



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JOSÉ RAFAEL CARVALHO DA SILVA

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO REQUISITO OBRIGATÓRIO
NO PROCESSO FALIMENTAR

SOUSA - PB
2010

JOSÉ RAFAEL CARVALHO DA SILVA

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO REQUISITO OBRIGATÓRIO
NO PROCESSO FALIMENTAR

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Jonábio Barbosa dos Santos.

SOUSA - PB
2010

JOSÉ RAFAEL CARVALHO DA SILVA

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO REQUISITO OBRIGATÓRIO NO
PROCESSO FALIMENTAR

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. M^{Cs}. Jonábio Barbosa dos Santos

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. M^{Cs}. Jonábio Barbosa dos Santos

Examinador interno

Examinador externo

A DEUS, pela concessão de vida.

A meus pais, **Anchieta** e **Edneide**, pai e mãe, pela dedicação e resignação!

Aos meus irmãos, e em especial as minhas irmãs, **Flávia Anchielle** e **Ana Paula**, que se portaram muitas vezes como mães!

Ao orientador, **MCs. Jonábio** que com calma e dedicação tão bem soube conduzir-me até aqui.

Aos colegas, pelo apoio diário.

Aos colegas do Dorgival Silveira pelo apoio e compreensão em muitos momentos ausente.

Aos meus pupilos, alunos e amigos.

AGRADECIMENTOS

A **painho** e **mainha**. **Painho**, por sempre me mostrar a verdade da vida, mesmo quando era duro de ver, mas foi assim que aprendi de fato a entender a vida; a **mainha** por ser minha fonte de estímulo, mesmo nos momentos mais depressivos, me fazendo ver sempre as coisas positivas, aos dois cumulativamente pelo amor recebido, que me faz acreditar na bondade sem esperar nenhuma recompensa.

Aos meus irmãos, eles que vieram antes de mim e cederam um amor às vezes incondicional. Mas com um carinho mais do que especial, a **Flávia**, minha, linda irmã, que muito se doou e com uma visão empreendedora investiu em mim, com palavras de conforto e acalento.

A todos que estiveram comigo nessa jornada, uns torcendo muito outros nem tanto. Mas a certeza que existem amigos de verdade me fez persegui-los, até que posso sem dúvidas que encontrei alguns, deixei outros no caminho, por motivos variados. O que de fato importa são os momentos que vivemos juntos, e esses sim foram muitos e muito variados, que já estão eternizados nas nossas almas. Em especial citar Dani Fashion, Jô, Victor e Nyelli. Espero não me distanciar de vocês. E de maneira mais relevante a **Miquéias** e **Cris**, que me acolheram, me incentivaram, me motivaram, meus irmãos de fé.

Aqueles que se doaram, expuseram-se humanos, ao longo de toda a caminhada. Aos doutrinadores, que para eles a ajuda de forma abstrata, e para mim tão concreta e real. Aos amigos revestidos de docência na Universidade tanto me orientaram. Em especial a **Antonio da Nóbrega** (Toinho) que como professor de Introdução ao Direito, me fez continuar na vereda do Direito e a **Monnizia** por seu testemunho fiel na docência me fez enxergar essa profissão como digna a ser alcançada e exercida, enfim por ter sido esta mestra a responsável pelo entusiasmo criado pelo tema aqui desenvolvido. E de maneira mais especial ainda a MSc **Jonábio**, orientador competente e coerente por me conduzir neste trabalho, mostrando e demonstrando a melhor opção.

RESUMO

A Constituição Federal determina de maneira taxativa a observância do princípio da função social sobre qualquer propriedade. Partindo-se do princípio de que a empresa é um meio de exercer o direito a propriedade privada, deve ela observar e perseguir a função social, que é um meio essencial à sustentação da economia. A empresa nasce com o registro na Junta Comercial para desenvolver atividade habitual e lucrativa; além disso, percebe-se a preocupação do empresário no desenvolvimento da função social. Todavia essa atividade empresarial nem sempre consegue alcançar o almejado. Com isto, a partir do estado de falência, a empresa vai de forma insustentável falir, saindo, assim do mercado, sem ao menos observar a função social por ela desenvolvida. Desta forma quebra a finalidade proposta pela Constituição ao instituir a obrigatoriedade do exercício da função social pela empresa. Esse fenômeno torna-se contraditório, pois ao por a função social como obrigatória, o constituinte quis de certa maneira frear a busca do lucro pelo lucro. Assim ao estar em dificuldades econômicas o empresário que exerceu a função social deixou, de certa forma, de lucrar, gerando incerteza na sociedade empresarial, criando margens de burlar a lei, podendo o empresário deixar assim de observar o princípio da função social. Diante disso se faz necessário a efetividade da função social no processo de falência, fazendo surgir uma nova oportunidade de desenvolver a atividade empresarial e incentivar o real exercício da função social no âmbito da empresa. Seguindo assim, as determinações emanadas do constituinte.

Palavras-chave: Função Social. Empresa. Falência.

ABSTRACT

The Federal Constitution exhaustively that the principle of the social function of any property. Starting from the principle that the company is a means of exercising the right to private property, she must observe and pursue the social function, which is an essential means to support the economy. The company was founded with the record trade board to develop profitable and habitual activity, in addition, we see the concern of the entrepreneur in the development of social function. But this corporate activity cannot always achieve the desired. With this from the bankrupt, the company will go bankrupt unsustainably, leaving thus the market without at least observe the social function which it developed. Thus breaking the purpose proposed by the Constitution to impose the mandatory exercise of the social function by the company. This phenomenon becomes contradictory, as to why the social function as the binding constituent wanted to somehow stop the pursuit of profit for profit. So to be in economic difficulties businessman who served the social function left, somehow, to profit by generating uncertainty in the business society, creating margins around the law, and may well leave the business of observing the principle of social function. Given this it is necessary to the effectiveness of social function in the bankruptcy proceeding, driving a new opportunity to develop entrepreneurial activity and encourage their pursuit of the real social function within the company. Thus following the determinations issued by the constituent.

Keywords: Social Function. Company. Bankruptcy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DA PROPRIEDADE E DA SUA FUNÇÃO SOCIAL	11
2.1. DA PROPRIEDADE: ASPECTOS HISTÓRICOS.....	11
2.2. DA ORIGEM DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	18
2.3. A PROPRIEDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	25
3. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	32
3.1. DA EMPRESA.....	32
3.2. DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	39
3.3. FUNÇÃO SOCIAL E RESPONSABILIDADE SOCIAL	45
4. APLICABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NO PROCESSO FALIMENTAR	50
4.1. DA FALÊNCIA	50
4.2. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A FINALIDADE DO PROCESSO FALIMENTAR	56
4.3 A INCIDÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA FALÊNCIA COM MODIFICAÇÕES A LEI 11.101/2005.....	62
5. CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

1 INTRODUÇÃO

Vivencia-se a era dos direitos humanos, onde se visa não apenas o direito do homem, mas a proteção, sobretudo do direito de poder viver harmonicamente em sociedade.

Com a globalização, criam-se diuturnamente novas tecnologias, que por muitas vezes agride sobremaneira a estabilidade social. É por conta da corrida impensada, muitas vezes, que as empresas, ultrapassam limites socialmente reprováveis pela busca do lucro. O ser humano, dotado de racionalidade, ver-se obrigado a criar mecanismos para fazer frear tal corrida desesperada.

A Função Social da Empresa, como princípio constitucional que é, vem harmonizar a vida social, dando freios, de certo modo, ao impensado crescimento exorbitante das Empresas.

Todavia, freqüentemente, as Empresas por não estarem preparadas para o mundo globalizado, recheado de novos métodos de transações, acabam por aumentar seu passivo, e por conseqüências acabam por falir, sem, contudo terem a chance poder voltar a atuar. A legislação atual que cuida da falência no Brasil, prever a Recuperação Judicial, sendo um meio de escape, para aquelas Empresa que preencherem alguns requisitos, dentre eles o da Função Social da Empresa.

Desta forma, o presente trabalho terá por escopo de apresentar com o relevante princípio constitucional, a Função Social da Empresa como requisito também no Processo Falimentar, e não apenas nos casos de Recuperação Judicial.

Dentro de perspectiva esta monografia foi organizada em três capítulos. O primeiro versa sobre a propriedade e sua função social. De início tratar-se-á de expor acerca da propriedade, conceituando-a e sempre que possível tratando como instituto jurídico marcado pela evolução histórica, trabalhando basicamente das teorias de surgimento assim como também das épocas de transição para o Direito: Roma, Idade Média, Revolução Francesa e a moderna concepção, levando ainda em consideração a evolução no ordenamento pátrio, demonstrando sua importância e relevância para a sociedade contemporânea. Observando ainda um princípio instituído no ordenamento pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que é o da Função social da Propriedade, entendidos por alguns,

como limitação, para outros uma sanção, outros ainda na óptica de direito-dever fundamental, o certo é que tratou o legislador de colocá-lo na Constituição como clausula pétrea, trazendo assim estabilidade jurídica para o proprietário e para a sociedade. Analisarei ainda como já dito, mas de maneira mais aprofundada o instituto da propriedade na Constituição Federal do Brasil de 1988, de forma a não restar mais dúvida quanto a sua legitimidade, bem como da função social por ela desempenhada.

O segundo capítulo abordará acerca da Função Social da Empresa, o qual trata do surgimento da empresa, das teorias que levaram a sua evolução – a teoria das Corporações de Ofício, a dos Atos de Comércio e por fim a Teoria da Empresa - do tratamento da empresa sob a óptica de propriedade privada, herdando da propriedade o princípio da função social, assim sendo exposto sua eficácia no ordenamento jurídico, tratado em leis específicas do Direito Empresarial, e distinguindo função social da empresa de responsabilidade social desempenhada pela empresa.

Será tratada no terceiro capítulo a incidência da função social da empresa no processo falimentar, ou melhor, a sua não incidência, demonstrando que o princípio tem aplicabilidade limitada aos processos de recuperação judicial, sem contudo haver incidência na falência, contudo isto será tratado posteriormente as disposições acerca da falência, sua origem, evolução, aplicabilidade, finalidade, e eficácia no ordenamento pátrio. Será abordada também a aplicabilidade da função social em comparativo com outros ordenamentos jurídicos, tais como o dos Estados Unidos da América e do Chile, os quais trabalham de maneira invejável, de forma a ser perseguido estes modelos. E finalizando será enfocado a incidência da função social na legislação falimentar, a Lei 11.101/2005, sob os pontos da falência e da recuperação judicial, observando onde será aplicada e onde não há sua incidência, e por que não há sua aplicabilidade.

O trabalho fora desenvolvido com base em métodos e técnicas de pesquisas adequados e pertinentes. A metodologia empregada quanto ao tipo de pesquisa, foi desenvolvido sob duas vertentes: de acordo com o objeto a pesquisa do tipo exploratória, que teve por objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema; e, com vistas a torná-lo mais explícito, fora basicamente o levantamento bibliográfico; - e quanto aos procedimentos técnicos fora a pesquisa bibliográfica,

sendo desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

Quanto ao método de abordagem, o método desenvolvido fora o dedutivo, onde o estudo de normas gerais faz gerar conhecimento empírico acerca da realidade específica alvo de análise no desenvolvimento deste trabalho.

E por fim quanto ao método de procedimento foram adotados não somente um, mas alguns, em conjunto, tais como: - histórico: isso por partir da premissa que o Direito contemporâneo é resultado da evolução histórica, a evolução social, compreendendo o motivo da real relevância do princípio da Função Social no contexto atual; - monográfico: analisando sob e não sob todas, mas sob as mais variáveis vertentes a Função Social da Empresa; e por fim – comparativo: pelo qual fora utilizado a investigação de vários institutos jurídicos, sendo analisadas as semelhanças e contrapontos.

É sabido que todo trabalho científico surge embrionariamente a partir de um questionamento, isso por ser necessário existir a dúvida, para haver pesquisa.

No que concerne ao trabalho ora apresentado, não fora diferente, logo ao estudar a Lei Falimentar (11.101/2005) surgiram inúmeros questionamentos, um deles refere-se à possibilidade da Empresa vir a falir sem, contudo ter-se observado se exercia ou não a Função Social, que como se sabe é constitucionalmente defendido.

Então se pode dizer que a questão base para o presente projeto fora os seguinte: se é defendido de forma análoga constitucionalmente a Função Social da Empresa, a partir da função social da propriedade, por que em alguns casos a Empresa que exerce a sua Função Social vem a falir sem, contudo ser analisada e percebida a efetivação Função Social?

Fazendo ou tentando responder ou esclarecer: Compreender o motivo pelo qual a Função Social da Empresa não é vislumbrada no processo falimentar; identificar os motivos pelos quais o legislador não tratou a Recuperação Judicial como requisito no processo falimentar, já que o texto legal fala que a Função Social só será vislumbrada na Recuperação Judicial; demonstrar que a partir da Função Social, a Empresa pode ser recuperada, voltando a comerciar; observar que a Falência será mais dispendiosa ao Estado do que a Recuperação Judicial.

2 DA PROPRIEDADE E DA SUA FUNÇÃO SOCIAL

“A sociedade deve ser governada unicamente à base do interesse comum”¹

A propriedade contemporânea deve servir ao proprietário, mas, sobretudo atender a função social. Rousseau na citação acima exposta trata dos interesses coletivos, dando margens a entender que tudo que o ser humano faça deve ser feito visando o interesse social, o qual de maneira alguma vai suprimir totalmente o direito do proprietário. Adiante vai ficar clara a idéia trazida por Rousseau no Contrato Social, o qual de maneira excepcional planta a idéia de função social a ser perseguida e desempenhada pela propriedade.

2.1 Da Propriedade: Aspectos Históricos

A propriedade surge com a origem do próprio ser humano, isso seguindo a Teoria Teológica do surgimento da vida, para a qual o ser humano surgiu a partir da vontade divina, como pode se observar no Livro dos Gn (1, 27) “E criou Deus o homem a sua imagem: ele criou à imagem de Deus, macho e fêmea os criou”. Assim surge o homem e a propriedade, surgem na mesma esfera, ao dizer no mesmo livro, em momento subsequente, como podemos analisar Gn (1,28) “Deus abençoou e disse: Crescei, e multiplicai-vos e enchei a terra, e sujeitai-a(...)”. Assim fora criada a propriedade. Um ser superior criou o homem e a terra, e fez a segunda sujeitar-se ao primeiro. Sendo desta forma Adão o primeiro proprietário. A propriedade assim desde o surgimento do homem, segundo tal teoria da criação, é inerente ao mesmo, não sendo possível ao homem viver, como animal civilizado que é, sem a propriedade. Locke discorda em parte da idéia do surgimento da propriedade confundindo-se com o do próprio homem, isso por defender que nessa época o que de fato existia era somente a posse, já que a propriedade era coletiva.

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Edijur, 2006. p. 31

Outras teorias explicam o surgimento tanto do homem como da própria propriedade, mas não é este o momento adequado para tal discussão. É preciso aceitar tal teoria como a mais adequada.

Propriedade para De Plácido e Silva

É a palavra que deriva do latim *proprietas*, de *proprius* (particular, peculiar, próprio), genericamente designa qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente (...) sem fugir do sentido originário, é a condição em que se encontra a coisa, que pertence em caráter originário, é a condição em que se encontra a coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa²

Como se pode ver a conceituação dada pelo doutrinador é compatível ao do mais antigo e valioso escrito para os teólogos, onde a propriedade é pertencente ao homem, o qual tem poderes sobre ela. Poderia ser dito que é uma condição humana, sob pena de não ser humano aquele que não a detenha. De forma que a pessoa que não tem propriedade não é livre passando a ser a própria propriedade, objeto de uso de alguém, um escravo. Como assegura o supracitado autor ao dizer que escravo é “a denominação que se dá à pessoa, que se vê privada de sua liberdade e sujeita ao mando absoluto de um senhor, que a tem como coisa sua, e como tal dela dispõe”.³

A partir da junção de tais conceitos, trazidos por De Plácido e pela teoria teleológica, pode-se criar a seguinte verdade: o homem não existe sem propriedade. A propriedade aqui comentada é aquela em sentido amplo, englobando a privada e a coletiva. Um velho brocardo⁴ diz que onde está o homem, há sociedade; onde há sociedade há Direito, logo, o Direito não vive sem a Propriedade. E é neste aspecto que se deve adentrar. Quando e onde a propriedade surgiu para o Direito?

De acordo com a última afirmação, se a propriedade surge com o próprio homem, o Direito surgido após o homem já nasce com a função de proteger também a propriedade.

Em Roma, a propriedade, surge como monarquia, onde a economia era baseada em atividades agropastoris. “A terra era a riqueza fundamental, o que

² SILVA. De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 1115

³ Idem. P. 542

⁴ “Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus”

definia o caráter aristocrático da sociedade”⁵, conforme Piletti, isso só fundamenta a idéia de que a propriedade, principalmente a imóvel, era componente basilar da sociedade. Passado algum tempo, a monarquia romana caiu em decadência, surgindo à República, que ao pé da letra significa *res publica* (coisa pública), nessa fase surge o Direito.

A propriedade caracterizava o cidadão romano, possuindo assim direitos amplos e com poucas restrições, eram lá conhecidos como patrícios já aqueles que não possuíam a propriedade eram inferiorizados, não cidadãos, eram os chamados plebeus, como se pode averiguar a partir da seguinte passagem de Oliveira:

A princípio, toda terra era pertencente à comunidade, tendo a família de patrícios um pequeno lote. Aqueles moradores que não se incluíam entre os patrícios eram conhecidos como plebeus. Eram livres, mas não detinham o direito de cidadãos (patrícios), muito menos o direito de cultivar a terra da comunidade. Fazem parte da história de Roma lutas dos plebeus pela posse da terra.⁶

“No mundo romano, situa-se a propriedade no centro do sistema, gerando-lhe ao redor toda a origem jurídica e econômica”⁷. Assim pode-se observar a real importância da propriedade em Roma, que a partir dela delimitava-se, por exemplo, a forma de organização estatal. Ainda neste mesmo ponto Cretella conceitua a propriedade para os romanos, expondo que:

Propriedade é o direito ou faculdade que liga o homem a uma coisa, direito que possibilita a seu titular extrair da coisa toda utilidade que esta lhe possa proporcionar. Propriedade é o poder jurídico, geral e potencialmente absoluto, de uma pessoa sobre uma coisa corpórea⁸

A propriedade assim é uma forma de exercer direito ou a possibilidade de exercício do propriedade para com a coisa, deixando claro que ele tem o poder de usar toda a essência do bem enquanto assim ainda puder. Sendo complementado

⁵ PILETTI, Nelson. & ARRUDA, José Jobson de A. **Toda a História**. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.p. 57

⁶ OLIVEIRA, Gustavo P. T. de Castro. & THEODORO, Silvia K. da Silva. **A evolução da Função Social da Propriedade**. Disponível em:

http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_16.pdf. Acesso em 21/08/2010.

⁷ CRETILLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993. p. 109.

⁸ Idem. p. 109

por conceituação trazida na obra direito e deveres fundamentais em matéria de propriedade de Comparato:

A propriedade greco-romana fazia parte da esfera mais íntima da família, sob a proteção do deus doméstico. Por isso mesmo, o imóvel consagrado a um lar era estritamente delimitado, de forma que cometia grave impiedade o estranho que lhe transpusesse os limites sem o consentimento do chefe da família.⁹

Desta feita a propriedade é um direito, que por ser absoluto era utilizado apenas por alguns indivíduos, além da primeira etapa de seleções trazidas por Cretella Junior, ou seja, somente os patrícios poderiam ser proprietários, essa segunda etapa onde somente o chefe da família, o pater família poderia exercê-lo. O que mostra ser claro que na sociedade antiga de Roma apenas alguns seletos cidadãos poderiam deter o direito de propriedade. Bertan demonstra ser favorável a tais idéias ao explicitar que:

A propriedade tem um sentido personalíssimo e individualista. O direito absoluto, perpetuo e oponível *erga omnes* está garantido pela ação do *jus civile* (conjunto de leis aplicáveis ao cidadão romano, filho de uma mulher romana), através da *rei vindicatio*.¹⁰

De acordo com tal conceito pode-se absolver algumas características da propriedade naquela época, como o poder absoluto de uso, gozo e extração de toda utilidade, podendo ser imposto tal poder contra todos. Os romanos entediam ter sobre a propriedade os seguintes direitos: "*jus utendi, jus fruendi e jus abutendi*"¹¹. São conhecidos também como os três "jura" que o proprietário exerce sobre a propriedade. O modo de vida dos romanos antigos era conseqüência de como era tratada a propriedade daquele tempo, o qual se tratava de um direito familiar com marcantes traços religiosos.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. "**Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**". A questão agrária e a justiça. Juvelino José Strozake(org.). São Paulo: RT, 2000. p. 125

¹⁰ BERTAN, José Neure. **Propriedade Privada & Função Social**. Curitiba: Editora Juruá, 2009. p. 34

¹¹"Poder de usar, poder de fruir e poder de abusar da coisa". Podendo em síntese o proprietário fazer o que lhe bem entender com a propriedade. Ob. Cit. p. 110.

Com a criação da Lei das XII Tábuas o direito de propriedade sofre algumas restrições, desta forma os proprietários romanos vão vendo seu direito absoluto sendo restrito em razão da ordem pública, do direito de propriedade de outrem, dentre outros como assegura Cretella na seguinte passagem:

O direito de propriedade romano, dos primeiros tempos, absoluto, em princípio, permitindo tudo ao proprietário, relativamente aos seus bens, vai com o decorrer dos tempos sofrendo limitações legais, inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática¹²

De maneira rudimentar pode-se dizer que o direito de propriedade deve servir não só de acordo com os interesses individuais do proprietário, mas também ainda que de maneira singela, e superficial aos interesses da coletividade, nem que seja ao menos como uma maneira de não ferir direitos individuais dos não proprietários.

Desta forma na linha histórico-evolutiva a propriedade romana vai sofrer algumas outras modificações. Com o advento da propriedade quirítária, a partir da segunda metade da República Romana a propriedade passa a ser exclusiva dos cidadãos romanos, sendo necessário que a *res* tenha sido adquirida de forma a não confrontar com o *ius civilis*. Evolução significativa para o Direito, estabelecendo regras mais específicas para o direito de propriedade. Com isso a propriedade deixa de ser um direito absoluto e geral, e passa a ter algumas restrições, de aquisição, por exemplo.

Na sociedade burguesa a propriedade desvincula-se da religião, como assegura Comparato ao discorrer: "A propriedade moderna desvinculou-se totalmente dessa dimensão religiosa das origens e passou a ter marcadamente, com o advento da civilização burguesa, um sentido de mera utilidade econômica"¹³, assim superou-se a idéia de perpetuação na propriedade, podendo esta ser comercializada normalmente. O que pode ser comprovado a partir da leitura do código Napoleônico, o qual trazia em sua redação o caráter absoluto da propriedade. De acordo com o Código Napoleônico o direito de propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas desde que não fira preceitos ou normas.

¹² Ob Cit. p. 113.

¹³ Ob. Cit. p. 128

Em linha paralela a teoria teleológica encontra-se a idéia defendida por Rousseau quando em sua obra *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre homens* revela que a propriedade nasce somente depois do surgimento do Estado, e o que antes existia era apenas a posse de terras e de objetos. Como Rousseau bem trata na passagem:

O homem no estado natural também não possuía a idéia do *teu* e do *meu*, quer dizer, no estado de natureza não havia a idéia de posse ou de propriedade em seu sentido estrito, ou seja, indicando que algo era de alguém. O homem natural não tinha a consciência daquilo que possuía, nem tampouco do que possuía o semelhante. Isso parece fazer parte da idéia de que tudo era de todos¹⁴

Interessante frisar somente que o estado da natureza defendido pelos filósofos não é uma verdade real, mas apenas uma verdade empírica, nunca comprovada, como tratou de explicitar Rousseau em sua obra, no seguinte trecho: “um estado que não mais existe, que talvez nunca tenha existido, que possivelmente nem existirá, e sobre o qual se tem, contudo, a necessidade de alcançar noções exatas para bem julgar de nosso estado presente”¹⁵. Assim no Estado Natural a propriedade não é assim tratada, ela não tem caráter individualizado, mas um caráter coletivo, restando ao homem apenas a posse da coisa.

Assim o filósofo, supra, diz que a propriedade não é um direito natural como a liberdade e a igualdade, todavia aduz que o surgimento da propriedade se dá no estado de natureza, que a partir de então passa a ser o estado civil, como ele o faz na seguinte passagem da sua *Obra Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre homens*:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastantes simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: ‘Livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém!’¹⁶

¹⁴ ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre homens**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005.p.238

¹⁵ Idem.p. 229

¹⁶ Ibidem .p. 61

Desta forma a propriedade surge com a vontade humana, a partir de seu egoísmo e ambição, o qual foi fundamental para o conceito civil de propriedade, mas conforme Rousseau “não haveria injustiça se não houvesse propriedade”¹⁷, a afirmativa de Rousseau não estar de toda errada, mas incompleta, já que poderia trazer como uma oração subordinada, que também não haveria pois, sociedade. Deveras, outros pensadores, como o francês Proudhon ao trazer em sua brilhante obra “O que é propriedade?”, comunga do seguinte pensamento:

Assim o mal moral, quer dizer, na questão que nos ocupa, a desordem na sociedade explica-se naturalmente pela nossa faculdade de refletir. A miséria, os crimes, as revoltas, as guerras tiveram por mãe a desigualdade das condições, que foi filha da propriedade, que nasceu do egoísmo, que foi engordada pelo sentido privado, que descende em linha reta da autocracia da razão.¹⁸

Comungam os dois que a partir da propriedade surgiram as maiores mazelas da humanidade, foi com esse pensamento que Rousseau desenvolveu o Contrato Social, onde os direitos individuais poderiam ser restringidos em favor dos direitos da sociedade. Aristóteles em sua obra *A Política* mostra que: “O Estado se coloca antes da família e antes de cada indivíduo, pois que o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte”¹⁹. Isso significa que o Estado deve restringir alguns direitos, e dentre um rol de direitos restringíveis, encontra-se o direito de propriedade, restringir não no ponto de eliminar, expurgar do ordenamento jurídico, mas de conter direitos.

Assim o Direito individual de ser proprietário vai encontrar restrições advindas do Estado, o qual tem função precípua de efetivar um bem-estar a comunidade, logo revestido pelo poder soberano, ele pode restringir direitos, em prol dos direitos coletivos.

Uma das restrições ao direito de propriedade é a função social. A idéia embrionária de função social vem de Rousseau, o qual em sua obra *Do contrato Social* trata que o indivíduo em determinados momentos deve ser sobreposto pela vontade do todo, do Estado, para seu benefício, assim como também benefício de

¹⁷ Ob. Cit. p. 264

¹⁸ PROUDHON. Pierre-Joseph. **O que é Propriedade**. Lisboa: Editorial Estampa, 1975. P.220.

¹⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal -16. São Paulo: Editora Escala, 2005. P. 16

toda a coletividade, onde de maneira cordial o Estado protege dois direitos, o do proprietário, de possuir a coisa, e da coletividade, a qual não pode se ter seus direitos violados em função de um direito individual. Desta vênia nada mais relevante do que o estudo detalhado desta restrição imposta pelo Estado ao proprietário, ou melhor, imposta ao próprio direito de propriedade.

2.2 Da Origem da Função Social da Propriedade

Sendo a propriedade um direito fundamental humano nada mais natural sofrer ele limitações, restrições, afinal, um direito fundamental se não limitado choca-se com outro de importância similar, é nesse ponto que se insere a função social da propriedade, servindo de freio, mas não com motivo de estancar, estagnar direitos, mas ampliá-lo em prol da coletividade, surgindo um dever ao direito adquirido com a propriedade.

Ao mencionar em sua obra O Contrato Social, Rousseau enfatiza que “no contrato social o homem perde sua liberdade natural e o direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui”²⁰, desta vênia o direito de propriedade adquirido pelo indivíduo sofre pequenas limitações, restrições, haja vista o direito maior da comunidade, da sociedade, é um mal necessário para a convivência harmônica em sociedade que o ser humano estar condicionado a pagar, o dito por Rousseau é por ele completado ao mencionar ainda na mesma obra, sobre o tema:

Mas, de qualquer maneira que se faça tal aquisição, o direito de cada particular sobre sua parte do solo está sempre subordinado ao direito da comunidade sobre o todo, sem o que não haveria solidez no laço social nem força real no exercício da soberania.²¹

Assim tem-se que o direito de propriedade pode ser restringido de acordo com a necessidade e interesse da coletividade. Noberto Bobbio em sua obra A Era dos Direitos faz menção ao tema quando expõe que “o direito de propriedade

²⁰ Ob. cit. p. 25

²¹ Idem.p. 29

passou por transformações históricas. Inicialmente detentor de um tradicional caráter absoluto, inviolável e sagrado”²². O que marca a passagem da visão trazida por Bobbio para a visão de propriedade atual é a visualização do interesse social restringindo o direito de propriedade. O que pode ser vislumbrado pelo autor supra na referida obra ao trazer: “A sociedade histórica em que vivemos, (...) é uma sociedade em que a cada dia adquirimos uma fatia de poder em troca de uma falta de liberdade”²³. Esse foi o pensamento desenvolvido antes por Rousseau, onde era preciso que o indivíduo obtivesse uma limitação de poderes sobre a propriedade, sem contudo retirá-la dele, sendo a fatia alcançada de poder o direito a propriedade e a fatia trocada, a supressão de liberdade, a função social.

Rousseau em sua obra *Do Contrato Social* faz referência que o interesse coletivo deve sobressair em relação ao privado, pelo fato de o indivíduo, na sua mais completa individualidade age por egoísmo e o indivíduo coletivo, age pensando na coletividade, isso conforme a seguinte passagem de sua obra:

O interesse particular pode faltar-lhe de maneira totalmente diversa da que lhe fala o interesse comum: sua existência absoluta, e naturalmente independente, pode fazê-lo encarar o que deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial do que o pagamento oneroso para si; e, olhando a pessoa moral que constitui o Estado como um ser de razão, pois que não se trata de um homem, ele desfrutará dos direitos do cidadão, sem querer preencher os deveres do súdito: injustiça, cujo crescimento causaria a destruição do corpo político.²⁴

Desta feita, baseado no pensamento embrionário defendido por Rousseau as mais contemporâneas Constituições trazem em seu texto que a propriedade é um direito fundamental, é certo, mas regrada de princípios regedores, dentre eles o da função social. Uma forma correta de atrelar o dever adquirido com a escolha da propriedade como direito fundamental, já que se sabe que a cada direito que se adquire, adquire-se também um dever, assegurando isso Comparato ao mencionar que “quem fala, pois, em direitos fundamentais está, implicitamente, reconhecendo a

²² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 95.

²³ Idem. p. 42

²⁴ Ob. Cit. p. 24

existência correspectiva de deveres fundamentais”²⁵. O referido autor complementa ainda ao explicitar que:

Desde a fundação do constitucionalismo moderno, com a afirmação de que há direitos anteriores e superiores às leis positivas, a propriedade foi concebida como um instrumento de garantia da liberdade individual, contra a intrusão dos Poderes Públicos. As transformações do Estado contemporâneo deram à propriedade, porém, além dessa função, também a de servir como instrumento de realização da igualdade social e da solidariedade coletiva, perante os fracos e desamparados²⁶

O constituinte envolvido e ciente de tais idéias imprime na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, XXII, o livre direito a propriedade, contudo traz logo após no inciso XXIII, do mesmo artigo 5º que a propriedade deverá atender a função social. Bello ao referi-se a função social desempenhada pela propriedade diz que:

O Estado só poderia se intrometer em questões relativas à propriedade para protegê-la, Rousseau entende que, justamente pelo fato de que o Estado a criou, este pode limitá-la e organizá-la em nome da vontade geral e em conformidade com os interesses e as necessidades da coletividade.²⁷

Assim ao desempenhar a função social da propriedade o proprietário estará efetivamente usando o direito-dever trazido pela Constituição, caso não ocorra, com deixou claro Bello o Estado poderá intervir, desde que seja para proteger a propriedade do proprietário. O então Ministro do STF, Eros Grau, anuncia em sua obra que:

O princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem.²⁸

²⁵ Ob. Cit. p. 129

²⁶ Idem. p. 130

²⁷ BELLO, Enzo. **A teoria política da propriedade em Locke e Rousseau: uma análise à luz da modernidade tardia**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 269.

Como se verifica a partir da sistematização da própria Constituição Federal o direito de propriedade estar dentro dos direitos fundamentais, assim como a função social, todavia é importante que se observe que apesar de no título do capítulo da CF/88 trazer como fundamental também o direito a função social, pode ser entendida como um dever fundamental para o proprietário, o direito a função social é um direito a coletividade, sendo assim reafirmando o supracitado a propriedade que exerce a função social nem é puramente só direito nem só dever, mas um direito-dever para com a sociedade. Como se pode ratificar Comparato na seguinte passagem:

Os deveres fundamentais contrapõem-se, logicamente, aos direitos fundamentais. *Ius et obligatio correlata sunt*. A existência de alguém como sujeito ativo de uma relação jurídica implica, obviamente, a de um sujeito passivo, e vice-versa. Não se pode, pois, reconhecer que alguém possui deveres constitucionais, sem ao mesmo tempo postular a existência de um titular do direito correspondente.²⁹

Comparato traz ainda que aquele que não desenvolver a função social na sua propriedade pode deixar de usufruir inúmeras prerrogativas decorrentes no campo processual, como se faz revelar o seguinte trecho:

Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que podem envolver o descumprimento de deveres fundamentais.³⁰

Isso faz perceber que a função social é efetivamente um direito-dever do proprietário, a qual serve de parâmetro para aferir a continuidade do uso e gozo do direito pelo proprietário sem intervenção estatal. Caso a propriedade necessite de ajuda, suporte estatal esta poderá ser reduzida ou negada se a função social não for aplicada, não ser vislumbrada pelo proprietário.

²⁹ Ob. Cit. p. 142

³⁰ Idem. p. 145

Didier faz revelar a sua filiação ao que afirmou Comparato quando trata em sua obra que:

Além de poder jurídico, a propriedade traz consigo o dever de exercer este direito de modo a atingir determinadas finalidades; deixava a propriedade, pois, de ser um direito absoluto, cuja utilização deveria atender unicamente aos interesses do proprietário, na forma da concepção liberal que então prevalecia.³¹

Desta forma seguindo os pensamentos de Didier expressos acima tem-se que de fato a função social é um dever fundamental, onde caberá ao proprietário o exercício da função social. Didier faz ampliar sua filiação a corrente que se filia a idéia de função social como direito-dever, ao concluir que:

A função social da propriedade compõe o próprio conteúdo do direito de propriedade, estabelecendo os denominados "deveres fundamentais" da propriedade, também de vigência imediata; tratasse de norma que completa a definição do estatuto constitucional do direito de propriedade.³²

Para Bertan a propriedade sempre foi atrelada a idéia de função social, baseado tal doutrinador nos livros sagrados para os cristãos, a Bíblia, como faz entender ao tecer o comentário seguinte "Nas Escrituras, desde Genesis, já se atribuía à terra a função de alimentar o homem"³³, de forma relevante faz-se necessário acessar a própria fonte que substanciou Bertan para seu posicionamento, desta forma o próprio livro de Genesis(3,17-19) descreve que:

Com fadiga tirarás da terra o alimento durante toda a vida. Produzirás para ti espinhos e abrolhos e tu comerás das ervas do campo. Comerás o pão com o suor do rosto, até voltares a terra donde foste tirado.

Desta forma pode-se dizer que apesar de arcaica a idéia de propriedade percebe-se que desde o seu surgimento, como coletiva, a propriedade deveria

³¹ DIDIER, Fredier. **A Função Social da Propriedade e a Tutela Processual da Posse.** Disponível em: <http://direitosreais.files.wordpress.com/2009/03/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>. Acesso em 21/08/2010. p. 4

³² Idem p.6

³³ Ob. Cit. p 15.

desempenhar uma função social, observado ao ser colocada a propriedade como um meio necessário para a subsistência humana, devendo, contudo ser utilizada de maneira racional, sem desperdício, ou excesso como se faz revelar Bertan (apud Locke) ao tratar que:

Tudo que um homem pode utilizar de maneira a retirar uma vantagem qualquer para sua existência sem desperdício, eis o que seu trabalho pode fixar como sua propriedade. Tudo o que excede a este limite é mais do que sua parte e pertence aos outros. Deus não criou nada para que os homens desperdiçassem ou destruíssem³⁴

De acordo com as idéias defendidas por Locke, uma propriedade que desenvolve uma função social, deverá ser efetivamente cuidada, respeitada pelo Estado. Deste feito pode-se afirmar que o embrião da função social atual é a utilização da terra sem desperdício onde a propriedade pertence a coletividade, mas podendo ser individualizada desde que não excedendo os limites necessários ao atendimento da necessidade individual, o que quer dizer que a propriedade é necessária para a subsistência humana.

Comparativamente a propriedade surgida com o Direito romano individualista e personalíssima passa por uma transformação profunda deixando tal caráter e assumindo uma perspectiva social, tendo por característica alimentar os seres humanos, como a supracitada passagem do livro dos Gêneses, o que faz se pensar que na verdade a propriedade volta a ter seu caráter social. Essa é a nova visão de propriedade privada, no mundo moderno, como assegura em sua obra Bertan (apud Monteiro):

Surge assim a moderna concepção do direito de propriedade, com sua função social bem determinada, geradora de trabalho e de empregos, apta a produzir novas riquezas e contribuir para o bem geral da nação. É a propriedade dos novos tempos, a eliminar a propriedade estéril e improdutiva³⁵

É uma visão antiga de propriedade, que ganha uma nova roupagem haja vista a nova realidade social, humanizada ao longo dos séculos.

³⁴ Ob Cit. p. 29.

³⁵ Idem. p. 37.

É mister perceber que a função social da propriedade, apesar de ter um caráter socialista estar estritamente ligada ao lucro capaz de ser gerado pelo uso da propriedade, sendo inclusive um dos fatores determinantes a sua existência para a existência daquela. Como assegura Bertan (apud Hironaka):

Quanto à propriedade, outro dos três mais significativos pilares estruturais do Direito Civil – ao lado da família e do contrato – não parece restar mais dúvida, na atualidade, a respeito de que ela não é uma função social, mas que – isso sim – tem uma função social que lhe é inerente, significando que se encontrará o proprietário obrigado a dar determinada destinação social aos seus bens, concorrendo, assim, para a harmonização do uso da propriedade privada ao interesse social, mas sem o exagero da coletivização dos bens, *modus próprio* de outro regime ou sistema político-econômico, de natureza socialista. De toda a sorte, o que passa pelo cenário da pós-modernidade, enfim, é o mesmo este excepcional e indiscutivelmente real fenômeno que restringe e limita o exercício do direito de propriedade, pela faceta de suas diversas faculdades jurídicas, aparando arestas do individualismo tradicional, como diria Caio Mário da Silva Pereira, e bombardeando de todos os ângulos, o absolutismo do direito de propriedade.³⁶

Em relação a idéia acima transcrita defendida por Bertan percebe-se que a propriedade tem uma característica inerente que a função social, o que não quer dizer que a propriedade seja absolutamente coletiva, mas tratar a propriedade como direito individual que sofre restrições para satisfazer os direitos coletivos sociais. Daí a constituição Federal da República Federativa do Brasil ter adotado a função social como princípio base a propriedade.

Sendo convocados a observar que não é a função social uma sanção ao direito de propriedade. Apenas uma limitação, o que na verdade não limita de fato, ela restringe apenas atos abusivos ao direito estudado, colocando o direito coletivo em sobreposição ao excesso do direito de propriedade. Não é caracterizada a sanção pois, não se trata de um pena, mas de um preceito que só tende a elevar o próprio direito de propriedade, fazendo-o fortalecer e não eliminá-lo, nada mais comum do que em meios a tantas mudanças por conta dos direitos humanos, a propriedade sofra restrições em prol dos não proprietários, em função inclusive do próprio arbítrio do proprietário.

³⁶ Ob Cit.. P. 121

2.3 A Propriedade e a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

Conceituada em momento oportuno, a propriedade é salvaguardada pela Constituição Federal, e por ser direito fundamental, é cláusula pétrea, e como tal não pode ser mudada, emendada, restringida pelo legislador derivado, podendo apenas ser ampliada.

Tratada na Constituição Federal no capítulo dos Direitos Fundamentais o artigo 5º, XXII, dispõe que “É garantido o Direito de Propriedade”, a redação dada pelo legislador originário, vista isoladamente dar a falsa impressão que é a propriedade um direito absoluto, entretanto para não deixar margens no inciso seguinte o constituinte já enumera uma forma de relativizar tal direito, conforme redação empregada no art. 5º, XXIII, segundo o qual “A propriedade atenderá à sua função social”, e a intenção de não restar dúvidas acerca da relativização que foi posto ainda no artigo 170 ao tratar da ordem econômica, o princípio da função social da propriedade:

Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da Justiça Social, observados os seguintes princípios:
I – Soberania Nacional;
II – Propriedade Privada;
III – Função social da propriedade.

Desta forma é concedida pelo Estado ao cidadão a propriedade, não de forma desordenada, mas de maneira responsável, sendo possível a existência e permanência da propriedade privada observando sempre a função social. A própria Constituição com a finalidade de não restar dúvidas sobre seu posicionamento acerca da função social enumera ainda no artigo 186 o seguinte:

Art.186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes critérios:
I – aproveitamento racional e adequado;

- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O inciso I do artigo 186 da CF trouxe o aproveitamento racional e adequado da propriedade, o que mostra que o constituinte preocupou-se com a produtividade da propriedade. Mas não meramente só com a produtividade, diga-se, isso por demonstrar que deverá ser adequado o aproveitamento do uso do direito a propriedade, de maneira a não ser predatória, por exemplo, já que há o uso predatório, este pode ser visto de maneira empírica como forma de produtividade, mas a restrição feita faz revelar a real intenção do legislador, usar a propriedade de maneira inteligente, gerando lucro, sem, contudo ofender regras, normas sociais. Dispondo Bertan (apud Bastos) acerca do tema tem-se que:

Sem produção abundante não há bem-estar social, mesmo porque todos os planos que interessam mais diretamente à qualidade de vida do cidadão dependem de grandes somas de dinheiro para implementação, desenvolvimento da educação, da saúde, da habitação, (...). Do exposto resulta claro que o núcleo fundamental do conceito de preenchimento da função social é dado pela sua eficácia atual quanto a geração de riqueza. Daí o porquê da propriedade produtiva vir excluída daquelas suscetíveis de expropriação para fins de reforma agrária nos termos do art. 186, supra.³⁷

Esse dispositivo demonstra a possibilidade de intervenção do Estado no exercício de direito de propriedade, já que é instituto exposto na Constituição Federal a expropriação de terras, mas como bem ressaltou o autor referido na última citação aquelas propriedades que desempenham a sua função social estão livres da expropriação por parte do Estado, já que a função precípua da expropriação é fazer com que a propriedade não fique parada, sem gerar lucros e produzir riquezas.

A passagem de Bastos expressa à realidade do mundo contemporâneo, para que se estabeleça o bem estar social necessário que no exercício do direito de propriedade gere produção atendendo a necessidade social.

O inciso II do artigo 186 trata da preservação do meio ambiente e utilização adequada dos recursos naturais disponíveis. Conforme o conceito de meio ambiente

³⁷ Ob. Cit. p. 125

trazido por Silva pode-se afirmar que todo recurso natural ou não, mas que seja essencial a sociedade pode ser englobado no conceito, como se pode averiguar pelo conceito trazido pelo doutrinador:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.³⁸

A partir do conceito definido pelo doutrinador tem-se que o meio ambiente é comum a todos os membros da sociedade, devendo ser utilizado pelo proprietário de maneira a não ferir os direitos subjetivos dos demais membros da sociedade não proprietários, observando-se o respeito, sem aniquilar os recursos advindos do meio ambiente, exercendo um desenvolvimento sustentável. É utilizar o meio sem desperdício.

Observa-se que os dois incisos, I e II do artigo referido tratam de questões diversas, no primeiro a uma ação no sentido de que a propriedade não pode ficar sem utilização, no inciso seguinte dar o legislador um freio em relação aos meios de utilização, podendo ser resumido da seguinte forma, o proprietário pode usar de todo e qualquer modo exceto quando seu uso ferir as normas de meio ambiente.

O inciso III tratou das disposições que regulam as relações de trabalho, sendo observados pelo proprietário os dispositivos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, onde o empregado será coberto pelo manto das normas trabalhista, de um modo geral e específico, por exemplo, jornada de trabalho, direito a um salário justo enfim aos direitos elencados, por exemplo, na Consolidação das Leis Trabalhistas.

O referido inciso traz em seu bojo questão semelhante a do inciso anterior, já que dar a possibilidade de exploração da propriedade de qualquer modo, desde que no processo de utilização de mão-de-obra sejam verificadas as regras concernentes aos trabalhadores.

Por fim o inciso IV tratou de regular as relações subjetivas dos proprietários e dos trabalhadores, ate mesmo como consequência do inciso anterior, ampliando também para o bem estar do próprio proprietário.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4 ed. São Paula: Malheiros, 2003, p. 20.

Passado o rol de exigências da Constituição Federal que por muitos é definido como um rol meramente exemplificativo, estando o proprietário condicionado a outras regras limitadoras de acordo com os ideais da República, sem, contudo deixar de atender cumulativamente os quatro requisitos expressos. O que de fato importa é que sendo cumpridas as exigências mínimas do art. 186 da CF/88 o proprietário vai poder provocar o Judiciário sempre que seu direito a propriedade estiver ameaçado. Defendendo a corrente de que o rol do art. 186 é meramente exemplificativo está Bertan ao trazer em sua obra:

O rol de exigências se amplia, de acordo com os ideais da República, vistos em capítulo próprio, e que é obrigatório repetir. A começar pelo preâmbulo constitucional, em que o legislador expõe teleologicamente o objetivo da carta magna: "assegurar (...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos".³⁹

Certo é que toda e qualquer propriedade deverá atender a função social a ela destinada, caso contrário poderá sofrer limitações o titular de tal direito, tal como a desapropriação, questão que não deve ser discutida neste momento. Mas o Estado só poderá proteger aquela propriedade que atenda ao princípio da função social, se, contudo não se observa no ordenamento jurídico atual uma efetivação de tal princípio não porque não exista ou por não representar de fato um princípio constitucional, mas por estarmos ainda diante de uma sociedade baseada no latifúndio, altamente individualista, de terras improdutivas.

Bertan (apud Tepedino) em linha de raciocínio parecido advoga que:

Daí decorre que, quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, que não somente os bens de produção mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por estas conformados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização.⁴⁰

Ainda que de maneira singela, inexpressiva, os tribunais vem aceitando a aplicabilidade da função social da propriedade como meio assecuratório do direito fundamental que é a propriedade.

³⁹ Ob. Cit. p. 127.

⁴⁰ Idem p. 128.

O constituinte ainda fez menção a função social de maneira explícita ao redigir o art. 182 na seguinte redação:

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 referido artigo mostra ao intérprete que a propriedade, como direito fundamental, somente poderá ser assim configurada quando atrelada ao dever fundamental, que é a função social. A CF faz-se reforçar o princípio da função social, colocando ao constituinte derivado o poder de expor maneiras mais concretas de se exigir de acordo, principalmente, da realidade de cada propriedade, isso por dar margens a legislações infraconstitucionais agirem em tal lacuna, deixada propositalmente, para que se observe a realidade social de cada área desse imenso país.

Além de todas as normas constitucionais que visam proteger a função social da propriedade têm-se ainda normas infraconstitucionais que visam também de maneira subsidiária a mesma proteção, tais como o Estatuto da Terra, o Decreto Federal n. 95.715/88, o qual regula as desapropriações, A Lei 6.938/81, a Lei 6.799/79, também a Lei 6.803/80 dentre outros.

O Código Civil também trouxe sua preocupação quanto à proteção a propriedade, talvez não tenha trabalhado com afincos o assunto, mas trouxe inúmeras considerações, acerca do tema. Para Venosa "a propriedade assume uma nova perspectiva no novo Código Civil, seu sentido social"⁴¹, afirmando assim a aplicabilidade e existência material da função social, onde o direito individual deve atender também os direitos e anseios coletivos.

Em síntese o pensamento de Falcão resume o que se quis aqui dizer:

A função social da terra, como filosofia ou norma programática, nada mais é senão o reflexo palpável dos resultados advindos do trabalho do homem sobre a terra. Função social só se atinge, pois, se houver

⁴¹ VENOSA. Silvio Salvo. **Direitos Reais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. P. 199.

trabalho efetivo, diuturno, contínuo, do proprietário sobre a terra que cultiva.⁴² (grifos do autor)

O mencionado trabalho sobre a terra, no sentido analógico, a propriedade, deve ser trabalhada, servindo ao homem de maneira prudente, onde se possa observar a geração de lucros em favor do detentor e também em razão da coletividade.

No contexto evolutivo das Constituições Brasileiras somente em 1934 com a seguinte redação:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo eminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público exija ressalvado o direito de indenização ulterior.⁴³

A partir de então o Estado Brasileiro trouxe em todas as suas Constituições menções a Função Social da Propriedade, salvo na Constituição de 1937. Sempre visando o bem-estar social.

Seja encarada da maneira que for, certo é que a função social é um meio legal e justo, antes de tudo, que o Estado encontrou de facilitar a convivência social, isso por fazer o proprietário estar ligado ao social, a comunidade a partir de sua propriedade, já que apesar de ser titular do direito, tal não pode ser absoluto por ferir o direito da coletividade, passando desta forma a ser encarado por muitos como uma forma de limitar o direito de propriedade.

Todavia não se pode encarar a função social da propriedade como uma limitação, mais como princípio ampliador do direito de propriedade, já que dar a oportunidade ao proprietário de exercer um direito fundamental ao mesmo tempo que exerce também um dever, o qual reverte-se em prol da sociedade como direito fundamental. E por tal razão o Constituinte no momento de escolher as cláusulas

⁴² FALCAO. Ismael Marinho. **A função social da Propriedade**. Disponível em: <http://www.apriori.com.br/cgi/for/a-funcao-social-da-propriedade-ismael-marinho-falcao-t269.html>. Acesso em 21/08/2010. p. 5

⁴³ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 19 de setembro de 2010.

pétreas fez abranger o direito de propriedade, sem esquecer contudo da função social que cada uma deve desempenhar.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Por base no que já fora dito no capítulo anterior, a propriedade exerce ou desempenha uma função social, o que na visão mais pessimista poderia ser enquadrada como uma limitação a tal direito. Trabalhando o tema propriedade no campo do Direito Privado chega-se de forma abrupta ao conceito de empresa, de modo que a Empresa como propriedade privada exerce ou deve exercer uma função social. É isso que o capítulo propõe, trabalhar o conceito e peculiaridades da empresa e por conseguinte sua função social, como um direito de propriedade.

3.1 Da Empresa

A Empresa ganha relevância por ora por ser um meio direito e imediato de exercício do direito de propriedade privada. Do latim empresa *prehensus*, praticar empreender. Conforme De Plácido e Silva empresa significa "toda organização econômica, civil ou comercial, instituída para a exploração de um determinado ramo"⁴⁴. Assim pode-se afirmar que de qualquer atividade desenvolvida com a intuito de atingir determinado fim e explorando atividade lucrativa tem-se o conceito de empresa.

O Código Civil Brasileiro, por ser o sucessor do Código Comercial, já que houve certa incorporação, que se diga não uma fusão entre o Direito Privado, mas apenas uma incorporação por parte do direito civil. O Código Civil não definiu Empresa, mas deu o conceito de empresário, que a partir dele se chega de maneira óbvia ao conceito legal de empresa. A redação do art. 966 do CC evidencia isso:

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

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda

⁴⁴ Ob. Cit., p. 522.

com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa

A partir do conceito dado pelo legislador tem-se que empresa é uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços, ressaltando as exceções elencadas no parágrafo único. Sendo sugadas as seguintes características: uma atividade que tem por finalidade gerar lucro, e atuar de maneira organizada, colocando na sociedade a circulação de bens e de serviços, bem como a produção.

Todavia sabe-se que na sociedade nada é imutável, assim, este é o conceito atual, o qual sofreu adaptações ao longo da história, não sendo esse o fim imediato inicialmente almejado, mas para que não acarrete dúvidas acerca do tema passa-se a partir de agora a estudar a evolução histórica da empresa.

De início a sociedade era patriarcal, normalmente auto-suficiente, não necessitando, as pessoas de nenhuma coisa que não possuísse, ou que por si pudesse produzir. Com o passar da linha do tempo a sociedade instalada nas cidades passou a observar que determinadas atividades eram melhores desempenhadas por certas, passou-se assim a realizar escambo, que nada mais é do que uma forma simples de troca de produtos e ou serviços, assim todos poderiam usufruir das melhores coisas, e a moeda de troca era o próprio bem ou serviço. Esse foi o embrião, o qual fez surgir o comércio, fazendo surgir mais adiante a troca por ouro, em moeda, que com o passar dos tempos ganhou valor meramente simbólico.

Durante a Idade Média desenvolveu-se o comércio, nos moldes bem parecidos com os atuais, todavia não havia nenhuma normatização acerca desse trabalho, profissão. No desenvolvimento do comércio, principalmente o marítimo ficou obvia a necessidade da criação de normas, para a regulamentação de contratos e obrigações assumidas devido o comércio. Surgem em meio à extrema necessidade de se criar normas as Corporações de Ofício. Ramos (apud Rodrigues) ratifica o que fora explicitado neste parágrafo ao expor que:

Com o incremento do comércio, fortaleceram-se os grupos profissionais dos mercadores, chamada de corporações de ofício.

Bem organizadas, as corporações passaram a tutelar os interesses de seus membros em face da impotência do Estado.⁴⁵

Salientando que as Corporações de Ofício eram regidas por Cônsules eleitos dentre os participantes, que tinha por papel aplicar os usos e os costumes aos casos em concreto. O que não era, pois, homogêneo, visto que não existiam quaisquer vinculações entre as diferentes Corporações de Ofício. Requião tratou de tal assunto em sua obra ao comentar que:

É nessa fase histórica que começa a se cristalizar o Direito Comercial, deduzido das regras das corporativas e, sobretudo dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juizes designados pela corporação, para em seu âmbito dirimirem as disputas entre comerciantes. Diante a precariedade do Direito comum para assegurar e garantir as relações comerciais, fora do formalismo que o direito romano remanescente impunha, foi necessário de fato que os comerciantes organizados criassem entre si um direito costumeiro, aplicado internamente na corporação por juizes eleitos pelas suas assembléias: era o juízo consular, ao qual tanto deve a sistematização das regras do mercado.⁴⁶

A grande característica das Corporações de Ofício era o caráter subjetivista, isso por estarem às corporações a dispor somente de seus membros, assim para que fosse reconhecido o papel de comerciante era necessário fazer parte de uma das corporações, caso contrario as relações não seriam comerciais, assim as soluções de conflitos seriam resolvidos perante as corporações de ao menos uma das partes fosse nelas inscritos, nos casos em que eram pessoas não matriculadas a solução seria efetivada perante a Justiça Comum, da época.

Outra característica marcante das Corporações foi a inovação quanto a forma de contratar, a qual a partir de então passa a ser livre, contrapondo-se as regras de direito romano ainda em vigor. Nesse sentido Ramos afirma: "A concepção um tanto estática de contrato, inerente ao direito romano, obviamente não coadunava com os ideais da classe mercantil em ascensão"⁴⁷, o que quer demonstrar que não mais se exigia todo o rigorismo romano, os comerciantes contratavam com uma maior

⁴⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. 3ª Ed. Salvador: Jus Podvim, 2009. p. 28.

⁴⁶ REQUIAO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.. p. 10-11.

⁴⁷ Ob Cit. p. 31

facilidade, aumentando e fortalecendo com isso o comércio, a estrutura adquirida pelo comércio deve-se sobretudo a criação das Corporações de Ofício.

Requião ao tratar das corporações trouxe ainda a fase de fortalecimento das corporações, tratados como os anos de ouro das corporações de ofício:

Deve-se anotar que os comerciantes, organizados em suas poderosas ligas e corporações, adquirem tal poderio político e militar que vão se tornando autônomas as cidades mercantis a ponto de, em muitos casos, os estatutos de suas corporações se confundirem com os estatutos da própria cidade.⁴⁸

Assim é a primeira fase do Direito Comercial, logo a fase embrionária da empresa. Com o desenvolvimento do comércio as relações consulares foram ampliando-se tanto a partir de então eficácia para negócios efetivados por comerciantes ou não-comerciantes. Ramos (apud Verçosa) demonstra ainda que:

Inicialmente caracterizado como "direito de classe", pois aplicado apenas aos membros das corporações matriculados, com o passar do tempo a jurisdição dos tribunais consulares veio a ampliar o campo de sua abrangência, tendo passado a tutelar também as questões atinentes ao comércio, quando ao menos uma das partes fosse um comerciante matriculado em corporação (...) Mas também ocorreu que os tribunais comuns passaram a aplicar as normas especiais mercantis quando se tratava de casos referente a pessoas não-matriculadas nas corporações – ou seja, diante da identificação de que a questão perante eles apresentada versava sobre matérias de comercio, tal como será mais tarde conhecida a área própria do Direito Comercial.⁴⁹

As corporações de ofício foram perdendo a força que outrora possuíam, passando para o Estado a responsabilidade de julgar os atos que antes cabia as corporações. Da mesma forma que foram perdendo o lugar as corporações, foi perdendo também lugar os julgados baseados em costume, já que a lei comercial passa a ser a primeira fonte. A partir daí começa a segunda fase do Direito Comercial, conhecida como a Teoria dos Atos de Comércio. Requião ao descrever a segunda fase faz revelar que:

A competência judiciária dos cônsules, pelo exercício da profissão comercial, não era suficiente, pois nem toda a vida e atividade do

⁴⁸ Ob Cit. p. 10

⁴⁹ Ob. Cit.. p. 31-32.

comerciante eram absorvidas pela sua profissão, impondo-se a necessidade de delimitar o conceito de matéria de comércio⁵⁰

O Código Napoleônico divide o Direito Privado em duas grandes esferas, o Direito Civil e o Direito Comercial. Assim a partir desse ponto haverá incidência do Direito Comercial sempre que forem verificadas a efetividade de atos definidos pela doutrina francesa, como atos de comércio. Como bem assegura Ramos ao trazer:

A doutrina francesa criou a teoria dos atos de comércio, que tinha como uma de suas funções essenciais a de atribuir, a quem praticasse determinados atos de comércio, a qualidade de comerciante, o que era pressuposto para a aplicação das normas de Direito Comercial.⁵¹

Ainda tomando por base o que disse Ramos em sua obra supracitado tem-se que: "A codificação napoleônica operou uma objetivação do direito comercial, além de ter, como dito anteriormente, bipartido de forma clara o direito privado"⁵².

Comparativamente a Teoria dos Atos de Comércio tem caráter objetivo enquanto as Corporações de Ofício tinham caráter subjetivo, a primeira visa proteção de certos atos, independentemente de quem sejam as partes contratantes, enquanto que estas últimas visava apenas a proteção de pessoas determinadas, de certa forma escolhidas pelas corporações e a elas matriculada.

É interessante observar que as Corporações não foram somente perdendo sua real eficácia, como também foram elas proibidas, visando acabar com a desigualdade, baseado na qualificação de pessoas em matriculadas e não matriculada, tendo sido a Lei *Le Chapelier* a que fez derrogar todas as corporações de ofício. Por conta da proibição das corporações de ofício, tidas como meio de solução de conflitos discriminatório, atentava contra a sociedade.

Requião trata em sua obra da fragilidade dos Atos de Comércio, o qual se funda basicamente na não conceituação por parte da lei do que viriam a ser tais atos de comércio. Ficando desta forma o grande vácuo, e a insustentável dúvida: Como o direito pode regular o que ao menos se sabe conceituar? Era o que muito se

⁵⁰ Ob. Cit. p. 11.

⁵¹ Ob. Cit. p. 31.

⁵² Idem. p. 35.

questionava acerca do tema, Requião envolto pela mesma dúvida relata medo e agonia quanto ao tema ao estabelecer que:

Não é preciso esforço de imaginação para se concluir da precariedade científica de um sistema jurídico que não se encontra capacitado, sequer, para definir seu conceito fundamental. Para muitos autores essa dificuldade, senão impossibilidade resulta diretamente da circunstancia de não ser científica a dicotomia do direito privado, e, por isso, a distinção entre atos civis e atos comerciais seria ilógica e não racional.⁵³

Mas é baseado na Teoria dos Atos de Comércio que nasce o código Comercial Brasileiro. Com a insuficiência declarada foi necessário o desenvolvimento de outra Teoria para se estudar o Direito Comercial, a chamada Teoria da Empresa. Ficando sem eficácia o Código Comercial muitas vezes, até que o Código Civil revogou de maneira clara a parte geral do CCom.

De início conforme o Código Napoleônico empresa seria a prática reiterada de atos de comércio, conforme artigo 632 do referido diploma legal francês. Pois é interessante anotar que o Código Napoleônico adotou a Teoria dos Atos de Comércio, mas já trouxe em seu bojo fragmentos embrionários do que conhece-se atualmente por empresa.

Conforme os ensinamentos de Requião as noções de empresa embrionariamente surgiram na Alemanha, em 1897, que reativou a ordem subjetivista modernizando-a. O artigo 343 do Código Comercial Alemão de 1897 trazia que: "atos de comércio são todos os atos de um comerciante que sejam relativos à sua atividade comercial", a partir de tal conceito percebe-se a uma junção das outras duas teorias antecessoras, quais sejam a subjetiva, corporações de ofício, e a objetiva, dos atos de comércio, isso por ser fundamental a preexistência da empresa, seja na prática dos atos de comércio, ou seja, em atos praticados por comerciantes.

Foi na Itália que a Teoria da Empresa surge de fato, conforme assegura Coelho tem-se que:

Em 1942, na Itália, surge um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares. Nele alarga-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades de prestação

⁵³ Ob. Cit., p. 13.

de serviços e ligadas à terra a submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. Chamou-se o novo sistema de disciplina das atividades privadas de Teoria da Empresa.⁵⁴

A Teoria da Empresa faz superar a idéia objetivista e subjetivista e passa a encarar a nova forma de atividade econômica, a empresarial. Conforme aduz Ramos:

Para a teoria da empresa, o direito comercial não se limita apenas a regular as relações jurídicas em, que ocorra a prática de determinado ato de comércio (mercancia). A Teoria da Empresa faz com que o direito comercial não se ocupe apenas com alguns atos, mas com uma forma específica de exercer uma atividade econômica: a forma empresarial.⁵⁵

O Ordenamento Jurídico Brasileiro adota atualmente a Teoria da Empresa, desde 2002, efetivamente, isso por ter sido revogado a primeira parte do Código Comercial Brasileiro. Assim baseado no Direito italiano houve no Brasil unificação, meramente formal, do direito privado.

Desta feita a Empresa surge no ordenamento pátrio, com a conceituação outrora já disponibilizada. Sendo mais abrangente Mamede defende que:

Submete-se ao regime do Direito de Empresa toda atividade econômica, negocial, que se apresenta sob a forma de uma organização voltada para a produção ou circulação de bens e serviços (...) é preciso compreender a empresa como um ente autônomo, que não se confunde com sua base patrimonial, que é o estabelecimento, nem se confunde com o seu titular que será empresário ou sociedade empresaria (...) empresa é a organização de meios materiais e imateriais, incluindo pessoas e procedimentos, para a consecução de determinado objeto, com a finalidade genérica de produzir vantagens econômicas que sejam apropriáveis por seus titulares, ou seja, o lucro remunerar aqueles que investiram na formação do seu capital empresarial.⁵⁶

⁵⁴ COELHO. Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8

⁵⁵ Ob. Cit. p. 39.

⁵⁶ MAMEDE. Gladston. **Empresa e atuação Empresarial**. Vol. 1. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31-32

Assim a Empresa vai além de mera pessoa, como a teoria das corporações de ofício, e de simplesmente atos, característica fundamental da teoria dos atos de comércio. Ela requer habitualidade, ela requer lucratividade e trabalho organizado e reiterado assim como também necessita de bens para existir. Com isso a empresa não é uma pessoa ou um ato, mas uma atividade desenvolvida com habitualidade de maneira organizada capaz de gerar lucro.

A Empresa é revestida por princípios constitucionais e infraconstitucionais, dentre os quais se destacam: a livre iniciativa, a liberdade de contratar, regime jurídico privado, livre concorrência, a função social e preservação da empresa. Dentre eles é necessária para fins do trabalho a elucidação de um deles, a função social. Princípio que vem a ser estudado no tópico que segue.

3.2 Da Função Social da Empresa

A função social da empresa nada mais é do que senão o desdobramento da função social da própria propriedade, revestido de características que lhe são peculiares. Lemos Junior afirma que:

A função social da empresa a mudança de concepção do próprio direito de propriedade já que 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.⁵⁷

Lemos Junior afirmou ao tecer comentários em relação à função social da empresa é um princípio. Nas palavras de Masson (apud Mello) princípio é:

Por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre os diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a

⁵⁷ LEMOS JUNIOR. Eloy Pereira. **Empresa & Função Social**. Curitiba: Editora Juruá, 2009. p. 153-154.

tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo ⁵⁸

É por se tratar de um princípio constitucional de aplicabilidade comprovada que a função social da empresa é assunto tão debatido na doutrina. Pode ser considerado princípio por ela servir de mandamento para as leis e condutas posteriores a sua inserção no ordenamento jurídico, é uma base a ser seguida, e por que não dizer perseguida. No campo da empresa é claro a idéia de função social, na qual deve ser depositada o papel de orientação no rumo das empresas, assim se a empresa desenvolve sua função social nada mais lógico do que continuar a viver no ordenamento jurídico.

A empresa, como meio de exercício da propriedade privada deve desenvolver a sua função social Lemos Junior (apud Carvalhosa) aduz que:

São três as principais funções da empresa: a primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados (...) a segunda, volta-se ao interesse dos consumidores (...) a terceira, volta-se ao interesse dos concorrentes (...). E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua. ⁵⁹

Podem-se colocar três requisitos, diga-se, cumulativos, com isso para que a empresa desenvolva a função social ela deve atender as condições de trabalho adequadas, demonstrado no seguimento de normas trabalhistas, definidas na CLT, sem ferir o direito individual do trabalhador, devendo o empresário preocupar-se com o ambiente de trabalho, as condições de trabalho dentre tantas outras elencadas por lei específica.

Sendo também necessários ter os olhos voltados, sobretudo para os consumidores, já que são eles os que irão fazer crescer ou não a empresa, de maneira que o consumidor não pode ser lesado, cabendo ao empresário informar toda e qualquer peculiaridade, quando ao uso, informações basilares para não causar estragos ou constrangimentos aos consumidores, e por que não dizer que é respeito também aos consumidores o crescimento ordenado, isso no respeito as leis

⁵⁸ MASSON. Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p. 21.

⁵⁹ Ob. Cit.. p. 153-154.

ambientais, trabalhistas, dando a certeza que a empresa tem uma visão de desenvolvimento sustentável, caso contrário o próprio consumidor assumira a dívida aberta pelo desrespeito as normas supra.

Por fim a relação dos empresários com os seus concorrentes, o mundo capitalista globalizado facilitou muitos meios de contratação, mas o empresário que age pensando na função social não vai concorrer de modo desleal, de modo a desrespeitar, por exemplo, a livre concorrência.

Os julgados mais recentes já levam em consideração a função social desenvolvida pela empresa no caso de preservação da atividade empresarial, conforma o seguinte julgado relatado pelo ministro Luis Felipe Salomão⁶⁰, do STJ, julgado recente de 2010.

Assim como também no caso relatado pelo Ministro do STJ, em julgamento da segunda turma Hélio Quaglia Barbosa⁶¹.

Assim a conduta de preservar a empresa tendo por base sua função social, por parte do Poder Judiciário, faz abrir um novo momento, onde deverão todos os empresários obedecer ou respeitar, colocar em prática a função social da empresa, como meio de preservar sua empresa em uma superveniente crise econômica.

A Constituição Federal de 1988 é reconhecida por suas inovações no sistema jurídico, contudo não cabe a ela a implantação no ordenamento da função social da empresa, A Lei referente a Sociedades anônimas (Lei n°. 6.404/1976) fez menção de tal princípio anos antes ao redigir o art. 116 assim como também o art. 24

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

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

⁶⁰ Agravo regimental no conflito positivo de competência. Juízo da recuperação judicial e juízo trabalhista. Lei n. 11.101/05. Preservação dos interesses dos demais credores. Manutenção da atividade econômica. Função social da empresa. Incompatibilidade entre o cumprimento do plano de recuperação e a manutenção de execuções individuais. Plano de recuperação aprovado. Competência do juízo universal. Agravo regimental improvido **agrg no cc 105215 / mtagravo regimental no conflito de competência 2009/0094513-9**.

⁶¹ Conflito positivo de competência. Vasp. Empresa em recuperação judicial. Plano de recuperação aprovado e homologado. Execução trabalhista. Suspensão por 180 dias. Art. 6º, caput e parágrafos da lei 11.101/05. Manutenção da atividade econômica. Função social da empresa. Incompatibilidade entre o cumprimento do plano de recuperação e a manutenção de execuções individuais. Precedente do caso varig - cc 61.272/rj. Conflito parcialmente conhecido. **Cc 73380 / sp conflito de competencia 2006/0249940-3**.

social, e tem 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. (grifos nossos)

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.

A partir da leitura dos artigos supracitados da Lei de Sociedades Anônimas tem-se que a função social da empresa apesar de ser da empresa, deve ser exercida por pessoas específicas, não sendo um conceito amplo e meramente figurativo, desta forma cabe ao acionista controlador e ao administrador, mas a lei enfatizou melhor o exercício por parte do acionista controlador. Nessa linha Lemos aponta que:

Portanto, parece claro que sobre o poder de controle empresarial aplique-se o princípio da função social da propriedade, nascendo assim, o instituto da função social da empresa ⁶²

É importante ressaltar que o intuito maior da função social não é criar moldes a serem seguidos pelas empresas, mas criar caminhos, meios, instrumentos a serem utilizados, para que se alcance a verdadeira função social da empresa.

Não pode ser taxativo o que a lei narrou como sendo função social da empresa sob pena de cair no que fora dito no parágrafo anterior. Nessa óptica expõe seu entendimento Tourinho ao trazer:

Deve-se ter cuidado na busca por um sentido prático para a função social. Em um permanente exercício de alargamento de sua capacidade interpretativa, parte da doutrina busca a todo custo criar uma função social concreta, consistente. Essa doutrina, que recolhe retalhos de trechos legais em diferentes diplomas e ornamenta-os com bordados de "justiça social", tem um objetivo bem traçado: o que importa é alcançar o fim – a função social, ainda que o meio que permita isso não seja muito claro.⁶³

⁶² Ob. Cit. p. 153-156.

⁶³ TOURINHO. Marcelo Abreu dos Santos. **A Função Social e Seus Reflexos sobre a Empresa**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2008. p. 121.

Com isso entende-se ser a função social um conceito permanentemente vago, mas com eficácia concreta, muitos adotam a Teoria do Stakeholder que no cotidiano significa proprietário de ações de uma empresa, Freeman criou-na com a intenção de satisfazer a função social da empresa, não de maneira a esgotar todas as possibilidades, mais como forma de orientar empresários. Nessa esteira trata Tourinho:

Muito se fala atualmente sobre os direitos do *stakeholder*. A discussão sobre o tema, contudo, é acompanhada de outros fatores que não estritamente ligados ao instituto jurídico da função social. O tema é mesclado com assuntos tais como consciência ambiental, governança corporativa, ética empresarial, responsabilidade social, direitos do consumidor, entre outros. Isso contribui para o aparecimento de idéias que, além de promoverem esses objetivos no campo ideológico, buscam estabelecer modos efetivos para alcançá-los.⁶⁴

O importante a ser ressaltado é a noção de ética na conduta do empresário, que agindo com ética agira em acordo com a função social. Segundo a teoria de Stakeholder alguns pontos são mais importantes, ou melhor, mais utilizados, para se chegar a eficácia da função social tais como, interesse econômico nacional, interesse dos trabalhadores, interesse da comunidade e consciência ambiental. Ratificando o que fora dito Machado demonstra que:

A geração de riquezas, a manutenção e instituição de empregos, o pagamento de tributos, o desenvolvimento tecnológico, a manutenção consciente de mercado econômico, a preservação do meio ambiente, dentre outros, são exemplos límpidos do alcance da função social da empresa.⁶⁵

Ao tratar de interesse econômico estatal Tourinho de maneira coerente expõe que a empresa deve atender ao interesse do consumidor nacional, não meramente o interesse econômico estatal, o que caracterizaria uma forma de intervencionismo estatal no desenvolvimento econômico, em sua obra *A Função Social e seus Reflexos sobre a empresa* ele demonstra que:

⁶⁴ Ob Cit. p. 122.

⁶⁵ MACHADO. Fabrício Jorge et alli. **A mudança de paradigma da empresa: Da maximização do lucro à nova empresa social**. Revista de Direito. Vol. 13. Nº 17. Ano 2010. P. 128

O verdadeiro interesse econômico, que não é necessariamente nacional, é o dos consumidores dos produtos das empresas em ter empresas eficientes que sejam capazes de satisfazer suas demandas, através da produção de bens e serviços de qualidade e a baixos custos.⁶⁶

Deve-se atentar para o fato de que exercer a função social não é somente agir de acordo com a vontade da lei, mas, sobretudo, agir de modo a não ferir a lei, agindo além, sem, contudo feri-la.

No campo da função social destinada ao interesse dos trabalhadores, tem-se um total descompasso entre os doutrinadores, isso por alguns maximizarem o papel da função social frente aos interesses dos trabalhadores, como Tourinho (apud Borba) elucida que: "Muito do que vem sendo pregado em matéria de *stakeholderismo* passa pela exagerada – e suposta – proteção dos empregados. O raciocínio parte da idéia principal de que o papel da empresa é gerar empregos"⁶⁷, assim a função social não vai gerar uma superproteção aos trabalhadores, tendo em vista, principalmente, que é função da legislação trabalhista protegê-los. A proteção do trabalhador vai se dar, conforme a função social, no momento que uma empresa retira do mercado trabalhadores desempregados, amplia a quantidade de vagas, melhora as condições de trabalho, isso além das exigidas por lei, aí o empresário vai estar agindo de maneira a exercer a função social sob óptica do interesse do trabalhador.

Quando se fala em interesse coletivo, atendido pela função social, quer demonstrar que a empresa deve de maneira mais incisiva atender os anseios da comunidade onde ela estar instalada, gerando emprego e colocando a disposição bens ou serviços. Não se pode, contudo condenar uma empresa a imutabilidade por conta desse papel.

Sem dúvidas a questão mais comentada, é o meio ambiente e a função de preservação que as empresas devem ter para com ela, muitas vezes pelos leigos ser confundida função social da empresa com a função de não danificar o meio ambiente. Um exemplo claro é o protocolo de Kyoto, trazido por Tourinho com a finalidade de explicar tal questão, quando retrata que:

⁶⁶ Ob Cit., p. 128.

⁶⁷ Idem. p. 133.

Cite-se, nesse sentido, o Protocolo de Kyoto, tratado internacional pelo qual diversos países se comprometeram a reduzir as emissões de gases poluentes. O protocolo nada mais é do que um acordo institucional que institui a “propriedade privada” sobre a poluição, ou melhor, sobre o direito de poluir. O direito de poluir, por óbvio, possui valor, pois para produzir é preciso poluir em algum nível.⁶⁸

Cite-se em linhas gerais que a função social não é princípio em forma de estatua, mas, dinâmico, por apresentar preocupações com as realidades locais, regionais, nacionais e até mundiais atuais, como meio de sustentar a propriedade privada, mas precisamente a existência da empresa.

3.3. Função Social e Responsabilidade Social

Muitos são os casos em que se faz confusão quanto a questão da responsabilidade social da empresa e a função social. Parecem termos sinônimos, mas na verdade não os são. Por função social entende-se o direito-dever do empresário em atender certos requisitos para poder de fato exercer o seu direito a propriedade, atender ao princípio constitucional elencado no artigo 5º combinado com o art.170 da CF/88. Conforme conceituação, previsão legal outrora visto, a função social não é mera faculdade para o empresário, mas sem obrigação, inclusive é meio de preservar a empresa em face a recuperação judicial, sistematizada pela Lei 11.101/2005.

Por sua vez a responsabilidade social nada mais é do que mera faculdade por parte do empresário, alguns doutrinadores tratam a responsabilidade social como mero exaurimento de culpa por empresário, com esse entendimento Husni afirma que:

A responsabilidade social deve ser compreendida como parte da articulação das forças econômicas neoliberais que buscam amenizar os flagelos que elas mesmas criaram. A responsabilidade social é, portanto, em um primeiro momento, alívio para a consciência pesada das empresas. Em segundo momento, porém, deve ser incorporada

⁶⁸ Ob Cit.. p.143.

às estratégias das empresas e aos seus valores organizacionais, pois é uma das possibilidades de sobrevivência do capitalismo em sua versão contemporânea.⁶⁹

A empresa socialmente responsável é aquela que se preocupa com a sociedade, não de forma aleatória, nem sem motivos, mas de forma a fazer com que seus serviços e produtos possam ser absolvidos pela comunidade. Absolvidos por vários motivos, mas principalmente por preservar e preparar a sociedade por meio da responsabilidade social, facilitando o crescimento da empresa.

Historicamente a responsabilidade social surge nos Estados Unidos, como forma filantrópica, sendo depois dizimado pelo mundo, onde pode ser visto e entendido sob duas óticas, a primeira delas a caridade, onde de forma subjetiva, o empresário que acumulou ao longo de anos riqueza mais que suficiente ao seu sustento, divide seus lucros com a população menos provida de dinheiro, a outra ótica da responsabilidade social é a custódia, onde a empresa como forma de retribuir a prosperidade de maneiras diversas. Nesse sentido Husni traz que:

A responsabilidade social é relacionada sob dois pontos de vista: o da caridade, onde aquele que acumulou bens deve dividi-los com os menos afortunados, e o da custódia. Carnegie⁷⁰ considerava que, se a sociedade leva uma empresa à prosperidade, então o sucesso deveria reverter em benefício da sociedade.⁷¹

Em meados do século XX o capitalismo já tinha ganhado prosperidade, as empresas passaram a se preocupar mais com o bem estar social, visto que sem sociedade estável, não há consumo regular, e sem consumo regular não há lucratividade, gerando a quebra ou no mínimo uma grande instabilidade. Assim elencou tais preocupações Husni:

As preocupações sociais tornam-se efetivamente tema corrente no mundo moderno durante a segunda guerra mundial, o conflito que mais gerou vítimas na história da humanidade, e, principalmente, no

⁶⁹ HUSNI, Alexandre. **Empresa Socialmente Responsável – Uma abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 37.

⁷⁰ Carnegie (1835 -1919) foi um magnata do aço, acumulou uma imensa fortuna e em 1899 criou o Evangelho da Riqueza, que tratava da responsabilidade social. Conforme HUSNI, Alexandre. **Empresa Socialmente Responsável – Uma abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 40

⁷¹ Ob. Cit. p. 40

pós-guerra, com a Europa, Ásia e África devastadas e o surgimento de uma política global bipolar, dominada pelas superpotências emergentes Estados Unidos e União Soviética.⁷²

Outro fato importante de diferenciação entre função social e responsabilidade social é que por ser esta última facultativa, as empresas estão usando a efetiva responsabilidade social como marketing, onde se mostra atividades não essenciais desenvolvidas pelas empresas, sem lucro imediato e direto, promovendo o bem a sociedade. Nesse sentido Husni (apud Srour):

A responsabilidade social diz respeito à tomada de decisão orientada eticamente e condicionada pela preocupação com o bem-estar da coletividade, partindo das premissas de respeito aos interesses da população, preservação do meio ambiente e satisfação das exigências legais (...) a visão da '*Business For Social Responsibility*⁷³, entidade que acredita na responsabilidade social não apenas como uma coleção de práticas pontuais, atitudes ocasionais e iniciativas geradas pelo marketing, com vistas à obtenção de vantagens comerciais, mas também de práticas que possam levar a uma visão compreensiva de políticas e ao desenvolvimento de programas que transcendam todas as operações do negócio desenvolvido e influenciam nos processos de tomada de decisão.⁷⁴

Uma diferenciação entre a responsabilidade social e função social da empresa é uma elaborada por Tourinho que sustenta que:

Distingue-se na doutrina a responsabilidade social da função social da empresa. A responsabilidade social corresponde a uma etapa maior de conscientização do empresário no que diz respeito aos problemas sociais e ao seu potencial papel na resolução destes. A responsabilidade social decorre de gestos voluntários ou espontâneos do empresário, sem qualquer espécie de imposição legal, enquanto que a função social da empresa incide sobre a empresa de modo cogente. Outra diferença apontada é a de que a função social da empresa se manifesta sobre coisas relacionadas com a atividade da empresa, enquanto que a responsabilidade social abrange atividades outras que não somente as do objeto social.⁷⁵

⁷² Ob. Cit. p. 41.

⁷³ 'Negócios pela responsabilidade social'

⁷⁴ Ob. Cit. p. 53

⁷⁵ Ob. Cit. p. 138.

Pondo a responsabilidade social com um caráter assistencialista, onde o empresário age sem nenhuma outra intenção a não ser fazer o bem as pessoas, a comunidade, ao meio ambiente, sem esperar qualquer coisa em troca. Tourinho ainda ressalta:

As medidas de responsabilidade social costumam ser benéficas tanto para a comunidade, como para trabalhadores, meio-ambiente, consumidores e investidores. Tem como consequência, de maneira geral, conquistar o bem estar, especialmente do *stakeholder*. Atos de responsabilidade social são legítimos e queridos, pois partem da voluntariedade de empresários.⁷⁶

É de se observar que os consumidores acreditam mais em uma empresa que cuida do ambiente, por exemplo, do que em uma outra que não divulga suas contribuições, isso por estar a sociedade vivenciando uma futura escassez, o que chega a ser contraditório, mas a comunidade contemporânea vive um futuro problema.

É certo que no intervalo da passagem dos Atos de Comércio para a teoria da empresa, o mercado consumidor passa a exigir determinados atos e ações por parte das empresas. Como bem assegura Husni para o qual:

Vindo a lume a teoria da Empresa em substituição à imprecisa teoria dos atos de comércio, parece que a idéia da empresa como atividade ou como algo em movimento e que em certas facetas se distancia da própria sociedade que lhe é titular adquire contornos específicos e objetiva uma proteção mais acirrada em face dos seus reflexos sociais e das repercussões econômicas. Assim é que a empresa, por si, quando economicamente organizada, é artífice de mutações tais como a melhoria da condição de emprego, fomento da atividade mercantil, arrecadação de impostos, inclusão social e crescimento sustentável.⁷⁷

Assim é que percebe-se que a empresa desenvolve a sua responsabilidade social, com a ressalva que necessário é que ela esteja estabilizada, e para que isso ocorra é necessário que a função social esteja sendo cumprida. Em suma, pode-se afirmar que a responsabilidade social da empresa é um desdobramento

⁷⁶ Ob. Cit. p. 138-139

⁷⁷ Ob. Cit. p. 76

praticamente lógico da função social desenvolvida compulsoriamente pela empresa. Nesse sentido Husni afirma:

Do cumprimento ativo da função social decorre a idéia de empresa socialmente responsável, que contribui para com a justiça social no campo das exclusões e o desenvolvimento sustentável de forma plena e espontânea, sem imposição legal.⁷⁸

E completando a idéia Husni expõe que:

A função social da empresa seria o ideal a ser perseguido juntamente com a busca de resultados (onde se insere por óbvio, o lucro), e os caminhos para tal conquista são os mais diversos. Como a empresa que deve ser vista como atividade, a responsabilidade social também deve ser ativa e objetivar a melhoria da qualidade de vida do cidadão, e as suas ações devem ser voltadas para a busca do desenvolvimento sustentável e da redução das desigualdades.⁷⁹

Importante salientar que a responsabilidade por ser espontânea não é de todo gratuito, já que o empresário lucrará também com o seu exercício, como bem expôs Tourinho, o qual assegurou que: “a responsabilidade social se apresenta como uma espécie de mistura entre a voluntariedade empresarial e a busca de lucro. O resultado dessa atividade já parece surtir efeito entre os consumidores”.⁸⁰ Assim, apesar de não ser com a intenção correta as empresas vem desenvolvendo a cada dia mais propostas de responsabilização, uma forma de se eximir do que causa a comunidade de forma explícita ou não e sobretudo por fazer gerar de maneira indireta mais lucro para empresa, com isso desenvolve mais técnicas e cresce mais e mais, esse é o ritmo atual.

Com isso é notório que apesar de se tratar de dois conceitos distintos a responsabilidade social decorre da função social da empresa, são conceitos não sinônimos, mas que apresenta íntima ligação.

⁷⁸ Ob. Cit. p. 87

⁷⁹ Idem. p. 91

⁸⁰ Ob. Cit. p. 139.

4. APLICABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NO PROCESSO FALIMENTAR

O processo de falência atualmente regulado pela lei 11.101/2005 é favorável em parte a permanência da empresa na sociedade mesmo quando encontradas alguns requisitos para se decretar a falência, são os casos de Recuperação Judicial e Extrajudicial, isso por levar em consideração a função social exercida pela empresa. Os tópicos irão tratar especialmente do processo de falência e a possível incidência da função social no citado processo.

4.1. Da Falência

Desde o surgimento das obrigações que se fala em quebra, de início os indivíduos pagavam suas dívidas, quando insolventes, com suas próprias vidas, fosse servindo de escravo ou sendo morto, fatos de adjudicação do devedor perdurou até o surgimento da *Lex Poetelia Papira*, que fez surgir no direito romano a execução patrimonial, como bem elencou em sua obra Amador Paes de Almeida ao dispor que: “com a promulgação da *Lex Poetelia Papira*, que introduziu no Direito Romano a execução patrimonial, abolindo o desumano critério da responsabilidade pessoal”⁸¹. Conforme ensinamento de Ramos na passagem seguinte:

Na Roma antiga, houve um período em que o devedor respondia com suas obrigações com sua própria liberdade e as vezes até mesmo com a própria vida. A garantia do credor era, pois, a pessoa do devedor. Assim, um devedor poderia, por exemplo, torna-se escravo do credor por certo tempo, bem como entregar-lhe em pagamento de dívida uma parte de seu corpo.⁸²

⁸¹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação Judicial**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5

⁸² Ob. Cit. p. 610.

Na Idade Média o juiz passa a assumir o papel de zelar pelos bens assim como também de vendê-los em favor dos credores, é nessa fase que surge a falência, e é nessa fase também que surge a expressão *falliti sunt fraudatores*⁸³, lembrando ainda nas palavras de Amador Paes de Almeida que “a falência, na idade média, estendia-se a toda espécie de devedor, comerciante ou não”⁸⁴.

Para o Brasil a falência veio aos moldes semelhantes aos atuais com um alvará de 1756, onde era necessário ser comerciante e no momento da quebra entregar todos os bens a junta de comércio para que esta fizesse o pagamento aos seus credores. Se a falência fosse fraudulenta o devedor poderia inclusive ser preso. Daí até o contexto atual várias foram as legislações que trabalharam acerca do tema, como o Código Comercial, o decreto lei 7.661/1945 e por fim a lei 11.101/2005, as quais serão detalhadamente observadas.

Falência seria nas palavras De Plácido e Silva:

Derivado do latim *fallere*, de que se formou *fallentia*, possui originalmente, o sentido de falha, defeito, carência, engano ou omissão. Na técnica comercial, veio substituir o sentido de falimento, empregado propriamente para indicar o ato de falir, a insolvência comercial ou bancária. (...) sem fugir do sentido falência é a falta de cumprimento a obrigação assumida, ou o engano do devedor ao credor pelo inadimplemento da obrigação em seu vencimento (...) assim significa, pois o estado ou a situação do comerciante que falhou nos pagamentos das obrigações líquidas, a que estava vinculado.⁸⁵

A partir da conceituação supra pode-se concluir que a falência é meio de fraudar credores, isso levando em consideração a origem da palavra. E conforme estudiosos da área era essa a real finalidade da falência em momento inicial. Ramos elucida tal questão ao trazer que:

O direito falimentar não tem mais como característica preponderante de punir o devedor insolvente, criminalizando sua conduta e excluindo-o do mercado a todo custo. A grande preocupação do direito falimentar atual é preservação da empresa, razão pela qual a legislação tenta fornecer ao devedor em crise todos os instrumentos

⁸³ Os falidos são fraudadores, enganadores, velhacos.

⁸⁴ Ob. Cit. p. 6

⁸⁵ Ob. Cit. p. 594.

necessários à sua recuperação, reservando a falência apenas para os devedores realmente irrecuperáveis.⁸⁶

Outro conceito bem querido, este em âmbito do direito empresarial é o de Amador Paes de Almeida, afirmar o mesmo que:

A falência pode ser vista sob dois ângulos absolutamente distintos: a) econômico; b) jurídico. Sob o primeiro prisma traduz um estado patrimonial, patenteado, como “um fenômeno econômico, um fato patológico de economia creditícia”, e do segundo modo falência é um processo de execução coletiva contra devedor insolvente.⁸⁷

Para que não reste nenhuma dúvida quanto à conceituação Mamede dispõe que, é a falência:

O procedimento pelo qual se declara a insolvência empresarial (insolvência do empresário ou sociedade empresaria) e se dá solução a mesma, liquidando o patrimônio ativo e saldando, nos limites da força deste, o patrimônio passivo do falido. Portanto, mais do que compreender a falência como um estado de existência das pessoas (empresário e sociedade empresária), deve-se compreendê-la igualmente como um processo judiciário que é, o que o legislador deixou claro logo na abertura do tratamento legislativo do instituto, prevendo que o processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.⁸⁸

A partir dos conceitos, faz surgir diante os olhos características específicas da falência tais como a necessidade da condição de empresário, isso dentro do ordenamento jurídico pátrio, o fato da insolvência, onde o passivo estar maior que o ativo, e, sobretudo como meio de aniquilar a empresa em crise.

É necessário o estudo das características da falência. Conforme Amador Paes de Almeida os elementos essenciais são: insolvência, impontualidade, protesto, não pagamento de dívida líquida, dentre outros indícios que a própria lei 11.101/2005 relata.

A insolvência é um estado de quem não tem condições de solver suas dívidas. Conforme Amador Paes de Almeida sobre a insolvência: “diz-se insolvente o

⁸⁶ Ob. Cit. p. 613.

⁸⁷ Ob. Cit. p. 17

⁸⁸ MAMEDE. Gladston. **Empresa e atuação Empresarial**. Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2006. P. 309.

devedor que possui um passivo sensivelmente maior que o ativo”⁸⁹. Todavia a insolvência por si só não pode gerar pedido de falência, sendo obrigatório que se cumule com outros elementos, como por exemplo, a impontualidade. O fato de em determinado momento o empresário ou sociedade empresária apresentar o passivo maior que o ativo não quer dizer que ele não tem ou terá condições de solver suas dívidas, desde que ainda não vencidas.

A impontualidade é outro elemento caracterizador da falência, que nada mais é do que o não pagamento de dívida vencida. Assim como a insolvência a impontualidade por si só não é capaz de representar motivo relevante para pedido de falência, isso por existir a possibilidade de “depósito elisivo”⁹⁰, o qual é meio de elidir a falência como assegura Amador Paes de Almeida no trecho:

Fosse a impontualidade, pura e simples, a causa determinante de falência, não haveria lugar para o depósito elisivo, que, a nosso ver, não é mero pagamento da dívida, mas depósito que faz elidir a falência, exatamente porque afasta a presunção de insolvência.⁹¹

Desta feita, a impontualidade sozinha não é característica suficientemente forte para dar pedido na falência do empresário, inclusive várias são as possibilidades elencadas pela própria lei 11.101/2005, mas precisamente no art. 96, com a seguinte redação:

Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar: I – falsidade de título; II – prescrição; III – nulidade de obrigação ou de título; IV – pagamento da dívida; V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título; VI – vício em protesto ou em seu instrumento; VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei; VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado. § 1º Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor. § 2º As defesas previstas nos incisos I a VI do

⁸⁹ Ob. Cit. p. 23

⁹⁰ O depósito elisivo é um meio de o empresário tem de afastar a insolvência, isso porque com o depósito ele pode tentar provar que a dívida não existe, já fora paga etc. Previsto na lei 11.101/2005 no art. 11, §2º.

⁹¹ Ob. Cit. p.. 24

caput deste artigo não obstam a decretação de falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere o limite previsto naquele dispositivo.

Outro requisito é o protesto, que alguns casos, será facultativo e em outros casos obrigatório. Sendo facultativo nos seguintes casos trazidos por Amador Paes de Almeida: "quando o título tiver sido aceito regularmente, inexistindo endossantes e respectivos avalistas; na hipótese de declaração, pelo sacador, de não ser a letra aceitável; e na existência de cláusula sem despesas ou sem protesto"⁹². Nos demais casos o protesto torna-se obrigatório. Dentre outros requisitos.

O processo falimentar só poderá ser requerido contra aquele que for empresário ou contra uma sociedade empresária, além da possibilidade de os próprios darem entrada no pedido. A Lei 11.101/2005 traz na verdade de forma exclusiva os que não poderão ser sujeitos passivos no processo falimentar. Contudo nem sempre fora desta forma, isso pelo fato de que quando sugira a falência poderia ser declarada em desfavor de comerciante e de não comerciantes.

Não sendo irrelevante lembrar que o Código Civil define o que seja empresário, na redação do art. 966, conforme redação seguinte:

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

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa

E de acordo com o supracitado, a Lei 11.101/2005 trata no art. 1º os sujeitos passíveis de aplicabilidade da lei e no art.2º expõe aqueles sujeitos a quem não se aplica a referida lei, o que quer dizer, que de maneira simples a referida faz referencia aos sujeitos de forma que aqueles não citados no art. 2º que se enquadre no artigo anterior podem ser atingidos pelo diploma legal citado, conforme redações dadas pelo legislador infraconstitucional:

⁹² Ob. Cit. p. 28.

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

A falência tem por sujeitos ativos: o próprio empresário, os credores, sócio ou acionista e o cônjuge sobrevivente, os herdeiros ou o inventariante – nos casos de falência do espólio. Não há previsão legal de requerimento de falência ex officio.

É preciso que fique expressamente compreendido que a Empresa ao nascer não tem por característica natural a morte, pela falência, a qual é um processo acidental na vida da Empresa, o certo é que o processo falimentar é um incidente na vida da Empresa.

No ordenamento jurídico pátrio a Lei 11.101/2005 trouxe inúmeras modificações, evoluções em relação ao decreto Lei 7.661/1945. A primeira e talvez a mais importante modificação tenha sido feita antes mesmo da revogação do decreto, isso porque o Decreto em seu art. 1º trazia que o comerciante e somente ele poderia ser considerado falido, conforme redação seguinte: “Art. 1º Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva”. Isso porque o Código Civil de 2002 já adotava a teoria da empresa, definindo empresário. Outra inovação trazida pela lei 11.101/2005 é a criação do instituto da Recuperação Judicial e Extrajudicial ao invés do instituto da Concordata.

De maneira sucinta Almeida traz os princípios fundamentais da lei 11.101/2005, quais sejam:

Preservação da empresa: em razão da função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do país (...); Separação dos conceitos de empresa e de empresário: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços (...); Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível (...).⁹³

⁹³ Ob. Cit. p. 10-11.

É relevante observar que a empresa nasce com a finalidade de gerar lucro para o empresário ou sociedade empresária assim como também gerar lucro para a sociedade, sempre que possível, dentro dos limites da lei 11.101/2005, a empresa será preservada levando em consideração exatamente a função social que ela exerce, e, sobretudo é importante a distinção dos conceitos de empresa e empresário isso por ter a nova lei ampliado e ao mesmo tempo evoluído em relações a tais conceitos. Nesse sentido aduz que:

Essas crises econômicas, de tão naturais que se tornam, passam a ser encaradas sob novas perspectivas, não mais se colocando para elas como único e inevitável remédio a decretação da falência do devedor e da conseqüente afastamento do mercado. O reconhecimento da função social da empresa e dos efeitos nefastos que a paralisação de certos agentes econômicos produz fez com que o legislador percebesse que muitas vezes a permanência do devedor em crise pode ser mais benéfica do que sua imediata exclusão do meio empresarial, ante a possibilidade de sua recuperação e da conseqüente manutenção de sua atividade econômica, que gera empregos e contribui para o progresso econômico e social.⁹⁴

Para que a falência seja decretada são necessários três pressupostos: um material subjetivo, um material objetivo e um formal, o primeiro refere-se a possibilidade de sujeito passivo apenas de empresário ou sociedade empresaria, o segundo refere-se a qualidade de insolvência do empresário ou sociedade empresário, e por fim o pressuposto formal refere-se a sentença que concede a falência.

4.2. A função Social da Empresa e a Finalidade do Processo Falimentar

A atual legislação brasileira que trata da falência, sancionada em 2005 foi inspirada, sobretudo na legislação estadunidense, a qual tem por finalidade a reorganização da empresa em crise. Tomado pelos ideais norte-americanos o

⁹⁴ Ob. Cit. p. 612.

legislador trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a figura da recuperação judicial e extrajudicial de empresas, visando efeito mediato a satisfação comunitária, isso devido a visão social implantada pela Constituição Federal. Claro advoga na óptica ao trazer: “é verdade que, com a promulgação do novo texto constitucional, houve certa alteração da mentalidade do legislador pátrio, que percebeu a importância da empresa à coletividade e ao próprio Estado”⁹⁵.

Assim o novo instituto criado, a recuperação judicial deve atender a necessidade de continuísmo da empresa, para que viva a empresa que se encontra em crise momentânea, isso dentro dos casos previstos pelo legislador.

Outro avanço trazido pela legislação atual é a possibilidade de acordo extrajudicial, a recuperação extrajudicial, homologada em juízo, o que já ocorria na legislação estadunidense, até mesmo como meio prioritário de solução de conflitos nestes casos, entre os credores e o devedor, como bem elucida Claro ao afirmar:

O devedor procura evitar bater a porta do Poder Judiciário, e que a bem verdade, o processo de reorganização judicial, assim denominado pela Lei, na verdade é uma arena, onde há disputa de forças antagônicas e com interesses particulares bastante conflitantes, a fim de que, de um lado, seja a empresa em crise devidamente mantida no mercado, e do outro, que haja o pagamento da dívida em aberto⁹⁶

Com o que foi exposto por Claro fica nítida a preocupação do empresário que por conta de uma situação econômica financeira desequilibrada esteja com problemas para quitação de seu passivo, isso por uma quetão histórica. De fato existe a lei de falência e recuperação judicial que tem por condão inicial a recuperação de empresas e por finalidade mediata e superveniente a falência, extinção quebra da empresa. Com isso o empresário temeroso muitas vezes não vê na jurisdição a segurança devida na proteção das empresas, por ser comum a quebra .

A idéia central da legislação dos EUA é de primordialmente tentar recuperar a empresa e reintegrá-la ao mercado capitalista, como forma de manter uma harmonia na ordem econômica do país, já que com a manutenção da empresa o Estado se esquivava de pagar uma série de taxas e afins por aumentar o desemprego, por

⁹⁵ CLARO, Carlos Roberto. Recuperação Judicial. Sustentabilidade e Função Social da Empresa. São Paulo: LTr, 2009. p.120

⁹⁶ Idem. p.120

diminuir a disponibilidade de bens de serviços no mercados, desfalcando assim o mercado consumidor. Claro (apud Israel) trouxe nesse sentido que:

O verdadeiro propósito da moderna lei de falências não é punir o negócio com alguma conduta por parte do devedor, mas preferir administrar a situação ou condição enquanto interesses superiores de incidentes econômicos. A importante questão que uma moderna lei de falências deveria indagar não é o que e onde o devedor fez alguma coisa, mas qual a condição do devedor presente.⁹⁷

A empresa nasce com o intuito de gerar lucros, de atender as necessidades da sociedade, mas por motivo fortuito vem a desequilibrar-se no mercado econômico, tornando seu passivo maior que o ativo quando se está diante de obrigações vencidas, títulos protestados, enfim, vem o pedido de falência, por estarem caracterizados alguns dos seus requisitos. Daí surge comentários de leigos, no sentido de colocar a falência como sendo uma punição, uma sanção para o andamento desordenado da empresa, uma verdadeira pena de morte para a empresa, todavia entende-se ser a falência um meio pelo qual o devedor insolvente vai de algum modo levar em juízo bens a fim de serem pagas todas as suas dívidas, ou todas aquelas que bens sejam capazes de pagar, atendendo a ordem prescrita em lei.

Questiona-se o que seria mais prejudicial a sociedade: uma empresa em crise financeira ou a sua exclusão do mercado? Nesse sentido Claro (apud Delaney) preleciona:

Isso obriga o propósito que pode ser visto como uma simples questão: Por que poderiam os credores comerciais preferir a reorganização mais que a liquidação? Por que não simplesmente liquidar a empresa, e pegar todo o dinheiro e investi-lo em outro lugar? A tradicional visão legal e econômica da suporte e a Corte impulsionará para a reorganização quando eles estimarem que os ativos valem mais juntos para serem vendidos⁹⁸

Fica evidente que para os credores ate por meio de se manterem também no mercado competitivo é mais vantajoso acreditar no soerguimento da empresa, já que desta forma receberia seu crédito de maneira integral, sem restar dúvidas quanto ao

⁹⁷ Ob. Cit. p. 128.

⁹⁸ Idem. 129

seu recebimento, do que ariscar entrar em um processo de falência, onde o empresário estar desgastado e provavelmente não terá condições de liquidar todos as obrigações pendentes, e com isso credores ficaram sem a satisfação de seus créditos, gerando uma desigualdade entre eles, isso por tratar a lei 11.101/2005 nos artigos 83 e 84 da ordem de pagamento, como bem traz a redação de tais artigos:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial [...]

V – créditos com privilégio geral [...]

VI – créditos quirografários, [...]

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, [...]

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: [...]

Assim os credores não abrangidos de início correm o risco, no processo de falência de nunca verem seus créditos satisfeitos, o que no processo de recuperação da empresa não ocorre, já que a empresa vai continuar no mercado desempenhando suas funções gerando lucros satisfará todos os créditos, ficando todos os credores com prejuízos mínimos, isso de maneira igualitária, sem discriminação, baseado no acordo feito com os credores e o devedor.

O que muitos credores temem é, contudo a fraude por parte dos devedores, isso por ter a possibilidade de burlar a lei, quando agirem eles de má fé, com a intenção de aumentarem o passivo, para não satisfazer as dívidas existentes, mas nesses casos, e em alguns outros a legislação prever a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa e entrarem com cobrança diretamente contra o devedor.

Seguindo também a legislação estadunidense a legislação chilena tratou de inserir em seu ordenamento jurídico, isso em relação à falência e recuperação de empresas, a figura da Superintendência de Quebras, que é uma relação que o Estado chileno criou de síndicos, os quais devem comprovar experiência na área de

administração, apresentar diploma legal emitido por instituições chilenas, Claro trouxe a figura chilena ao redigir que:

No Chile existe a chamada Superintendência de Quebras, que nada mais é do que um organismo público, autônomo, de duração indefinida, que se relaciona diretamente com o Poder Executivo, por intermédio do Ministro da Justiça, com domicílio na capital do país, cujo objetivo será supervisionar e controlar a atuação dos síndicos, em sua gestão à frente de empresas, consoante a leitura do art. 7º da referida lei. (...) Em tal país, ao contrário do Brasil, existe uma lista nominal, de caráter nacional, de síndicos, que, para figurarem na relação deverão apresentar título profissional ou técnico outorgado por alguma universidade do Chile, ou reconhecido pelas autoridades do país.⁹⁹

Desta feita uma diferença muito significativa entre as legislações chilenas e brasileiras, fazendo com que o credor chileno tenha mais fé, tenha maior aceitação e confiança no modo de recuperar empresas do que o credor brasileiro, que muitas vezes é levado a não confiar na recuperação de empresas pelo fato de apropriada lei não estabelecer critérios práticos acerca do administrador judicial, não é exigido nenhuma comprovação de atividade empreendedora, conforme art. 52 da Lei 11.101/2005 combinado com o art. 21 do mesmo diploma legal, de acordo com a seguinte redação:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

[...]

Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

⁹⁹ Ob. Cit. p. 145-146.

Assim os credores podem se achar receosos em meio o papel tão importante a ser desempenhado pelo administrador. No caso da falência ocorre nos mesmos moldes.

A recuperação de empresa tem por finalidade a continuação da empresa, com sua reinserção no mercado econômico, já a falência tem por finalidade a morte da empresa. Quando se fala em função social da empresa em sede de processo de insolvência se atrela fundamentalmente a recuperação da empresa, já que a falência ocorrerá em casos de descumprimento de obrigações assumidas no processo de recuperação ou em casos previstos expressamente em lei, assim se observa apenas a função social no processo falimentar se este derivar de uma convolação de recuperação em falência, caso contrario não se observa a eficácia do princípio da função social da empresa, como se observa na redação do art. 94 da lei 11.101/2005 que traz:

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

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

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

(...)

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Relevante atentar para o fato de o legislador de colocado inúmeras possibilidades de casos onde será decretada a falência sem dar oportunidade de recuperação ao devedor empresário, impondo assim verdadeira pena de morte a empresa.

A própria lei falimentar elencou na sua estrutura o princípio da função social da empresa relativo exclusivamente ao processo de recuperação, como se pode observar a redação dada pela lei 11.101 ao art. 47:

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. Grifos nossos

Com isso nota-se a tímida forma trazida pelo legislador de continuação da empresa. A Constituição Federal quando elencou no art. 170 a observância princípio da função social no âmbito econômico, quis também resguardar empresas de uma morte precoce, o que leva a crer que a carta magna quis impor a observância indiscriminada da função social em processo em que figurasse a empresa. Claro trouxe em sua obra a finalidade da lei falimentar ao redigir:

A lei falencial visa, é bem de ver, a que se procure, quando possível, a reorganização (judicial ou mediante outro mecanismo) da empresa em crise, evitando, quando possível, maiores prejuízos a ela, aos credores, aos trabalhadores (manutenção da empregabilidade), e ao Estado, enfim.¹⁰⁰

A função precípua da função social é manter no ordenamento econômico brasileiro empresas em crises, para não gerar maiores despesas ao Estado.

4.3 A Incidência da Função Social da Empresa na Falência com Modificações a Lei 11.101/2005

Deve-se atender a vontade do legislador, incidindo assim a função social da empresa, em qualquer âmbito da jurisdição, como meio de preservar a empresa. Desta forma ao atender o princípio da função social como meio de manter a empresa no mercado atende também outro princípio, que é o da preservação da empresa, agindo assim o julgador em consonância com a lei.

Assim, são vários os motivos que fazem necessário a real eficácia da função social no processo falimentar, agindo de forma a conter as finalidades da falência. Fazzio Junior afirma em sua obra Lei de Falência e Recuperação de Empresas que

¹⁰⁰ Ob. Cit. p. 185.

“a falência é o reconhecimento jurídico da inviabilidade da empresa”¹⁰¹, todavia como já fora observado anteriormente, existem causas que levam a falência sem ao menos dar a oportunidade de recuperar a empresa e reinseri-la no mercado econômico.

E é por não observar o princípio da função social da empresa que muitas empresas deixam de existir, deixando um índice de desemprego elevado, uma lacuna no mercado, isso em relação aos bens e serviços prestados na sociedade, deixam de contribuir para com o Estado, através da arrecadação de tributos.

Claro tratou de expor em sua obra a realidade que se insere o direito empresarial na atualidade ao trazer que:

A entidade empresarial (independentemente de seu tamanho, forma societária, número de colaboradores, variedade de clientes, recolhimento de tributos junto ao fisco, quadro de fornecedores, etc.) hodiernamente tem papel preponderante também no que se refere ao tema inclusão social, e não se pode negar tal fato, especialmente a contar de 1988. Tal aspecto vem ganhando a cada dia mais relevo, e pode-se dizer que houve certa alteração de mentalidade do empresariado a respeito da correta postura da empresa no seio da coletividade quando promulgação da Carta Federal de 1988. Não raras vezes a empresa assume o papel do Estado.¹⁰²

Desta feita necessário é ressaltar a importante evolução social da empresa, por se preocupar mais em atender a sua função social, isso faz compreender que o empresário age em prol da sociedade, e nada mais comum do que o Estado, sob a forma da jurisdição dar uma proteção a esse tipo de empresa. Proteção, que não apresenta caráter de filantropia por parte do Estado, pois como bem salientou Claro na última citação exposta, muitas vezes a empresa sub-roga-se no lugar do Estado, agindo em seu nome, fazendo atividades, que deveriam ser realizadas pelo aquele. Então nada mais comum do que a proteção em determinados momentos para essas empresas por parte do Estado.

Sabe-se que a finalidade maior da empresa é gerar lucro, o que não afasta da mesma a função social, a qual não quer distribuição de lucros, mas procura minimizar a busca insana pelo lucro, colocando a empresa para perseguir o lucro de

¹⁰¹ FAZZIO JUNIOR. Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.p. 179

¹⁰² Ob. Cit. p. 53.

maneira sensata. Lewis (apud Claro) tratou de advogar nesse sentido ao demonstrar:

O empresariado deve criar estratégias para a orientação de suas ações, não mais para a obtenção de lucros com exercício de sua atividade ou uso de sua propriedade, mas sim agir em consonância com as necessidades sociais, de modo que a empresa garanta, além do lucro e a satisfação do seu cliente, o bem-estar da sociedade onde está inserida: um pensamento que imbui a filosofia da norma constitucional.¹⁰³

Agindo dessa maneira, a empresa estará ajudando ao Estado para alcançar um de seus objetivos gerais, estabelecido pelo art. 3º da Carta Magna, em especial o inciso III, o qual trata de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, todavia é necessário incentivo por parte do Estado para que as Empresas possam a continuar a desenvolver tal papel.

Incentivo que pode ser observado na jurisdição exigir, como forma de não vir a falir a empresa, da efetividade da função social. Uma garantia que o empresário teria de desenvolver sua atividade, que no Direito Civil é tratada como de risco, com um mínimo de garantias. Nesse sentido defende Claro que:

Ocorre, que para a empresa possa contribuir para a sociedade a fim de diminuir as diferenças com a almejada inclusão social, não basta simplesmente constar na Carta Federal toda a principiologia ora analisada. Há necessidade de políticas públicas concretas e consistentes por parte do Estado, a fim de que possa existir a tentativa (ao menos) da inclusão social, mitigar a pobreza e a marginalização daqueles considerados menos favorecido.¹⁰⁴

É certo que a função social da empresa é princípio derivado do princípio constitucional da função social da propriedade, estudado outrora, previsto pela legislação constitucional e defendido pela doutrina, mas que não tem a eficácia esperada, por conta de legislação infraconstitucional que restringiu sua incidência, o que pode ser observado com a leitura do art. 54 da lei 11.101/2005, que faz referência ao princípio apenas nos processos de recuperação judicial.

¹⁰³ Ob. Cit. p. 54-55.

¹⁰⁴ Idem p.. 55.

Mas como já foi exposto existem casos, previstos em lei que não é preciso o processo de recuperação judicial para se decretar a falência, retirando assim a eficácia do princípio da função social da empresa, não sendo observado, o princípio. Sendo assim excluída do mercado a empresa, sem ao menos a mínima observância de tal princípio.

Assim a legislação falimentar deve ser, ou ao menos, deveria ser alterada, no ponto que restringe a observação do cumprimento da função social no processo falimentar, propriamente dito, isso por satisfazer a real intenção do legislador constitucional que colocou a função social como cláusula pétrea, e como é sabido não há palavras em vão na Constituição.

É preciso preservar a empresa para que haja estabilidade na sociedade e não haja nenhum tipo de desconfiança por parte de credores. Lembrando que com a preservação da empresa o Estado deixa de custear algumas situações, já observadas, além de deixar também de receber tributos por parte da empresa.

É uma forma de realizar a vontade da lei e ao mesmo tempo realizar objetivos previstos também em lei, isso sem nenhum custo adicional, já que deve somente por em prática o que desde 1988 da Constituição previu.

No ordenamento jurídico atual sabe-se da intervenção do estado na propriedade privada, como no caso de desapropriação, onde um dos requisitos observados para que ela ocorra é o não exercício da função social da propriedade. Assim necessário é fazer eficaz a lei constitucional e a infraconstitucional no momento vigente.

Por que não trazer o instituto da desapropriação para o Direito Empresarial, onde o Estado desapropriava aquela empresa que exerceu a função social mas que por culpa de seus administradores chegou a insolvência? Seria uma solução ideal para atais problemas, já que o que a lei deixa a entender que nos casos em que não enseja o processo de recuperação é devido a má fé dos empresários. Não levando em consideração a função social que a empresa exerce. Assim a empresa continuaria a exercer a função social e o Estado quando necessário fosse fizesse voltar a propriedade privada a empresa estatizada, visando sempre o bem estar da sociedade e a preservação da empresa com fundamento na função social da empresa.

5. CONCLUSÃO

A função social da empresa é uma realidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro, onde inúmeras legislações a prevêm. Uma realidade não dentro do desejado pela Constituição existe hoje, em relação a função social da propriedade, e sobretudo a da empresa, fazendo com que a lei constitucional apresente normas sem vinculação, de modo que o que foi determinado pelo constituinte não é fielmente cumprido pelo infraconstitucional. Isso por não tratar de maneira adequada a função social no âmbito do processo falimentar.

Como ficou claro, conforme a lei de falência existe alguns casos em que a empresa falirá sem que seja observado sequer a função social desenvolvida pela empresa, que fora perseguida, conforme manda a Constituição.

Ficando evidente ainda que não só deixa de ser observada a função social, no processo de falência, como também menospreza sua real função. Quando criada pelo legislador a função social tinha por finalidade, sobretudo diminuir a busca incessante pela lucratividade, uma forma de conter o lucro a qualquer preço.

A partir de então as empresas habituaram-se a desenvolver a função social, com a esperança também de se manterem vivas no mercado.

No momento em que a empresa necessita de ajuda - a qual poderia ser concedida pelo fato de exercer a função social - para se manter em atividade não há uma real aplicação do princípio, naqueles casos em que não haverá processo de recuperação judicial, indo de imediato ao processo de falência.

Desta forma não somente deixa de observar o texto constitucional o legislador infraconstitucional, como também agride a norma prevista na Constituição Federal, ao descumprir e fazer desmerecer o princípio da função social. Podendo ser comprovado no texto da Lei 11.101/2005 que tratou de enumerar as hipóteses em que serão decretadas a falência sem, contudo haver um processo de recuperação, deixando claro que a lucratividade e somente o dinheiro importa na atividade empresarial, sem interessar a ela a função social no processo de falência condenando a empresa a morte.

Assim o lucro a qualquer preço abominado pelo Constituição Federal de 1988 é colocado como fundamental no processo de falência de empresas, já que é determinante na decretação de quebra, por assim dizer.

Sinteticamente pode-se observar o surgimento da empresa, a criação do princípio da função social da empresa, e o não respeito a tal princípio, desrespeitando a Carta Magna de 1988.

Ao trabalhar no processo de falência a observação do princípio, mais empresas iriam aderir ao exercício da função social, já que teriam nela, sempre que agissem de boa fé, a certeza de preservação da sua atividade empresarial, o que renderia mais para a sociedade e também para o Estado que deixaria de gastar e se desgastar no processo de falência.

Além disso, com a preservação da empresa devido ao princípio da função social, todos os credores iriam ter seus créditos satisfeitos, os quais talvez não os fossem na falência, dando maior estabilidade as relações econômicas, daí se afirmar que a função social tem condão, também, de manutenção da economia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação Judicial**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008 ARISTÓTELES. **A Política**. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal -16. São Paulo: Editora Escala, 2005

BELLO, Enzo. **A teoria política da propriedade em Locke e Rousseau: uma análise à luz da modernidade tardia**. Disponível na Internet: http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/CI_210507_03.pdf. Acesso em:21/08/2010.

BERTAN, José Neure. **Propriedade Privada & Função Social**. Curitiba: Editora Juruá, 2009. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 19 de setembro de 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009

COMPARATO, Fábio Konder. “**Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**”. São Paulo: RT, 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

DIDIER JR. Fredie. **A função social da propriedade e a tutela processual da posse**. Disponível em. Acesso em 21 de agosto de 2010.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001

HUSNI, Alexandre. **Empresa Socialmente Responsável – Uma abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 69

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1996

LEMONS JUNIOR. Eloy Pereira. **Empresa & Função Social**. Curitiba: Editora Juruá, 2009

MACHADO. Fabrício Jorge et alli. **A mudança de paradigma da empresa: Da maximização do lucro à nova empresa social**. Revista de Direito. Vol. 13. Nº 17. Ano 2010.

MAMEDE. Gladston. **Empresa e atuação Empresarial**. Vol. 1. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2007

_____ **Empresa e atuação Empresarial**. Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2006

MASSON. Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010

OLIVEIRA, Gustavo P. T. de Castro. & THEODORO, Silvia K. da Silva. **A evolução da Função Social da Propriedade**. Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_16.pdf. Acesso em 21/08/2010.

PILETTI, Nelson. & ARRUDA, José Jobson de A. **Toda a História**. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

PROUDHON. Pierre-Joseph. **O que é Propriedade**. Lisboa: Editorial Estampa, 1975. P.220.

RAMOS. André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. 3ª Ed. Salvador: Jus Podvim, 2009

REQUIAO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre homens**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005. 70

_____ **Do Contrato Social**. São Paulo: Edijur, 2006.

SILVA. De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 542.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4 ed. São Paula: Malheiros, 2003, p. 20.

TOURINHO. Marcelo Abreu dos Santos. **A Função Social e Seus Reflexos sobre a Empresa**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2008.

VENOSA. Silvio Salvo. **Direitos Reais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2006