

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

**A Função Social da Empresa como Fundamento
da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas)**

ADRIANA MARIA BEZERRA DE FREITAS
Matrícula 0278439

ORIENTADOR

Prof. Me. LUIZ EDUARDO DOS SANTOS

COMPONENTES DA BANCA DE DEFESA:

Prof. Dr. REGNOBERTO MARQUES DE MELLO JÚNIOR
Prof. JÚLIO CARLOS SAMPAIO NETO

FORTALEZA - CEARÁ
Junho de 2010

ADRIANA MARIA BEZERRA DE FREITAS

**A Função Social da Empresa como Fundamento
da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas)**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como parte das atividades para a obtenção do título de bacharel, do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Professor orientador
Luiz Eduardo dos Santos

Fortaleza
2010

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará
como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Adriana Maria Bezerra de Freitas

A aprovada em: _____ de Junho de 2010.

Prof. Me. Luiz Eduardo dos Santos (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Mello Júnior
Universidade Federal do Ceará

Prof. Júlio Carlos Sampaio Neto,
Universidade Federal do Ceará

“... ‘porquanto Deus, justo e severo, vos dirá: Que fizeste, ecônomo infiel, dos bens que te confiei?’ (...) Qual o melhor emprego que se pode dar à riqueza? Procurai nestas palavras ‘Amái-vos uns aos outros’ a solução do problema. Elas guardam o segredo do bom emprego das riquezas.”

Cheverus (Bordéus, 1861.)

AGRADECIMENTOS

*Ao Pai, pois dEle é sempre o
primeiro lugar.*

*Aos meus pais, Maria e Inácio, a quem busco honrar
a cada nova conquista, grata que sou por todo esforço
e dedicação à minha educação.*

*Aos mestres e colegas de curso, de quem recebi muito
mais do que pude esperar.*

*E a todos que, de alguma
forma, contribuíram para essa conquista.*

RESUMO

Esta monografia teve como objetivo avaliar o fundamento da Lei 11.101/2005 no princípio da função social da empresa. Tratando, pois, de legislação federal, abrangeu além do território nacional, alguns aspectos de legislação internacional. Os dados e informações básicas necessárias à análise foram obtidos de livros, artigos, revistas e sítios da INTERNET, bem como, de outros trabalhos relativos ao assunto. O principal instrumento de análise foi a doutrina. A pesquisa indica o sucesso na aplicação da lei, ficando evidente a sua eficácia na solução dos problemas para os quais foi idealizada. No entanto, ainda é um instrumento a ser melhorado, em virtude da necessidade de adequação à agilidade do mercado.

PALAVRAS-CHAVE: Função social da Empresa. Direito de Propriedade. Preservação da Empresa. Recuperação da Empresa. Viabilidade da Empresa.

ABSTRACT

This monograph intends to evaluate the fundamentals behind Law 11.101/2005 with respect to the social functioning of an enterprise. This Law, albeit being federal, has several aspects that concern international law. The data and basic information needed in this analysis were gathered from books, articles, magazines, and internet web sites, as well as other relevant works in this field. The main instrument of study was doctrine. The research indicates that the law was applied successfully, showing its effectiveness in resolving problems for which it was idealized. However, it is an instrument that needs to be improved to better reflect the reality of an ever changing market.

KEY-WORDS: Social Function of Company. Right of Propriety. Preservation of Company. Recuperation of Company. Viability of Company.

SUMÁRIO

Introdução	09
1. Do Direito de Propriedade	10
1.1. Evolução histórica do direito de propriedade	10
1.2. Direito de propriedade atualmente no Brasil	13
1.3. Limitações ao direito de propriedade	14
1.4. Algumas considerações doutrinárias	16
2. Da Função Social	18
2.1. Da inclusão da função social no direito de propriedade	18
2.2. Da função social da propriedade	23
2.3. Da função social da empresa	25
2.3.1. Da teoria do acionista	25
2.3.2. Da função social da empresa	27
2.3.3. Da função social e da responsabilidade social da empresa	33
3. Função Social da Empresa e a Lei 11.101/2005	36
3.1. Da preservação da empresa	36
3.2. Da viabilidade da empresa	39
3.3. Do fundamento da Lei 11.101/2005	41
4. “A lei que deu certo”	45
5. Breves Comentários sobre casos emblemáticos	49
5.1. VARIG	49
5.2. Parmalat	51
5.3. Bombril	52
Considerações Finais	55
Referências bibliográficas	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a existência da função social da empresa como um dos princípios norteadores do Direito Empresarial nacional, fazendo sua conceituação, pormenorizando sua importância para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária, de acordo com os preceitos da Constituição Federal de 1988, e, principalmente, explicitando o seu papel como fundamento da Lei 11.101/2005, tomando por base os princípios fundamentais do Direito Falimentar, e sem deixar de localizar, na CF de 1988, o valor da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, inicialmente serão abordados aspectos do direito de propriedade, inclusive suas limitações, vez que a função social é uma delas, para em seguida concentrar o estudo no ponto principal da pesquisa, qual seja, a função social da empresa, em seu conceito e amplitude, e seu papel como fundamento da Lei de Recuperação de Empresas, discorrendo previamente acerca dos princípios da preservação e da viabilidade da empresa, fatores de mensuração da importância social da unidade econômica e requisitos para deferimento do processo de recuperação.

Por fim, dados estatísticos serão apresentados para demonstração da eficácia da aplicação da LRE, assim como alguns casos notórios dessa aplicação, estes apenas a título ilustrativo.

1 DO DIREITO DE PROPRIEDADE

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade é uma das mais antigas prerrogativas humanas. O “ter” nasce quase simultaneamente com o “ser”.

Segundo a lição de Santo Tomás de Aquino, o direito de propriedade é um direito inerente ao homem e sua motivação, sendo determinante também para a autodefinição dos povos e suas gerações futuras.

Jairo Coelho Moraes demonstra que “o direito antigo constitui-se em face da predominante influência da religiosidade (...) como dimensão legitimadora de sua aplicação à ordem social”¹ (MORAES, p.31,). Ao tratar de direito de propriedade, notamos que não é distinto desta visão.

Nesse mesmo sentido afirma Fustel de Coulanges em sua grande obra o seguinte:

“Entre a maior parte das sociedades primitivas, foi pela religião que se estabeleceu o direito de propriedade (...). Não foram as leis que a princípio garantiram o direito de propriedade; foi a religião”² (COULANGES, 1961)

A propriedade era primeiramente baseada em uma profunda ligação com os ancestrais de uma determinada família (nota-se que a propriedade não é individual). Estes eram venerados em seus túmulos e considerados Deuses. Somente a família poderia prestar os rituais, ninguém mais que não fosse ligado por agnição poderia presenciar o culto ritualístico.

¹ MOARAES, Jairo Coelho, *O Fenômeno Jurídico da Antigüidade*, pág. 31 (obra ainda não publicada)

² COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Traduzida. www.eBooksBrasil.org. 1961

Por serem os túmulos irremovíveis, em regra, a família era obrigada a permanecer e tomar posse do solo. A terra torna-se inseparável da família. Somente ela poderia ter este direito. Era uma seqüência clara: um deus, um túmulo, uma família. Daí surge a idéia de propriedade. Não deixando dúvida de que “não se podia adquirir a propriedade sem o culto, nem o culto sem a propriedade”³ (COULANGES, 1961).

Em Roma, de início, não havia uma sistematização dos conhecimentos sobre o tema em tela, daí a grande dificuldade pelos estudiosos do Direito Romano para encontrar as primeiras definições de propriedade. Mas foi lá que a propriedade ganhou contornos mais nítidos, a partir da construção do direito real de propriedade, consistente em um complexo de direitos ou prerrogativas exercidas por uma pessoa sobre determinada coisa. A propriedade apresentava-se como um direito absoluto, no sentido de não comportar limites ou restrições, o qual conferia ao seu titular um poder de usar, gozar e dispor da coisa. Para os juristas romanos daquela época, a propriedade era constituída de três faces: *usus* (o poder de utilizar-se da coisa); o *fructus* (o poder de perceber frutos ou produtos do bem); e o *abusus* (o poder de consumir ou alienar a coisa).

Porém, posteriormente, sobreveio a Lei das Doze Tábuas, que já previa a proteção contra os atos considerados atentatórios à existência deste poder sobre as coisas, a exemplo do furto, dos danos causados por animais em propriedade alheia, dentre outros.

A partir daí, tal concepção foi-se desenvolvendo, tanto que, no período clássico, foi reconhecida a propriedade quiritária – aquela decorrente da constituição da cidade de Roma, típica dos patrícios, ou seja, aquela que seu titular deveria ser obrigatoriamente um cidadão romano, isto é, gozar do *status civitatis*.

Ainda no período clássico, havia a propriedade provincial em que o Estado, proprietário pleno da terra, apenas concedia o gozo a particulares, cidadãos romanos ou não, que por esse uso pagavam tributo anual denominado *agri tributarii*.

Já no período da República, com o direito pretoriano, posteriormente à propriedade quiritária, surgiu a propriedade pretoriana ou bonitária, vindo a amenizar o rígido conceito de

³ COULANGES, *op .cit.*, 1961

propriedade previsto pelo *jus civile*. Este tipo de propriedade “podia ser adquirida não só pelos cidadãos romanos, mas também pelos estrangeiros e os modos de aquisição nem sempre eram solenes e formais.

Ainda nesse período, havia outro tipo que era a propriedade peregrina, esta concedida, num primeiro momento para posse, sem qualquer direito de propriedade. Noutra ocasião, os peregrinos passaram a ser considerados pelos governadores ou pelo pretor peregrino, legítimos proprietários de suas terras, desde que situadas fora de Roma, nas províncias.

Até o período pós-clássico essas diferentes espécies de propriedade vão desaparecendo de forma tal que, no tempo de Justiniano, só existirá, como no direito moderno, uma única disciplina por norma. Ou como entendem outros, ocorreu a unificação destas todas em uma espécie caracterizada pela também unificação do *dominium* ou *proprietas*, e com limitações de caráter público administrativo sobre a propriedade daquele que a detinha.

Desta forma, ao bem regulá-la, a propriedade em Roma não mais se constituía como um direito absoluto. Conforme lição de Caio, a propriedade seria o *jus utendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur*; o direito devia ser usufruído conforme razões de Direito. Tais limitações surgiam no que concerne ao direito de vizinhança, às servidões e, principalmente, aos poderes dos senhores sobre os escravos. Afigurava-se aí uma incipiente noção de função social da propriedade.

Na Idade Média, a manifestação do direito de propriedade foi desmembrada em dois prismas: o *directum* e o *utile*. Neste sistema social, o proprietário das terras - o suserano, titular do *directum* - cedia a posse de parte de seu domínio ao vassalo, que exerceria o *utile*, tornando-se o que hoje é chamado de possuidor direto. Por sua vez, este poderia transferir parte da sua posse a outro, resultando numa trama de interdependências jurídicas.

A evolução social acabou por desaguar na formação da burguesia, estabelecida com o desenvolvimento da atividade comercial e florescimento das cidades, e isso fragilizou a nobreza feudal, incentivando a transformação de tal regime. Em decorrência, a propriedade de todas as terras foi transferida ao monarca, que, com o intuito de incrementar o erário, passou a explorá-las na forma de imposição de tributos.

O grande marco dessa transformação deu-se com a Revolução Francesa, cujo documento maior, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, previa que a propriedade seria "uma barreira intransponível para o Estado: um direito natural". Deste documento pode-se depreender que a propriedade ainda era revestida significativamente de caráter individualista, mesmo que já houvesse algumas limitações.

Essa concepção sofreu sérias reações, dentre as quais se destacam: Proudhon, que, considerava a propriedade individual "um roubo"; Marx, ao pregar a destruição da propriedade privada; e Comte, que veio aplainar a base da funcionalidade da propriedade, ainda que privada.

Apesar de tais reações, o direito de propriedade continua hoje com forte cunho individualista, embora limitações busquem melhor adequá-lo ao bem-estar social.

1.2 DIREITO DE PROPRIEDADE ATUALMENTE NO BRASIL

A propriedade atual, seja no Brasil ou em outro país, é um direito assegurado tanto pelas Constituições como por leis hierarquicamente menores. Para alcançar seu moderno conceito e a tutela de que goza nos dias de hoje, percorreu-se um árduo caminho, superando incansáveis lutas pela dignidade plena e pela preservação dos direitos indispensáveis ao homem. Portanto, a propriedade não mais se assenta exclusivamente no direito natural. É muito mais do que isso.

No Direito Brasileiro, a propriedade é tratada no Novo Código Civil, mais especificamente no art. 1128 como faculdade que tem o proprietário de "usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha". A definição é quase a mesma do Direito Romano, porém o Código Civil trata o assunto com

mais severidade, garantindo a propriedade, em princípio, somente àqueles que a possuem justamente.

A Constituição no Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no Art. 5º, inciso XXII diz que “é garantido o direito de propriedade” (CF, 1988), e o inciso ulterior, regra que “a propriedade atenderá a sua função social” (CF, 1988).

Disso depreende-se que a propriedade ganhou nova atribuição: a sua função social, que é, na visão de Gustavo Tepedino a “capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio (...) e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para o *massimo sociale*”⁴ (TEPEDINO, 2004, p.319). E a introdução desta função implica a evolução da propriedade em sentido social destinada à satisfação de exigências sociais.

Várias proteções da propriedade existente no direito da antiguidade, principalmente no Romano, ainda estão presentes no direito atual, em algumas das vezes, vistas de forma diferente devido à experiência histórica que trouxe benefícios e conhecimento para o homem corrigir seus erros e ineficiências. Citando algumas espécies de proteção, apenas a título exemplificativo, destacam-se *a rei vindicatio*, *a actio negatória* e os meios tuteladores dos direitos de vizinhança.

1.3 LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

O fundamento da propriedade está estatuído na Constituição Federal, em seus artigos 186 e 187, ali apresentados como forma de garantia de acesso e permanência na propriedade.

⁴ TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 2004

Há no direito pátrio uma série de limitações imposta ao direito de propriedade, assim como ocorreu no Direito Romano, porém atualmente obedecendo aos princípios de justiça. Na medida em que se busca dar um sentido coletivo à sua tutela, surge a necessidade de limitá-la, assim como com qualquer outro direito. E essas limitações surgem principalmente em face do interesse público. Maria Helena Diniz, sistematizando essas restrições, classificou-as da seguinte forma:

Limitações decorrentes de interesse social, quais sejam: **a) limitações constitucionais**, tais como: desapropriações por necessidade ou utilidade públicas e interesse social (art. 5ºXXV, da CF); jazidas, minas e demais recursos minerais (art. 176 da CF); desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária (art. 184 da CF); **b) restrições administrativas**, tais como: proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional; leis edilícias que limitam o direito à construção; leis de zoneamento etc; **c) restrições de natureza militar**, como por exemplo: requisição de bens móveis e imóveis necessários às forças armadas e à defesa da população (Decreto-lei 5451/43); restrições às transações de imóveis na faixa de fronteira (Decreto-lei 6430/44) etc; **d) restrições destinadas a proteger a lavoura, comércio ou a indústria**; **e) limitações decorrentes de leis eleitorais**, tais como: requisições de prédios para locais de votação etc; **f) limitações baseadas no interesse privado**, tais como: direito de vizinhança, restrições quanto ao uso da propriedade (arts. 186 e 188 do CC/2002); limitações similares às servidões; passagem forçada; passagem de cabos e tubulações (art. 1286 do Código Civil); águas; limites entre prédios; direito de tapagem (art. 1297 do Código Civil); e direito de construir.⁵

A regulamentação promovida pelo Novo Código Civil fez surgir uma sistematização com inúmeras dessas limitações, pois inúmeros são os fundamentos limitadores, diversas são as naturezas jurídicas dos institutos, e distintas são as formas de suas aplicabilidades. Assim, no âmbito do artigo 1228 do CC/2002 os limites impostos à propriedade são de ordem privada, de ordem administrativa e de ordem social.

Enfim, o direito de propriedade obedece a restrições que prevalecem do público para o privado. Teve, portanto, o legislador o objetivo de primar pelo cunho da função social que tem seu teor resguardado nos Direitos e Garantias Fundamentais constitucionais.

⁵ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2006, pág. 217/226

1.4 OUTRAS CONTRIBUIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Não há que se negar que o conceito de função social da propriedade, ainda que seja de certa forma, recente em nosso ordenamento, recebeu relevantes contribuições da Igreja medieval e sua doutrina. Conforme bem explicitado por Telga de Araújo, em a "Função Social Da Propriedade",

(...) desde Santo Ambrósio, propugnando por uma sociedade mais justa com a propriedade comum, ou Santo Agostinho, condenando o abuso do homem em relação aos bens dados por Deus, e Santo Tomás de Aquino, que vê na propriedade um direito natural que deve ser exercido com vistas ao *bonum commune*, até aos sumos pontífices que afinal estabeleceram as diretrizes do pensamento católico sobre a propriedade, sempre em todas as oportunidades, a Igreja apreciou a questão objetivando humanizar o tratamento legislativo e político do problema.⁶

O momento propulsor da teorização da Igreja acerca deste assunto deu-se com a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, quando se passou a discutir a contribuição ao bem comum, que deveria ser ensejada pelo uso da propriedade. Neste sentido, é a contribuição de São Tomás, ao pregar que, no concernente ao uso, o homem não deve possuir os bens exteriores como próprios, mas como comuns, de tal forma que facilmente os comunique nas necessidades dos outros.

Desta forma, prega a Igreja que a propriedade tem como característica intrínseca a função social, compreendendo o individual e o social, admitindo ainda a propriedade pública dos bens cuja apreensão individual viesse a configurar um risco para o bem comum.

Tomando por plataforma as concepções da Igreja, Duguit concebeu a propriedade como sendo função social, e pregando ainda a transformação da instituição jurídica da propriedade, postura coerente com a sua doutrina de negação dos direitos subjetivos. Para ele,

quem se encontrando na situação jurídica de proprietário teria a incumbência de empregá-la no incremento da riqueza e do bem comum. Ele ainda enxerga a referida transformação como uma socialização da noção de propriedade, pois no seu entender, deixa a propriedade de ser um direito do indivíduo para verter-se em função social, sendo, a cada dia, mais cerceada para proteger-se juridicamente a sociedade frente à propriedade.

Contra esta ideiação levanta-se Orlando Gomes⁷, defendendo que serve ela apenas para esconder a substância da propriedade capitalista, ao considerar a atividade do produtor de riqueza como uma profissão no interesse geral.

⁶ TELGA, Araújo, *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v.39, p. 7, 1977.

⁷ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Forense: Rio de Janeiro, 1998

2 DA FUNÇÃO SOCIAL

2.1 DA INCLUSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO DE PROPRIEDADE

O substantivo função, do latim *functio*, é derivado, na referida língua, do verbo *fungor*, cujo significado é de cumprir algo, ou desempenhar-se um dever ou uma tarefa.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda, em compilação do dicionário da Língua Portuguesa, são os significados da palavra função:

(...)1. Ação própria ou natural dum órgão, aparelho ou máquina. 2. Cargo, serviço, ofício. 3. Prática ou exercício de cargo, serviço, ofício. 4. Utilidade, uso, serventia. 5. Posição, papel. (...) 8. Jur. Cada uma das grandes divisões da atividade do Estado na consecução de seus objetivos jurídicos. 9. Jur. O conjunto dos direitos, obrigações e atribuições duma pessoa em sua atividade profissional específica(...).

Juridicamente, podemos entender a função como um conjunto de incumbências, direitos e deveres, que gravam a atividade a que estão atrelados, como, por exemplo, o exercício da propriedade, de cargo público, o contrato, a empresa, entre outros, e impõem um poder-dever ao que exerce a referida atividade, o proprietário ou possuidor, o servidor público, os contratantes e o empresário.

Entretanto, como bem lembra Fabio Konder Comparato, não se deve entender esse poder-dever “no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito.”⁹

⁸ FERREIRA, Aurélio B. H. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 827

⁹ COMPARATO, F. K. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, out. 1996. p. 41

É nesse contexto que se insere o instituto da função social, caracterizando-se como o poder-dever do titular da atividade, de exercê-la de acordo com os interesses e necessidades da sociedade, visando a uma sociedade livre, justa e solidária.

O mais antigo conceito de utilização social da propriedade é o coletivo, sendo mesmo a utilização coletiva da terra um antecedente da função social que pode ser entendido como propriedade possuída coletivamente pela tribo, para uso e gozo de todos os seus membros.

Os romanos possuíam vários institutos que demonstravam claramente a preocupação social. Entre eles o principal era o *omni agro deserto* que autorizava a aquisição da propriedade pelos agricultores que utilizassem e tornassem produtivas as terras longínquas e fronteiriças.

No período medieval, quando a dominação era exercida preliminarmente pelo senhor feudal não havia que se cogitar sobre fim social da propriedade.

Equiparado aos códigos da época, em termos de desconsideração da função social, o Código Civil português de 1867 inovou com relação aos demais, pois consagrou em seu art. 2167 a função social do direito real. A outorga concedida pelo Rei aos seus súditos mais fiéis de porções de terras comparáveis, em extensão, a países europeus, por meio de concessão de capitanias hereditárias, no Brasil do século XVI, representava o domínio das vastas terras, pela colonização portuguesa. Fracassado o sistema inicial, vigorou o sistema de sesmarias, o qual condicionava sua concessão ao aproveitamento útil e econômico que geralmente não era atingido. O sistema de posses foi introduzido no Brasil em 1850, pela Lei 601, Lei de Terras, cujo conteúdo permitiu concluir que a aplicação do sistema de sesmaria originou a formação da propriedade privada. A Lei de Terras visava à regularização do sistema distributivo de terras, tornando legal a apropriação originária, a ocupação condicionada à efetiva atividade exploratória do isolamento físico da demonstração do interesse pela terra ocupada. Apesar de não se poder considerar função social da propriedade, o sistema de regularização de posses pode ser interpretado com antecedente da doutrina posterior que pressupõe o cumprimento da função social pela efetiva utilização da terra.

A relativização dos direitos privados, pela função social ocorrida principalmente a partir de 1918, fez com que o bem-estar coletivo extrapolasse a responsabilidade da sociedade para incluir também o indivíduo. Os direitos individuais não são mais considerados como de interesse exclusivo do indivíduo, mas sim como instrumentos para a realização do coletivo.

Atualmente tornou-se praticamente impossível individualizar um interesse particular totalmente isolado, desvinculado do interesse público. A autonomia privada deixou de ser um valor em si. Os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses a funções socialmente úteis. Passa a haver uma transferência de importância crescente para o atributo da personalidade do indivíduo vinculado à liberdade, em detrimento à concepção romana de *dominium*, objetivando-se a correspondente adequação das finalidades sociais, especialmente a desejada redistribuição de rendas. É a publicização do direito privado; é a sua repersonalização, cujo valor máximo é a dignidade da pessoa humana, e não a proteção do patrimônio.

A Constituição da República Federativa do Brasil, expressamente reconhecendo como princípio a função social da propriedade, declarou o seu caráter social, mudando a visão do direito, do capital, da propriedade e da sociedade. Assim, ficou consignada na Carta Magna a noção de que o capital, a propriedade e seus acessórios deveriam trabalhar para o bem da sociedade e não o contrário.

No mesmo sentido veio, em 2002, o novo Código Civil que trouxe, também de forma expressa, o princípio da função social dos contratos, e implicitamente o princípio da função social da propriedade.

A evolução histórica dos institutos da propriedade e de sua função social acabou por desaguar, juntamente com o Direito Civil em geral, na seara Constitucional. E assim, o Código Civil deixa o centro das atenções no estudo do tema trazido à baila, cedendo lugar às normas superiores, em virtude do princípio de supremacia da Constituição.

Tal fenômeno pôde ser observado também na Constituição do México de 1917, que inseria em seu art. 27, que “A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade

privada as determinações ditadas pelo interesse público (...). Assim também, a Constituição da Alemanha de 1919 - Constituição de Weimar, trouxe, em seu art. 153 que “A propriedade obriga que seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”.

No Brasil, essa idéia entrou em nosso cotidiano jurídico com a Constituição de 1946, quando da interrupção do Estado Novo, pois, embora houvesse disposição constitucional acerca da regulação legal da propriedade, a vontade do regime ditatorial prevalecia em todas as ocasiões. Somente em 1967, apareceu textualmente a função social, como princípio de ordem econômica.

Atualmente, nossa Lei Fundamental, além de inserir a função social da propriedade no capítulo concernente a direitos e garantias individuais, proclama-o como princípio de ordem econômica, subdividindo seus efeitos conforme seja a propriedade urbana ou rural, o que configura uma inovação da atual constituição.

Neste contexto, foi concebido o novo Código Civil, em especial o já citado art. 1228, ao prever, em parágrafos inovadores, a função social da propriedade. O § 1.º estabelece que:

“O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

E continua no § 2.º:

“São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

De acordo com os princípios do novo Código Civil, essas disposições têm conformidade com o princípio da socialidade. Nas palavras do Professor Miguel Reale, em seu artigo "Visão geral do novo Código Civil",

(...)é constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um país ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o

povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí, o predomínio do social sobre o individual.¹⁰

Vemos aí, claramente, a inserção da propriedade nas limitações exigidas pelo bem da sociedade, o que se afigura como uma manifestação mais palpável da publicização do Direito Civil.

Em suma, torna-se claro que a propriedade deverá direcionar-se para o bem comum, qualquer que seja a propriedade. Sempre haverá função social da propriedade, mais ou menos relevante, porém a variável instala-se no tipo de destinação que deverá ser dado ao uso da coisa.

É igualmente importante considerar-se a função social como um objetivo do direito de propriedade, ou seja, algo que lhe é exterior, e como um elemento desse mesmo direito, um requisito intrínseco necessário à sua própria existência. A doutrina mais atual inclina-se no sentido de aceitar que a função social da propriedade é parte integrante da propriedade, pois uma vez não cumprida a função social, a propriedade deixa de ser protegida juridicamente, desaparecendo o direito. Nesse sentido, manifesta-se José Afonso da Silva: “a função social manifesta-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”¹¹.

Sendo assim, reiteramos que não há que se falar em propriedade sem que tal direito esteja imbuído de uma destinação, ou função social, elemento este integrante e necessário para sua própria existência. Qualquer tentativa de utilizar-se deste direito para fins egoísticos e danosos à coletividade será prontamente cerceada.

¹⁰ REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002, acessado em 11 de outubro de 2009.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 286

2.2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Para se entender a função social de empresa faz-se mister, antes, considerações acerca da função social da propriedade. Por ser o estudo do princípio da função social da propriedade, por si só, complexo e longo, este trabalho será voltado à sua definição e aplicação quanto à propriedade empresarial.

Inicialmente deve-se esclarecer que a função social da propriedade não se confunde com as limitações ao exercício do direito de propriedade, decorrentes do direito de vizinhança, de normas urbanísticas e administrativas, entre outras. José Afonso da Silva, *in* Curso de Direito Constitucional, diferencia os sistemas de limitação da propriedade do princípio constitucional da função social da propriedade, dizendo que aqueles dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário e este à propriedade em si.¹²

Atualmente, prevalece a noção de que a propriedade não deve proporcionar benefícios apenas a seu titular, mas a toda a sociedade. A função social da propriedade limita os direitos do proprietário, que não pode mais usar e abusar do bem como lhe aprouver. O uso da propriedade privada deve compatibilizar-se com o interesse social. Não mais se admite, por exemplo, a aquisição da propriedade com finalidades especulativas ou sua manutenção apenas como reserva de valor, pois estes são usos que contrariam os interesses da sociedade. A propriedade, agora, cria obrigações sociais para o proprietário.

A função social é, portanto, um poder-dever, uma obrigação positiva imposta ao titular do direito de propriedade, pela qual deve ele exercer seu direito em harmonia com os fins legítimos da sociedade.

A função social da propriedade está inserida, como anteriormente mencionado, nos artigos 5º, XXII e 182, § 2º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

¹² SILVA, José. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 284-285

Art. 5º Todos são iguais perante in a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...)

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) também trata da função social da propriedade.

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...)

Como ensina Celso Ribeiro Bastos:

“A propriedade como direito fundamental não poderia deixar de compatibilizar-se com a sua destinação social: por conseguinte, tem necessidade de harmonizar-se com os fins legítimos da sociedade.”¹³

Importante observar-se que o conceito constitucional de propriedade é bem mais amplo que o tradicional do direito civil.

Segundo a corrente doutrinária dominante, incluem-se na proteção constitucional da propriedade, bens patrimoniais sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real, no preciso sentido técnico do termo, como as pensões devidas pelo Estado, ou as contas bancárias de depósito. Em conseqüência, também o poder de controle empresarial, o qual não pode ser

¹³ BASTOS, C. R. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 74.

qualificado como um *ius in re*, há de ser incluído na abrangência do conceito constitucional de propriedade.

E assim sendo, parece inquestionável que também ao poder de controle empresarial se aplique a norma que impõe respeito à função social da propriedade.

Ainda Celso Ribeiro Bastos afirma que “a propriedade, como direito fundamental, não poderia deixar de se compatibilizar com a sua destinação social; por conseguinte, tem necessidade de harmonizar-se com os fins legítimos da sociedade.”¹⁴

E Kiyoshi Harada complementa dizendo que atualmente o conceito de propriedade está umbilicalmente ligado ao conceito de justiça social, e também que “se a propriedade privada e sua função social passaram a integrar o elenco dos princípios de ordem econômica (art. 170, II e III, da CF), não se pode deixar de vincular essa propriedade à finalidade perseguida por aqueles princípios, isto é, ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’.”¹⁵

Ainda segundo José Afonso da Silva, o princípio da função social da propriedade transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la, constituindo-se como um princípio ordenador da propriedade e incidindo sobre seu próprio conteúdo.¹⁶

2.3 DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

2.3.1 DA TEORIA DO ACIONISTA

¹⁴ BASTOS, Celso R. *op. cit.* p. 74

¹⁵ HARADA, Kiyoshi. *Dicionário de direito público*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 110

¹⁶ SILVA, José. A. *op. cit.* p. 286

A idéia de que a missão de uma empresa é dar lucro aos investidores constitui o núcleo da Teoria do Acionista (*stockholder theory*), cujo defensor mais célebre foi Milton Friedman, economista norte-americano ultraliberal. Segundo essa teoria, os acionistas adquirem ações da empresa com a única finalidade de maximizar o retorno de seu investimento. Em tais condições, o principal dever dos administradores é maximizar o retorno financeiro dos investidores fazendo com que a companhia obtenha o maior lucro possível.

A teoria do acionista decorre do conceito de propriedade privada vigente na época do liberalismo clássico. O direito de propriedade era tido como absoluto e concebido sob um enfoque notadamente individualista. O liberalismo econômico definia o direito de propriedade como o direito de usar e de dispor das coisas de maneira absoluta. O proprietário, por qualquer motivação, podia fazer o que quisesse com o bem, inclusive deixá-lo improdutivo, desperdiçá-lo ou mesmo destruí-lo. Essa visão, transpostada para a atividade econômica, expressa-se pela máxima de que a empresa pertence aos detentores de seu capital, que possuem direitos absolutos sobre o próprio empreendimento, podendo fazer dele o que bem lhes aprouver. Disso resulta que os dirigentes de uma companhia privada têm o dever de privilegiar a vontade e os interesses dos acionistas.

Entretanto, com a superação do liberalismo clássico, surge um novo quadro no qual passa a ser crescente a intervenção do Estado na ordem econômica e social. Como conseqüência desse novo panorama que se afigura, ocorre uma mudança notável na concepção do direito de propriedade: este que, de início, era individual, adquiriu um caráter social; e sendo, em princípio, um direito, tornou-se um direito-dever. Surgiu, então, o princípio da função social da propriedade, que busca estabelecer um equilíbrio entre a ordem liberal e a ordem socialista, mesclando elementos das duas.

A afirmativa de que a missão precípua das organizações econômicas é dar lucro aos investidores expressa uma visão da empresa tão individualista quanto a antiga visão da propriedade. Seria como dizer que a sociedade autoriza a constituição de companhias unicamente porque os cidadãos teriam um suposto direito de enriquecer. Esta visão está superada.

2.3.2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O princípio da função social da empresa, assim como os princípios da função social da propriedade urbana e da função social da propriedade rural, é decorrente do princípio constitucional da função social da propriedade, e a ele está intimamente vinculado.

Assevera José Afonso da Silva, que o princípio constitucional da função social da propriedade “ultrapassa o simples sentido de elemento conformador de uma nova concepção de propriedade como manifestação de direito individual, que ela, pelo visto, já não o é apenas, porque interfere com a chamada propriedade empresarial e que o direito de propriedade (dos meios de produção principalmente) não pode mais ser tido como um direito individual”¹⁷, devendo ele atender primariamente às necessidades da sociedade, isto é, à sua função social.

A função social de empresa é entendida como uma ampliação do conceito constitucional de propriedade, segundo a doutrina dominante. Em consequência, o poder de controle empresarial há de ser incluído na abrangência do conceito constitucional de propriedade. Assim sendo, é inegável que se aplique ao poder de controle empresarial a norma que impõe respeito à função social da propriedade. E dessa forma, pode-se afirmar que a função social da empresa é obrigação que incide em sua atividade, ou seja, no exercício na atividade empresarial. Noutras palavras, a exigência de a empresa atingir sua função social não incide sobre o direito de propriedade, mas sobre a própria atividade empresarial. Em suma, a empresa não é propriedade do empresário, mas é sujeito de direito, agindo por vontade própria (CC, art. 47), responsabilizando-se pessoalmente pelos seus atos (CC, art. 1022) e empregados (CC, art. 932, inc. III). E esta ação que deve se subordinar à função social.

¹⁷ SILVA, José. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 284 e 287

O princípio da função social da empresa derrubou a teoria do acionista. Hoje, o lucro, por si só, não é mais capaz de justificar a existência das organizações econômicas. A missão das companhias privadas não é fazer com que seus acionistas enriqueçam, embora isso possa acontecer. Uma empresa geradora de riqueza e de emprego atende à sua função social, acima de distribuir dividendos para os acionistas.

A empresa é uma instituição social, é um agente da sociedade criado com a finalidade de satisfazer necessidades sociais. A sociedade concorda com a criação de empresas porque as considera benéficas ao corpo social. É esse o fundamento moral da existência de organizações econômicas.

A missão da empresa é produzir e distribuir bens e serviços, bem como, criar empregos. O sistema que a sociedade definiu para a operação das organizações econômicas é o da livre iniciativa em regime de competição econômica. O lucro? A sociedade considera ser legítimo, entendendo-o como a justa recompensa a ser recebida pelos investidores que aceitam correr o risco de aplicar seu capital em um empreendimento produtivo.

Também sobre a função social da empresa, escreveu Scheilla Regina Brevidegli, em artigo publicado no *site Jus Navigandi*:

A função social da empresa (ou seja, a função social dos bens de produção) implica na mudança de concepção do próprio direito de propriedade: o princípio da função social incide no conteúdo do direito de propriedade, impondo-lhe novo conceito. Isso implica que as normas de direito privado sobre a propriedade estão conformadas pela disciplina que a Constituição lhes impõe.¹⁸

Apesar de decorrente do princípio da função social da propriedade, o princípio da função social da empresa surgiu na legislação brasileira em 1976, portanto, antes da Constituição de 1988, com a Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), estando expresso em seus artigos 116, Parágrafo único, e 154, como vemos:

Art. 116. (...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem

¹⁸ BREVIDELLI, Scheilla Regina, no artigo *A Função Social da Empresa*, publicado no *site Jus Navigandi*, acesso em 20 de outubro de 2009.

deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato¹⁹, sobre tais artigos:

Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” em que ela atua.

Tem, portanto, a empresa uma nítida função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. Considera, Comparato, serem principalmente três as funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados; a segunda volta-se ao interesse dos consumidores; e a terceira ao interesse dos concorrentes²⁰. E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbano e ambiental da comunidade em que a empresa atua.

Assim, se a Lei n. 6.404/76 mostrava-se pioneira na preocupação com a função social da empresa, outras que se seguiram também têm acentuada tendência para tal objetivo, como, por exemplo, a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que veio juntar-se ao regime civilista e ao comercialista, numa terceira modalidade de trato nas relações privadas. No CDC, onde há dois principais personagens, o fornecedor e o consumidor, o conceito do primeiro está compreendido no de empresário como assinala Fábio Ulhoa Coelho²¹:

“O conceito de empresário, núcleo do moderno direito comercial, está compreendido no de fornecedor. Todo empresário é fornecedor. Desse modo, os deveres e responsabilidades

¹⁹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 44.

²⁰ COMPARATO, *op. cit.*

²¹ COELHO, F. U. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 82

previstos pelo CDC para os fornecedores são também pertinentes aos empresários nas suas relações com os consumidores.”

O CDC é, claramente, um texto legal de proteção ao consumidor que força as empresas a elaboração correta dos produtos visando à proteção da sociedade num todo o que, de certa forma, favorece o recrudescimento da função social da empresa.

O principal dispositivo a expressar a moderna visão do papel das empresas é o artigo 170 da Constituição:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente ...;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte ...;”

O caput do artigo 170 e seu inciso II estabelecem que a ordem econômica é baseada na livre iniciativa, isto é, em uma economia de mercado capitalista, e que sua finalidade é garantir a todos uma existência digna. Isto significa que a função da atividade econômica é a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos tais como, alimentação, vestuário, habitação, saúde, educação, transporte e lazer. Em outras palavras, a função das empresas é atender prioritariamente às necessidades mínimas das pessoas em termos de bens e serviços. Essa regra é reforçada pelo disposto no inciso III, que consagra a função social da propriedade. Ademais, o inciso VIII, ao estabelecer o princípio da busca do pleno emprego, coloca a geração de empregos dentro da função social das empresas. A atividade econômica só se legitima quando cumpre sua finalidade, que é, repetindo, assegurar a todos, no cumprimento de sua função social, uma existência digna.

O princípio da função social da empresa é reforçado pela aplicação ao direito empresarial dos princípios orientadores do Código Civil de 2002, uma vez que eles auxiliam

na consecução da referida função social, como por exemplo, ao receptor, através do princípio da socialidade, a função social da empresa, ao balancear economicamente os contratos através do princípio da eticidade, e ao trazer a norma mais próxima ao caso concreto, como no princípio da operabilidade.

Convém ressaltar que a função social da empresa não reside em ações humanitárias efetuadas pela empresa, mas no pleno exercício da atividade empresarial, ou seja, na organização dos fatores de produção (natureza, capital e trabalho). Ela encontra na própria geração de riquezas a manutenção de empregos, o pagamento de impostos, o desenvolvimento tecnológico, enfim, a movimentação do mercado econômico, não esquecendo o importante papel do lucro, responsável pela geração de reinvestimentos que impulsionam a complementação do ciclo econômico realimentando o processo de novos empregos e novos investimentos, sucessivamente.

Assim, temos que a função social é alcançada quando, além de cumprir os papéis elencados no parágrafo anterior, a empresa observa a solidariedade (CF/88, art. 3º, inc. I), promove a justiça social (CF/88, art. 170, *caput*), a livre iniciativa (CF/88, art. 170, *caput e art. 1º, inc. IV*), a busca de pleno emprego (CF/88, art. 170, inc. VIII), a redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 170, inc. VII), o valor social do trabalho (CF/88, art. 1º, inc. IV), a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III), os valores ambientais (CDC, art. 51, inc. XIV), dentre outros princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse sentido, atinge ela somente a empresa e o estabelecimento comercial, separando-se o empresário, uma vez que ele é somente o titular do direito de propriedade gravado pela função social, o sujeito de direitos ao qual se impõe o poder-dever de exercê-lo de acordo com os interesses e necessidades da sociedade, conforme os ditames da justiça social, sem, no entanto, perder a noção de seus interesses privados.

Noutras palavras, a função social da empresa é equivalente à função social da propriedade dos bens de produção, estando ela afeta somente à empresa, enquanto atividade que deve ser exercida observando-se sua função social, e ao estabelecimento comercial, que deve ser utilizado para o exercício da atividade empresarial com observância à função social,

restando separado o empresário como o sujeito de direito que deve exercer a atividade empresarial de acordo com a sua função social.

Nesse sentido, Marcos Paulo de Almeida Salles conclui que “a empresa não pode ser corolário de filantropia e nem de selvageria, mas apenas deve ser a contribuição privatista para o desenvolvimento social, mediante a reunião dos fatores produtivos.”²²

Assim, descumpra a função social da empresa aquele empresário que, por exemplo, faz uso da prática da concorrência desleal, que exerce sua atividade de modo gravoso ao meio ambiente, aquele que não observa a segurança e a saúde de seus funcionários e clientes, aquele que sonega ou deixa de recolher os impostos e direitos trabalhistas etc. São exemplos de casos aos quais se pode aplicar a doutrina da despersonalização da pessoa jurídica, consagrada pelo novo Código Civil, através da qual é imputada ao sócio da sociedade empresária, a responsabilidade pelos atos praticados em descumprimento à função social da empresa, na descrição de Ricardo Fiúza:

“(...) consagra no direito legislado a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, através da qual o administrador da empresa, sócio ou não, responderá solidariamente pelos prejuízos que a empresa causar à sociedade ou à população em geral (ex. poluição do meio ambiente).”²³

Outro exemplo é a hipótese de falência com continuação do negócio, seja através das cooperativas de funcionários ou através do arrendamento ou alienação, pela massa falida, do estabelecimento comercial a terceiros, visando a evitar maiores danos aos credores funcionários e à sociedade. Trata-se, nesse caso, de atitude responsável das empresas em relação aos seus empregados, clientes, fornecedores e comunidade.

É uma nova fase em que a empresa vale cada vez mais pela imagem de sua marca, e os consumidores demonstram analisar, no ato da compra, além do preço e da qualidade, o jeito

²² SALLES, Marcos P. A., citado por PALERMO, Carlos E. C. *A função social da empresa e o novo Código Civil* no sítio *Jus Navigandi*, acesso em 20 de outubro de 2009.

²³ FIÚZA, Ricardo. *O novo Código Civil e o direito de empresa*. no sítio *Jus Navigandi*, acesso em 20 de outubro de 2009

como as empresas tratam o ambiente, cuidam de seus funcionários ou valorizam a comunidade.

2.3.3 DA FUNÇÃO SOCIAL E DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

Imagine-se por hipótese um cenário em que determinada sociedade empresária implementa um projeto de cunho social, estranho aos seus fins institucionais, visando realizar o bem-estar da sociedade. À primeira vista, certamente, poder-se-ia concluir que tal projeto seria um gesto de mera liberalidade do empresário, decorrentes do seu senso de solidariedade humana. Essa conclusão seria perfeita no início do século XX, quando imperava o liberalismo econômico regido pelo quase intangível direito da propriedade garantido pelo ordenamento jurídico vigente à época, capitaneado pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850. Todavia, no contexto atual, já não é esse o correto entendimento.

O advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, institucionalizando o princípio da função social da propriedade, trouxe, com os efeitos da consagração desse princípio, a redefinição do conteúdo do direito da propriedade também no âmbito das sociedades empresárias, revestindo-as de um papel social. Este é o fenômeno social conhecido pela denominação de *responsabilidade social das empresas*.

Representantes do Conselho Empresarial Mundial para o Desenvolvimento Sustentável (WBCSD), quando reunidos em 1988, afirmaram:

“Responsabilidade social corporativa é o comprometimento permanente dos empresários de adotar um comportamento ético e contribuir para o desenvolvimento econômico e para a qualidade de vida de seus empregados e familiares, da comunidade local e da sociedade como um todo.”

Essa concepção concebe a responsabilidade social como expressão de uma postura ética comprometida com o resgate da cidadania, assumindo uma posição de coresponsabilidade, na busca do bem-estar público, em articulação com as políticas sociais.

Devemos interpretar o referido dispositivo à luz da Constituição e de seus preceitos fundamentais previstos nos artigos 1º e 3º, de modo que os empresários promovam os seguintes fins, uma vez que são deveres seus: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, entre outros.

E é nesse atual contexto econômico, com vistas mais ao social que à obtenção do lucro, igualmente com a mudança dos paradigmas da sociedade e o aumento da preocupação das pessoas com o bem-estar pessoal e da coletividade, que as empresas têm o desafio de acompanhar, e até de se anteciparem, às mudanças sociais, produzindo diferenciais que garantam a si próprias uma vantagem competitiva e uma existência sustentável de longo prazo.

Algumas pensam em buscar qualidade, outras já buscam antecipar o futuro e apresentam produtos diferenciados pela forma de sua gestão ambiental, produzindo sem agredir o meio-ambiente e respeitando a coletividade, os consumidores. A partir dessa postura socialmente responsável, tornam-se os ícones no mercado, diante da relevância de assuntos como consciência e cidadania.

Não é raro observar-se empresas engajadas com o dever de responsabilidade social visando, sobretudo, a sua perpetuidade no mercado, razão pela qual, realizam e fomentam atividades nos segmentos de preservação ambiental, inclusão social, promoção da cultura em todas as suas manifestações e aporte de capital nas entidades do terceiro setor, todas elas atividades estranhas aos seus objetivos sociais primários.

Como já dito, essas iniciativas não provém de mera liberalidade dos empresários. São, na verdade, atos que visam também à perpetuidade de suas empresas, porque o contexto social mundial vem cada vez mais prestigiando as empresas socialmente responsáveis.

A responsabilidade social exige da empresa uma gestão efetiva da sua força de trabalho, do ambiente de trabalho, da qualidade de vida da sociedade e dos trabalhadores.

Empresas que investem no social e seguem a tendência tanto mercadológica quanto legal, estão modificando seus próprios conceitos, pois melhoram a qualidade de vida de seus funcionários, da coletividade e, em reflexo, tem maior produtividade e aceitação social.

Assim, a sobrevivência das empresas está cada vez mais ligada à sua capacidade de criar vínculos permanentes de identidade com os consumidores e, por essa via, criar mais condições de sustentabilidade para as suas marcas.

A responsabilidade social efetiva a função social da empresa, tendo por objetivo maior a promoção da qualidade nas relações dos públicos da empresa com práticas de respeito às pessoas e ao meio-ambiente, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa, a partir de atividades condizentes com os ditames legais já positivados em nosso ordenamento.

Já não são raras as empresas que adotam essa política, merecendo destaque, a título exemplificativo, em âmbito local, a Empresa CORPVS SEGURANÇA, empresa cearense, que chega a ter mesmo em seu organograma um Setor de Responsabilidade Social específico, através do qual, realiza ações sociais periódicas, como as desenvolvidas junto à Casa Menino Jesus, ao município de Lavras da Mangabeira, e ao bairro Aeroporto onde mantém área de lazer para os moradores da vizinhança de sua sede, entre outros.

Outro exemplo notório é o do Banco Itaú, que para zelar por sua responsabilidade sócio-ambiental desenvolveu um Código de Ética Corporativo que orienta a atuação dos funcionários no cumprimento dos compromissos assumidos com o público interno e seu ambiente, assim como nas relações externas da instituição.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A LEI 11.101/2005

3.1 DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O direito civil brasileiro passou, no início do século XXI, por uma reformulação de interpretação, principalmente em virtude de ter Constituição Federal de 1988 trazido em seu bojo princípios e normas de conteúdo valorativo que interferem diretamente no campo das relações entre os indivíduos.

Nesta esteira, o direito civil abandonou a antiga ótica privatística e egoística do indivíduo para assumir um posicionamento de defesa da coletividade. E foi nesse contexto que surgiu um dos princípios mais modernos do nosso novo processo falimentar: o princípio da preservação da empresa, que não veio para proteger o interesse dos sócios, prioritariamente, mas para resguardar os interesses de todos os envolvidos com a empresa. Por esse princípio, para a solução da crise econômico-financeira da empresa devem ser considerados, prioritariamente, os interesses da coletividade, que em geral, correspondem à preservação da empresa.

A empresa representa um dos principais pilares da economia moderna, além de ser o motor do sistema da livre concorrência. Insolvente ou não, a empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma rede de relações jurídicas com enorme repercussão social. E sendo uma unidade de distribuição de bens e serviços, um ponto de alocação de trabalho e oferta de empregos, integra, como um elo, uma imensa corrente do mercado, que, em desaparecendo, causa danos irrecuperáveis.

Considerada um organismo vivo, e inserida num contexto social, a empresa interfere e recebe influências desse ambiente. Desempenha um papel de relevância sócio-econômica na comunidade, pois além de ativar a economia como um todo, produzindo bens e serviços

importantes para a consolidação do bem-estar das pessoas, cria postos de trabalho, como conseqüência natural, de forma a contribuir para com a satisfação das necessidades dos cidadãos.

É justamente essa expressão sócio-econômica das empresas que, imprimindo-lhes caráter público ou de interesse público, justifica a perpetuação de suas atividades. É esse o raciocínio que leva ao cerne da moderna teoria da empresa, que reconhece suas responsabilidades e deveres perante a coletividade de maneira dissociada da figura do proprietário.

Assim, pode-se afirmar que a empresa é um bem social, antes mesmo de ser um bem pertencente ao empresário. Noutras palavras, o empresário tem cotas ou ações de uma empresa que pertence à sociedade. É por isso que a empresa tem uma função social para cumprir, em conformidade com as disposições legais, desde a promulgação da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações). E ao cumprir sua função social, não o faz motivada por sentimentos filantrópicos, mas para cumprir tais preceitos legais.

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente: tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudica não só o empresário ou sociedade empresária, mas prejudica também todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado.²⁴ (MAMEDE, 2005, p. 417)

É possível afirmar, portanto, que o desenvolvimento de uma sociedade moderna depende, necessariamente, do fortalecimento de sua economia, repousando sobre a empresa as expectativas de manutenção deste ciclo, como elemento que realiza a produção e a circulação de riquezas e de rendas.

Logo, partindo do fato de que o Direito impõe a toda empresa o cumprimento de sua função social, depreende-se que a organização empresarial é um ente de fundamental importância para a sociedade, de maneira que a sua eventual extinção, na condição de unidade

²⁴ MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005

produtiva, resulta, inevitavelmente, em conseqüências negativas para o conjunto social, aí incluído, o Estado, os próprios credores e a comunidade como um todo. A liquidação definitiva de uma empresa que, apesar de acometida de dificuldades financeiras, se mostre viável, representa um grande prejuízo para a sociedade, já que se perdem, principalmente, postos de trabalho e fontes de renda tributária.

O raciocínio natural que se tem a respeito da importância social das empresas para a comunidade, é que interessa ao Estado buscar preservar a saúde financeira delas por contribuírem fundamentalmente para o bem-estar social da comunidade em que está inserida. E aqui, entenda-se preservação partindo da separação dos conceitos de empresa e empresário, ou seja, preservar a empresa, ainda que haja falência, mas desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.

Não se trata, todavia, de preservar a qualquer custo, toda sorte de empresas, mas sim de lutar pela manutenção daquelas que, apesar do estado de crise, se mostrem viáveis economicamente e, conseqüentemente, capazes de representar benefícios à coletividade. A extinção de algumas empresas é até necessária ao mercado, não só em homenagem ao princípio da livre concorrência e da liberdade e mercado, mas também em virtude de se sobrepujarem os interesses dos credores para a determinação do destino do devedor insolvente. É como assevera Fábio U. Coelho, que “a recuperação de empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo”²⁵; sob pena de se transferir o risco da atividade empresarial do empresário para o credor.

Noutras palavras, abandona-se o ideal de defesa exclusiva dos interesses dos credores e do devedor, como ocorria sob a égide do Decreto-Lei 7.661/45, adotando-se o intuito de atender, no máximo possível, aos interesses de toda a sociedade. Relega-se a segundo plano os interesses de credores e devedores para buscar-se uma solução socialmente mais adequada.

Nesse sentido é que se pode afirmar que a referida lei constitui-se na materialização do princípio de preservação da empresa, que por sua vez contempla a valorização do trabalho humano e do princípio da livre iniciativa, previstos no Art. 170, da Constituição Federal.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 234.

3.2 DA VIABILIDADE DA EMPRESA

Obviamente que a empresa, como unidade econômica, deve mostrar-se econômica e socialmente útil, uma vez que deverá possuir as condições mínimas necessárias para suportar o processo de recuperação. Essa viabilidade é diagnosticada a partir de considerações como: a existência de um plano de recuperação; a probabilidade de êxito desse plano, analisada a situação da empresa; e como custodiar a sua concretização. Não se trata de uma análise da situação estritamente patrimonial da empresa, pois não é raro que a crise por ela enfrentada tenha raiz em problemas de outra ordem. A dissonância financeira pode refletir uma negatividade econômica ou mesmo administrativa.

Somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação. Assim, a empresa deve demonstrar que reúne condições de observar os planos de reorganização, estipulados nos artigos 47 e 161 da LRE, condições estas que serão aferidas no decorrer do processo de recuperação judicial ou na homologação da recuperação extrajudicial.

Para Fábio U. Coelho, são cinco os vetores a serem considerados pelo Judiciário no exame dessa viabilidade:

- 1) importância social: para merecer ser contemplada com a recuperação, o empresário ou sociedade empresária devem reunir dois atributos que são o de ter potencial econômico para reerguer-se e o de ter importância social. É necessário que seja importante para a economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize e volte a funcionar com regularidade;
- 2) mão-de-obra e tecnologia empregadas: no atual estágio de evolução das empresas, por vezes esses vetores excluem-se, por vezes complementam-se. Em algumas indústrias, quanto mais moderna a tecnologia, menor a quantidade de empregados e maior a qualificação que deles se exige. A equação relacionada a esses vetores no exame da viabilidade da empresa, por isso nem sempre é fácil de sopesar;

3) volume de ativo e passivo: o volume de ativo e passivo da sociedade que explora a empresa a recuperar é importante elemento da análise financeira de balanço, que se faz comparando pelo menos dois demonstrativos dessa espécie;

4) tempo da empresa: deve -se levar em conta quanto tempo há que a empresa existe e funciona. Novos negócios de pouco mais de dois anos, por exemplo, não devem ser tratados da mesma forma que os antigos, de décadas de reiteradas contribuições para a economia local, regional ou nacional;

5) porte econômico: não há de tratar igualmente empresas desprezando o seu porte. As medidas de reorganização recomendadas para uma grande rede de supermercados certamente não podem ser exigidas de um lojista microempresário. Desta forma, verifica-se que a LRE prevê um instituto que tem como objetivo incentivar a reorganização das atividades empresárias, prevendo mecanismos para reerguê-la, ao mesmo tempo em que deixa clara a preocupação com os preceitos constitucionais, visando sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, o emprego de seus trabalhadores e os interesses de seus credores, viabilizando desta forma a realização da função social.²⁶

A partir desses parâmetros, procede-se à análise de cada caso em concreto, evitando o favorecimento de empresas irrecuperáveis e impedindo que prevaleçam inteiramente os interesses sociais sobre os credores. Frise-se que a extinção de algumas empresas é até necessária ao mercado, tanto em respeito à livre concorrência e à liberdade de mercado, como para evitar-se a prevalência dos interesses dos credores na determinação do destino do devedor insolvente.

Assim sendo, um dos aspectos fundamentais para a aprovação de recuperação de uma empresa é que ela ainda se encontre viável economicamente. Segundo Fazzio Júnior²⁷, a reestruturação da empresa ocorre com maior eficácia enquanto os seus elementos ainda podem gerar valores e o ativo oferece pequenas possibilidades de suportar o passivo. Daí a importância de se descobrir o ponto crítico do processo de insolvabilidade. E para tanto, é primaz a verificação do estado da empresa, porque se ela ainda tiver fôlego para continuar no mercado mediante ajuda, o processo de recuperação será o remédio ideal. Caso contrário, a falência será certa.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova LRE*, São Paulo, Saraiva, 2005, 2ª edição, p. 128.

²⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2005

A viabilidade da empresa é medida pelo que ela remete à sociedade, se tem, no plano fático, a sua função social cumprida. Sobre esse ponto discorre Mamede (2003, p. 416):

A intervenção do judiciário para permitir a recuperação da empresa, evitando sua falência – se possível – faz-se em reconhecimento da função social que as empresas desempenham. São instituições voltadas para o exercício de atividade econômica organizada, atuando para a produção e circulação de riqueza, pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação de serviços.

Atestada a viabilidade da empresa, poderá o juiz deferir o processo de recuperação, desde que atendidos os demais requisitos legais.

3.3 DO FUNDAMENTO DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Em 9 de Fevereiro de 2005, foi promulgada a Lei de Falência e de Recuperação de Empresas (Lei 11.101), que além de tratar das condições objetivas previstas no referido diploma legal, veio impor a obrigatoriedade de se pugnar pela restauração da unidade produtiva, sempre que ela se mostrar viável.

A nova lei inovou muito as relações jurídico-empresariais no tocante à questão da insolvência e da possibilidade de recuperação das empresas em dificuldades. Ela colocou à disposição da sociedade mecanismos jurídicos mais desburocratizados que permitem a composição dos interesses da empresa, dos empregados e dos credores, aumentando as possibilidades de se efetivar a sua preservação como unidade econômica, sem necessidade de intervenção excessiva do Judiciário.

No sistema anterior, sob a égide do revogado Decreto-lei 7.661/45, as alternativas eram a concordata (suspensiva ou preventiva) e a falência. A nova lei, ao passo que eliminou a concordata, instrumento que se mostrou pouco eficiente no que tange à preservação de

empresas em dificuldade econômico-financeira, criou duas medidas, mais céleres e eficazes, com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. Essas duas novas medidas são, de um lado, a recuperação judicial, e de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial, ambas com os mesmos objetivos: sanear a crise econômico-financeira e patrimonial, preservar a atividade econômica e os seus postos de trabalho, além, é claro, de atender aos interesses dos credores. Uma vez recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.

A LRE logrou êxito ao privilegiar a recuperação da empresa em detrimento da satisfação do credor. Antigamente, por exemplo, um credor que possuísse uma duplicata de qualquer valor que não fosse paga no vencimento poderia requerer a falência do comerciante. Esta previsão fazia, na prática, com que o credor fosse a juízo pedir a falência da empresa para receber seu crédito. Servia, pois, como instrumento de cobrança. O modelo introduzido pela nova lei, o concursal, é profundamente diferente do padrão estruturado pelo binômio falência-concordata. Seu viés é construtivo, pautado na primazia da recuperação empresarial sobre a inexorabilidade da falência. Na mesma medida em que coloca como objetivo superior o soerguimento da empresa viável, elimina do reduto da falência as possibilidades de composições. Em suma, a LRE visa recuperar empreendimentos produtivos e, simultaneamente, eliminar do mercado empresa inviáveis.

Por esses mecanismos, a LRE aproxima patronos da empresa devedora, credores, empregados e procuradores do interesse público, todos envolvidos como agentes jurídicos, tendo em comum a necessidade de equalizar as possibilidades de recuperação da empresa em dificuldade e, por via de consequência, preservar os interesses particular e público.

São inúmeros os meios de recuperação previstos na LRE e mais o que for possível, dependendo da criatividade de credores e devedores. E pela via extrajudicial, como uma súmula de negócios, ainda podem ser oficializados acordos brancos, desde que lícitos.

De tudo isso, não é demais entender-se que nas recuperações haja certa solidariedade teleológica aproximando esses agentes envolvidos na questão da insolvência da empresa. *Grosso modo*, a LRE impõe essa espécie de fraternidade finalística que remonta ao antigo brocardo forense que recomendava as vantagens de um bom acordo sobre a má demanda.

A LRE (Lei de Recuperação de Empresas) revela o nível de consciência do legislador sobre o importante papel que desempenha a empresa no contexto social, em face de sua preservação, assim como, da manutenção dos reflexos da sua função social, de estímulo às atividades econômicas e de alavancagem dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Trabalhou bem o legislador ao criar o instituto da recuperação, cujo intuito maior é justamente o de atender ao mandamento constitucional da função social da empresa, propiciando mecanismos realmente efetivos no soerguimento da empresa em dificuldades.

Assim, a Lei 11.101/05 tem um propósito muito maior do que a simples manutenção da atividade empresarial, objetivando, literalmente, preservar a função social da empresa devedora, permitindo não só a sua própria manutenção, como a manutenção dos postos de trabalho e a proteção dos interesses dos credores, sendo fundamental entender seu objeto para corretamente aplicá-la, *in verbis*:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Ela foi, portanto, elaborada, promulgada e publicada com as finalidades precípuas de permitir a reorganização, saneamento e manutenção de empresas econômica e financeiramente viáveis, preservando os empregos dos trabalhadores e protegendo suas condições de trabalho, e garantindo os direitos dos credores, inclusive propondo soluções alternativas, conforme evidenciado em seu próprio texto. Tudo isso comprova a preocupação do legislador com a preservação da função social da empresa dentro do seu meio de atuação.

Em conseqüência dessa preocupação, e somada a outros fatores, é que a Lei 11.101/05 estabeleceu novos critérios para as questões que envolvem o restabelecimento de empresas não saudáveis, entre eles a já citada recuperação, instituto ao qual tem direito apenas o empresário ou sociedade empresária com atividade econômica de viável reorganização.

A atenção dispensada à função social da empresa aumenta constantemente, ensejando assim a aplicação dos institutos acerca da função social da propriedade, visto que quando o

objeto em análise é a insolvência ou crise empresarial, vislumbra-se o envolvimento de interesses econômicos, sem prejuízo dos direitos sociais, cuja relevância é inquestionável. Noutras palavras, ao passo que a função social da empresa serve de argumento na busca da concessão da recuperação, torna-se também um dos comprometimentos da empresa em recuperação para valorização do ser humano.

Ora, se o escopo maior da LRE é viabilizar a possibilidade de superação da situação de crise do devedor, com o mister de permitir a continuidade de suas atividades, e conseqüentemente a manutenção dos postos de trabalho e dos interesses dos credores, seu escopo maior é, na verdade, a preservação da sua função social, com estímulo à atividade econômica, alcançados a partir da promoção da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

4 “A LEI QUE DEU CERTO”

Em 2010, a Lei de Recuperação de Empresas está completando cinco anos de vigência com motivos de comemoração por ter introduzido profundas e necessárias transformações no Direito Empresarial, em face da antiga Lei Falimentar. Percorreu uma *via crucis* durante os mais de doze anos de tramitação do projeto da lei no Congresso Nacional e ainda um bombardeio de críticas que se seguiram imediatamente à sua promulgação.

No último ano surgiram várias propostas de modificações dessa lei em vista dos pontos frágeis evidenciadas a partir da sua vigência, quando da aplicação aos casos concretos. Vários artigos em portais jurídicos e em outros meios de comunicação apontam esses senões. Propostas de modificações têm sido levadas ao Congresso Nacional, entre elas o reforço nos poderes do juiz, a universalidade do juízo, o alargamento do prazo para aprovação do plano de recuperação, entre outras, num conjunto que representa, na prática, uma reformulação da LRE.

Obviamente que a lei, como o direito, organismo vivo que é, está em contínua evolução, devendo acompanhar as modificações da sociedade que ela regulamenta, sob pena de cair no anacronismo, como aconteceu o Decreto-lei 7661/45. Isso justifica que seja a Lei 11.101 acompanhada na sua aplicação, sendo seus efeitos analisados e comentados, o que resultará nas correções que sua própria vivência suscitar. Assim sendo, são louváveis esses estudos acerca dos pontos questionáveis da lei, a fim de constatar as possíveis falhas que só a prática cotidiana pode revelar, sem que isso, entretanto, venha a prejudicar de alguma forma o mérito do seu objetivo central, que é a prioridade dada à manutenção da empresa e de seus recursos produtivos, ou seja, ao cumprimento de sua função social.

Analisada à luz do pragmatismo, a LRE teve sua eficácia evidenciada nesse curto período de menos de cinco anos em que tem vigido, apresentando magníficos efeitos, o que prova seu acerto. No dia 13 dezembro de 2009, o jornal O Estado de São Paulo trouxe um editorial com o nome *A Lei que Deu certo*, realçando o valor da LRE. Nele se afirma:

Em apenas quatro anos e meio de vigência, período que inclui a crise econômica de 2008, a Lei de Recuperação de Empresas apresenta um saldo muito mais positivo do que imaginaram seus mais ardorosos defensores. Foram deferidos pela Justiça 122 pedidos de recuperação, desde junho de 2005, e que, em sua grande maioria, resultaram na sobrevivência dos negócios, na renegociação dos direitos dos credores, na preservação de marcas e, principalmente, na manutenção de empregos.

Pela antiga Lei de Falências e Concordatas, dificilmente essas empresas teriam conseguido sobreviver. Editada nos estertores da ditadura varguista, quando o País ainda não se havia industrializado, essa legislação deixava aos empresários em dificuldades financeiras e a seus credores apenas duas saídas: a concordata ou a falência. Decretada a pedido de empresas insolventes, a concordata permitia a continuidade de suas atividades em caráter precário, num processo que, a não ser nos raros casos em que o devedor contasse com o apoio de seus credores, só prolongava a agonia do empreendimento. Já a falência significava a destruição de ativos e fechamento de postos de trabalho e eram comuns os casos de credores de importâncias relativamente pequenas que preferiam pedir na Justiça o encerramento do negócio a negociar o recebimento dos valores a que tinham direito.

Inspirada no direito comercial americano e mais adequada a um ambiente econômico moderno, na medida em que oferece prazos mais flexíveis para o pagamento dos débitos das companhias em dificuldades financeiras, antes limitado a apenas dois anos, a Lei de Recuperação de Empresas se constituiu numa revolução no sistema jurídico brasileiro. Ela inovou ao conceder à empresa insolvente a possibilidade de propor um plano de saneamento judicial, com prazo de duração de até 15 anos, criando uma alternativa à concordata.

Para os credores, especialmente os fornecedores de insumos e suprimentos, isso permite preservar seus mercados. Para os funcionários, a recuperação torna possível, além da manutenção do emprego, o recebimento de salários atrasados. E, para as empresas, a recuperação lhes dá liberdade para cortar custos, fechar unidades improdutivas, desenvolver novos produtos e fortalecer as marcas mais conhecidas.

Entre as companhias que se beneficiaram pela nova legislação falimentar, segundo balanço publicado pelo jornal Valor, encontram-se grupos empresariais que já ocuparam posições de liderança em setores de transportes aéreos, refrigeração

industrial, alimentos e produtos de madeira. Algumas companhias saíram-se tão bem no processo de recuperação judicial que triplicaram a produção. Outras desenvolveram produtos que lhes permitiram ampliar a participação no mercado interno e até exportar ²⁸(...)

É essa a visão dos que analisaram a lei, advogados que atuam na área e doutrinadores, que em sua maioria, enaltecem-na. E os números estatísticos confirmam. Vejamos:

Quadro 1: tabela com os números de falências e recuperações, requeridas e decretadas.

Análise: JANEIRO a ABRIL			
Instrumento / Porte	jan-abr/08	jan-abr/09	jan-abr/10
Falência Requerida	762	690	630
Micro e Pequena Empresa	570	444	409
Média Empresa	138	167	143
Grande Empresa	54	79	78
Falência Decretada	340	259	254
Micro e Pequena Empresa	316	235	226
Média Empresa	17	15	25
Grande Empresa	7	9	3
Recuperação Jud. Requerida	89	264	137
Micro e Pequena Empresa	57	130	82
Média Empresa	21	79	43
Grande Empresa	11	55	12
Recuperações Jud. Deferida	54	176	104
Micro e Pequena Empresa	25	86	49
Média Empresa	18	50	44
Grande Empresa	11	40	11
Recup. Jud. Concedida	3	27	51
Recup. Extrajud. Requerida	3	3	2
Recup. Extrajud. Homologada	-	3	-

Fonte: SERASA EXPERIAN

²⁸ UMA lei que deu certo. Estadão.com.br. São Paulo, dezembro de 2009. Disponível em www.estadao.com.br. Acesso em 09.06.2010

Para os técnicos do SERASA, a expressiva queda do indicador de falências decorre da LRE, que desestimulou a utilização do requerimento como um instrumento de cobrança e estabeleceu limite mínimo (40 salários-mínimos) para a sua aplicabilidade, além, é claro, de fatores outros como o crescimento da atividade econômica, sustentado pelo aumento do consumo interno, fruto da elevação da renda real e melhoria das condições de crédito ao consumidor.

Contudo, não é razoável esperar que a nova Lei possa, milagrosamente, por si só, disciplinar as complexas relações que se estabelecem no âmbito do direito empresarial e concursal. Cumpre aos empresários, comprometidos com sua responsabilidade social, e aos operadores do direito buscarem primar pela aplicação da nova legislação de forma tal que ela venha a se firmar como um eficaz instrumento de fomento à atividade econômica em prol de uma sociedade mais humana e justa.

5 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE CASOS EMBLEMÁTICOS

5.1 VARIG

A VARIG foi a primeira grande empresa do país a se beneficiar do processo de recuperação judicial. Em 22 de junho de 2005, a justiça brasileira deferiu o seu pedido de recuperação, e com essa decisão, a empresa teve seus bens protegidos de ações judiciais por 180 dias, devendo, entretanto, apresentar a seus credores um plano de viabilidade e de recuperação em sessenta dias, conforme disposições da nova lei (11.101/05) de que buscava se beneficiar. Assim, após um período de quinze anos de balanços negativos, ingressava no processo de recuperação judicial, inédito no Brasil. Suas dívidas, então, alcançavam a casa dos 5,7 bilhões de reais, conforme o balanço de 2004.

Em dezembro de 2005 os credores aprovaram, em assembléia, o plano de reestruturação da empresa. Em maio de 2006, em nova assembléia, definiram os termos do leilão de venda. Mas a proposta de compra apresentada pela VARIG LOG, em 17 de julho de 2006, apesar de aceita pelos credores de classe 1 (empregados) foi rejeitada pelos de classes 2 e 3, sendo, só desta última, 20 votos contrários, o que impediria a realização de novo leilão. Como consequência, a justiça poderia vir a decretar a falência. Assim, em 20 de julho de 2006, a VARIG teve sua parte estrutural e financeiramente boa isolada e vendida para a VARIG Logística S/A, única empresa a participar do leilão, e que assumiu a dívida de bilhetes emitidos e de milhas acumuladas. Devido ao fato de não poder operar vôos com a própria marca, que foi cedida juntamente à unidade produtiva, a Fundação Ruben Berta, então administradora, criou a marca Flex Linhas Aéreas.

A VARIG LOG emitiu títulos da dívida (debêntures), como garantia, aos empregados e credores, para serem convertidos em participação na nova empresa. Ainda em julho, deram-se 5000 demissões, sem pagamento de verbas rescisórias e de salários atrasados. Em dezembro a

empresa voltou a operar, tendo recebido autorização da ANAC, iniciando, em definitivo, a nova VARIG.

Em abril de 2007, a nova VARIG (VRG Linhas Aéreas S/A) foi comprada pela Gol Transportes Aéreos, através de uma subsidiária, de forma a evitar a transferência das dívidas da VARIG para a gol. Tecnicamente a GOL e a VRG se fundiram e começaram a operar com os mesmos aviões, balcões de atendimento, *check-in* e o Smiles passou a ser completamente gerido pela GOL.

Em setembro de 2009, o juiz Luiz Roberto Ayoub, titular da 1ª Vara Empresarial do Rio, decretou o fim da recuperação judicial da Varig antiga, que estava operando com a bandeira Flex. De acordo com ele, as obrigações do plano de reestruturação foram cumpridas no prazo de dois anos. A Flex voltou a ser gerida pela Fundação Rubem Berta, acionista majoritária, afastada a gestão desde 2005 por decisão judicial. A Flex operava com apenas um avião, esse mesmo da Gol, fazendo vôos para a própria Gol/VGR, por meio de acordo. Porém, à data da decretação do fim da recuperação judicial, encontrava-se sem voar, já havia 10 meses, por falta de finanças, o que para muitos poderia sinalizar a espera do decreto de falência e conseqüente extinção da marca VARIG original.

Para o juiz Luiz Roberto Ayoub que conduziu o processo de recuperação da companhia, a decretação de sua falência poderia ter representado a morte não só da empresa como da própria lei. “O caso tem importância por ter dado efetividade à lei.”

A amplitude e a eficiência de uma lei só são conhecidas depois que a norma é aplicada ao caso concreto. E a recuperação judicial da VARIG tirou LRE do papel. A causa deu base para que a lei fosse aplicada em inúmeras outras recuperações judiciais que estouraram nos meses seguintes por conta da crise econômica mundial. É o chamado *leading case*: processo piloto que pavimenta o caminho por onde passarão todas as discussões judiciais similares que se seguirem.

5.2 PARMALAT

A crise financeira da Parmalat foi espólio das operações fraudulentas coordenadas pelo italiano Calisto Tanzi, fundador e principal acionista da Parmalat, que resultaram, em dezembro de 2003, na eclosão de um dos maiores escândalos financeiros dos últimos tempos. Começou quando a empresa foi acusada por crimes de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e fraudes contábeis. Embora a crise tenha se iniciado na Itália, não tardou a chegar no Brasil. Com as dificuldades em honrar compromissos assumidos, a empresa enfrentava inúmeros pedidos de falência.

O caso Parmalat, embora não tão complicado como o da VARIG, estava longe de ser simples. Uma das peculiaridades era a multidão de credores. Somando todos os bancos e fornecedores, eram 10.634 empresas. Nesse aspecto, a nova legislação beneficiava a Parmalat ao criar um atalho em direção ao bom senso. Pelas regras da antiga lei, seria preciso conseguir a anuência de todos eles, sem exceção, para aprovação do plano de recuperação. Se um dos credores dissesse não, a negociação voltaria à estaca zero. E conseguir um acordo com tanta gente seria praticamente impossível. Pela nova lei seria necessária a concordância de metade deles para seguir em frente.

Outra facilidade proporcionada pela nova lei foi a separação da dívida da empresa da dívida da controladora (Parmalat Participações), que chegava, na época, a um bilhão de dólares. Correram os processos de recuperação da controlada e da controladora em separado, não interferindo um no outro. Se a recuperação da controladora não desse certo ou demorasse muito, em nada afetaria a operação da empresa.

A Parmalat do Brasil entrou na Justiça com pedido de concordata preventiva em agosto de 2004, depois que a matriz italiana faliu e seus controladores foram acusados de fraude. Depois, a concordata foi convertida em recuperação. O processo de recuperação judicial foi autorizado em julho de 2005, sendo então aberto o prazo para apresentação respectivo plano. Em junho de 2006, a Parmalat Brasil foi adquirida pelo Grupo de Investidores LAEP (Latin

America Equity Partners) Brasil. A empresa começava, então, um processo de reestruturação. O lançamento de nova linha de produtos, a participação de mercado se mantendo estável, o crescimento na receita bruta e a compra, por exemplo, da Poços de Caldas da francesa Danone mostravam que a empresa seguia em franca recuperação e que o objetivo da nova Lei de Falência começava a ser alcançado, nesse caso.

A recuperação da Parmalat ainda se estende, e a Laep Investments, controladora da Parmalat no Brasil, informou, em comunicado à Bovespa, que está tentando antecipar a liquidação do processo, e que, para isso, depende da aprovação de suas propostas pelos credores remanescentes.

Importante frisar que a Parmalat chegou à BM&FBovespa em 2007 como uma das mais consolidadas indústrias de leite no Brasil. Hoje atua apenas na fabricação de leite longa vida, um mercado que oferece margens baixíssimas.

A recuperação da Parmalat é citado entre os estudiosos como um dos mais bem-sucedidos processos dessa natureza.

5.3 BOMBRIL

A recuperação da Bombril S/A é um caso inédito e impressionante no histórico das empresas de capital aberto no Brasil.

Fundada no ano de 1948, por Roberto Sampaio Ferreira, teve sua marca transformada rapidamente em designação genérica de lã de aço. A qualidade de seu produto, a consistência de sua distribuição, e a simpatia decorrente de seu *marketing* superior, praticamente a tornou detentora de quase toda a categoria por ela mesma criada. Como se isso não bastasse, em numa das mais importantes contribuições da propaganda para uma marca na história do

marketing brasileiro, 30 anos depois, em 1978, Washington Olivetto e Francisc Petit criam e Carlos Moreno interpreta o “garoto bombril”. A marca dá um novo e descomunal salto de qualidade, e se credencia para aumentar o espectro de sua abrangência.

Em 1981 morre o fundador e os filhos assumem a empresa. Nove anos depois, e com a empresa super valorizada, os filhos vendem 2/3 das ações ao Grupo Ferruzzi e, em 1991, a Cragnotti & Partners passa a deter 100% da empresa.

Poucos anos de prosperidade e a empresa vai naufragando. Em pouco tempo estava envolvida em fraudes financeiras e desvios de dinheiro, mais de 500 títulos protestados, e 12 pedidos de falência. Com a crise de sua controladora, a Bombril Holding S/A, a empresa já com 50 anos de mercado, passa, então, por sérias dificuldades que resultaram em problemas operacionais ameaçando a sua existência.

Em julho de 2003, a justiça determinou a suspensão do poder de controle da Círio Finanziaria, que a comprou nos anos 90, e nomeou um administrador judicial para a companhia, com o usufruto de 100% das ações ordinárias, decorrência da execução judicial movida pela Newco Internacional, de Ronaldo Sampaio Ferreira, um dos filhos de Roberto Sampaio Ferreira. A partir daí, o administrador judicial passou a eleger o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal, no curso das assembléias gerais. Com a administração judicial a empresa conseguiu recuperar a credibilidade e melhorar seus resultados operacionais, voltando praticamente à normalidade em 2004.

Após uma longa briga na justiça, Ronaldo Sampaio Ferreira, com 51% das ações retoma o controle e o comando da empresa. Tendo sido aprovado o plano de recuperação da Bombril Holding em maio de 2006, ficou facilitado o processo de recuperação da Bombril S/A, que teve seu plano homologado em julho de 2006. Pelo plano aprovado, os credores de dívidas de até R\$2 milhões receberam a quantia em dinheiro, até o final desse mesmo ano, e os demais em ações da Bombril S/A e da Bombril Holding, no mesmo prazo.

Na ocasião a empresa ostentava um patrimônio líquido negativo de 794 milhões de reais, e nos três anos e meio da nova gestão de Ronaldo, esse número caiu para a casa dos 200 milhões de reais. O faturamento fechou 2009 acima dos R\$ 1,1 bilhão, o lucro retornou e de

forma vigorosa, com a empresa apresentando crescimento anual a uma taxa de 14% ao ano. Segundo Ronaldo, a Bombril S/A voltou a reluzir e está pronta para a retomada do sucesso.

Neste momento, a Bombril é o grande exemplo de como uma empresa é capaz de se recuperar ainda que se encontre em condição tão delicadamente complicada sob ponto de vista econômico e financeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de propriedade continua hoje com forte cunho individualista, embora limitações busquem melhor adequá-lo ao bem-estar social. E essas limitações surgem em obediência aos princípios de justiça, na medida em que se busca dar um sentido coletivo à sua tutela, como ocorre com qualquer outro direito.

É nesse contexto que está inserido o instituto da função social, caracterizando-se como o poder-dever do titular da atividade empresarial, de exercê-la de acordo com os interesses e necessidades da sociedade, visando a uma sociedade livre, justa e solidária.

A nossa Lei Fundamental, além de inserir a função social da propriedade no capítulo concernente a direitos e garantias individuais, proclama-o como princípio de ordem econômica, subdividindo seus efeitos conforme seja a propriedade urbana ou rural, o que configura uma inovação da atual constituição.

É igualmente importante considerar-se a função social como um objetivo do direito de propriedade, ou seja, algo que lhe é exterior, e como um elemento desse mesmo direito, um requisito intrínseco necessário à sua própria existência. É um princípio ordenador da propriedade e incide sobre seu próprio conteúdo. A função social da propriedade transforma a propriedade capitalista, mas sem socializá-la.

A função social de empresa é entendida como uma ampliação do conceito constitucional de propriedade. Daí decorre que o poder de controle empresarial deve ser incluído no conceito constitucional de propriedade. E assim sendo, é inevitável a aplicação ao poder de controle empresarial da norma que impõe a observância ao princípio da função social. A função social da empresa é obrigação que incide no exercício na atividade empresarial e não sobre o direito de propriedade em si.

A função social da empresa reside não em ações humanitárias efetuadas pela empresa, mas no exercício da atividade empresarial. Ela encontra na própria geração de riquezas a

manutenção de empregos, o pagamento de impostos, o desenvolvimento tecnológico, enfim, a movimentação do mercado econômico com a obtenção de lucro que impulsiona o ciclo econômico.

É a responsabilidade social que efetiva a função social da empresa, na medida em que promove as relações da empresa com seu público, de forma a contribuir com a construção de uma sociedade mais justa, a partir de atividades condizentes com os ditames legais já positivados em nosso ordenamento.

A partir disso, é fácil entender que há nas recuperações de empresas uma espécie de solidariedade que aproxima todas as partes que tenham envolvimento com a insolvência da empresa, solidariedade essa evidenciada pela aprovação do plano de recuperação, através do qual firmam um acordo que visa a perpetuidade das atividades empresariais e, conseqüentemente a proteção dos interesses de todos os envolvidos.

A LRE revelou o a importância que o legislador dispensa ao papel desempenhado pela empresa no contexto social, em face de sua preservação, assim como, da manutenção dos reflexos da sua função social, de estímulo às atividades econômicas e de alavancagem dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Ela traduziu o movimento jurisprudencial que a precedeu como forma de garantir à grande maioria das empresas brasileiras a possibilidade efetiva de superação de estados de crise. Também garantiu segurança jurídica aos meios de recuperação extrajudiciais, legitimando o que há anos já se fazia sob a forma de acordos privados e sob a denominação de “concordata branca”.

A Lei 11.101/05 tem, portando, o claro propósito de, muito mais do que buscar manter em atividade a empresa devedora, preservar a sua função social, e assim permitir não só a sua própria manutenção, mas também a manutenção dos postos de trabalho e a proteção dos interesses dos credores. E é fundamental entender seu objeto para corretamente aplicá-la.

Se o objetivo da LRE é viabilizar a possibilidade de superação da situação de crise do devedor, seu escopo maior é, na verdade, a preservação da sua função social, com estímulo à atividade econômica, alcançados a partir da promoção da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

Tem o Estado papel decisivo e insubstituível na aplicação normativa, com a elaboração de políticas públicas de fiscalização, proteção e incentivo ao desenvolvimento.

Quanto ao mundo jurídico, devem juristas e juízes utilizar-se dos princípios operadores do direito para a efetivação da função social da empresa, procurando observá-la na aplicação de nova Lei, na solução de casos *in concreto*.

Assim, Estado, juristas, advogados, empresários, juízes e todos os envolvidos, devem zelar pelo cumprimento da função social da empresa, pois através dela é que a sociedade cresce e se desenvolve de forma mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Telga, *A Função Social da Propriedade in* Enciclopédia Saraiva de Direito, v 39, 1997
- BASTOS, Celso R. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BRASIL, Código Civil. São Paulo. Saraiva. 2009
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Saraiva. 2009
- BRASIL, Lei das S.A..Saraiva. 2009
- BREVIDELLI, Scheilla Regina. *A função social da empresa: olhares, sonhos e possibilidades*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível no site Jus Navigandi (www.jus.com.br). . Acesso em: 22 jun. 2003.
- COELHO. Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, São Paulo: Saraiva, 2005, 2º edição.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. V. 03, São Paulo: Saraiva, 2005, 5º edição, p.381-382.
- _____. *Manual de direito comercial*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 478p.
- _____. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. 497p.
- COMPARATO, F. K. *Estado, empresa e função social*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, out. 1996.
- COULANGES, Fustel, www.eBooksBrasil.org, *A Cidade Antiga*, Título original *La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome*, Tradução 2006 Frederico Ozanam Pessoa de Barros, Versão para eBookeBooksBrasil, Fonte Digital Digitalização do livro em papel, Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Ed. Saraiva. 17ª. Edição. São Paulo. 2006
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Aurélio B. H. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*, Saraiva, 2 ed, 2004, pág. 892.

_____. *O novo Código Civil e o direito de empresa*. Jus Navigandi, a. 6, n. 54, fev. 2002.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 13ª. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

HARADA, Kiyoshi. *Dicionário de direito público*. São Paulo: Atlas, 1999.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Jairo coelho, *O fenômeno jurídico na Antiguidade*. (obra ainda não publicada)

REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. São Paulo, nov. 2001.

SALLES, Marcos P. A., citado por PALERMO, Carlos E. C. *A função social da empresa e o novo Código Civil*, no sítio *Jus Navigandi*, acesso em 20 de outubro de 2009.

SILVA, José. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, 3ª edição, Revista e Atualizada, Renovar, Rio de Janeiro, 2004

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. *A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana*. Dissertação de mestrado em Direito, apresentada à Banca examinadora da Unimar – Universidade de Marília, em 2006.

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/8440/8006>>. Acesso em 29.set.2009

<<http://www.diritto.it/archivio/1/21747.pdf>>. Acesso em 28.set.2009

<http://www.juspodivm.com.br/noticias/noticias_1267.html>. Acesso em 03.out.2009

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763>>. Acesso em 03.out.2009

<<http://www.conjur.com.br/2009-set-03/recuperacao-judicial-varig-deu-vida-lei-falencias>>. Acesso em 03.out.2009

<<http://sn138w.snt138.mail.live.com/default.aspx?wa=wsignin1.0>>. Acesso em 16.mai.2010

<http://www.serasaexperian.com.br/release/noticias/2010/noticia_00144.htm>. Acesso em 27.mai.2010

<<http://www.mdiamundomarketing.com.br/landmarketing/559/BOMBRILO-RETORNO.php>>. Acesso em 27.mai.2010

<http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091213/not_imp481087>. Acesso em 09.jun.2010

