário aplicou o Princípio da Preservação da Empresa, em face da letra fria da lei, por considerar a viabilidade empresarial.

---

<sup>68</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Empresarial, v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>69</sup> COSTA, Daniel. Insolvência em foco. A importância social e econômica da falência. Migalhas, 09 de jan. de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/272081/a-importancia-social-e-economica-da-falencia>. Acesso em: 03 de jan. 2020.

Como temos visto, a ideia da preservação da empresa se faz presente em diversos dispositivos, por exemplo, quando o art. 94, I, da Lei 11.101/2005 prevê que o valor mínimo para o pedido de falência em face de obrigação cível que não fora cumprida deve ser equivalente a pelo menos 40 salários mínimos. Ao instituir este valor como mínimo, qual pode-se dizer que é uma quantia de grande monta, indiretamente o legislado aplicou a ideia de preservação da empresa.

Para viabilizar a aplicabilidade do aludido dispositivo em sua integralidade, o STJ aplicou esta regra ao caso do REsp nº 1.023.172/SP, ainda que o ajuizamento do pedido de falência tenha ocorrido antes da vigência da referida Lei, isto é, sob a regulação do hoje revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945<sup>70</sup>.

*In casu*, a empresa credora ingressou com pedido de falência em face da empresa devedora, na data de 03 de agosto de 2001. Ao julgar a lide ainda na primeira instância, o magistrado já aplicou o teor do disposto no art. 94, inciso I, para afastar o interesse de agir, uma vez que o valor da dívida era de R\$ 6.244,20 (seis mil duzentos e quarenta e quatro reais e vinte centavos), o que ia de encontro ao disposto na nova lei.

(...)

O estado de falência é presumido pela prática de determinados atos ou não de pagamento de obrigação líquida constante de título executivo. Tal estado é de fato, tornando-se estado de direito apenas após a sentença de falência.

Evidente que o pedido de falência no presente caso representa abuso de direito, merecendo ser rechaçado, posto que a dívida que a fundamenta é pequena, dentro dos costumes mercantis, incapaz de destruir a solvabilidade de uma empresa. Para receber seu crédito deve o autor valer-se de via executiva, alhures citada, a que não se presta o rito falimentar. Podendo-se ainda observar o disposto do artigo 620 do Código de Processo Civil de que quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Por outro lado, também é de ser observado que a ação se arrasta há mais de quatro; desde o ajuizamento da ação a requerida não se acha em atividade; inexistem bens em nome dela/ré e o valor pleiteado é inferior ao previsto na nova legislação que regula a matéria.

Por conseguinte, o indeferimento da inicial mostra-se oportuno, pois além de por fim a uma via-crúcis sem solução, o credor, através de ações próprias, teria sua pretensão almejada.

---

<sup>70</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945. Lei de Falência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm) Acesso em 09 jun. 2019.

Por ausência do legítimo interesse processual, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL, JULGANDO EXTINTO O PROCESSO, na forma do art. 267, inciso I e IV, do Código de processo Civil e artigo 295, inciso III, do mesmo Codex, sem julgamento de mérito.<sup>71</sup>

Em segunda instância, ao julgar a apelação interposta pelo credor, o tribunal de justiça manteve a decisão recorrida.

(...)

Inegável que o artigo 192, “caput”, da Lei nº 11.101/2005, estabelece que: *“Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei nº 7.661/45”*, sendo este o motivo da ressalva do artigo 200 da Lei de Recuperações e Falências.

No entanto, apesar dessa norma de direito intertemporal, não se pode ignorar que o ordenamento jurídico atual, revelando a preocupação social com a manutenção das empresas em dificuldades e ante as consequências que, via de regra, decorrem da quebra, prejudicando mais o credor que o próprio empresário, impôs um piso para o montante das obrigações, evitando que sejam formulados pedidos de falência com base em obrigações de pequeno valor.

Tal preocupação não justifica a nítida separação estabelecida pela nova lei, admitindo a quebra por inadimplemento de obrigações insignificantes para os pedidos formulados até 8 de junho de 2005, e negando-a aos pleitos apresentados posteriormente. Afinal, se a preocupação atual é a de procurar recuperar empresas em dificuldades, ofende o bom senso admitir a quebra naqueles casos em que, apesar de requeridos anteriormente à vigência da nova lei, os processos de falência ainda não tenham sido apreciados.

A orientação que a nova Lei de Falências adota deve servir de norma interpretativa do art. 1º do Decreto-lei nº 7.661/45, afastando-se a falência quando o inadimplemento envolve obrigação de valor pequeno, pois nem este teria sido o objetivo do legislador ao admitir a presunção de estar falido o comerciante pelo não pagamento de obrigação líquida, constante de título executivo.

Correta, portanto, a sentença que indeferiu o pedido de falência por falta de interesse de agir, alvitando o manejo do processo de execução que de forma mais simples e célere atende à pretensão da credora, sem as consequências drásticas e graves decorrentes da falência, observando-se o princípio da preservação da empresa.

(...)

---

<sup>71</sup> BRASIL. Segunda Vara Cível da Comarca de Assis, TJSP. A requerida não foi encontrada para o ato citatório, razão pela qual foi intimada via edital e lhe foi nomeada Curador Especial, o que apresentou defesa. Para os autos vieram informações da inexistência de bens em nome da ré. É o relato essencial. Sentença proferida nos autos do Processo nº 1.533/01. Calçados Racket LTDA e Contato Confecções Tarumã LTDA. 04 de novembro de 2005. Registro no livro próprio nº137, às fls. 02-07, sob nº 1628/05, em 07 de novembro de 2005.

Assim, com base no art. 557, “caput”, do CPC, nego seguimento ao recurso de apelação, manifestamente improcedente.<sup>72</sup>

Alegando que deveria incidir a lei vigente à época do ajuizamento, com fulcro no art. 192 da Lei 11.101/2005<sup>73</sup>, o credor interpôs o mencionado Recurso Especial nº 1.023.172/SP. Para o credor, caso aplicada a legislação vigente à época do ajuizamento, não haveria valor mínimo para a falência baseada da impontualidade, ao revés do que ocorre com a lei atual.

Ao julgar o RESP, o relator do processo no Superior Tribunal de Justiça, Min. Luis Felipe Salomão, entendeu que o caso não deveria ser analisado meramente sob a óptica do direito intertemporal, mas que deveria considerar também a vontade do constituinte originário. Por isso, ao proferir o seu voto, o Relator considerou o art. 170, inciso II<sup>74</sup>, e o *caput* do art. 174<sup>75</sup>, ambos da Constituição Federal. O primeiro traz a já apresentada função social da propriedade e o segundo o dever do Estado de incentivar tanto o setor público, quanto o privado que exerce atividade econômica.

Assim, aplicou o princípio para demonstrar a razoabilidade que se encontra ao afastar a quebra empresarial em detrimento de um valor que, comparado com as consequências causadas, pode ser tido como ínfimo. Abaixo, um trecho do voto:

Dessarte, 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 sócio-econômica da decretação da falência.

Nessa ordem de idéias, não atende ao correto princípio de política judiciária a decretação da quebra de sociedade comercial, lançando sobre ela e seus

---

<sup>72</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Seção de Direito Privado. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. Decisão em separado. Recurso de Apelação. Ação nº 10836/2001. Calçados Racket LTDA e Contato Confecções Tarumã LTDA. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. 10 de maio de 2007. Diário Oficial do TJSP, 19 de maio de 2007.

<sup>73</sup> Art. 192 da Lei 11.101/2005: Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

<sup>74</sup> Art. 170, II, da Constituição Federal de 1988: 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: II - propriedade privada;

<sup>75</sup> Art. 174 da Constituição Federal de 1988: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

empregados a pecha da falência, em razão de débitos de valores pequenos, com as drásticas conseqüências sociais que seriam fatalmente irradiadas dessa situação e que se afiguram sobremaneira nocivas e desproporcionais em relação ao montante do crédito em discussão<sup>76</sup>

Acompanhado pelos demais ministros da Quarta Turma, o acórdão foi assim ementado<sup>77</sup>:

EMENTA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI 7.661/1945. IMPONTUALIDADE. DÉBITO DE VALOR ÍNFIMO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. O princípio da preservação da empresa cumpre preceito da norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário, de modo que refoge à noção de razoabilidade a possibilidade de valores inexpressivos provocarem a quebra da sociedade comercial, em detrimento da satisfação de dívida que não ostenta valor compatível com a repercussão sócio-econômica da decretação da quebra.

2. A decretação da falência, ainda que o pedido tenha sido formulado sob a sistemática do Decreto-Lei 7.661/45, deve observar o valor mínimo exigido pelo art. 94 da Lei 11.101/2005, privilegiando-se o princípio da preservação da empresa. Precedentes.

3. Recurso especial não provido.

Nota-se, portanto, que o princípio da preservação da empresa se faz valer desde a elaboração da lei pelo poder legislativo, sendo fruto da vontade do legislador, que indiretamente o inseriu na Constituição Federal por meio da função social da propriedade privada. Outro ponto que merece destaque sobre os autos em estudo é a análise cuidadosa pelo judiciário para com o caso concreto, analisando não somente a literalidade dos dispositivos legais, mas sim a forma sistêmica do ordenamento jurídico.

Diferentemente do caso ora relatado, no Agravo de Instrumento nº 601.295.4/1-00<sup>78</sup>, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisou o pedido da

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). Recurso Especial. REsp nº 1.023.172/SP. Recorrente: Calçados Racket LTDA. Recorrido: Contato Confeções Taruma LTDA ME. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 19 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200800120140&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 10 de jun 2019.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Câmara Especial de falências e Recuperações Judiciais). Agravo de Instrumento. AI nº 601.295.44/1-00. Agravante: Viação Aérea São Paulo S.A – VASP. Agravado: Massa Falida de Viação Aérea São Paulo S.A – VASP. Relator: Des. Pereira Caldas. São Paulo, 05 de maio de 2009. Cópia integral disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1299981&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 21 março 2020.

hoje extinta Viação Aérea VASP, sob a óptica do Princípio da Preservação da Empresa, mas ainda assim identificou que a referida empresa não possuía viabilidade para se manter no mercado.

No caso, ocorreu o decurso do prazo bienal da supervisão judicial sem que houvesse o integral cumprimento das obrigações contidas no plano. Diante disso, houve decisão de convalidação da recuperação judicial em falência, e a empresa se insurgiu contra o *decisum* com fundamento no Princípio da Preservação da Empresa. Os desembargadores, entretanto, debateram e decidiram que o r. Princípio não poderia ser utilizado indistintamente. Se a empresa VASP não conseguiu cumprir o plano de recuperação no prazo previsto, esta não detinha a viabilidade de se manter em funcionamento no mercado.

Com os casos apresentados, fica possível perceber o que já havia sido apresentado com base doutrinária, isto é, quando a empresa se mostrar realmente viável, é possível aplicar o Princípio da Preservação da Empresa para proporcionar a sua manutenção. Todavia, o princípio não deve ser aplicado como forma de manter toda e qualquer empresa no mercado, devendo ser aplicado tão somente quando a empresa apresentar indícios de manter a execução das atividades em pleno funcionamento.

### **3.3 O Sistema da Impontualidade e a Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa**

Além dos dois casos específicos dos quais foi possível perceber a aplicabilidade do Princípio, a ideia de preservação da empresa também foi prestigiada pelo poder legislativo quando este instituiu que a falência baseada na impontualidade deveria ter todos os títulos protestados, seja o título extrajudicial ou judicial, conforme art. 94, §3º, da Lei 11.101/2005<sup>79</sup>.

Existem diversos meios que proporcionam a demonstração da inadimplência, mas ao optar pela via do protesto, o legislador propôs maior solenidade ao ato em

---

<sup>79</sup> BRASIL. Lei nº11.101, de 09 de fev. de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 21 set. 2018.



razão dos efeitos que a decretação da falência enseja. Além disso, como decorrência do protesto do título executivo, tem-se a intimação do devedor feita pelo próprio cartório. Neste ponto, Tomazette é muito claro ao vislumbrar que “se o devedor empresário mesmo intimado por um cartório não paga a obrigação, isso denota que ele não tem condições de honrá-la, fazendo presumir sua insolvência”<sup>80</sup>, por isso a importância do protesto do título.

Ao julgar o REsp nº 1.124.763/PR, o STJ destacou a possibilidade da falência baseada na impontualidade mediante títulos executivos diversos, desde que a soma dos que foram protestados atingisse a quantia de 40 salários-mínimos. *In casu*, o recorrente até apresentou títulos que somados eram superiores a este valor, porém só realizou o protesto de um deles, sendo que este título, individualmente, não atingia o disposto no art. 94, §3º da Lei 11.101/2005. Diante disso, o recurso foi desprovido por deixar de cumprir um dos requisitos. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE FALÊNCIA. PROTESTO DE TÍTULOS. VALOR MÍNIMO DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS.

1. Para decretação da falência, é imperioso que todos os títulos executivos não pagos sejam protestados ou, pelo menos, caso o protesto se refira a apenas alguns desse títulos, que perfaçam o valor de 40 (quarenta) salários mínimos, conforme expressa disposição legal.

2. No caso em exame, o protesto realizado pelo ora agravante foi de apenas um dos títulos executivos, sem que fosse alcançado o valor estipulado em lei.

3. Agravo regimental não provido.

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.<sup>81</sup>

Entende-se que a própria necessidade de protesto já é uma forma de preservação da empresa, tendo em vista que irá proporcionar maior segurança também ao devedor, considerando que o título passará pelo crivo do cartório. Além

<sup>80</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, V.3, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, P. 403.

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Especial. AgRg no REsp nº 1.124.763/PR. Agravante: Hélcio Kronberg. Agravado: Hotel Doral Apucarana LTDA. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.124.763&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 11 jun 2019.

disso, o mero ato de protestar já pode ser considerado uma etapa antecessora da falência como meio de coagir o devedor ao pagamento.

Isso porque o protesto impede a expedição de certidão negativa de débitos, que é necessária para buscar o crédito perante instituições financeiras e demais operações de compra e venda. Além disso, obsta também a contratação perante o Estado, gera a inscrição nos bancos de devedores como SPC e SERASA, etc. Por fim, o cartório irá notificar o devedor para que seja oportunizado o pagamento. Se este não o fizer na primeira oportunidade, tenta-se a intimação por edital. Tudo isso são oportunidades de pagamento voluntário antes do procedimento falimentar, o que, frisa-se, viabiliza a preservação da empresa.

Diante dos casos práticos apresentados neste capítulo, foi possível demonstrar as variadas hipóteses de aplicação do princípio da preservação da empresa como fundamento decisório em questões falimentares. O objetivo disso foi demonstrar que todo o conteúdo teórico sobre o tema é útil e plenamente utilizado no cotidiano jurídico. Todavia, em que pese a matéria ser adotada pelos tribunais, o próximo capítulo tem o intuito de apresentar medidas alternativas para a cobrança do crédito, bem como sugerir ao judiciário solução aos impasses identificados quando da análise dos casos práticos.

## **4 MEIOS DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO ALTERNATIVOS À FALÊNCIA**

Pelo que fora explanado até aqui, em conjunto com o que é possível extrair dos julgados apresentados, não restam dúvidas de que a falência é medida residual, que somente deve ser adotada quando as demais modalidades de cobrança do crédito se mostrarem ineficazes, tendo em vista as drásticas consequências geradas com a decretação de quebra.

Diante disso, neste capítulo pretende-se apresentar algumas outras modalidades de buscar a satisfação do crédito antes de ingressar com o pedido de falência. Ademais, considerando que o foco do trabalho é especificamente o princípio da preservação da empresa, aponta-se alguns dispositivos legais dos quais fica evidente a vontade do legislador de preservá-la, ainda que ocorra a quebra empresarial.

Por fim, considerando que o credor tem o poder de receber o que é seu por direito, que no caso em questão é o crédito, e ao mesmo tempo existe toda essa questão da função social da empresa que já foi exaustivamente apresentada, faz-se uma sugestão de medida ao judiciário, para quando estiver diante deste impasse.

### **4.1 A Utilização Implícita do Princípio da Preservação da Empresa Pelo Legislador**

Em que pese a existência de conflito aparente de normas ou até mesmo de antinomia em determinado ordenamento jurídico, o objetivo maior é que as normas guardem pertinência entre si. Observando o disposto constitucional sobre a função social da empresa, da qual decorre o princípio da preservação da empresa, o legislador seguiu tais diretrizes em diversas outras normas infraconstitucionais.

No tópico 3.3 deste trabalho, já foi mencionada a previsão legal do art. 94, I, da Lei 11.101/2005, que impõe como requisito a necessidade de protesto do título executivo até a quantia de 40 (quarenta) salários-mínimos. Tal requisito proporciona maior segurança tanto ao credor, que terá o auxílio do cartório para a satisfação da dívida, quanto para o devedor, que saberá que aquela cobrança passou pelo crivo do cartorário.

Além disso, ao estipular como requisito o valor mínimo de 40 salários-mínimos, o legislador tenta afastar o pedido de falência baseado em toda e qualquer dívida de pequeno valor, excluindo-as, desde o ajuizamento. Cabe dizer que, tal previsão não afasta somente a cobrança de pequenos valores, mas busca ponderar uma quantia que seja razoável para não gerar a extinção de dada empresa quando existente outra opção viável.

Outro ponto que merece destaque é o previsto no art. 130, parágrafo único<sup>82</sup> e o art. 133, §1º, I<sup>83</sup>, ambos do Código Tributário Nacional<sup>84</sup>.

Conforme a regra do *caput*, do art. 130, do CTN, os tributos relativos à determinada coisa, ainda que haja transmissão da propriedade desta, serão transferidos à pessoa do adquirente. É o que se chama de obrigação *propter rem*, isto é, que se transmite automaticamente em razão da transferência da coisa. Entretanto, o parágrafo único deste dispositivo inova ao possibilitar exceção. A exceção consiste em sub-rogar o tributo, que até então seria transmitido ao adquirente, no preço pago pela coisa, desde que a aquisição ocorrer por meio de hasta-pública.

Com isso, torna-se viável àquele que pretende adquirir a coisa não ser surpreendido com eventuais tributos após a aquisição. Ou melhor, ainda que este tenha ciência dos tributos sobre a coisa, antes de realizar a aquisição, torna-se praticável a compra, pois poderia ocorrer de os valores de tributos serem superiores ao valor do bem.

---

<sup>82</sup> Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxa de prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

<sup>83</sup> Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: (...)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

I – Em processo de falência; (...)

<sup>84</sup> BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 22 mar. 2020.

Neste mesmo sentido, o art. 133, § 1º, I, do CTN, também trouxe exceção à regra principal. Em regra, quando ocorre a transferência de estabelecimento comercial, e o adquirente continua a exploração mediante a mesma razão social, este passa a responder pelos tributos que eram devidos antes mesmo da aquisição. A exceção consiste em não aplicar a sucessão tributária quando a alienação for judicial em processo de falência.

Mais uma vez a exceção legal é uma forma que o legislador encontrou de viabilizar a aplicação do princípio da preservação da empresa. Ora, se não houvesse essa exceção, o adquirente do estabelecimento já iniciaria os negócios com um passivo financeiro enorme, que por vezes o impediria de executar os projetos. Já com a exceção, ocorre certo incentivo para que o adquirente continue a explorar as atividades antes exercidas pela falida, e assim, literalmente, preservar a empresa e toda a função social que esta é capaz de gerar.

Mas é claro que, já conhecendo as possíveis artimanhas que poderiam ser adotadas pelo falido ou por aqueles que estão próximos dele, o legislador inseriu o § 2º, que prevê a não aplicação do parágrafo anterior quando o adquirente for sócio da falida, parente, consanguíneo ou afim do devedor ou algum outro agente com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

Outro ponto que também demonstra a preocupação do legislador em implementar o princípio da preservação da empresa ocorre com o disposto no art. 84 da Lei 11.101/05, que inovou com a figura do credor extraconcursal. O credor extraconcursal é aquele que prestou serviço à massa falida, e não ao devedor. Isto é, que manteve relação jurídica após a decretação da quebra.

Isto se torna possível em razão do que dispõe o art. 99, XI, da Lei Falimentar, que permite ao juiz não declarar a lacração imediata do estabelecimento, mas que, quando possível, possibilite a continuação provisória das atividades do falido, agora sob a gestão do administrador judicial.

Se a empresa demonstra ter viabilidade, desde que não seja sob a gestão do falido, é sim possível que esta continue a atividade no mercado. Para tanto, será necessário continuar se relacionando com fornecedores e prestadores de serviços.

Tendo em vista que estes últimos já ingressariam no negócio com certo risco, a figura do credor extraconcursal serve justamente para estimular terceiros a continuarem contratando com a empresa falida, e assim possibilitar que a atividade alavanque. A recompensa para este terceiro consiste em pagá-lo com precedência, isto é, antes mesmo de obedecida a ordem do art. 83.

Com essa sintética explanação, é possível verificar que, o princípio da preservação da empresa, de origem constitucional, não está presente apenas de forma explícita no art. 47 da Lei 11.101/05, mas também implicitamente em outras leis e em outros dispositivos legais, tamanha é sua importância para mercado.

#### **4.2 Meios Alternativos de Satisfação o Crédito**

Percorrido todo esse caminho explanatório, possível perceber que o intuito do credor, ao ingressar com o pedido de falência, não é obter o fechamento dos estabelecimentos e cessar o funcionamento da empresa devedora. Isso é mera consequência, e como visto, nem sempre ocorrerá. O objetivo do credor, ao ingressar com o processo de falência, é liquidar o patrimônio do devedor para que o resultado do montante sirva para sanar o crédito que é seu por direito.

Por se tratar de medida drástica, o instituto falimentar deve ser utilizado como última alternativa de recebimento do crédito. Diante disso, deve-se prestigiar algumas outras formas de satisfação do crédito, tanto judiciais quanto extrajudiciais, que poderiam ser adotadas pelo credor antes de optar pela via falimentar.

A primeira forma de cobrança do crédito que pode ser citada, por considerá-la mais simples até pelo fato ser extrajudicial, seria a contratação de empresa especializada em cobrança. Independente da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor<sup>85</sup> aos possíveis casos, o art. 42<sup>86</sup> deste Diploma Legal serve de norte para que, na cobrança de qualquer débito, o inadimplente não seja exposto ao ridículo, sofra qualquer constrangimento ou ameaça.

---

<sup>85</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 27 mar. 2020.

<sup>86</sup> Art. 42 - Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Considerando o alto número de empresas especializadas em cobrança de créditos no mercado, e que estas detêm experiência em cobranças, é possível que o credor contrate uma dessas empresas para que esta passe a negociar diretamente com o devedor. A vantagem desta modalidade de cobrança consiste na faculdade de as partes negociarem amplamente, como, por exemplo, permitir parcelamento, exclusão de multa, redução de juros, entre outros.

Outra forma extrajudicial de cobrança do crédito é a inscrição do devedor nos diversos bancos de proteção ao crédito, que armazenam informações sobre adimplência e inadimplência de determinadas pessoas, que pode gerar o conhecido “nome sujo na praça”.

Esses tipos de bancos de dados possuem o intuito de proporcionar informações sobre determinada pessoa ser boa ou má pagadora, por exemplo, no momento de tentar um financiamento ou qualquer outra linha de crédito. Isso já é uma medida para coagir o devedor ao pagamento da dívida, visto que, se houver o pagamento, o nome será excluído deste banco de dados negativo.

Casos essas alternativas extrajudiciais não sejam suficientes, pode-se ainda judicializar a cobrança mediante basicamente 03 procedimentos distintos, a saber (i) ação de execução; (ii) ação monitória e (iii) ação de cobrança.

A ação de execução tem os requisitos elencados no art. 783 e seguintes do Código de Processo Civil, e se fundamenta basicamente em um título executivo, que consiste em documento no qual já revela de pronto o direito reclamado, isto por considerar que a dívida ali consubstanciada é líquida, certa e exigível. Cada um desses pontos já foi explicado, na sessão em que se abordou sobre o sistema da execução frustrada. O diferencial do processo autônomo de execução se fundamenta no título já ser documento suficiente para demonstrar o direito, o que dispensa a fase de conhecimento.

Neste momento, é importante o credor saber que, se o crédito está consubstanciado em título executivo, é possível adotar o rito do processo de execução em seu favor. Neste rito, após a apresentação da exordial, o juiz irá citar o executado para realizar o pagamento em três dias. Logo, este é um procedimento que viabiliza o

recebimento do crédito de forma mais célere se comparado aos outros meios, considerando que, aqui a regra é que não haverá a defesa mediante toda e qualquer alegação, mas será oportunizada apenas uma impugnação bem específica ao executado.

Todavia, caso o crédito esteja consubstanciado em título que não seja considerado executivo, isto é, que não está no rol do art. 784, do CPC, será possível a propositura de ação monitória.

A ação monitória está descrita no art. 700 do Código de Processo Civil, e será adotada quando a prova for escrita, porém não tiver a força executiva, mas ainda assim é um meio de que o credor se utilize de instrumento mais célere. Isso porque, após o recebimento da exordial, se restar evidenciado o direito do autor, o juiz expedirá mandado monitório, ordenando desde já o pagamento da dívida no prazo de 15 (quinze) dias.

Caso o réu não concorde com os fatos apresentados, ou com o valor informado pelo autor, poderá opor embargos à ação monitória, mas que, se rejeitados, constitui-se de pleno direito o título executivo judicial em favor do autor.

Ainda assim, caso as duas ações acima se mostrem inviáveis em determinado caso, aquele que pretende cobrar uma dívida ainda poderá adotar ação de cobrança, que seguirá o rito do processo de conhecimento comum. O processo de conhecimento, como o próprio nome já induz, terá a apresentação dos fatos por ambas as partes ao juízo, para que este forme o convencimento motivado. Para chegar a este conhecimento, será percorrido o rito comum do processo, isto é, ocorrer a citação, audiência de conciliação/mediação, contestação, réplica, instrução completa, até chegar à fase decisória.

Nota-se, portanto, que é um procedimento mais completo, e conseqüentemente mais moroso, mas que não deixa de ser uma opção viável ao suposto credor. Além disso, na maioria das vezes, continua sendo mais célere que o próprio processo de falência.



A questão maior é que, em todas essas três ações diferentes, o credor poderá perseguir o que lhe é devido com instrumentos dentro do próprio processo cível. O art. 854, do CPC, por exemplo, faculta ao autor o pedido de penhora mediante a pesquisa Bacenjud, que tornará indisponível valores encontrados em contas bancárias de titularidade do executado. Além disso, o próprio credor pode realizar uma pesquisa de patrimônios pertencentes ao devedor e indicá-los ao juízo, no afã de que este determine a penhora.

Como forma de forçar o devedor ao pagamento da condenação judicial, o art. 523, § 1º, do CPC, prevê ainda que o débito será acrescido de multa de 10% (dez por cento), além de majorar os honorários advocatícios.

O intuito de apresentar essas formas de cobranças alternativas à falência é, de certa forma, cumprir indiretamente a menor onerosidade possível a ambas as partes, visto que assim o credor poderá receber o crédito de forma mais célere, e por meio dos instrumentos adequados, deixando o pedido falimentar somente para quando a empresa não demonstrar viabilidade de realizar o pagamento.

#### **4.3 Sugestão de Satisfação do Crédito Diante do Indeferimento Falimentar**

Após a leitura do capítulo 3 deste trabalho, chama atenção a difícil situação que o judiciário é obrigado a resolver: de um lado, existe o credor, que cumpriu os requisitos legais e ingressou com o processo de falência. De outro, há a sociedade empresária, que apesar de não ter cumprido com a obrigação que deveria, qual seja a satisfação do crédito, está enfrentando um pedido de falência. Ocorre que, por vezes, em que pese a existência da dívida, e por isso a sociedade não merece sair ileso, mas a falência acaba se tornando medida mais drástica que o necessário.

Ora, é como se ambas as partes tivessem certa razão, e, simultaneamente, ambas pudessem ter evitado que isso ocorresse. Portanto, quais seriam as alternativas possíveis ao judiciário? Nos casos estudados foram basicamente duas: ou o judiciário (i) decretou a falência em razão do cumprimento dos requisitos legais, deixando de se ater ao princípio da preservação da empresa ou (ii) com fundamento no princípio da preservação da empresa, indeferiu o pedido de falência e extinguiu o processo. Ora, seja uma ou outra alternativa, ao final do litígio umas das partes estará

plenamente insatisfeita, sendo que o judiciário pode dedicar maior atenção para esgotar as alternativas antes de tomar alguma das decisões.

Neste subtópico, portanto, pretende-se apresentar sugestão de medida ao judiciário, para que este não aplique exclusivamente uma ou outra forma, mas que encontre o meio termo entre elas.

Uma das alternativas, hoje inaplicável, mas que seria uma opção viável para resolver o litígio, ocorre quando o autor do pedido de falência baseado na execução frustrada não tiver esgotado os meios de satisfação nos autos da execução. Nos casos práticos em que isso ocorreu, como citado, o judiciário indeferiu o pedido de falência e o credor ficou, como dito no popular, “a ver navios”.

Em um desses casos apresentados, a magistrada oportunizou a emenda à inicial para que a autora do pedido de falência demonstrasse que, nos autos da execução, agiu com diligência para buscar bens do devedor. Entretanto, a autora se negou a tal emenda, pois entendeu que era obrigação do devedor ter apresentado, voluntariamente, os bens necessários. Diante disso, o juízo indeferiu o pedido de falência e extinguiu o processo sem resolução de mérito.

Em situações idênticas à narrada, considerando o interesse mútuo na resolução da lide, a sugestão que pode ser proposta consiste em o juízo, ao invés de indeferir de pronto o pleito falimentar, instaurar incidente processual das ações cíveis de satisfação do crédito – leia-se monitória, cobrança ou execução – enquanto os autos da falência ficam suspensos.

Com isso, o judiciário estaria prestigiando os dois interesses simultaneamente. Haveria o prestígio ao Princípio da Preservação da Empresa, pois seria oportunizada medida menos gravosa antes de partir para a decisão de (in) deferimento falimentar e, ao mesmo tempo, oportunizaria ao credor o recebimento do crédito.

Inclusive, nesta situação, o crédito poderia ser recebido pelo credor até mesmo de forma mais célere. Isso porque, caso haja o pagamento em processo civil,

o recebimento será praticamente imediato, ao passo que nos autos da falência será necessário aguardar todo o trâmite burocrático da liquidação de bens.

Evidente que, para isso seria necessária alteração legislativa, visto que tal previsão inexiste no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, não poderia o juiz decidir sobre fatos que não estão descritos nos pedidos postulados pelas partes.

O que pode ser feito atualmente, pois já existe previsão legal no art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, é a faculdade do devedor de realizar o depósito elisivo<sup>87</sup> como garantia para o tempo que perdurar a discussão falimentar. Neste caso, se o autor tiver razão, basta levantar o montante depositado e a falência não precisa ser decretada. Por outro lado, se assistir razão ao devedor, basta que este levante o que havia depositado anteriormente e, igualmente, a falência não será decretada.

A ação do judiciário, a qual já existe, mas que poderia ser ainda mais frisada, consiste em ressaltar ao réu a possibilidade de realizar o depósito elisivo, pois assim, ainda que o autor/credor tenha razão, a consequência será tão somente o levantamento do depósito, ao passo que a empresa poderá continuar em funcionamento.

Todavia, em diversas situações o devedor não dispõe de montante suficiente em caixa para realizar o depósito elisivo. Por isso, outra alteração cabível, que também dependeria de iniciativa do Poder Legislativo, consiste em acrescentar dispositivos à própria Lei 11.101/2005, no intuito de inovar com previsão específica que relacione o Princípio da Preservação da Empresa ao instituto falimentar.

Isso porque, conforme já demonstrado, a preservação da empresa está mencionada expressamente na Lei 11.101/05 apenas no artigo 47, isto é, capítulo legal que regula especificamente a recuperação judicial.

A sugestão, portanto, é no sentido de que conste no capítulo legal da falência (art. 75 ao 160) a possibilidade de o magistrado tomar providências amparado no Princípio da Preservação da Empresa. A proposta é que isso ocorra quando o juízo

---

<sup>87</sup> Depósito do valor total do débito, realizado como forma de impedir a decretação falimentar (art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/05).

dispuser de indícios consideráveis sobre a viabilidade da empresa, amparado em conteúdo contábil relacionado a solvibilidade da empresa. Nesses casos, haveria a obrigatoriedade ao magistrado, antes de proferir a sentença de quebra, de solicitar laudo específico sobre a manutenção das atividades daquela empresa.

Com a expedição desse laudo elaborado por profissional competente e especializado, o magistrado teria ainda mais instrumentos para analisar a manifesta possibilidade de continuidade ou não daquela que está na eminência de falir.

Em que pese a proposta apresentar determinar ao magistrado que encaminhe os autos à perícia contábil, para expedição de laudo técnico, a obrigatoriedade não se estende a vincular o conteúdo deste à decisão que será proferida, tendo em vista a previsão já existente no ordenamento de que o juiz não está vinculado à prova apresentada.

Cabe ressaltar, entretanto, que ainda que nos termos do art. 479, do Código de Processo Civil, o juiz não esteja adstrito ao laudo, o mero fato de ter que fundamentar na decisão as razões que o levaram a considerar de uma ou outra maneira em relação a tal prova, já agregaria de forma substancial ao processo de falência.

Este crivo específico, sob o prisma do Princípio da Preservação da Empresa, proporciona maior sentido social ao instituto falimentar, sem prejuízo da já implícita aplicação por intermédio da faculdade do depósito elisivo. Isso porque, ainda que o demandado na falência não disponha de verba suficiente para realizar o depósito elisivo, a jurisdição continua sendo oportunizada, prestigiando, conseqüentemente, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

## CONCLUSÃO

Após a pesquisa aqui apresentada, que se iniciou com o desenvolvimento de questões teóricas acerca do direito empresarial, até chegar ao ramo do direito falimentar, com a conseguinte demonstração do tema em casos práticos do ordenamento jurídico pátrio, foi possível perceber que o Princípio da Preservação da Empresa não é mera abstração jurídica, motivo pelo qual se buscou proporcionar uma visão da relevância e magnitude deste princípio nos litígios falimentares.

Assim, este trabalho analisou as duas vertentes do processo falimentar. De um lado, a necessidade de satisfação imediata de determinado crédito, e, de outro, as etapas para que o credor pleiteie o que é seu em face do devedor. Um desses limites, como se sustenta, é a observância do Princípio da Preservação da Empresa, por meio do qual alguns parâmetros são estabelecidos, o que permite que ocorra a regular e gradativa cobrança do crédito.

Isso porque, conforme apresentado, a preservação da empresa é decorrente da função social constitucional, o que justifica que a sua manutenção é essencial para a economia, mercado financeiro e para o Estado, em razão dos tributos e fonte de emprego, entre outras variadas razões. O ponto determinante consiste em estabelecer que, não é qualquer dívida que se torna capaz de gerar a falência.

É possível chegar a essa conclusão ao se constatar que o próprio legislador, constitucional e infraconstitucional, estabeleceu normas implícitas e explícitas que buscam prestigiar a preservação da empresa.

Nesse mesmo sentido, verifica-se que o Poder Judiciário tem importância salutar ao aplicar o Princípio da Preservação da Empresa em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico, conforme os casos reais apresentados demonstram a aplicação em hipóteses distintas.

Contudo, mesmo considerando que o credor busca, com grande interesse, a satisfação do crédito, é necessário que não seja olvidada a aplicação do Princípio da Preservação da Empresa no momento da busca desses créditos. Se assim não

ocorrer, configura-se efetiva possibilidade de que o próprio autor, e também o réu no processo falimentar, sejam prejudicados.

É o que se verifica, por exemplo, na hipótese de indeferimento do pedido de falência em razão do desvirtuamento do instituto, considerando que estaria utilizando-o como forma de coagir o devedor. Além disso, há o risco de decretar a falência de uma empresa que tenha condições de manutenção.

Considerando que o judiciário deve aplicar o Princípio da Preservação da Empresa, mas que para isso requer alguns respaldos legais para melhor fazê-lo, há a necessidade de formulação, pelo legislativo, de instrumento que possibilite ao magistrado resolver o imbróglio falimentar de forma que oportunize prestigiar as duas partes. Isso porque, o credor tem razão ao buscar o crédito que é seu por direito, e, simultaneamente, a empresa deve ser preservada no mercado sempre que possível.

As medidas apresentadas neste trabalho, como proposta de alteração pelo Poder Legislativo, buscam viabilizar essas duas vertentes. A primeira, consiste em facultar ao magistrado a instauração de incidente processual quando verificar que o autor do pedido falimentar não adotou outras formas de satisfação do crédito anteriormente ao ajuizamento da falência. Enquanto tramita o incidente – seja monitória, cobrança ou execução, a sugestão é que os autos da falência fiquem suspensos.

A segunda proposta de alteração é a inserção de dispositivo expresso, no capítulo que regula especificamente a falência (art. 75 ao 160), na Lei 11.101/05, como, por exemplo, determinar ao magistrado que encaminhe os autos para que perito contábil realize a verificação da viabilidade ou não da parte ré nos autos falimentares.

De tal modo, em ambas as hipóteses, mostra-se necessário que o Poder Legislativo seja provocado para realizar alterações na legislação de modo a tornar possível que, nas hipóteses em que o credor ingressa com o pedido falimentar, com título devidamente fundamentado, e que, em contrapartida, a empresa devedora detenha a capacidade de adimplir com a obrigação, seja possível a satisfação do crédito objeto do litígio sem a decretação da medida extrema da declaração do estado

de falência, assim ocorrendo plena aplicação do Princípio da Preservação da Empresa.

## REFERÊNCIAS

- BORBA, Tavares. **Direito societário**. 10ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial**, v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2007.
- COMETTI, Marcelo. **Desmistificando o “Elemento de Empresa” na atividade intelectual exercida pelo empresário**. Jusbrasil, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Reforma da Empresa**. Revista Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nova série, a. 22, abr./jun. 1983.
- COSTA, Daniel. **Insolvência em foco**. A importância social e econômica da falência. Migalhas, 09 de jan. de 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **A Importância da Função Social da Empresa**. Revista Jurídica, São Paulo, v.2, n. 51, p. 387-412, 2018.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FÉRES, Marcelo Andrade/ coordenador Frederico Viana Rodrigues. **Direito de Empresa no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense.
- GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- GUERRA, Luiz. **Falências & Recuperações Judiciais de Empresas – Crise Econômico-Financeira**. V 2, Brasília, GUERRA Editora, 2011.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**, v. 4: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2006.



MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil** v.3. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Nova Lei de Falências: (Comparativos e Comentários)**. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

NONES, Nelson. **Sobre o Princípio da Preservação da Empresa**. Revista Jurídica FURB. Blumenau, v.2, n. 23, p. 114-130, jan.jun/2008.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 9ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSSIGNOLI, Estefânia. **Direito empresarial: coleção sinopse para concursos**. 3ª Ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2014.

SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de Empresa: teoria da empresa e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado – doutrina, jurisprudência e prática**. 5ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**, v. 1. Teoria Geral e Direito Societário. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**, v. 3. 5ª Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2017.