

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

EMERSON DEUNER

**FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO BRASIL DO SÉCULO XXI:
O exemplo privilegiado da recuperação judicial**

São Leopoldo

2022

EMERSON DEUNER

**FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO BRASIL DO SÉCULO XXI:
O exemplo privilegiado da recuperação judicial**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

Orientador: Prof. Dr. Marciano Buffon

São Leopoldo

2022

D485f Deuner, Emerson
Função social da empresa no brasil do século XXI: o exemplo privilegiado da recuperação judicial. / Emerson Deuner -- 2022.
137 f. : il. ; color. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Marciano Buffon.

1. Direito empresarial. 2. Propriedade privada. 3. Função social - Empresa. 4. Recuperação judicial. 5. Falência. I. Título. II. Buffon, Marciano.

CDU 347.7

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO BRASIL DO SÉCULO XXI: O exemplo privilegiado da recuperação judicial**”, elaborada pelo mestrando **Emerson Deuner**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de julho de 2022.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Marciano Buffon _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Fabiano Koff Coulon _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Luciane Klein Vieira _____ *Participação por Webconferência*

À Deus, TODA a honra e TODA a glória.

Aos meus pais, Lauro e Odete, que tornaram meu caminho até aqui possível.

À Elizandra, minha esposa, que sempre me apoiou nas mais loucas empreitadas.

Aos meus filhos, Leonardo e Lucas, presentes de Deus, que me dão motivos todos os dias para não me desviar do caminho.

O **Senhor** é o meu pastor, nada me faltará.
Deitar-me faz em verdes pastos, guia-me mansamente a águas tranquilas.
Refrigera a minha alma; guia-me pelas veredas da justiça, por amor do seu nome.
Ainda que eu andasse pelo vale da sombra da morte, não temeria mal algum, porque **Tu** estás comigo; a tua vara e o teu cajado me consolam.
(*BÍBLIA SAGRADA. Livro dos Salmos, cap. 23, v. 1-4.*)

RESUMO

O presente trabalho visa criar uma reflexão sobre a necessária observância do princípio da função social da empresa quando da interpretação e aplicação das normas jurídicas. Deste modo, a inobservância da função social da empresa nos procedimentos de recuperação judicial gera prejuízos à sua possível recuperação? E ainda, quais podem ser os problemas sociais reflexos? Assim, o exemplo do instituto da recuperação judicial de empresas torna-se relevante ao tema, eis que, além das consequências diretas à empresa *in casu* discutida, também gera inúmeros problemas sociais reflexos. Para tanto, traz à lume o esboço histórico da propriedade privada e sua relação com a empresa, bem como, sua função social e os interesses coletivos relacionados. Tendo como foco o Brasil do século XXI, levanta-se o paradigma da constitucionalização e funcionalização do Direito onde a Constituição Federal de 1988 deixa para trás o viés regulatório até então presente nas constituições anteriores e assume uma posição principiológica, de modo a influenciar e efetivamente balizar as normas infraconstitucionais, fazendo com que seu texto seja preponderante em relação aos demais, utilizando-se na maioria das vezes de princípios, de modo a possibilitar uma maior abrangência em sua utilização e, fechar as lacunas interpretativas decorrentes das regras. Essa mudança de paradigma possibilitou a reincorporação ao direito dos valores éticos de justiça, mormente a dignidade da pessoa humana, positivando na Constituição preceitos, explícitos ou implícitos, por meio de princípios, cuja preocupação primordial é a busca de tais objetivos. Como arcabouço para demonstrar a necessidade da observância da função social da empresa traz-se à tona o procedimento de recuperação judicial de empresas e falência, regulado pela moderna Lei 11.101 de 2005. A partir de tal, pode-se trabalhar a função social da empresa nas várias fases procedimentais da recuperação judicial, demonstrando a mitigação do caráter absoluto da propriedade privada, aliando a autonomia privada ao interesse público. A discricionariedade que se levanta com funcionalização do direito e o caráter principiológico da constituição não é ilimitada e deve ser sopesada diante do caso concreto, observando-se a razoabilidade e proporcionalidade, de modo a atingir os objetivos da constituição e da lei. Por fim, aborda-se quanto à existência de função social na falência, sendo esta alternativa a empresas inviáveis à recuperação judicial, de modo a retirá-las do mercado e realocar seus ativos à outras empresas

para que, deste modo, continuem a gerar os correspondentes benefícios econômicos e sociais. A dignidade humana apresenta-se como uma máxima a ser perseguida e, nos termos de nosso moderno Estado Democrático de Direito, onde a constitucionalização dos direitos fundamentais toma especial conjuntura, a empresa tem especial relevância, mitigando seu caráter eminentemente privado em prol do interesse social. Ao final confirmamos a hipótese apresentada, onde a empresa assume uma função social relevantíssima, devendo ser levada em consideração quando da interpretação e aplicação das normas. O instituto da recuperação judicial de empresas é eficaz a demonstrar que a inobservância do princípio da função social da empresa causa prejuízos para além das partes diretamente relacionadas, refletindo na sociedade em geral.

Palavras-chave: propriedade privada; função social; função social da empresa; recuperação judicial; falência.

ABSTRACT

The present work aims to create a reflection about the necessary principle of the social function of the company observance when interpreting and applying the legal norms. In this way, does the inobservance company's social function in the judicial recovery procedures harm when it's possible recovery? And yet, which can be the reflex social problems? Thus, the example of the institute of judicial reorganization of companies becomes relevant to the subject, since, in addition to the direct consequences to the company in casu discussed, it also generates numerous reflex social problems. Therefore, it brings to historical foreshortening of private property and their relationship with the company, as well, as their social function and related collective interests. Having the focus on Brazil in the 21st century, the paradigm of the constitutionalization and functionalization of Law is raised, where the Federal Constitution of 1988 leaves behind the regulatory bias as well present in previous constitutions and assumes a principled position, in order to influence and effectively to mark out the infra-constitutional norms, making the text preponderant in relation to the others, using most of the time principles, enabling a greater scope in its use and, closing the interpretative gaps resulting from the rules. This paradigm shift made it possible to reincorporate ethical values of justice into the law, mainly the human person dignity, affirming explicit or implicit precepts in the Constitution, through principles, whose primary concern is the pursuit of such objectives. As a framework to demonstrate the need to comply with the social function of the company, it brings up the procedure for judicial recovery of companies and bankruptcy, regulated by the modern Law 11,101 of 2005. From there, it's possible to work the social function of the company on the many procedures stages of judicial recovery, demonstrating the mitigation of the absolute character of the private property, allying the private autonomy with public interest. The discretion that arises with the functionalization of the law and the principled character of the constitution is not unlimited and must be weighed in face the concrete case, observing reasonableness and proportionality, in order to achieve the constitutional goals and the law. Finally, talks about the existence of the social function bankruptcy, this being an alternative for the companies that are not viable for judicial recovery, with the aim of remove them from the market and reallocate their actives to other companies so that, in this way, they continue to generate the corresponding economic and social

benefits. The human dignity presents as a maxim to be chased and, in terms of our modern Law Democratic State, where the fundamental rights constitutionalization takes a special juncture, the company has a especial relevance, mitigating the eminently private character in favor of social interest. In the end, we confirm the presented hypothesis, when the company assumes a huge relevant social function, must be taken into account when it's rules interpretation and application. The companies judicial recovery institute is effective to demonstrate the company social function principle inobservance causes damages to beyond the directly related parts, reflecting on society in general.

Keywords: private property; social function; social function of the company; judicial recovery; bankruptcy.

LISTA DE SIGLAS

AJ	Administrador Judicial
CC/2002	Código Civil - Lei 10.406/2002
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC/2015	Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.657/1942
LRF	Lei de Recuperação Judicial e Falências - Lei 11.101/2005
RJ	Recuperação Judicial
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UPI	Unidade Produtiva Isolada

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PROPRIEDADE PRIVADA: ESCORÇO HISTÓRICO DA IDEIA DE SUA FUNÇÃO SOCIAL.....	16
2.1 Propriedade privada: surgimento e evolução.....	16
2.2 Propriedade privada a partir de John Locke.....	20
2.3 Propriedade privada na legislação brasileira	24
2.4 Função social	26
2.5 Função social da propriedade privada	29
2.6 Função social da empresa.....	32
3 A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NO BRASIL DO SÉCULO XXI	39
3.1 Neoconstitucionalismo - breves apontamentos.....	39
3.2 O caráter principiológico da Constituição Federal de 1988	46
3.3 Distinção entre regras e princípios	49
3.4 A função social da propriedade elevada à categoria de princípio constitucional e sua relação com as demais normas.....	58
3.5 Dignidade da pessoa humana.....	64
4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E SUA FUNÇÃO SOCIAL	73
4.1 Crise empresarial	75
4.2 Conceitos de empresa, empresário, estabelecimento e atividade empresarial	78
4.3 Objetivos e natureza jurídica da recuperação judicial	80
4.4 O plano de recuperação judicial	90
4.5 O processamento da recuperação judicial - comportamento das partes e acompanhamento/função do magistrado	93
4.6 Funcionalização do direito privado e os reflexos na recuperação judicial de empresas.....	99
4.7 Observância da função social em detrimento da autonomia privada - limites à intervenção estatal.....	106
4.8 Existe função social na falência?	116
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS.....	132

1 INTRODUÇÃO

A partir do século XIX, com a crescente industrialização e globalização, a questão da função social da propriedade começou a fazer parte mais frequente nas discussões políticas e jurídicas, gerando posições bastante antagônicas e suscitando muitas controvérsias, tendo em vista o modelo histórico-cultural vigente à época.

O liberalismo predominante na sociedade acabava por criar uma certa aversão à ideia de função social da propriedade, eis que o individualismo a caracterizava e, qualquer tentativa de mitigar direitos tidos até então como absolutos, em especial a propriedade privada, era de plano rechaçada.

Mas esse extremo formalismo que caracterizava a sociedade até então foi perdendo força, dando espaço às discussões sociais e, conseqüentemente, gerando um abrandamento da visão individualista.

O grande problema, que persiste até hoje, é o de conciliar essa tensão entre as dimensões funcional e individual inerentes à propriedade, já que estão em jogo outros direitos fundamentais, a exemplo da liberdade e da igualdade.

Nessa esteira, há que se considerar o fato de a empresa ser, na verdade, uma derivação da propriedade privada, exercida pelo ser humano calcado na liberdade (de iniciativa, de empreender, de gerir, de usar etc.).

O presente trabalho tem o objetivo de enfrentar a questão da função social da empresa na sociedade contemporânea, especialmente daquela em recuperação judicial, à luz do artigo 170 da Constituição Federal do Brasil¹ e seus reflexos na LRF².

A função social da empresa foi alçada à categoria de *princípio constitucional* na Carta Magna de 1988, em seu artigo 170, inciso III, ali referida como *função social da propriedade*.

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

² BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

Diante de tal premissa, criou-se a necessidade de aprofundar os estudos quanto as origens da propriedade privada e da empresa, bem como a posterior mudança de paradigma com a transição do Estado Liberal para o Social, mormente com a *funcionalização* dos institutos de Direito, a fim de compreender o porquê e como a função social da empresa impacta na sociedade e no ordenamento jurídico.

Com isso, o problema que se apresenta é: a (in)observância da função social da empresa nos procedimentos de recuperação judicial gera prejuízos à sua possível recuperação? E ainda, quais podem ser os problemas sociais reflexos?

Neste sentido, o exemplo tratado do instituto da recuperação judicial de empresas é importantíssimo no tocante à necessidade de observância do princípio da função social da empresa quando da interpretação e aplicação das normas, eis que, o resultado de tal trará, a cada uma das partes envolvidas, consequências pontuais, benéficas ou malélicas.

A inobservância do princípio da função social nos procedimentos recuperacionais e falimentares, não causa somente um prejuízo direto à empresa *in casu* discutida, mas também gera inúmeros problemas sociais em consequência, a exemplo dos postos de trabalho que vão desaparecer, em prejuízo dos empregados e suas famílias; dos produtos e serviços (que eram úteis e desejáveis no mercado) que deixarão de existir, em prejuízo dos consumidores; dos tributos que deixarão de ser gerados e recolhidos, em prejuízo da sociedade em geral; isso sem contar o impacto indireto, eis que diversos ramos e empresas deixarão de negociar com a empresa falida, gerando um efeito cascata de desemprego, baixa na circulação de riquezas e arrecadação de tributos

Desde o início dos tempos as leis (em relações comerciais) têm sido criadas ora pendendo para os interesses dos credores e ora do devedor. O que a LRF trouxe como inovação foi a proteção da função social da empresa em crise, em síntese, buscando a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, da arrecadação de tributos, da circulação de renda etc.

A função social da empresa, como dito, já se encontrava expressamente prevista no artigo 170 da CF/88, sendo colocada em evidência por ocasião LRF que, em seu artigo 47, ao traçar os objetivos do instituto, condiciona tais à: (i) a preservação da empresa, (ii) sua função social e, (iii) o estímulo à atividade econômica.

Esse problema se potencializa no Brasil, exatamente pelo fato de se reconhecer como direitos fundamentais a propriedade privada e a livre iniciativa, mas, em contrapartida, os condiciona à realização da dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da pobreza, da marginalização e à redução das desigualdades sociais.

Esse é o ponto primordial, demonstrar que, a exemplo dos procedimentos recuperacionais e falimentares, a observância do princípio da função social é de suma importância, não anulando outros direitos, mas *complementando-os*, de modo a potencializar a busca por nossos objetivos constitucionais, previstos no artigo 3º.

A empresa, apesar de seu viés privatista e capitalista, deve transcender seus objetivos lucrativos, convergindo vários interesses que tendem a colocar em evidência a importância econômico-social da empresa, a exemplo dos interesses dos empregados quanto aos seus postos de trabalho, criação de novos empregos e formação de mão-de-obra qualificada; de consumidores em relação aos produtos e serviços de que necessitam; do fisco voltado à arrecadação de tributos e, conseqüentemente, possibilitando a consecução das finalidades do poder público e manutenção do Estado etc.

Dentro dessa premissa, será abordado o conceito histórico-social da propriedade privada, desde seu sentido mais amplo até a *empresa*, focado em registrar seu surgimento, percurso histórico e definição contemporânea e, conseqüentemente, da ideia de sua função social que, dentro desta perspectiva, tratar-se-á do que ponto ela se relaciona com a propriedade privada, tendo tal convergência um caráter complementar e não limitador.

Mas a partir deste primeiro ponto abordado, cria-se um segundo problema a ser estudado eis que, como dito, estar-se-á diante de direitos fundamentais de certa forma colidentes onde os operadores do direito deverão buscar formas de interpretação, de modo a se alcançar os objetivos constitucionais.

Com isso, tratando assim de normas diversas, em especial princípios e regras, necessária é a abordagem quanto aos conceitos de tais e a moderna constitucionalização dos direitos, onde princípios e regras coexistem, de modo a necessitar estudos quanto a métodos de aplicação e diferenciação.

Em tal ponto dá-se ênfase no embate entre Ronald Dworkin e Robert Alexy, dois dos mais proeminentes juristas contemporâneos, os quais debatem ferrenhamente quanto a tal tema, concordando que tanto princípios quanto regras

são normas jurídicas válidas e devem ser aplicadas no caso concreto mas, dispõem de maneira diferente em suas conceituações.

Diferenciando princípios de regras, os autores propõem os *métodos* a se utilizar quando da aplicação e interpretação das normas, cada qual na sua linha mas, basicamente, apontando para a subsunção e ponderação.

Com a conceituação das diferentes normas em mente, se abordará a elevação da função social como princípio constitucional, vindo a corroborar com a busca dos objetivos previstos em nossa Carta Magna, especialmente a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Por fim, no ponto central do trabalho, trata-se do instituto da recuperação judicial de empresas, regulado por uma legislação relativamente nova, mas de uma abordagem bastante importante, mormente na busca de seus objetivos, previstos no artigo 47, o qual corrobora com os objetivos constitucionais brasileiros, tendo como base o princípio da função social da empresa.

Demonstra-se, no decorrer do capítulo, a importância de um processo de recuperação judicial eficiente para a economia de modo geral, de modo a auxiliar na busca pelos objetivos constitucionais, superando-se o individualismo característico dos períodos que antecederam o século XIX, em favor do funcionalismo do direito, buscando-se aliar o interesse público ao privado.

É sob essa perspectiva que o presente trabalho busca analisar a propriedade privada, neste caso tida como a empresa, e sua função social, no contexto de nosso Estado Democrático de Direito no século XXI, para o fim de esclarecer que aspectos devem ser considerados para a mitigação do direito fundamental da propriedade privada, em função do interesse social.

Não se pode negar que as dificuldades para a abordagem dos assuntos que se mostraram necessários foram grandes, principalmente por se tratarem de questões multidisciplinares, abarcando filosofia, sociologia, economia, história etc., além, é claro, do direito, as quais foram buscadas mediante um levantamento bibliográfico sobre o tema em obras clássicas e atuais, bem como em artigos publicados no portal de periódicos da CAPES e outros sites especializados, subsidiando assim o percurso teórico do presente estudo.

Para a elaboração da presente pesquisa utilizou-se do método dedutivo, partindo de uma situação geral, que é o direito de propriedade e sua função social, para chegar a situação particular, da importância da manutenção da empresa em

crise econômico-financeira - vista como propriedade privada - em decorrência dos reflexos sociais atinentes à esta.

Assim, o presente trabalho encontra-se em sintonia com os grandes temas da linha de pesquisa 1 - Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, como também harmoniza-se com a pesquisa desenvolvida por nosso orientador, Dr. Marciano Buffon em sua tese de doutorado, a qual resultou na obra “Tributação e dignidade humana - entre os direitos e deveres fundamentais”³, publicado pela Editora Livraria do Advogado.

Não se pode, assim, ter a ambição de chegar a uma resposta conclusiva em relação a assunto tão complexo, mas, levou-se em consideração que a ampliação do debate sobre a função social da empresa é necessária, de modo estabelecer um diálogo e reflexão entre as diversas disciplinas, muitas vezes colocadas à margem do estudo do Direito.

Sem menor importância é a realidade brasileira atual, marcada pelas desigualdades sociais e pela miséria, a qual, por si só já justificaria o presente debate, eis que, ainda existe um longo caminho a percorrer para alcançar os, talvez utópicos, objetivos constitucionais, mas, conforme abordagem, cada peça da complexa máquina que compõe a sociedade pode contribuir, em maior ou menor proporção, sendo que a empresa, apesar do seu caráter privado, tem enorme influência nesta busca, diante dos inúmeros interesses sociais reflexos à sua atividade.

³ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

2 PROPRIEDADE PRIVADA: ESCORÇO HISTÓRICO DA IDEIA DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

Antes de adentrar ao objeto principal do trabalho, qual seja, a função social da empresa em recuperação judicial, importante discorrer brevemente sobre o conceito histórico de propriedade, seu surgimento e evolução.

A partir disso, delinea-se suas características, desde o jusnaturalismo até nosso Contemporâneo Estado Democrático de Direito brasileiro que, especialmente a partir da CF/88, passou a focar o ordenamento jurídico e social na pessoa humana.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como objetivo fundamental constitucional trouxe uma nova visão sobre a propriedade, até então vista como absoluta, passando-se a caracterizá-la também pela sua função social, esta integrando aquela.

Essa nova concepção, centrada na pessoa humana, traz à tona a necessidade de atenção aos interesses sociais nas atividades privadas, não colocando-as em segundo plano, mas condicionando-as aos seus reflexos na sociedade que a circunda.

A empresa, incontestavelmente considerada como propriedade privada, tem papel extremamente relevante na sociedade e os reflexos sociais de sua atividade demonstram que, do mesmo modo, mitiga o caráter absoluto da propriedade em prol de sua função social.

Assim, de maneira introdutória – mas não menos importante – ao tema central do presente trabalho, há que discorrer sobre o escorço histórico da propriedade privada, da qual a empresa é parte integrante, até a definição e evolução do conceito de função social.

2.1 Propriedade privada: surgimento e evolução

Desde os primórdios da humanidade – que se tem registro, pelo menos -, em qualquer que seja a cultura, a propriedade privada sempre esteve presente e, de uma forma ou outra, era conceituada e defendida.

Cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora da propriedade e, durante esta evolução histórica, emerge a constatação

de que as condições econômicas e políticas determinaram a origem e o desenvolvimento da propriedade, sob uma forma ou outra. Período que tem fugido ao estudo dos juristas é aquele que antecede ao Direito clássico. Em verdade, as informações dessa fase são parcas, contraditórias, e, por isso, discutíveis. Nesse estágio primitivo, é possível admitir que a propriedade comum constituiu a primeira forma de propriedade, diretamente ligada a concepção então vigente acerca da família.⁴

O instituto da propriedade talvez seja um dos mais importantes da civilização, sendo este aglutinador de direitos e deveres modulados no decorrer do tempo. O contratualista Jean Jaques Rousseau⁵ já tratava da propriedade do seguinte modo:

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, assassínios, 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!’.

Pode-se retroceder ao século XV a.C (data estimada) quando, segundo a Bíblia Sagrada⁶, em seu Livro do Êxodo (cap. 20, v. 17), Deus disse a Moisés, além de outros preceitos, o qual transcreveu: “Não cobiçarás a casa do teu próximo. Não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem seus servos ou servas, nem seu boi ou jumento, nem coisa alguma que lhe pertença”, demonstrando deste modo que a propriedade privada já era devidamente conceituada e defendida.

Talvez antes disso, haja vista que a data exata ainda é controversa, pode-se citar diversas passagens do famoso Código de Hamurabi⁷, na Babilônia, as quais descreviam certa proteção à propriedade privada, conforme transcreve-se algumas cláusulas abaixo:

⁴ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 13-14.

⁵ ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2010. *passim*.

⁶ BIBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. São Paulo: FTD; Petrópolis: Vozes, 1995. p. 77.

⁷ BABILÔNIA (IRAQUE). **Código de Hamurabi, [1.780 a.C. ?]**. São Paulo: USP, [2021]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 07 jul. 2022.

9. Se alguém perder algo e encontrar este objeto na posse de outro: se a pessoa em cuja posse estiver o objeto disser 'um mercador vendeu isto para mim, eu paguei por este objeto na frente de testemunhas' e se o proprietário disse 'eu trarei testemunhas para que conhecem minha propriedade', então o comprador deverá trazer o mercador de quem comprou o objeto e as testemunhas que o viram fazer isto, e o proprietário deverá trazer testemunhas que possam identificar sua propriedade. O juiz deve examinar os testemunhos dos dois lados, inclusive o das testemunhas. Se o mercador for considerado pelas provas ser um ladrão, ele deverá ser condenado à morte. O dono do artigo perdido recebe então sua propriedade e aquele que a comprou recebe o dinheiro pago por ela das posses do mercador.

38. Um capitão, homem ou alguém sujeito a despejo não pode responsabilizar por a manutenção do campo, jardim e casa a sua esposa ou filha, nem pode usar este bem para pagar um débito.

39. Ele pode, entretanto, assinalar um campo, jardim ou casa que comprou e que mantém como sua propriedade, para sua esposa ou filha e dar-lhes como débito.

Desde então já se começa a perceber a existência da propriedade privada, mesmo que de forma rudimentar e limitada, já que a Lei do Talião ao referir-se à proteção da posse e propriedade, o fazia apenas para garantir o direito de retaliação por parte do ofendido

Também existem relatos sobre a admissão da propriedade privada na Grécia antiga, que foi se consolidando a partir do fim do século VII a.C.

Porém, é a partir dos romanos que se tem a definição de propriedade privada mais próxima do conceito atual, caracterizada, desde a época de Justiniano, a partir da lei das Pandectas (533 d.C.), com seus aspectos concentrados no *jus utendi et abutendi re sua*.

Já na idade média, sob o regime feudal, houve uma fragmentação da propriedade, com o proprietário, titular do domínio direto, o qual cedia o bem a um terceiro (vassalo), que por sua vez poderia explorá-lo como bem entendesse, mediante uma contraprestação.

No ano de 1215 na Inglaterra, uma carta escrita em Latim, chamada de Magna Carta, feita por nobres e para nobres, fechada ao povo, declarava que não cabia mais ao Rei redigir as Leis, mas aos nobres e grandes proprietários, devendo toda a Nação, obedecê-las, inclusive o monarca.

Foi quando os ideais iluministas encontraram no mundo fático seu dispositivo político, criando um horizonte a ser atingido por uma população degradada na história e oriunda de um sistema falido (feudalismo), onde viram-se instigados diante

de um novo mundo com o surgimento das navegações, do mercantilismo, da máquina a vapor, da industrialização, surgimento da burguesia e consecutiva crise dos poderes monárquico e religioso, cujas bases foram o modelo econômico feudal, que naturalmente viria a se despedaçar.

Quase cinco séculos após, tendo em vista que os ideais levantados com a Magna Carta de 1215 não foram capazes de romper totalmente com o regime imposto à propriedade, a chamada Revolução Gloriosa de 1688 teve o condão de encorajar a França a conceituar seu modelo estrutural de divisão de poder, de forma a criar um mundo novo, fundado, basicamente, na liberdade individual e na proteção da propriedade.

Assim, a propriedade dita moderna, como a vista hoje, vem a tomar forma a partir da Revolução francesa, em 1789, a qual trazia a propriedade privada como um dos pilares estruturais da sociedade, juntamente com a liberdade e a igualdade.

Adquire assim a propriedade um status fundamental, sendo considerada um direito inerente à natureza humana, conforme consagrado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão⁸, de 1789:

Art. 17.^o Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

A propriedade assim concebida, como um direito natural, inalienável e imprescritível, foi corroborada no Código Civil francês de 1804, Código de Napoleão, o qual serviu de inspiração para várias outras legislações civis no mundo, inclusive no Brasil.

A propriedade, portanto, desde quando se tem registros, foi aceita pelo homem como entidade ligada à sua própria existência. O fruto do trabalho do homem, seja caça, pesca ou agricultura, sempre foi objeto de proteção, como sendo essencial à manutenção da vida humana.

Este conceito de propriedade como um direito natural do homem foi defendido por diversos juristas e filósofos ao longo da história, mas pode-se apontar como um dos maiores precursores dos ideais da Revolução Francesa, neste ponto, o

⁸ FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão, 1789**. São Paulo: USP, [2021?]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 07 jul. 2022.

jusnaturalista inglês John Locke, sem, é claro, deixar de dar créditos a outros relevantes autores, a exemplo de Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau etc., conforme a abordagem dos tópicos seguintes.

2.2 Propriedade privada a partir de John Locke

O surgimento da propriedade privada ainda é objeto de discussão entre diversos ramos teórico-filosóficos, alguns defendendo que a propriedade privada é pré-existente, eis que é um direito natural, já para outros, a propriedade é uma invenção humana, consequência do contrato social.

Dentre os que defendem o direito natural da propriedade, dos quais citamos os jusnaturalistas, tendo como expoente John Locke, o principal argumento é de que as escrituras sagradas já dispunham quanto ao direito de propriedade ao, por exemplo, constar dentre seus mandamentos o de “não roubarás” ou “não cobiçarás as coisas alheias”.

Já de outro lado, a exemplos dos juspositivistas e outros, há os que defendem que a propriedade privada é um fenômeno humano, decorrente do surgimento da sociedade civil e do contrato social, nos termos da doutrina de Hobbes⁹ e Rousseau¹⁰.

O cerne do conceito de propriedade em Locke é que ela é um direito natural, ou seja, já existia no estado de natureza. Com essa concepção, refuta, apesar de sem mencionar diretamente, a teoria de Hobbes.

Hobbes nega que a propriedade é um direito natural. Para ele só a vida é direito natural e, o direito de propriedade com eficácia *erga omnes*, só nasceu com o direito positivo.

John Locke traz em sua obra que direitos e princípios são universais e para todos, independente da vontade humana. O capítulo dedicado à Propriedade, a nosso ver, é o ponto crucial da obra de Locke, já que define que todos têm propriedade em si mesmo, mormente por seu trabalho.

⁹ HOBBS. Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Eleonora Magalhães de Gusmão. Rio de Janeiro: Livraria Quaresma, 1945. *E-book*. *passim*.

¹⁰ ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2010. *passim*.

Locke inicia a discussão sobre a propriedade com a assertiva sobre uma “razão natural”, que é o direito de preservação que cada indivíduo tem desde seu nascimento, sendo o direito a comer, a beber e a todas as outras coisas que a natureza coloca a seu dispor¹¹.

Também fala de um direito divino, conforme Deus deu a Adão, a Noé e seus filhos, “toda a terra”. Mas logo em seguida põe em xeque tal afirmativa, no sentido de que, se Deus deu a terra a todos os homens, como podemos defender um direito à propriedade?

Nessa concepção, Deus deu aos homens toda a terra, com tudo que ela contém, para o sustento e sobrevivência destes, como por exemplo as frutas e os animais. Sendo assim, tudo pertence em comum a todos os homens, sendo necessário algum meio de apropriação para retirá-los do estado de natureza.¹²

Segundo Locke, todos são iguais, e a cada um deverá ser permitido agir livremente desde que não prejudique nenhum outro. Com este fundamento, deu justificação à propriedade privada, ao declarar que o mundo natural é a propriedade comum de todos, mas que qualquer indivíduo pode apropriar-se de uma parte dele, ao acrescentar seu trabalho aos recursos naturais.

Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens.¹³

Então, no entendimento de Locke, a propriedade consiste em aplicar aos bens comuns, de propriedade de todos, uma parcela do trabalho pessoal de cada um, ao que, essa pessoa adquire a propriedade privada de tal bem ou produto “transformado”.

Tal assertiva se dá no sentido de que cada homem guarda a propriedade da sua própria pessoa, o que equivale a dizer que o trabalho realizado por seu corpo e suas mãos é de sua propriedade, não cabendo a qualquer outra pessoa direito sobre tal.

¹¹ LOCKE. John. **Segundo tratado sobre governo civil**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 97.

¹² *Ibid.*, p. 98.

¹³ *Ibid.*, p. 98.

Assim, quando um homem retira um objeto de seu estado natural, e a ele acrescenta o seu trabalho pessoal, torna-o sua propriedade, excluindo assim o direito comum que os demais homens teriam sobre tal.

Mas Locke traz duas condições que devem ser respeitadas em relação à propriedade privada. Primeiro, a pessoa não deve retirar do estado natural mais do que precisa para sobreviver, pois o excesso acabaria estragando, e Deus não fez nada para ser estragado. Segundo, a pessoa deve deixar “o suficiente e tão bom” para as outras pessoas, tendo em vista que Deus criou a terra e seus frutos para o benefício comum de todos.

Tudo o 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 que a sua parte e pertence aos outros. Deus não criou nada para que os homens desperdiçassem ou destruíssem.¹⁴

A obra de Locke desempenhou um papel fundamental para que o direito de propriedade fosse reconhecido como fundamental. Também coube ao autor o pioneirismo em estabelecer limites a esse direito, de modo que o exercício individual não prejudicasse terceiros.

Do mesmo modo com relação a terra, o homem que a planta, cultiva, melhora e utiliza, pode considerá-la sua propriedade, eis que, com as melhorias a ela atribuídas mediante seu trabalho, separou-as do bem comum, limitando-as.

Afirma o autor que a extensão da terra tornada propriedade privada é determinada pelo quanto o homem em particular é capaz de utilizar. E isto, não vai de encontro às duas regras acima descritas, eis que não prejudicaria ninguém, na medida em que há terra suficiente para todos os habitantes do mundo.

Diante da fungibilidade dos produtos retirados da terra pelo homem, que, de acordo com as regras não podem se deteriorar, surge o uso do dinheiro, atribuindo-se determinado valor a certa quantidade de metal (ouro, prata etc.), eis que assim, o mesmo poderia ser guardado sem que se deteriorasse e, ainda:

[...] mesmo que cada homem tivesse o direito de se apropriar por seu trabalho de todos os bens naturais de que pudesse se servir, não

¹⁴ LOCKE. John. **Segundo tratado sobre governo civil**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 100.

havia o risco de ir longe demais nem causar dano aos outros, pois a mesma abundância permanecia à disposição de qualquer um que utilizasse a mesma indústria.¹⁵

Locke traz a assertiva de que, após a invenção do dinheiro, aquele que se apropria da terra por meio de seu trabalho não diminui, mas sim, aumenta a reserva comum da humanidade, pois a produção excedente ao consumo da própria família serve para o sustento das demais pessoas da comunidade.¹⁶

Em suma, para Locke, a propriedade é um direito natural, defendendo que, no estado de natureza, os homens, por serem dotados de razão e conhecedores da Lei da Natureza, já usufruíam da propriedade, independentemente da existência de contrato social e da sociedade civil.

A propriedade, deste modo, é um direito que deve ser respeitado por todos, inclusive pelo Estado, uma vez que é um direito advindo da lei da natureza e, portanto, anterior ao próprio Estado, ao qual é vedada a interferência do soberano sem o consentimento do indivíduo.

Negar o direito natural à propriedade é atentar contra a dignidade humana.

Para Locke, os indivíduos abandonaram o estado de natureza e consentiram na criação da sociedade civil para preservar a propriedade, possibilitando seu gozo com segurança e tranquilidade. E esse deve ser o principal objetivo do governo.

O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, onde a preservação da propriedade se torna o objetivo do próprio governo.¹⁷

A Revolução Francesa, fortemente influenciada pelos pensamentos de John Locke, coloca-se como um marco jurídico à propriedade privada, tendo a Constituição o papel de organizar o Estado, o qual tem, por sua vez, como finalidade precípua a garantia da igualdade, da liberdade e da propriedade, com a prevalência desta última.

A Constituição francesa de 1793¹⁸, em seu artigo 1º, prevê que: *“El fin de la sociedad es la felicidad común. – El gobierno ha sido instituido para garantizar al*

¹⁵ LOCKE. John. **Segundo tratado sobre governo civil**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 104.

¹⁶ *Ibid.*, p. 104.

¹⁷ *Ibid.*, p. 166.

¹⁸ FRANÇA. [Constituição (1793)]. **Constitución Francesa de 21 de junio de 1793**. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf. Acesso em: 07 jul. 2022.

hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles”, sendo estes direitos previstos no artigo 2º, quais sejam: “*Estos derechos son la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad*”.

A afirmação máxima do direito de propriedade, nos moldes próximos ao hoje contemplado entre nós, se dá com o *Code Napoléon*, o *Código da Propriedade*, em seu artigo 544, primeira parte: *La propriété est le droit de jouir disposer des choses de la manière plus absolue*.¹⁹

2.3 Propriedade privada na legislação brasileira

A Constituição Federal de 1988, logo em seu art. 1º, III, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Com isso, deixa claro que os direitos e garantias fundamentais são inafastáveis, vez que inerentes à personalidade humana.

A dignidade da pessoa assume um viés finalístico e não simplesmente como meio para alcançar outros objetivos ou como mera norma programática.

A importância desse dispositivo e a inovação por ele trazida é incontestável: colocou o ser humano como objetivo central do ordenamento jurídico, orientando e fundamentando todo o sistema, de maneira que todo ele esteja sistematicamente direcionado para a sua proteção.²⁰

Pode-se dizer que estamos diante de uma reviravolta quanto à finalidade de todo o ordenamento jurídico, deixando de lado a concepção patrimonialista predominante e passando a preocupar-se com a proteção da pessoa humana, em todos as suas características.

Assim, a propriedade privada foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como uma das garantias fundamentais, também com grande influência do filósofo John Locke que, como já dito, a defendeu como um direito natural do homem.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 16.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Apreciação crítica do código civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo**. **Revista Jurídica**: doutrina, legislação, jurisprudência, Porto Alegre, v. 51, n. 304, p. 17, fev. 2003.

Buscou-se em nossa Carta Magna uma especial proteção à propriedade privada, com interesse estatal em sua preservação, porém, com a ressalva da busca quanto aos fins sociais a que esta se destina.

Deste modo, a proteção à propriedade privada expressamente elencada na CF/88 não tem o condão simplesmente de proteger o bem propriamente dito, mas sim sua proteção de modo que sirva à efetivação dos demais valores constitucionais, tais como a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar que o conceito de propriedade, assim como recepcionado na Constituição brasileira de 88, abrange tanto bens corpóreos como incorpóreos, alinhado deste modo com a filosofia defendida por Locke.

Vejamos exemplos de garantias à propriedade previstas na CF/88²¹:

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

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

[...]

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Quando se fala em *propriedade* vem à mente a questão do imóvel, urbano ou rural, mas ressalte-se que o conceito de propriedade é muito mais amplo. Note-se que o texto constitucional, atribui proteção aos mais diferentes bens tidos como propriedade, desde os imóveis até bens móveis e/ou incorpóreos, a exemplo da

²¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

propriedade intelectual. Neste sentido, conforme abordar-se-á no decorrer do presente trabalho, do qual é o ponto principal, a *empresa* também é tida como propriedade privada.

Desde o direito romano a propriedade se baseava em três características que consistiam no direito de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e abusar (*jus abutendi*) das coisas, possibilitando ao proprietário até mesmo destruir a coisa caso queira. Possuía caráter personalista, oponível a todos, podendo ser assegurada por ação própria no “*jus civile*” que era a “*rei vindicatio*”.

Ao que se pode observar no direito romano antigo, a propriedade era absoluta, podendo o proprietário, inclusive, abusá-la deliberadamente, o que hoje, como será visto, não se permite.

Tais disposições foram contempladas no Código Civil de 2002²², em seu artigo 1.228, onde “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Mas, ressalte-se, as garantias quanto ao uso, gozo e disposição da propriedade não foram contempladas em sua integralidade, impondo-se limites ao direito propriedade, eis que o §1º do mesmo artigo dispõe que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”, bem como, o §2º acentua que “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

Diante da breve abordagem sobre a proteção ao direito de propriedade, suas bases históricas e enquadramento normativo brasileiro, passa-se a discorrer sobre *função social*, a qual, como dito, pode ser vista como uma limitação ao direito de propriedade ou, conforme abordagem, pode ser parte integrante do próprio conceito moderno de propriedade.

2.4 Função social

Antes de adentrar no instituto da função social da empresa – foco do presente trabalho - é necessário tecer algumas considerações sobre a função social, de

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

maneira ampla e ainda sobre a função social da propriedade, da qual a função social da empresa deriva.

Inicialmente faz-se necessário entender o significado de função social e, mais especificamente, a etimologia da palavra função. Esta tem origem na palavra em latim *functio*, cujo significado é cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, uma finalidade, um objetivo. A expressão função social foi inserida no direito brasileiro ainda na primeira metade do século XX e o instituto que mais se filiou a ela foi a propriedade.

Sobre o conceito de função social pode-se retroceder milênios, ainda nos escritos de Platão, filósofo do século IV a.C.

Na obra “A República”, Platão²³, nos apresenta seu pensamento acerca da cidade e do homem ideal, resultantes da integração destes entes num quadro organizacional político-social. Assim, as ações do homem são valoradas conforme a sua importância e utilidade ou função para a *pólis*.

Aristóteles²⁴, por sua vez, em *Política* - II.5, justifica a propriedade já não no contexto da casa, mas no âmbito da cidade e intenta responder à seguinte pergunta: deve a propriedade ser tida em comum pelos cidadãos ou em privado?

Em sua assertiva, Aristóteles dispõe que a propriedade deve ser, de um modo geral, privada, mas comum quanto ao seu uso. O uso comum não altera a natureza essencialmente privada da propriedade, mas antes a pressupõe.

Essa imposição de limites à propriedade privada, submetendo-a ao interesse comum, defendendo a primazia do bem comum face aos interesses particulares, denota já naquela época a ideia de função social da propriedade.

A função social encontra ainda defensores como Cícero²⁵, o qual relacionava a propriedade privada com o dever de solidariedade e de serviço ao bem da sociedade. Dispunha ele sobre o dever de utilizar as coisas comuns em favor da sociedade, assinalando entre os deveres do homem o de servir à utilidade comum: “é indispensável, com efeito, reportar-se a esses princípios de justiça estabelecidos desde o princípio; começando por não prejudicar a ninguém e, em seguida, servir ao interesse comum”.

²³ PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os pensadores). *passim*.

²⁴ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Nova Cultural, 1990. p. 175. (Os pensadores).

²⁵ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 37.

Em suma, filosoficamente, desde a antiguidade, função social significa uma superação dos interesses individuais, elevando-se as atitudes que estejam preocupadas com os seus reflexos na coletividade, ou seja, se alcança a função social caso uma atitude individual tenha reflexos positivos na coletividade.

Já numa análise institucional do Direito, o termo *função* serve para designar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou valor em razão do qual existe, segundo a lei, esse conjunto estruturado de normas²⁶.

A função social, juridicamente falando, portanto, é elemento inerente a cada faculdade jurídica, logo, sua adequada compreensão exige considerar seus fins econômico e social, isto quer dizer que função social é própria “razão de ser” no funcionamento da sociedade.

Já num passado bem próximo, com a nova compreensão constitucionalizada do Direito Civil, tem-se que o princípio da função social da propriedade também foi incorporado à legislação infraconstitucional. É possível perceber que no Código Civil de 2002, por exemplo, há o predomínio do social sobre o individual, especialmente, nos termos do presente trabalho, nos institutos da função social do contrato e da propriedade. Vejamos: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.²⁷

E ainda

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.²⁸

Neste sentido, verifica-se que a função social da empresa – tema central do presente trabalho, deriva da função social da propriedade, em conjunto com a função social dos contratos.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **RT/Fasc, Civil**, São Paulo, ano 85. v. 732, p. 40-41, out. 1996.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

²⁸ *Ibid.*

Essa elevação da discussão sobre a função social da empresa, como dito, decorreu necessariamente do reconhecimento da função social da propriedade e da função social do contrato, mormente a partir do século XIX, quando a empresa aumentou sua importância no âmbito econômico, político e social. Nesse sentido, Lopes²⁹ assevera:

Se toda a atividade da empresa partia da utilização da propriedade e do contrato, é inequívoco que as transformações sobre esses institutos teriam reflexos diretos na própria empresa. Por outro lado, a sua crescente importância fez com que uma atenção especial fosse conferida aos bens de produção.

Pode-se dizer que o significado de função social é ainda mal compreendido. Em geral, ele é confundido com ideias vagas de justiça social e de subordinação dos interesses privados ao interesse público.³⁰

Ainda Lopes³¹, ao discorrer sobre a caracterização da função social como princípio dispõe:

Dessa maneira, a conversão da função social em princípio jurídico apenas deu início a uma discussão que persiste até hoje, especialmente no que se refere à possibilidade de que, juntamente com as prerrogativas que caracterizam o direito subjetivo, coexistem igualmente deveres positivos em favor da coletividade.

Justamente essa questão da função social da propriedade, a qual vem em favor da coletividade, é que vai acabar legitimando uma intervenção estatal e certa limitação do direito de propriedade privada, a partir de uma abordagem como *princípio constitucional*, como abordar-se-á nos próximos capítulos.

2.5 Função social da propriedade privada

Apesar do presente trabalho tratar da função social sob a égide da Constituição Federal de 1988, é importante ressaltar que este não foi o primeiro texto a tratar da função social da propriedade. Ainda na Constituição de 1946, já era

²⁹ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 114.

³⁰ PINTO. Victor Carvalho. **Função social da propriedade**: origens doutrinárias de um conceito jurídico. [S. l.: s. n., 2020?]. posição 2. *E-book*.

³¹ LOPES, *op. cit.*, p. 117.

estabelecido em seu artigo 147³² que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social. Posteriormente, com a Emenda Constitucional de 1969, o artigo 160, inciso III³³, versava que a ordem econômica e social tinha por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base em princípios, dentre os quais o da função social da propriedade.

Já na Constituição brasileira de 88, o constituinte entendeu por bem elencar a função social da propriedade também como um dos princípios da ordem econômica (relevante para o presente trabalho), nos seguintes termos³⁴:

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

O que a CF/88 fez foi ressaltar ainda mais a necessidade de atenção à função social ao tratarmos da propriedade e da ordem econômica, onde estaríamos diante da possibilidade de limitação dos direitos naturais, desde que referida limitação tenha fundamento na necessidade de preservação da sociedade contra o uso nocivo ou abusivo da propriedade.

Nas palavras de Rousseau³⁵:

Quero indagar se pode existir, na ordem civil, alguma regra de administração legítima e segura, tomando os homens como são e as leis como podem ser. [...] O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto aventura pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. [...] a liberdade natural, [...] só

³² Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição Federal de 1946**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 07 jul. 2022.

³³ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

³⁵ ROSSEAU. Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito público. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. *passim*.

conhece limites nas forças do indivíduo, e a liberdade civil, [...] se limita pela vontade geral.

Como verifica-se, a Constituição trouxe por princípios tanto o da propriedade privada quanto o da função social da propriedade, deixando claro que a propriedade privada não é absoluta e deve ser sopesada à luz dos demais princípios.

Dentre os princípios acolhidos constitucionalmente que se apresentam como limites ou complementos àquele da propriedade privada está o da sua função social. Mais especificamente, para o que nos interessa, a função social da propriedade dos meios de produção, da qual decorre, mais proximamente, a empresa.

Numa definição mais simplista, a propriedade privada pode ser descrita como o reconhecimento dos direitos inerentes ao domínio da coisa, objeto da exploração e organização dos agentes econômicos. Pode-se desta forma afirmar ainda que a propriedade privada constitui um dos pressupostos da livre-iniciativa, qual seja, a possibilidade de empregar os meus bens na realização de atividade econômica (empresarial) e da mesma maneira posso me apropriar dos resultados dessa exploração.

Já com relação à função social da propriedade, esta poderia ser vista como limitadora da autonomia privada sobre os bens, os quais devem ser utilizados em função da coletividade. Agora a relação do indivíduo com a propriedade, que antes lhe serviu os interesses apenas, passa a agregar também o interesse social.

A necessária atenção à função social da propriedade privada (propriedade esta vista de modo amplo, abrangendo todo e qualquer bem) se justifica pelos objetivos a que se propõe, dentro da cadeia de produção, pois muito embora se saiba que a propriedade sempre foi a base da produção capitalista tradicional, com a função social, ela atinge outro patamar de eficiência e de utilização. Ou seja, a função social compõe-se enquanto elemento diferenciador que insere a propriedade na cadeia produtiva, com toda a otimização, para o bem da coletividade.

Assim, a ideia simplista de que a função social é uma limitação ao direito de propriedade não pode ser tida como máxima, eis que, com base na Constituição brasileira de 1988 e seus fundamentos histórico-filosóficos, a função social *integra* a propriedade privada, aquela faz parte desta e, uma vez não cumprida sua função social, o direito de propriedade restará esvaziado, não podendo, deste modo, ser devidamente tutelado pelo ordenamento, já que este submete os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais.

A Constituição brasileira garante o direito de propriedade, desde que este exerça sua função social. O próprio texto constitucional determina a funcionalidade da propriedade ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e determinar como objetivo a justiça social.

Assim, o conceito de propriedade pode ser expresso atualmente como “direito que permite a um titular usar, gozar e dispor de certos bens, desde que ele o faça de modo a cumprir com sua função social e, assim, atender aos preceitos da dignidade da pessoa humana”.

2.6 Função social da empresa

Com o surgimento da sociedade e sua constante evolução veio a especialização das atividades humanas e a conseqüente troca dos bens excedentes decorrentes do trabalho, bens estes, como vimos em Locke, tornados privados em função de tal.

Diante da constante ampliação de tais trocas, a especialização dos homens quanto à produção dos bens se tornou uma máxima – nos primórdios tida basicamente como monocultura-, principalmente com a introdução de novas tecnologias (uso de tração animal, ferramentas de produção etc.).

Assim, a obtenção dos itens necessários a subsistência de cada indivíduo poderia ser realizada mediante trocas voluntárias, eis que a especialização da produção gerou produtos excedentes não destinados à subsistência, tendo assim, basicamente falando, o início do comércio e, conseqüentemente, da empresa.

Deste modo, identificar-se a atividade da empresa na figura do empresário, o qual exerce a atividade empresarial através de uma estrutura organizada e planejada, sob a qual circula-se bens e serviços, visando benefícios econômico-financeiros, conforme conceituar-se-á pormenorizadamente no título 4.

Apenas introdutoriamente, a fim de discorrer sobre a função social da empresa, aborda-se quanto à definição de empresa, nas palavras de Diniz³⁶:

O Código Civil identifica a empresa como atividade econômica organizada desenvolvida pelo empresário; logo, não é sujeito de

³⁶ DINIZ, Maria Helena. A importância da função social da empresa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 390, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815/371371482>. Acesso em: 07 jul. 2022.

direito, não tendo personalidade jurídica. Sujeito de direito é o empresário individual ou coletivo, titular da empresa.

A empresa é uma instituição jurídica despessoalizada, caracterizada pela atividade econômica organizada, ou unitariamente estruturada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado ou à intermediação deles no circuito econômico, pondo em funcionamento o estabelecimento a que se vincula, por meio do empresário individual ou societário, ente personalizado, que a representa no mundo negocial.

Já segundo Coelho³⁷, a empresa em si é uma “atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens e serviços, gerado mediante a organização dos fatores de produção”.

Atividade pode ser considerada como a de produção (fabricação) de produtos, circulação (comercialização ou intermediação) de bens ou prestação de serviços e, em si mesma, é a própria empresa ou empreendimento.³⁸

A empresa é expressão da atividade do empresário como um complexo organizacional formado de pessoas e bens, funcionais e direcionados à realização das próprias atividades empresariais, ou seja, constitui uma espécie de propriedade privada, composta por bens corpóreos e incorpóreos, direcionados à determinados objetivos.

Assim, a ideia de função social da empresa deriva do dispositivo constitucional sobre a função social da propriedade, mormente por estar disposta no artigo 170, o qual trata dos princípios da ordem econômica.

O Direito Empresarial foi devidamente amparado na Constituição brasileira de 1988, trazendo à baila princípios como o da livre iniciativa, livre-concorrência, propriedade privada etc., promovendo liberdades individuais, haja vista estarmos na esteira de direitos privados.

Como já dito anteriormente, o instituto da função social foi expressamente elevado na CF/88 em relação às Constituições anteriores, mas, ele já existia no ordenamento jurídico brasileiro antes disso, inclusive em sua forma derivada, a da função social da empresa, objeto do presente artigo.

³⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1. *passim*.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. A importância da função social da empresa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 390, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815/371371482>. Acesso em: 07 jul. 2022.

A Lei 6.404/1976³⁹ (Lei da Sociedade por Ações) já previa tal situação:

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**. (grifo nosso).

E ainda:

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 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.⁴⁰ (grifo nosso).

Como se observa, ainda na lei de 1976, o legislador reconhecia que no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados, não só o direito das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também o interesse da comunidade em que ela atua⁴¹.

Diniz⁴² bem dispõe que “pela teoria da função social da empresa, o empresário e a sociedade empresária deverão ter o poder-dever de, no desenvolvimento de sua atividade, agir a serviço da coletividade”.

Não se olvide de existirem opiniões contrárias à existência de uma função social da empresa, o que aqui não defendemos, mas cabe ressaltar a relevância de tais argumentos, nas palavras de Comparato⁴³:

É imperioso reconhecer, por conseqüente, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que

³⁹ BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **RT/Fasc. Civil**, São Paulo, ano 85, v. 732, p. 44, out. 1996.

⁴² DINIZ, Maria Helena. A importância da função social da empresa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 394, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815/371371482>. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁴³ COMPARATO, *op. cit.*, p. 45.

se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo o controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social.

Inobstante as posições contrárias, como dito, no presente trabalho defende-se a disposição constitucional do princípio da função social da propriedade e sua aplicação na ordem jurídica como um todo, do qual entende-se a empresa (ou atividade empresarial) como uma espécie de propriedade privada.

A CF/88 preconiza a primazia do coletivo sobre o individual, dito de outro modo, limita o arbítrio individual sob o prisma da coletividade, daí o princípio função social da propriedade, expressamente previsto nos artigos 5^a, inciso XXII e também 170, onde o Estado garante ao cidadão a propriedade privada, desde que esta cumpra com a sua função social (incisos II e III), ou seja, apesar do cidadão ser legítimo proprietário, o seu direito é relativizado, pois, somente assim será plenamente considerado se vier a cumprir com a função social da propriedade, o que significa dizer que deverá observar principalmente os preceitos da dignidade da pessoa humana e da justiça social⁴⁴.

A empresa é considerada constitucionalmente como um instituto jurídico e, deste modo, também deve atentar à função social, visto que todo o moderno ordenamento brasileiro tende neste sentido desde a citada Lei 6.404/1976. Inclusive o Conselho de Justiça Federal, durante a I Jornada de Direito Civil, editou o seguinte enunciado⁴⁵:

I Jornada de Direito Civil - Enunciado 53
Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.

Tal disposição revela-se importante pois a função social da empresa, diversamente da função social da propriedade, não é expressamente citada pela Carta Magna, porém, é tradicionalmente identificada e reconhecida pelo

⁴⁴ SANTOS, Benedetti Grazielle. **O princípio da função social da empresa**: breves considerações. Salvador: JusBrasil, 2015. p. 7. Disponível em: <https://graziellebs.jusbrasil.com.br/artigos/177017630/o-principio-da-funcao-social-da-empresa-breves-consideracoes>. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁴⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 53 da I Jornada de direito civil**. Brasília, DF: CJF, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 07 jul. 2022.

ordenamento jurídico enquanto resultado de um conjunto de normas, que tutelam direitos tidos como fundamentais, a exemplo do disposto nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal, a saber: i) promover a dignidade da pessoa humana; ii) valorização do trabalho e da livre iniciativa; iii) promover a justiça social; iv) reduzir as desigualdades sociais e regionais; v) busca do pleno emprego etc.

Essa assertiva pode ser compreendida como uma visão ampla, e ao mesmo tempo utópica, posto que, uma empresa cumpre com sua função social quando deixa de visar somente o lucro e passa a ponderar todas suas decisões em observância ao interesse da sociedade em geral e, mais especificamente, levando em conta os interesses daqueles que dela dependem.

Tal premissa exige, novamente, um devido balanceamento entre os interesses privados, alicerçados nos princípios da propriedade privada, livre iniciativa, liberdade etc. e os fundamentos e objetivos previstos, respectivamente, nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Mamede⁴⁶ bem discorre sobre tal situação:

O princípio da função social da empresa é metanorma que tem essa matriz, demandando seja considerado o interesse da sociedade, organizada em Estado, sobre todas as atividades econômicas, mesmo sendo privadas e, destarte, submetida ao regime jurídico privado. Embora tenha finalidade imediata de remunerar o capital nela investido, atendendo ao interesse de seu titular ou dos sócios do ente (sociedade) que a titulariza, a atividade negocial atende igualmente ao restante da sociedade. Suas atividades e seus resultados desenvolvem a economia e, destarte, acrescentam tanto aos esforços de desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da República, segundo o artigo 3º, II, da Constituição.

Ou seja, o resultado econômico da atividade empresarial, de todo modo, favorecerá não só aos seus titulares ou acionistas, mas a toda a sociedade, corroborando para desenvolvimento nacional conforme previsto na Constituição brasileira de 1988.

Diniz⁴⁷ bem assevera sobre o conceito de função social da propriedade empresária:

⁴⁶ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 93.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. A importância da função social da empresa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 394, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815/371371482>. Acesso em: 07 jul. 2022.

A propriedade empresarial deverá atender à função social, exigida pela Carta Magna (arts. 5º , XXII , 182, §2º, e 186); por isso o empresário exercerá sua atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços no mercado de consumo, de forma a prevalecer a livre concorrência sem que haja abuso de posição mercadológica dominante, procurando proporcionar meios para a efetiva defesa dos interesses do consumidor e a redução de desigualdades sociais, assumir funções assistenciais para seus empregados, p. ex, formando serviços médicos, fundos de previdência, planos de aposentadoria, promovendo ensino básico, creches, transporte, e, ainda, realizar projetos de recuperação do meio ambiente, e do patrimônio histórico-cultural.

Note-se que a função social da empresa acaba, num certo ponto de vista, a se caracterizar como uma baliza à livre iniciativa e a busca do lucro, porém, num sistema cíclico, a valorização do trabalho com a promoção da condição digna da sociedade gera uma maior circulação de riquezas e, conseqüentemente, um aumento no consumo, produção de bens e, finalmente, lucro.

Sabe-se que quanto mais rica e próspera for a sociedade onde inserida uma empresa, maiores serão as possibilidades de realizações de negócios, com ampliação do espectro empresarial e, portanto, de lucros.

Diante disto, afirma-se que a empresa possui como função social, a inclusão social do ser-humano, o desenvolvimento econômico da sociedade, a redução das desigualdades econômicas e sociais, além de tantos outros objetivos elencados em nossa Carta Magna, que conseqüentemente refletirão nos resultados financeiros positivos da empresa.

Com tais atitudes e cumprida sua função social, a empresa acaba também por proporcionar a existência digna do homem, promovendo a criação de empregos e a manutenção do pleno emprego. No âmbito mercadológico, tal empresa ainda preza pela livre concorrência e, por conseguinte, preços justos e acessíveis a toda a sociedade.

Resumindo, a função social da empresa é atingida quando ela atende aos princípios da liberdade, igualdade, dignidade humana, solidariedade, reduz ou procura reduzir as desigualdades sociais, protege e preserva o meio ambiente, dentre tantos outros.

Traçadas as características histórico-filosóficas da propriedade, sua função social e da empresa ou atividade empresarial (neste caso tida como propriedade), abordar-se-á no capítulo seguinte o atual ordenamento constitucional brasileiro, suas

nuances, paradigmas e a posição estratégica dos princípios, em especial o da função social da propriedade, corolário da busca dos objetivos constitucionais, mormente a dignidade da pessoa humana e justiça social.

3 A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NO BRASIL DO SÉCULO XXI

Dentro da nova concepção constitucional, intitulada como *neoconstitucionalismo*, que tomou forma mundialmente de maneira mais abrangente a partir da segunda metade do século XX, o caráter normativo dos textos constitucionais foi elevado à uma categoria superior, deixando de ser *regulatória* e assumindo uma posição *principlológica*.

As garantias fundamentais ganharam a devida força mediante sua vinculação aos chamados princípios constitucionais, no intuito de blindar as mesmas em relação às mudanças políticas e conferindo, deste modo, um maior protagonismo do poder judiciário em relação aos poderes executivo e legislativo.

Conseqüentemente, levanta-se a discussão sobre a distinção entre regras e princípios, onde demonstra-se necessária uma nova abordagem quanto à interpretação e aplicação do Direito, utilizando-se de diversas técnicas hermenêuticas, defendidas pelos mais renomados juristas.

As teses mais proeminentes (nesse cenário contemporâneo) centram-se, a nosso ver, nas teorias de Dworkin e Alexy, convergindo e divergindo por diversos pontos, mormente quanto à distinção entre princípios e regras e sua respectiva aplicação/interpretação.

Por fim, sobressai-se a questão da função social da propriedade, agora elevada à categoria de *princípio constitucional*, também como uma forma de se alcançar um dos pilares da Constituição brasileira, a *dignidade da pessoa humana*.

3.1 Neoconstitucionalismo - breves apontamentos

Algumas das grandes transformações trazidas pelo chamado “neoconstitucionalismo” foram a atribuição ao texto constitucional do *status* de norma jurídica, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.⁴⁸

Essa mudança de paradigma representou um marco histórico na ordem jurídica, elevando as normas constitucionais da condição de comandos abstratos e

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. *passim*.

programáticos para normas de aplicabilidade imediata, obrigatória e abrangentes à todas as áreas do direito, público ou privado.⁴⁹

Na verdade, neoconstitucionalismo não tem uma definição clara e homogênea, sendo tal fenômeno definido e utilizado por diversas visões que exprimem o direito contemporâneo, o que bem define Miguel Carbonell em sua obra “*Neoconstitucionalismo(s)*”, citado por Sarmiento, o qual constata uma diversidade de posições jusfilosóficas e de políticas⁵⁰.

Há muitas diferenças entre autores que se dizem neoconstitucionalistas: uns defendem o positivismo, outros são radicalmente antipositivistas; uns se dizem liberais, outros comunitaristas.

O que os neoconstitucionalistas acabam sintetizando numa ideia até certo ponto comum é a defesa de um novo paradigma jurídico que envolve, dentre outros elementos: i) a afirmação da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico; ii) o reconhecimento da força normativa e irradiante dos seus princípios; iii) o recurso a métodos mais flexíveis na adjudicação, como a ponderação de interesses; iv) a defesa da permeabilidade da interpretação jurídica a considerações de ordem moral; v) a constatação e defesa de um certo protagonismo judicial na vida política e social, que se justificaria pela necessidade de proteção e promoção dos princípios constitucionais, especialmente os ligados aos direitos fundamentais⁵¹.

Surgindo no segundo pós-guerra, tal fenômeno abandonou a visão de que a constituição era um documento essencialmente político, o qual visava primordialmente a um “modelo” de atuação da classe política, porém sem força normativa ou vinculante.

As duas grandes guerras ocorridas em pleno século XX e o surgimento de ideologias comunistas, fascistas e nazistas, em que se vislumbrou que a legalidade formal e o distanciamento do direito da moral pudessem encobrir diversos acontecimentos bárbaros foram fatores fundamentais que conduziram para a

⁴⁹ DAL POZZO, Emerson Luís. **Paradigmas da função social da empresa em crise**: da função social à função socioeconômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 123.

⁵⁰ SARMIENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/2770957/O_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Daniel_Sarmiento?auto=download. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁵¹ *Ibid.*

superação do positivismo exclusivo e contribuíram para o aparecimento do neoconstitucionalismo.

No Brasil tal mudança de paradigma somente tomou proporções relevantes com a promulgação da Constituição Federal de 1988, diga-se de passagem, demasiadamente atrasada em relação aos países europeus de tradição romano-germânica.

Barroso⁵², bem define tal posição:

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

Essa mudança de paradigma, com o citado rompimento com a posição retrógrada e focada na normatividade da Constituição é, em síntese, como dito, denominada como *neoconstitucionalismo*.

O movimento neoconstitucionalista prega a supremacia da constituição no ordenamento jurídico e ainda, eleva os direitos fundamentais a uma categoria superior, cabendo sua efetiva proteção ao judiciário, mormente utilizando-se dos modelos de controle de constitucionalidade.

Tendo a constituição sido elevada a um status de norma imperativa e reguladora e, blindando as garantias fundamentais em relação ao processo político legiferante, novos paradigmas hermenêuticos se expuseram.

Nestas “novas” constituições formuladas a partir do pensamento neoconstitucionalista, boa parte das normas relevantes (princípios na maioria das vezes) são caracterizadas por certa abertura e indeterminação semântica, impondo ao Judiciário novas técnicas de hermenêutica, a serem alinhadas com a até então utilizada primordialmente, subsunção.

⁵² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 6, abr. 2005.

Na definição de Carbonell, citado por Sarmento⁵³:

o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação

Ávila⁵⁴ também dispõe sobre tal:

É certo que não há apenas um conceito de ‘neoconstitucionalismo’. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do ‘neoconstitucionalismo’. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural ‘neoconstitucionalismo(s)’. Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais — ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade — desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de ‘neoconstitucionalismo: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

O protagonismo então conferido ao Poder Judiciário com a promulgação das “neoconstituições” foi drasticamente elevado no prisma político, sendo que a partir de tal caberia ao mesmo decidir questões que até então se limitavam aos poderes legislativo e executivo, inclusive com a possibilidade de tais questões serem levadas ao judiciário pelos próprios grupos políticos (legislativo e executivo) perdedores em sua arena política.

Porém tal *protagonismo* conferido ao judiciário, também tem suas desvantagens, muitas vezes não se mostrando como uma efetiva *melhora* quanto à

⁵³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/2770957/O_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Daniel_Sarmento?auto=download. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p. 1-2, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 07 jul. 2022.

efetivação de um regime democrático, deixando transparecer, a exemplo do Brasil, um lado obscuro e indesejado. Nas palavras de Streck⁵⁵:

Destarte, passadas três décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do Direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características da tese (ou ideologia) neoconstitucionalista acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição.

Inobstante um possível resultado “danoso” do neoconstitucionalismo, vários juristas defendem as mais diversas teorias sobre tal, dentre eles, Dworkin⁵⁶ traz uma definição mais singela e didática, no sentido de que “o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os *casos difíceis* do Direito”.

Assim, diante do posicionamento muitas vezes antagônicos dos diversos autores que se dispuseram a discorrer sobre o neoconstitucionalismo, pode-se notar, em princípio, que há um relativo consenso quanto às características centrais deste, quais sejam: (i) valorização dos princípios; (ii) adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com bastante preponderância da ponderação; (iii) abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo; (iv) reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na implementação dos valores constitucionais.

Mas é importante ressaltar que não se pode compreender o chamado neoconstitucionalismo como uma superação de um outro constitucionalismo, mas sim como um processo de continuidade com novas conquistas, dentro da estrutura do Estado Constitucional que se firmou após a segunda metade do século XX⁵⁷.

⁵⁵ STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 250. (Coleção Lênio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento).

⁵⁶ Cf. DWORKIN, Ronald, 1971 *apud* SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/2770957/O_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Daniel_Sarmiento?auto=download. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁵⁷ STRECK, *op. cit.*, p. 252.

Dresch⁵⁸ bem dispõe sobre essa mudança de paradigma, com a consequente funcionalização do direito privado:

Contudo, o Direito Social, já no século XX, buscou engendrar uma importante solução jurídica para esse dilema entre a funcionalização de traços coletivistas e a preservação dos bens individuais. Tal solução foi tentada pelo movimento de constitucionalização do direito privado.

[...]

A funcionalização do direito privado pela via constitucional define uma incorporação dos institutos de direito privado pela Constituição, retirando-os de seu lugar central na tradição privatista – o código -, de maneira hierarquizada, inclusive, pela primazia da norma constitucional sobre a norma codificada. Para além da incorporação normativa antes mencionada, o fator principal da constitucionalização, entretanto, foi o reconhecimento da força normativa e da interpretação em conformidade com a Constituição, de forma a estabelecer uma verdadeira reordenação do direito privado como um todo.

Essa nova concepção do direito constitucional conforme Silva⁵⁹, citado por Pozzo, parte da premissa de que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia”, onde as normas constitucionais seriam classificadas como: (a) normas constitucionais de eficácia plena, (b) normas constitucionais de eficácia contida e, (c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Em síntese, normas constitucionais de eficácia plena produzem, por si só, todos os efeitos pretendidos, a exemplo do artigo 2º da CF/88, onde se estabelece que *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*.

Nas normas constitucionais de eficácia contida produzem diretamente seus efeitos, mas, de forma mitigada a outros dispositivos, constitucionais ou não, como no caso do artigo 5º, XIII, da CF/88, que trata da liberdade de exercício profissional, garantindo-a plenamente, *desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, não produzem por si só os efeitos pretendidos, delegando a atribuição ao legislador ordinário. Por exemplo, a norma contida no artigo 121 da CF/88, a qual remete à Lei

⁵⁸ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 138-139.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da, 1998. p. 81 *apud* DAL POZZO, Emerson Luís. **Paradigmas da função social da empresa em crise**: da função social à função socioeconômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 126.

Complementar a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Dentre as normas constitucionais de eficácia plena, que devem ser aplicadas imediatamente, de forma direta e integral, situam-se os princípios constitucionais⁶⁰, dentre eles o princípio da função social da empresa, foco do presente trabalho. Nas palavras de Silva⁶¹:

A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais. A própria jurisprudência já o reconhece. Realmente, afirma-se a tese de que aquela norma ‘tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito de propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado a aplicação adequada, como se nada tivesse mudado’.

Com essa mudança de paradigma trazida com o *neoconstitucionalismo*, elevou-se o diálogo entre o direito público e o privado e, além disso, conforme leciona Brasilino⁶², “ocorreu uma mudança na própria estrutura interna do Direito Civil, uma vez que se parte do pressuposto da incidência direta das normas fundamentais”.

Como dito, o sistema brasileiro atual é adepto de tal ideologia, ainda que introduzido tardiamente em relação aos demais países de tradição romano-germânica, tendo a Constituição Federal de 1988 dado início à essa mudança de paradigma, de modo a influenciar drasticamente a legislação infraconstitucional posterior, a exemplo do Código Civil de 2002 e a própria Lei de Recuperação Judicial e Falências de 2005 - Lei 11.101 -, conforme aborda-se na sequência do trabalho.

⁶⁰ DAL POZZO, Emerson Luís. **Paradigmas da função social da empresa em crise**: da função social à função socioeconômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 128.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 285-286.

⁶² BRASILINO, Fábio. **Bem jurídico empresarial**: função social, preservação da empresa e proteção ao patrimônio mínimo empresarial. São Paulo: Método, 2020. p. 19.

3.2 O caráter principiológico da Constituição Federal de 1988

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, foi amplamente influenciada pelo chamado neoconstitucionalismo, o qual, como dito, teve como grande diferencial a elevação do texto constitucional à um status normativo superior, afirmando sua supremacia e subordinando todo o ordenamento jurídico a ele.

Inúmeras foram as inovações trazidas com a CF/88, mas uma de grande relevância e visibilidade é o maior protagonismo conferido ao Poder Judiciário na vida política e social, que, em tese, se justificaria pela necessidade de proteção e promoção dos princípios constitucionais, especialmente os ligados aos direitos fundamentais.

Nesta linha de estudo, onde os princípios constitucionais tiveram um considerável “ganho” com relação à sua importância e necessária atenção quando da aplicação do Direito, cabe trazer algumas ponderações quanto a tal *espécie normativa*, a distinção quanto as normas jurídicas e, a possível colisão entre elas, sejam princípios ou regras.

No presente trabalho, busca-se focar as atenções nos princípios constitucionais, numa acepção de certa diferenciação com os princípios gerais do direito, isso porque, estes estão impregnados por uma concepção de justiça e de moral influenciada por um nítido corte idealista⁶³, com uma aposta em um mundo paralelo, muitas vezes não condizente com a realidade e desprovidos de força normativa.

Tal característica não é tão predominante quando falamos dos (novos/modernos) princípios constitucionais, dotados de poder normativo próprio, os quais, nas palavras de Streck⁶⁴:

[...] apresenta um outro horizonte conjuntural: só há sentido se olharmos para eles na perspectiva de uma descontinuidade com relação às possibilidades significativas anteriores. Eles institucionalizam o mundo prático, destroem os dualismos presentes nas tradições anteriores e instauram um novo modo para se pensar o significado do termo princípio.

⁶³ STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 369. (Coleção Lênio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento).

⁶⁴ *Ibid.*, p. 370.

Deste modo, o conceito de princípio não pode ser retirado diretamente dos conceitos com os quais opera a analítica existencial, mas se apresentam como modos de ser que entram na estrutura de referências e significados do ser-no-mundo.⁶⁵

Streck⁶⁶ cita Dworkin ao discorrer sobre o significado primordial de princípio:

Para iluminar esse ponto, vejamos como Dworkin procura determinar tal relação. Para o jusfilósofo norte-americano, o termo princípio tem seu significado oriundo da própria condição humana, ou seja, quando se diz que determinada pessoa é um homem de princípios, diz-se que tal homem se comporta, em suas relações com os outros e com o mundo, de modo a não ferir *padrões de conduta* que se formaram a partir de uma autocompreensão que determina seu próprio caráter. Note-se: um homem de princípios é um homem virtuoso, porque possui a virtude (e não o valor) de conduzir sua vida segundo princípios. (grifo do autor).

Assim, os chamados princípios constitucionais assumem um maior protagonismo em relação aos princípios gerais, que, apesar de ambos atuarem diretamente na aplicação do Direito, “a composição metodológica do conceito de princípio geral do Direito é axiomático-dedutiva, ao passo que os princípios constitucionais são fortemente pragmáticos”⁶⁷.

Talvez esse seja o ponto mais característico dos princípios constitucionais, que os diferencia dos princípios gerais do direito. Esses são essencialmente privatistas, enquanto aqueles assumem uma postura mais publicista.

Nessa *nova* dinâmica dos princípios, vários juristas se debruçaram a fim de discorrer sobre a *modernização* destes, dentre eles cita-se Ronald Dworkin e Robert Alexy, cada qual apresentando posicionamentos distintos, os quais serão abordados adiante.

Nesse ponto há um rompimento considerável com o positivismo hartiano, o qual sofre críticas exatamente por não abordar devidamente a questão dos princípios ou tratá-los de forma secundária.

⁶⁵ HEIDEGGER, Martin, 2002. p. 42-43 *apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 169.

⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 544.

⁶⁷ STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 300. (Coleção Lênio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento).

Streck⁶⁸ assevera que esse talvez seja o aspecto mais importante a diferenciar o pós-positivismo do positivismo, problemática central no debate Dworkin-Hart. Sob a ótica positivista, um princípio não é norma, porque ele trata de uma espécie de adereço do direito.

Inclusive Hart⁶⁹, por ocasião do pós-escrito de sua obra “O conceito de direito”, faz menção a tais críticas e posicionamentos, mas continua a tratar os princípios de forma secundária, vejamos:

Creio, entretanto, que todos os críticos que me acusaram de desconsiderar os princípios concordariam em que existem, no mínimo, duas características que os diferenciam das normas. A primeira é uma questão de grau: em relação às normas, os princípios são amplos, gerais ou inespecíficos, no sentido de que uma série de normas distintas poderá frequentemente ser apontada como manifestações ou exemplo de um único princípio. A segunda característica é que, por remeterem mais ou menos explicitamente a algum propósito, objetivo, atribuição de direito ou valor, os princípios são considerados, de certo ponto de vista, como algo cuja preservação ou adoção são desejáveis, e, as normas que os exemplificam como também, no mínimo, contribuem para justificá-las.

Dworkin foi um dos maiores críticos de Hart, especialmente quanto ao *poder discricionário* atribuído aos juízes por este, para a resolução dos chamados *hard cases*. Diante de tal poder, segundo Dworkin, os julgadores poderiam criar um direito novo quando se deparassem com situações desta magnitude. Ele rejeita completamente tal ideia de *delegação* ao juiz para o preenchimento das lacunas nos *casos difíceis* através do exercício de um *poder discricionário*.⁷⁰

Streck⁷¹ bem pontou quanto a tal *processo ruptural*, onde, de acordo com Dworkin, os princípios constitucionais não devem mais ser vistos como cláusulas de abertura ou simplesmente como instrumentos de fechamento de lacunas, mas sim como *fechamento hermenêutico*, a fim de “justificar a decisão no interior da prática interpretativa que define ou constitui o direito”.

⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 541.

⁶⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 335-336.

⁷⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 176.

⁷¹ STRECK, *op. cit.*, p. 542.

Ainda nas palavras de Streck⁷²:

Isso é assim porque, em Dworkin (assim como em Esser, Ferrajoli e a CHD), a normatividade assumida pelos princípios possibilita um 'fechamento interpretativo' próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como observamos na teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade.

Tal fechamento interpretativo toma lugar na modernidade, de modo a evitar arbitrariedades passíveis na teoria positivista, onde Dworkin, ao defender sua teoria, deixa claro que os princípios não são padrões de conduta reconhecidos por terem sido expedidos por decisões das autoridades instituídas tomadas no passado, mas fazem parte do contexto moral e político que atravessa uma determinada comunidade.⁷³

Neste sentido, a CF/88 demonstra seu caráter predominantemente principiológico, de modo a influenciar e efetivamente balizar as normas infraconstitucionais, fazendo com que seu texto seja preponderante em relação aos demais, utilizando-se na maioria das vezes de princípios, de modo a possibilitar uma maior abrangência em sua utilização e, fechar as lacunas interpretativas decorrentes das regras.

Infelizmente a brevidade do presente trabalho não nos permite discorrer de maneira mais abrangente sobre o *conceito de princípio*, mas, no intuito de apontar no caso prático o necessário entendimento sobre tal, avançamos com a diferenciação entre as espécies normativas – regras e princípios.

3.3 Distinção entre regras e princípios

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica.

⁷² STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 374. (Coleção Lênio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento).

⁷³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 178.

Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.⁷⁴

A partir da assertiva de Bonavides acima, parte-se no intuito de expor algumas das peculiaridades atinentes às regras e princípios, sabendo que a doutrina tem posicionamentos distintos, mas, não sendo nossa intenção apontar um *conceito correto*.

Como dito, uma das maiores mudanças verificadas no segundo pós-guerra, impulsionada pelo neoconstitucionalismo, é a mudança quanto a valoração entre princípios e regras jurídicas. Até a metade do século XX, as regras jurídicas estariam em um patamar mais elevado em relação aos princípios jurídicos, sendo tal classificação posta em discussão na segunda metade do século.

Tanto regras como princípios fazem parte do conceito de normas. Até tal ponto, apesar de abordagens distintas, Dworkin e Alexy assim concluem, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição.⁷⁵

Um dos poucos acordos teóricos possíveis de se firmar entre Dworkin e Alexy é esse, de que tanto regras como princípios são normas jurídicas. Mas consigne-se, existem teorias que discordam de tal conjugação, a exemplo da defendida pelo positivismo exclusivo, a qual tem um olhar externo ao Direito, não admitindo o uso de princípios.⁷⁶

A diferenciação entre regras e princípios pode se dar pelo critério da generalidade – tese bastante difundida no Brasil, onde são definidos como regras os textos que contém um grau de especificidade elevado, bem ou facilmente determinável; já princípios são definidos quando não se encontra uma situação fática precisa, aplicando-os em situações variáveis.

Um conceito de princípio que se determina pelo seu grau de abstração, assim o diferenciando das regras, em que o grau de abstração é relativamente reduzido, é defendido pelo mestre português Canotilho⁷⁷, o qual traz algumas definições para facilitar a diferenciação:

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 288-289.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 289.

⁷⁶ STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 68. (Coleção Lênio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento).

⁷⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 222.

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevados; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta.
- c) *Carácter de fundamentabilidade no sistema* das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (p. ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (p. ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *'Proximidade' da ideia de direito*: os princípios são *'standards'* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de *'justiça'* (Dworkin) ou na *'ideia de direito'* (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogênica*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando por isso, uma função normogênica fundamentante.⁷⁸(grifo do autor).

Sintetizando as definições trazidas por Canotilho, de maneira bastante singela, pode-se entender que *princípios*, via de regra, são normas com alto grau de generalidade e de indeterminação, necessitando para sua concretização uma análise interpretativa. Por sua vez, *regras* são específicas e determinadas, podendo ser aplicadas diretamente ao caso concreto, sem necessariamente necessitar alguma técnica de hermenêutica.

Mas existem posições distintas quanto ao *método* de se diferenciar princípios de regras, vejamos alguns trechos da obra de Oliveira⁷⁹, o qual traz de maneira bem didática tal situação:

[...] o que faz a igualdade ser um princípio, e não uma regra? Por que em vez de falar em *princípio da igualdade* não falamos em *regra da igualdade*?

[...]

Definitivamente o conceito de princípio não se determina pelo grau de abstração ou generalidade. É preciso ter cuidado para não transformar um princípio em cláusula geral.

[...]

Em suma, a igualdade não é um princípio porque é mais geral ou abstrato que uma regra; nem tampouco o é porque através dela introduzimos valores no discurso jurídico.

⁷⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, 1993. p. 166-167 *apud* VICHINKESKI, Anderson Teixeira. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 43-44, jan./jun. 2012.

⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 222-223.

[...]

Falamos da igualdade como princípio porque, em qualquer caso concreto estará em jogo o problema da igualdade, que sempre funcionará como um todo referencial para a determinação das regras que irão construir a regulamentação daquele caso na decisão do juiz. Esta, por sua vez, não poderá ser tomada de forma aleatória, mas sim de acordo com a história institucional (leis, precedentes, Constituição) e pelos princípios morais que ordenam de modo coerente, a comunidade. (grifo do autor).

Veja que Oliveira traz um ponto de vista mais crítico sobre o método do *grau de abstração* a se diferenciar tais espécies normativas. Mas isso, a nosso ver, não retira a autoridade daqueles que assim defendem, mas sim, coloca um ponto de interrogação na questão, fazendo-nos aprofundar mais para chegar ao resultado.

Dworkin e Alexy, por sua vez, são representantes da tese da separação “qualitativa” entre regras e princípios, afirmando que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico.

A presente abordagem, como dito, tem o intuito de levantar as principais posturas doutrinárias acerca da distinção entre princípios e regras, porém, sem nos posicionarmos quanto a concepção “correta”.

Diante disto, interessante é a distinção/comparação entre os posicionamentos de Dworkin e Alexy quanto ao tema, conforme discorre-se a seguir.

Dworkin é um jurista bastante crítico ao positivismo jurídico. Entende ele que o Direito não pode ser visto como um sistema composto unicamente por regras, eis que, assim sendo, nos casos mais complexos, onde não se identifica uma regra específica à discussão, o juiz não teria como julgar sem ser extremamente discricionário, ou seja, criando um direito novo.

Vejam os posicionamentos de Dworkin⁸⁰ ao discorrer sobre a distinção entre regras e princípios:

The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in all-or-

⁸⁰ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é uma distinção lógica. Ambos os conjuntos de padrões apontam para decisões particulares sobre obrigações legais em circunstâncias particulares, mas diferem no caráter da direção que dão. As regras são aplicáveis na forma de tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso ela deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (tradução nossa). DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978. p. 24.

nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case it contributes nothing to the decision.

As regras, segundo ele, são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (*an all or nothing*). Se ocorrerem os fatos por ela estipulados, então a regra será válida e, nesse caso, a resposta que der deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, daí a regra nada contribuirá para a decisão.⁸¹

Dworkin⁸² é didático ao fechar a distinção entre regras e princípios:

This first between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect, one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is.

[...]

If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule. The decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond the rules, which prefer the rule enacted by the higher authority, or the more specific rule, or something of that sort.

Note-se que, ao diferenciar regras de princípios, Dworkin já antecipa qual deve ser o método usado para suas aplicações, ponderação aos princípios e subsunção às regras.

Diante disto, defende Dworkin que os princípios devem ter lugar no ordenamento jurídico, eis que se tratam de regras abstratas, que devem, ao ser aplicadas no caso concreto, serem valoradas quanto ao seu “peso”. Em outras palavras, o julgador deve levar em consideração qual princípio mais se enquadra na situação discutida, a fim de fundamentar a decisão.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 282.

⁸² “Os princípios têm uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se cruzam, quem deve resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um. Isso não pode ser, é claro, uma medida exata, e o julgamento de que um determinado princípio ou política é mais importante do que outro será muitas vezes controverso. No entanto, essa dimensão é parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar qual o seu peso ou a sua importância. [...] Se duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser uma regra válida. A decisão sobre qual é válida, e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser feita apelando-se a considerações além das próprias regras. Um sistema legal pode regular tais conflitos por outras regras, que preferem a regra promulgada pela autoridade superior, ou a regra mais específica, ou algo desse tipo.” (tradução nossa). DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978. p. 26-27.

Tal dimensão de peso/valor, segundo Dworkin, somente os princípios a possuem, onde a escolha ou a hierarquia dos princípios se dá de acordo com sua relevância.

Nas palavras de Oliveira⁸³, sobre os ensinamento de Dworkin:

Dworkin se refere a esta diferença como uma diferença 'qualitativa'. Tanto as regras quanto os princípios são tratados como 'conjunto de padrões' que apontam para 'decisões particulares acerca da decisão jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da *orientação* que oferecem'. As regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*, ou seja, a determinação de uma regra implica na exclusão das outras, quanto a sua validade, para reger o caso controverso. Já os princípios possuem uma dimensão de *peso* ou *importância*: a aplicação de um princípio não pode significar a exclusão de outro princípio, mas eles precisam ser pensados segundo os postulados da equidade e da integridade. (grifo do autor).

Bonavides⁸⁴, por sua vez, faz um fechamento didático quanto à tese dworkiana:

Das reflexões de Dworkin infere-se que um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva. Num sistema de regras, pondera Dworkin, não se pode dizer que uma regra é mais importante do que a outra. De tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer sobre a outra em razão de seu maior peso.

O que se infere a partir de Dworkin, na verdade, é que não há uma cisão radical entre regras e princípios. Há sim uma diferença entre elas, até porque nos comportamos de modo diferente quando argumentamos com regras e quando argumentamos com princípios.

No caso dos princípios, os argumentos ultrapassam a pura objetividade, buscando um todo contextual, dentro de um processo interpretativo. Já no caso das regras, a objetividade deve se sobressair.

Nesse sentido parece concordar Alexy quando de sua classificação (semântica) descrita em seu conceito de norma. Esse sim efetua uma cisão radical entre regras e princípios oferecendo, inclusive, diferentes procedimentos para a

⁸³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 177-178.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 282.

“aplicação” de cada uma destas espécies normativas, a subsunção e a ponderação.⁸⁵

Para Alexy, o elemento discricionário no ato de julgar é inevitável. Ele traz em sua teoria a denominação dos princípios como *mandados de otimização*, os quais devem funcionar como cláusulas de abertura para o julgador no momento da decisão, podendo os princípios colidirem no momento de sua aplicação, onde, então, Alexy estrutura o método da ponderação. Já as regras, por sua vez, não produzem qualquer tipo de discricionariedade, pois continuam a operar a partir do modelo da subsunção.⁸⁶

Alexy⁸⁷ prega que a cisão entre regras e princípios é tão radical, que poderia assim considerá-la “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”, vejamos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que ‘princípios’ são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, ‘mandamentos de otimização’, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Deste modo, pode-se verificar, na prática, que a distinção entre regras e princípios se desvela de maneira mais clara quando se os mesmos se apresentam em conflito, contrapostos entre si.⁸⁸

Tem-se assim que Alexy e Dworkin têm posições bastante antagônicas quanto ao método de aplicação dos princípios no Direito, especialmente quando se trata da decisão judicial.

O embate tem pontos cruciais, como o de que em Dworkin, os princípios são a via de acesso para determinação da resposta correta, já em Alexy os princípios são conceituados como *mandados de otimização*.

⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 201.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 61-62.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

⁸⁸ DAL POZZO, Emerson Luís. **Paradigmas da função social da empresa em crise**: da função social à função socioeconômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 135.

Outro ponto de ferrenhas críticas entre os dois juristas se dá na questão da abordagem da discricionariedade, onde Dworkin aponta as regras como causa de tal problema, apresentando a tese da resposta correta que se estabelece a partir de um argumento de princípios e integridade. Já Alexy defende que o problema da discricionariedade vem dos princípios, e por sua vez apresenta o procedimento da *ponderação* para contê-la.

Mas num ponto, a nosso ver, existe consenso entre os dois, regras expressam deveres e direitos definidos, definitivos, ou seja, deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve. Já os princípios podem ser realizados em qualquer grau, eis que são abstratos, devendo ser sopesados e variar de acordo com o caso concreto.

Oliveira sintetiza a discussão da seguinte forma: “podemos resumir todo esse impasse que se apresenta frente à posição de cada um destes autores na pergunta colocada por Streck: Afinal, os princípios “fecham” ou “abrem” a interpretação?⁸⁹

Talvez num ponto que se pode buscar a resposta para tal indagação se encontre na *tese da descontinuidade* proposta por Streck, na qual ele defende que os princípios constitucionais instituem o mundo prático no direito, onde o juiz tem o dever (*have a duty to*) de decidir de forma correta.

Streck⁹⁰, ao justificar sua tese, entende que os princípios devem buscar um “fechamento” da interpretação, conforme destacamos o seguinte trecho:

Isso é assim porque, em Dworkin, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nesta perspectiva, são *vivenciados* (‘faticizados’) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. *É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade.* Por isso, os princípios são deontológicos. (grifo do autor).

⁸⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 92.

⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 540-541.

Por fim, assevera Streck⁹¹ quanto a justificação da tese da descontinuidade:

Adverta-se, ainda – e isso parece significativo –, que não precisamos fazer a leitura moral da Constituição reivindicada por Dworkin para a Constituição norte-americana, porque temos uma Constituição que incorpora toda essa rica tradição. *E esse é o salto qualitativo que a tese da descontinuidade – aqui proposta – apresenta no tocante aos princípios.* Note-se que, com isso, não quero dizer que os princípios existem *como* princípios simplesmente porque a autoridade da Constituição assim os instituiu. Ao contrário, a Constituição é considerada materialmente legítima justamente porque fez constar em seu texto toda uma carga principiológica que já se manifestava *praticamente* no seio de nossa *comum-idade*. (grifo do autor).

Dentro desta visão, pode-se por bem dizer que a CF/88 deixou para traz o caráter “regulatório” das anteriores e assumiu o caráter “principiológico”. Não se quer dizer com isso que deixou de lado as regras, mas sim, que preponderantemente ela é baseada em princípios.

A influência do chamado *neconstitucionalismo* possibilitou a reincorporação ao direito dos valores éticos de justiça, como direitos humanos, igualdade e dignidade da pessoa humana, positivando na Constituição preceitos, explícitos ou implícitos, por meio de princípios, cuja preocupação primordial é a efetivação de direitos fundamentais.

Os princípios, deste modo, se consolidam como normas protagonistas, passando a servir de referência de aplicação do Direito para todo o sistema jurídico brasileiro, bem como à sociedade em geral, colocando a ética e a moral como balizadores.

A distinção entre regras e princípios é de primordial importância, devendo ser observada desde sua origem, de modo a sobressair a *função normogênica* dos princípios em relação às regras, servindo aqueles de fundamento a estas.

Nas palavras do professor Buffon⁹²:

A norma que solucionará o conflito sempre será fruto da interpretação de um texto e seu sentido deve ser construído sob a inspiração dos princípios que alicerçaram as regras. Dessa forma, resta evidente a inescapável função fundamentadora que aqueles exercem em relação a estas.

⁹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 540-541.

⁹² BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 165.

Assim, diante da dita função normogenética dos princípios, as regras devem ser interpretadas e aplicadas sempre em consonância com os princípios que as fundamentam.

Tecidas as considerações sobre regras e princípios constitucionais, é possível trazê-las à realidade constitucional brasileira em diversas situações, das quais destacam-se a importante influência da função social da propriedade, já abordada, agora elevada à categoria de princípio constitucional, conforme aborda-se no próximo tópico.

3.4 A função social da propriedade elevada à categoria de princípio constitucional e sua relação com as demais normas

Como explanado no capítulo anterior, apesar de tratarmos no presente trabalho da função social sob a égide da Constituição Federal de 88, é importante ressaltar que este não foi o primeiro texto nacional a tratar da função social da propriedade. Ainda na Constituição de 1946, já era estabelecido em seu artigo 147⁹³ que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social. Posteriormente, com a Emenda Constitucional de 1969, o artigo 160, inciso III⁹⁴, versava que a ordem econômica e social tinha por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base em princípios, dentre os quais o da função social da propriedade.

Porém, somente após 1988 (no cenário brasileiro), a constituição foi elevada a um status de norma imperativa e reguladora, blindando as garantias fundamentais em relação ao processo político legiferante onde novos paradigmas hermenêuticos se expuseram, trazendo uma mudança quanto a valoração entre princípios e regras jurídicas, onde, até então, as regras estariam em um patamar mais elevado em relação aos princípios constitucionais, sendo tal classificação posta em discussão após a promulgação da Carta Magna de 1988.

⁹³ Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição Federal de 1946**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁹⁴ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecio1988/emc01-69.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

Fora do cenário nacional, a função social da propriedade veio a tomar forma legalmente a partir da Constituição de Weimar, onde houve um progressivo reconhecimento de uma ordem econômica e social com implicações para a questão da propriedade, de forma a construir uma nova etapa frente ao já superado *laissez faire, laissez passer*.⁹⁵

Fachin⁹⁶, citando Larenz bem assevera quanto a tal:

Larenz se refere à *Lex Maxima* da República Federal alemã, segundo a qual a propriedade obriga, isto é, seu uso deve servir ao bem da coletividade. Somente a Constituição de Weimar elevou a ideia da função social da propriedade a categoria de princípio jurídico. (grifo do autor).

Numa análise através da filosofia de Locke se poderia concluir que o princípio da justiça e bem-estar social deveria ser nato, garantido, pelo próprio direito natural. Mas tendo em vista posicionamentos mais “positivistas”, a inserção do princípio da função social nos ordenamentos se tornou fundamental.

Tal mudança de paradigma é abordada por Lopes⁹⁷, a qual assevera:

A mudança de uma ética individual para uma ética social trazia em si a necessidade de que não apenas o poder público, mas a sociedade e cada um de seus membros fossem responsáveis pelos demais membros. A função social, portanto, ressaltava o papel da propriedade como instrumento de assegurar a liberdade não apenas do titular, mas de todos os membros da sociedade.

É muito importante ressaltar que o direito à propriedade privada, insculpida no artigo 5º, inciso XXII da CF/88, imediatamente seguido da disposição do inciso XXIII, dispõe que “a propriedade atenderá sua função social”.

Tal disposição na Constituição Federal foi feita de maneira intencional pelo poder constituinte, eis que deve existir uma complementaridade entre tais, não hierarquizando-os, ou seja, a função social é inseparável do próprio direito de propriedade, lembrando que a Constituição deve ser interpretada em sua integralidade.

⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 16.

⁹⁶ LAREZ, Karl, 1978. p. 79 *apud* FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 17.

⁹⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 113.

Mas a pergunta que se cria é: por que a função social da propriedade é considerada um princípio?

A resposta pode-se extrair de vários juristas, a exemplo de Dworkin e Alexy acima descritos, onde verifica-se que a *função social da propriedade* trata-se de norma que ordena que algo se dê na maior extensão possível, caso a caso, ponderando-se com outras normas, como a propriedade, a livre iniciativa etc., amoldando-se assim à ideia de *peso*, em Dworkin e, *mandamento de otimização*, em Alexy.⁹⁸

Dada a importância do princípio da função social da propriedade, o constituinte entendeu por bem o elencar em diversos dispositivos, nas mais variadas áreas de abrangência da Constituição.

Por exemplo, o mesmo foi disposto como um dos princípios da ordem econômica, do mesmo modo como nos direitos fundamentais, complementando o direito de propriedade, nos seguintes termos⁹⁹:

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

O que a Constituição Federal de 88 fez foi ressaltar ainda mais a necessidade de atenção à (ao princípio da) função social ao tratarmos da propriedade privada, inclusive quando da relação com a ordem econômica.

Num passado bem próximo, com a nova compreensão constitucionalizada do Direito Civil, tem-se que o princípio da função social da propriedade também foi incorporado à legislação infraconstitucional. É possível perceber que no Código Civil de 2002¹⁰⁰ há o predomínio do social sobre o individual, especialmente, nos termos do presente trabalho, do instituto da função social da propriedade, a exemplo do §1º

⁹⁸ DAL POZZO, Emerson Luís. **Paradigmas da função social da empresa em crise**: da função social à função socioeconômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 138.

⁹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

do artigo 1.228, onde se descrevem algumas das faces que representam a função social da propriedade:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas¹⁰¹. (grifo nosso).

Percebe-se, deste modo, que a Constituição brasileira trouxe por princípios tanto a propriedade privada quando a função social desta mesma propriedade, sendo que posteriormente e gradativamente, os mesmos vêm sendo incorporados à legislação infraconstitucional, explícita ou implicitamente, deixando claro que a propriedade privada não é absoluta e deve ser sopesada à luz dos demais princípios.

Nas palavras de Fachin¹⁰²:

A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista.

Do mesmo modo, o poder constituinte deu tratamento específico para a função social das propriedades urbanas e rurais, para esta definindo a função social do seguinte modo:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

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;

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁰² FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 19.

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.¹⁰³

Já no caso da propriedade urbana, o constituinte, no §2º do artigo 182¹⁰⁴, sustenta o objetivo de atenção à função social, mas deixa a cargo do legislador infraconstitucional sua definição.

Nesse cenário, destaca-se o artigo 39 do Estatuto da Cidade¹⁰⁵, o qual dispõe sobre o exercício da função social da propriedade urbana, no sentido de que é impossível dissociar a função social da propriedade urbana dos direitos fundamentais e garantias relativas à dignidade da pessoa humana, à vida, à saúde, a um ambiente sadio e sustentável.

Assim, associa-se a legislação nacional à filosofia pregada por John Locke, no sentido de que, a propriedade, apesar de direito fundamental e natural do indivíduo, não pode ficar “imprópria”, eis que, assim o estando, estar-se-á lesando e desperdiçando a reserva comum, ou seja, a propriedade deve atender à sua função social, de interesse coletivo.

Como já exposto anteriormente, John Locke limitava o direito de propriedade pela capacidade de trabalho do homem e pela possibilidade de retirar apenas no necessário para sua sobrevivência, deixando assim o necessário à sobrevivência dos demais indivíduos.¹⁰⁶

Em tais assertivas assimila-se o conceito de função social da propriedade, no qual, apesar de Locke tratar o direito de propriedade como natural ao homem, o mesmo era limitado pelo trabalho deste, numa demonstração com o interesse

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁰⁴ 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. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁰⁶ LOCKE. John. **Segundo tratado sobre governo civil**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 100.

coletivo, onde não se coaduna com o abuso do direito, a ponto de deixar perecer os bens tornados próprios, em detrimento de outros.

A Igreja católica até os dias atuais ainda comunga da filosofia empregada por Locke, como por exemplo, quando em 1982, a Assembleia Geral da CNBB aprovou o documento “Solo Urbano e Ação Pastoral”, que contém uma análise aprofundada da questão urbana, conforme citada por Pinto¹⁰⁷:

74. Em anos recentes, esse ensinamento foi reiterado por Paulo VI que, na ‘*Populorum Progressio*’, afirma: A terra foi dada a todos e não apenas aos ricos. Quer dizer que a propriedade privada não constitui para ninguém um direito incondicional e absoluto. Ninguém tem o direito de reservar para seu uso exclusivo aquilo que é supérfluo, quando a outros falta o necessário. Numa palavra, o direito de propriedade nunca deve exercer-se em detrimento do bem comum, segundo a doutrina tradicional dos Padres da Igreja e dos grandes teólogos (PP nº 23).

75. Joao Paulo II, em sua encíclica ‘*Laborens Exercens*’, afirma enfaticamente, referindo-se ao direito de propriedade: ‘A tradição cristã nunca defendeu tal direito como algo absoluto e intocável; pelo contrário, sempre o entendeu no contexto mais vasto do direito comum de todos a utilizarem os bens da criação inteira: o direito à propriedade privada está subordinado ao direito ao uso comum, subordinado à destinação universal dos bens’ (LE nº 14, p. 51). (grifo do autor).

Assim, tendo sido a função social da propriedade elevada à categoria de princípio constitucional, a colisão com outras normas, tanto regras jurídicas, quanto outros princípios, especialmente o da propriedade privada, tende a ser recorrente.

Levando-se então em consideração, como disposto anteriormente, a função normogenética dos princípios, onde as regras devem ser interpretadas e aplicadas sempre em consonância com os princípios que as fundamentam, a elevação da função social da propriedade à categoria de princípio constitucional cria uma necessidade aos contemporâneos operadores do Direito de, ao aplicar ou interpretar as regras atinentes à propriedade, levar sempre em consideração tal princípio, sob pena de se entender a norma extraída de tal regra como inválida.

De maneira bastante didática Buffon¹⁰⁸ bem esclarece.

¹⁰⁷ PINTO, Victor Carvalho. **Função social da propriedade**: origens doutrinárias de um conceito jurídico. [S. l.: s. n., 2020?]. posição 473. *E-book*.

¹⁰⁸ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 168.

Por decorrência, se o sentido de uma regra só poderá ser validamente construído em consonância com os princípios que a fundamentam, não se pode cogitar a hipótese de conflito, pois a norma construída a partir da interpretação da regra, só poderá ser entendida como válida, se essa mesma norma puder ser extraída dos princípios que alicerçam a regra respectiva.

Não é redundante falar que a função social da propriedade pode sim colidir com outros princípios constitucionais, o que, diferentemente das regras, não invalidaria qualquer deles, devendo ser aplicado aquele de maior peso ou relevância para solucionar o caso, diante de um processo argumentativo apto a produzir uma resposta hermeneuticamente adequada.¹⁰⁹

Portanto, a função social da propriedade, ao ser elevada ao status de princípio constitucional, assim como qualquer outro, não deve ser encarada como uma barreira ou colidente com a regra jurídica a ser aplicada no caso concreto, mas sim como um dos fundamentos desta, servindo como fechamento da interpretação do operador do direito, evitando-se assim decisões discricionárias e, dando aos *princípios constitucionais* e à própria Carta Magna a necessária importância e autoridade.

À luz do exposto, pode-se então exprimir o conceito de propriedade como direito que permite a um titular usar, gozar e dispor de certos bens, desde que ele o faça de modo a cumprir com sua função social e, assim, atender aos preceitos da dignidade da pessoa humana.

3.5 Dignidade da pessoa humana

O princípio da função social é resultante da ideia de solidariedade do Estado Democrático de Direito e nesse sentido determina que os indivíduos devam exercer as suas liberdades em prol da coletividade, objetivando a todos os indivíduos existência dignas.

Tal paradigma justifica-se historicamente nas relações humanas, apesar da sua crescente valorização ser, de certa forma, recente.

¹⁰⁹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 169.

Nas palavras de Jhering¹¹⁰, citado por Dresch:

Toda nossa cultura, toda a nossa história repousa na valorização da existência humana individual para os fins da coletividade. Não há vida humana que exista meramente para si. Toda ela existe, ao mesmo tempo, em função do mundo. Todo homem atua, na sua posição, ainda que muito limitada, pelos fins culturais da humanidade. E fosse ele o mais diminuto trabalhador, ainda estaria participando dos fins dela.

A expressão *Dignidade da Pessoa Humana* é um conceito jurídico indeterminado, utilizado em nossa Constituição Federal como um dos princípios fundamentais (artigo 1º, III)¹¹¹.

Tal expressão também consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹¹² – além de tantas outras cartas políticas -, tanto em seu primeiro “considerando” quanto em seu primeiro artigo: “Considerando que o reconhecimento da *dignidade inerente a todos os membros da família humana* e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”; e art. 1º: “Todas as pessoas nascem *livres e iguais em dignidade e direitos*. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Azevedo¹¹³ bem trata sobre o núcleo do que seria a dignidade humana nos tempos atuais:

Daí, com graves consequências jurídicas, o lento deslizar intelectual no entendimento da dignidade da pessoa humana, de ‘autonomia individual’, para ‘qualidade de vida’, quando, então, algo que deveria ser radical passa a ser tão relativo quanto viver melhor ou pior.

¹¹⁰ JHERING, Rudolf von, 1963. p. 25-26 *apud* DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 128-129.

¹¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹¹² NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Brasília, DF: UNICEF, [2021?]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 97, n. 53, p. 107-125, mar./maio 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 07 jul. 2022.

É certo que ainda não se chegou a um consenso doutrinário sobre a definição ou até mesma a abrangência do conceito de dignidade da pessoa humana, mas Popp¹¹⁴ também traz uma definição bastante didática sobre sua importância:

Toda a razão da existência da sociedade, da organização do Estado, das preocupações com toda a gama de direitos e deveres, inclusive nos chamados direitos difusos como a proteção ao meio ambiente, resume-se na pessoa humana. É por causa dela que todas estas relações têm alguma razão de ser.

Nesse compasso, Sarlet¹¹⁵, citado por Dresch, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, a vincula diretamente com o igual reconhecimento e os direitos fundamentais:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dignidade da pessoa humana em suma, não constitui somente um dever do Estado, mas sim, um norte interpretativo de todo o sistema jurídico, constitucional ou infraconstitucional, bem como das relações sociais e humanas.

A justiça social estabelece uma nova ordem direcionada ao bem da sociedade, da coletividade. Nas palavras de Dresch¹¹⁶: “A ordem agora é uma ordem para uma sociedade em que todos têm um mesmo *status* primordial, que lhes é reconhecido pela dignidade e autenticidade da pessoa humana”.

Deste modo, todas as atividades, sejam públicas ou privadas, somente justificam-se e são legitimadas na medida em que beneficiam a pessoa humana. O Direito Econômico, os Direitos Sociais, Políticos, Empresariais, dentre tantos outros,

¹¹⁴ POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 21, n. 5, p. 49, 2008. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/115/90>. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, 2002. p. 62 *apud* DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 197.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 193.

conforme bem explica Silva¹¹⁷, têm como finalidade primordial a de proporcionar à sociedade o seu bem star:

Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Então, diante de um ordenamento tal qual o nosso, onde constitucionalmente privilegia-se o coletivo em detrimento do individual, mormente na busca pela dignidade da pessoa humana, a propriedade, a empresa ou toda a atividade econômica tem um papel primordial no alcance de tal objetivo, que anteriormente já o definimos como sua *função social*.

Nas palavras de Brandão¹¹⁸:

A dignidade humana passa a ser o objetivo das relações do trabalho, fundado não em outras motivações menores (embora estas possam e devam existir) mas, fundamentalmente, para que o ser humano encontre sua oportunidade de exercer o trabalho que, sendo dever e direito, é sobretudo o exercício de sua vocação pessoal no servir ao semelhante e, com isto, a realização da plenitude de sua personalidade.

Sobre tal importância da empresa na busca pelos ideais previstos na Carta Magna, Mamede¹¹⁹ também complementa:

Valoriza-se a empresa como célula econômica da sociedade organizada em Estado, sendo um vetor para o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, permitindo a promoção do bem de todos (artigo 3o da Constituição da República). A empresa é também um vetor eficaz para a dignidade da pessoa humana (artigo 1o, I a III, da Constituição), bastando observar os benefícios materiais e imateriais que resultam de suas atividades.

Em síntese, segundo tal fundamento, a atividade econômica não pode estar pautada somente para o alcance dos objetivos (lucros) do empresário e/ou seus

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 109.

¹¹⁸ BRANDÃO, Euro. **O século da máquina e a permanência do homem**. São Paulo: Edições GRD, 1992. p. 28.

¹¹⁹ MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 94-95.

acionistas, mas também para com os interesses da sociedade em geral e, mais especificamente, levando em conta os interesses daqueles que dela dependam, p. ex. os trabalhadores, consumidores etc.

A dignidade humana, como dito, não tem uma definição uníssona, mas não se pode deixar de considerar também que tem uma relação íntima com o conceito de mínimo existencial, bem apontado por diversos juristas. Nas palavras de Azevedo¹²⁰:

Além da vida em si e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade humana exige também o respeito às condições mínimas de vida. Trata-se aqui das condições materiais de vida. A obtenção da casa própria e a sua proteção, por exemplo, são decorrências da dignidade humana.

Corrobora Barroso¹²¹ neste sentido:

Por fim, ínsito à ideia de dignidade humana está o conceito de mínimo existencial, também chamado de mínimo social, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente.

[...]

Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade humana não existir. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais — como educação básica e serviços de saúde —, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo.

O alcance então do mínimo existencial, não pode ser deixado somente a cargo do Estado, tomando assim proporções a *função social da empresa*, como bem explanado anteriormente, com a busca pelo pleno emprego, salários dignos a seus empregados, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, adoção de práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente, produção de riquezas e benefícios ao mercado consumidor etc.

¹²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 97, n. 53, p. 107-125, mar./maio 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 85-86.

Inobstante os diversos exemplos citados, não se resumem a estes, também devendo levar em consideração que para se alcançar uma boa qualidade de vida, é certo que deve-se também ter uma boa qualidade de trabalho. Isto porque o ser humano passa a maior parte de sua vida no trabalho justamente quando está na plenitude de suas forças mentais e físicas, de modo que o trabalho definirá seu estilo de vida, seus conceitos, sua atitude perante a vida, podendo determinar até sua morte¹²².

O próprio TST já tem posicionamento firmado sobre a íntima relação entre o ambiente de trabalho e a dignidade humana, vejamos trecho de julgado neste sentido:

O estabelecimento de meio ambiente de trabalho saudável é condição necessária ao tratamento digno do trabalhador. Dessa forma, constatada a violação ao princípio da dignidade humana do trabalhador, o direito à reparação dos danos morais é a sua consequência.¹²³

A existência digna do ser humano deve permear as condições materiais para a realização pessoal do indivíduo. Porém, a garantia de tal dignidade não impõe ao Estado o dever de tornar as pessoas realizadas e felizes, pois essa é a tarefa pessoal de cada indivíduo. Somente o indivíduo em sua autenticidade pode efetivar a sua realização. Contudo, nas palavras de Dresch¹²⁴, citando Taylor, “a ordem legal estabelecida na forma da justiça social deve fornecer as condições para essa realização pessoal através da garantia das capacidades humanas básicas”.

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana não diz respeito tão somente às necessidades básicas do ser humano ou seu modo de vida, mas também às próprias relações humanas. Popp¹²⁵ bem dispõe sobre isso:

Não é possível, destarte, olvidar que a dignidade da pessoa humana, além de preocupação constitucional, é princípio geral do Direito e

¹²² DINIZ, Maria Helena. A importância da função social da empresa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 51, 2018. *passim*. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815/371371482>. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹²³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). **Recurso de revista 1513120105080110 - 151-31.2010.5.08.0110**. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. 02 de maio de 2012.

¹²⁴ TAYLOR, Charles, 2000 *apud* DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 197.

¹²⁵ POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 21, n. 5, p. 56, 2008. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/115/90>. Acesso em: 07 jul. 2022.

busca não só a dignidade coletiva na luta contra a fome, a miséria, a má habitação, a melhoria da educação e da saúde, mas também, pelo trato das indignidades individuais decorrentes de vínculos negociais em que prepondera a desigualdade, o descaso pelo direito alheio, o abuso do direito, as relações familiares e decorrentes da proteção à personalidade etc.

A dignidade humana e a justiça social, expressamente instituídas em nossa constituição federal, devem ser vistas como base da nossa organização social. Neste sentido, bastante relevante ao presente trabalho, a ordem econômica passa a deixar de lado como principal objetivo o crescimento ou desenvolvimento econômico propriamente ditos para estabelecer como meta uma garantia de existência digna ao ser humano, ou, destacar-se como um instrumento na busca desta¹²⁶.

É exatamente neste ponto em que a empresa tem especial relevância, de modo que, ao buscar o interesse individual do empresário, qual seja, a obtenção de lucros ao empresário, deve atentar-se à sua função social, sendo tal lucro parte extremamente relevante nesta busca, eis que com ele se propicia o crescimento individual e coletivo dos funcionários e colaboradores, a circulação da riqueza na sociedade, o pagamento dos impostos, o bem-estar coletivo, a disponibilização de produtos e serviços de qualidade aos consumidores etc.

Todas estas *funções* citadas, por exemplo, acabam direta ou indiretamente propiciando a realização dos objetivos constitucionais, como a redução das desigualdades sociais, a solidariedade e, assim, a dignidade humana.

Nos termos do presente trabalho, como abordado no próximo capítulo, a atenção à busca da dignidade humana pode se dar por meio do processo de recuperação judicial, onde a função social da empresa é fator predominante a tal, sendo o norte a se buscar, sem a qual, perde-se o verdadeiro sentido normativo do sistema recuperacional brasileiro.

Dresch¹²⁷, ao tratar tal conceito como *igual dignidade*, bem dispõe sobre possibilidade de alcançar tais objetivos judicialmente, a exemplo do procedimento de recuperação judicial, de forma acidental:

Por conseguinte, quando as distribuições não decorrem naturalmente dos elementos presentes na relação privada, como no caso das relações sucessórias e falimentares, por exemplo, as distribuições

¹²⁶ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 215.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 227.

podem ser impostas acidentalmente, excepcionalmente, pela ordem oriunda da justiça legal, com o objetivo de atender às demandas da igual dignidade e reconhecimento. Assim, como são de natureza acidental, elas devem estar expressamente previstas na ordem legal, de preferência, através das normas, regras precisas nesse sentido. Mesmo assim, quando da ausência de previsão expressa, instrumentos normativos, como os princípios constitucionais, as normas de direitos fundamentais, as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados, podem permitir ao julgador o exercício da razão prática, no sentido de dar proteção à garantia das capacidades humanas básicas que consubstanciam a igual dignidade e reconhecimento, quando presente uma violação à igual dignidade configurada pela clara escassez dos bens necessários ao desenvolvimento das capacidades humanas básicas.

Enfim, a dignidade da pessoa humana é um ideal a ser alcançado, tendo como grande aliado à sua consecução, a função social da empresa, que, juntamente com o Estado, deve tomar práticas sustentáveis e visando não só o lucro direto, lançar de expedientes em prol de toda a sociedade. Popp¹²⁸ bem define tal, ao resumir seu artigo:

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da Constituição da República. Referido princípio serve de norte e objetivo para a atividade econômica. A livre iniciativa, que alberga entre outras, a liberdade contratual e a de empresa deve ser desenvolvida de forma a garantir a todos uma existência digna. O contrato se constitui em importante e essencial instrumento para o desenvolvimento econômico e se constitui, no vértice da pessoa humana, em meio de aprimoramento e desenvolvimento da personalidade. Conciliar uma cultura econômica capitalista onde o Direito deve ser interpretado através das regras econômicas, fortemente arraigada na sociedade pátria, com a realidade constitucional em que o ser humano está à frente do patrimônio, é um desafio.

Para fechar o raciocínio sobre a necessária relação entre dignidade humana, o direito à propriedade privada e a atividade empresarial, relação esta insculpida em sua função social, apresenta-se o texto de Pio XII¹²⁹, na rádio-mensagem do Natal de 1942:

¹²⁸ POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 21, n. 5, p. 47, 2008. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/115/90>. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹²⁹ PIO XII, 1958 *apud* AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 97, n. 53, p. 121, mar./maio 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 07 jul. 2022.

Deus, ao abençoar nossos pais, disse: *Crescei e multiplicai-vos; enchei a Terra e submetei-a*. E disse depois ao primeiro chefe de família: *Comerás o pão mediante o suor de teu rosto*. A dignidade da pessoa humana exige, pois, normalmente, como fundamento natural para viver, o uso dos bens da terra, ao qual corresponde a obrigação fundamental de normas jurídicas positivas, reguladoras da propriedade privada. As normas jurídicas positivas reguladoras da propriedade privada podem modificar e conceder um uso mais ou menos limitado; mas se querem contribuir à pacificação da comunidade, deverão impedir que o trabalhador que é ou será pai de família se veja condenado a uma dependência e escravidão econômica inconciliável com seus direitos de pessoa. (grifo do autor).

Assim, no contemporâneo Estado Democrático de Direito brasileiro, em especial após a CF/88, mas, em verdade, ainda em um processo de modernização e maturação, pode-se dizer que o foco de nosso ordenamento passa a ser a pessoa humana.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como objetivo fundamental constitucional traz uma nova visão sobre os princípios constitucionais, os quais devem ter especial observância nas relações jurídicas e sociais, públicas ou privadas, devendo nortear os procedimentos judiciais.

Nos termos do presente trabalho, como abordado no próximo capítulo, essa nova concepção constitucional, centrada na pessoa humana, traz à tona a necessidade de atenção aos interesses sociais nas atividades privadas, não colocando-as em segundo plano mas condicionando-as aos seus reflexos na sociedade que a circunda.

A empresa – ou atividade empresarial -, tem papel de extrema relevância na busca dos objetivos constitucionais, sendo assim, sua preservação é de total importância e o procedimento de recuperação judicial e falência mostra-se como um instrumento hábil e eficaz a tal.

4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Exauridos os capítulos anteriores, pôde-se ter uma breve compreensão sobre as origens da empresa, a qual tem como característica predominante a propriedade privada, não deixando, porém, de ser caracterizada por sua função social, mais ou menos preponderante, de acordo com cada época em questão.

Diante de tal contexto, principalmente no entendimento contemporâneo de mínima intervenção estatal nas relações privadas, passamos a abordar uma situação bastante específica, a crise empresarial e, conseqüentemente, a necessária intervenção do Estado no intuito de preservação da atividade econômica, de modo a atingir a citada função social.

Contemporaneamente nossa sociedade passa um período de grande turbulência econômica e social, tanto num cenário nacional como mundial, sofrendo por uma prolongada recessão, principalmente causada pela pandemia de Covid-19, o que acaba por criar inúmeras formas de dificuldades para a atividade empresarial como um todo.

Inobstante a pandemia citada como uma das causas principais da atual recessão econômica, importante ressaltar que a qualquer tempo, a crise empresarial pode decorrer de diversos fatores, dentre eles, mas não exclusivamente, poder-se-ia elencar os econômicos, comerciais, pessoais ou de gestão.

Diante de tais situações, a empresa em crise, via de regra, deve buscar meios de superação por suas próprias forças, o que chamamos de “solução de mercado”, como por exemplo alterações societárias, injeção de recursos por investidores, alienação de filiais, redução de despesas etc.

Porém, ao tratarmos de uma empresa (viável) que não consegue encontrar uma solução de mercado adequada para a superação da crise, ingressamos na seara da *recuperação judicial da empresa*, onde, busca-se a atuação judicial para criar um ambiente adequado de soerguimento da empresa, preservando deste modo a atividade empresarial.

Costa¹³⁰ bem assevera neste sentido:

O problema está na terceira situação: a empresa viável que não consegue encontrar solução de mercado para superação da crise. Nessa hipótese, se nada for feito, uma atividade viável deixará de

¹³⁰ COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1, p. 21222.

existir, com prejuízo aos credores e também à sociedade, vez que não só os credores deixarão de receber o que lhes é devido mas também os postos de trabalho vão desaparecer, em prejuízo dos empregados e de suas famílias; os produtos e serviços (que eram úteis e desejáveis no mercado) deixarão de existir, em prejuízo dos consumidores, e os tributos deixarão de ser recolhidos, em prejuízo da sociedade em geral.

A questão da recuperação da empresa em crise tem recebido respostas diferentes dos direitos que dela se ocuparam, variando e sendo revistas conforme o país e sua economia. Essa diferenciação por vezes remete ao entendimento que existem inúmeras respostas na difícil questão de recuperar as empresas. É o que Coelho discorre¹³¹:

No Brasil, a lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado a recuperação judicial; de outro a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.

Foco do presente trabalho, a *recuperação judicial da empresa*, está regulamentada no Brasil através da Lei nº 11.101/2005¹³², conceituando-a em seu artigo 47, a seguir transcrito:

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.

Desde sua promulgação, a LRF é vista com bons olhos, sendo que a mesma trouxe as atenções à três pontos primordiais: (a) a busca pela superação da crise das empresas viáveis, (b) a necessária e rápida retirada do mercado das empresas inviáveis, realocando os bens e negócios no mercado, e, (c) a busca do equilíbrio entre os interesses dos credores e a finalidade de preservação da atividade empresarial.

¹³¹ COELHO, Fábio Ulhoa: **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 165.

¹³² BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

A fim de melhor compreender os objetivos e a dinâmica da recuperação judicial de empresas, importante tecer breves comentários sobre algumas das situações de crise a que uma empresa pode ser submetida, de modo a necessitar da intervenção estatal para sua superação.

4.1 Crise empresarial

Como dito, o presente trabalho foca na questão da crise empresarial, vista de modo específico na situação particular de cada empresa em crise, visando a preservação de sua atividade como bem maior, porém, não levando em consideração eventuais políticas públicas macroeconômicas de superação da crise econômica.

A palavra *crise* acompanha o cotidiano das últimas gerações, sendo pronunciada desde aos mais humildes aos mais cultos muitas vezes de forma despropositada.

Advinda do latim *crisis* e do grego *krísis*, reflete um estado de caos e incerteza, geralmente associada à uma situação problemática ou de instabilidade de saúde.

Assim, da mesma forma, pode-se falar de uma crise financeira, institucional, econômica, política, religiosa, mundial ou mesmo interna de natureza pessoal. No entanto, em todos os casos, a mesma premissa se aplica: procurar uma solução, o mais rápido possível, retornando ao estado de normalidade e projeção futura.

A crise empresarial, aqui trabalhada, enquadra-se no conceito acima, podendo-se dizer que a empresa encontra-se com sua saúde abalada, necessitando de uma solução adequada, a fim de superação e soerguimento.

Nas palavras de Coelho¹³³, ao se referir que uma empresa está em crise, isso pode significar coisas diferentes, daí apresenta a distinção entre crise econômica, crise financeira e crise patrimonial, asseverando que, normalmente uma desencadeia a outra, mas a complexidade da economia e das relações jurídicas tem gerado situações em que manifesta uma dessas crises, sem despertar nenhuma preocupação nos agentes econômicos.

Ainda Coelho¹³⁴, sobre a distinção das crises, assevera sobre a crise econômica:

¹³³ COELHO, Fábio Ulhoa: **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 64.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 64.

[...] deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Se os consumidores não mais adquirem igual quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento (não sofre, a rigor, só no caso de majorar seus preços). Em igual situação está o atacadista, o industrial ou o fornecedor de insumos que veem reduzidos os pedidos dos outros empresários. A crise econômica pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa; o diagnóstico preciso do alcance do problema é indispensável para a definição de medidas de superação do estado crítico. Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retração geral da economia, quando, na verdade, o motivo da queda das vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que adotar (ou que deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la.

A crise financeira, por sua vez, é a constante incapacidade de a empresa fazer frente às próprias dívidas, ou seja, não tem caixa para honrar seus compromissos. Trata-se de crise de liquidez, que inviabiliza o pagamento dos compromissos do dia a dia. Agrava-se ainda, quando a empresa em crise financeira tem dificuldade em manter os contratos com fornecedores e com o sistema de crédito, atingindo terceiros que circundam a atividade.¹³⁵

No âmbito da crise patrimonial, é a insolvência propriamente dita, isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. É o que Tomazette¹³⁶ corrobora para tal entendimento:

[...] a crise patrimonial, que representa o patrimônio insuficiente para arcar com as dívidas, vale dizer, 'a insuficiência de bens no ativo para atender a satisfação do passivo', isto é, trata-se da insolvência em seu sentido mais econômico. Tal crise não é necessariamente perniciosa, na medida em que pode decorrer de grandes investimentos realizados para expansão de um parque industrial, cujos resultados podem ser mais que suficientes para restabelecer o equilíbrio patrimonial.

As crises econômicas, financeiras e patrimoniais são as mais preocupantes, contudo, a empresa pode passar por outros tipos de crises, como crise de rigidez, crise de eficiência etc.

Pela abrangência e efeitos perniciosos que tais crises empresariais podem gerar há a necessidade de buscar soluções para essas crises que em grande

¹³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa: **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 65.

¹³⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 4.

medida deveriam decorrer da própria atuação do mercado, isto é, sem a intervenção estatal, o que chamamos acima de solução de mercado.

Porém, não se pode afirmar com precisão que as crises que não encontram solução de mercado são insuperáveis. Neste sentido, Tomazette¹³⁷ ressalta que o direito deve lidar com essas crises, disciplinando as tentativas de superá-las, bem como eventuais medidas liquidatórias que visam reduzir os efeitos negativos daquelas no mercado.

Nesse entendimento, e com intuito de evitar os efeitos perniciosos das crises, o ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 11.101/2005¹³⁸, houve por bem admitir certos meios para superação da crise, em especial a recuperação judicial, nos termos do seu artigo 47.

Apesar de a LRF, no texto do artigo 47, referir-se à *crise econômico-financeira*, não o traz de forma restritiva ou, ainda, sugerindo a necessidade de ser analisada de forma cumulativa, mas sim, de modo a demonstrar a gravidade da situação e sugerir uma urgente intervenção.

Negrão¹³⁹ bem dispõe sobre tal urgência:

O prolongamento de uma crise dessa natureza, sem a remoção de suas causas, pode conduzir à inexecutabilidade dos negócios e o estado de falência bate à porta do empresário. Na crise econômico-financeira há um ponto-limite que não pode ser ultrapassado, sob pena de o devedor perceber tardiamente que não pode mais atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial, restando-lhe requerer sua própria falência.

Assim, busca-se a solução estatal visando fornecer meios de superação para proteger, além da atividade empresarial, a própria economia do país, com a atuação do Poder Judiciário não como sujeito responsável pela reestruturação da atividade,

¹³⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. *passim*.

¹³⁸ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹³⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3, p. 163.

mas, como sujeito que vai acompanhar a aplicação de procedimentos legalmente previstos¹⁴⁰.

4.2 Conceitos de empresa, empresário, estabelecimento e atividade empresarial

Antes de prosseguirmos com os temas de recuperação judicial de empresas, importante lembrarmos os conceitos, relações e distinções entre os termos *empresa*, *empresário*, *estabelecimento* e *atividade empresarial*, eis que, por estarem intimamente relacionados, podem confundir o leitor e criar falsas impressões sobre o real objetivo e destinatário da “recuperação”.

No primeiro capítulo do presente trabalho abordou-se tal ponto, motivo pelo qual somente serão feitos breves apontamentos quanto a tais.

Como dito, o conceito brasileiro atual de empresário, derivado do Código Civil italiano de 1942, encontra-se bem delimitado no artigo 966 do Código Civil de 2002¹⁴¹, ao dispor que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Tendo em vista a amplitude de tal conceito, o legislador brasileiro, no intuito de delimitar sua abrangência, dispõe no parágrafo único do mesmo artigo, por meio de exclusão que:

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.

Por sua vez, o conceito de estabelecimento empresarial é delimitado no artigo 1.142 do CC/2002, o qual considera “estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

¹⁴⁰ PIMENTA, Eduardo Goulart, 2006. p. 68 *apud* TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 5.

¹⁴¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

Pode-se então dizer que o estabelecimento empresarial compreende todos os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, não somente o imóvel onde a atividade é desenvolvida, mas quaisquer bens, a exemplo de seu estoque, máquinas e equipamentos, veículos, marca, tecnologia etc.¹⁴²

A partir de tais concepções, determinar-se, basicamente, que *empresa* é a própria *atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, exercida pelo empresário*, ou ainda, *empresa* pode ser definida como “instituição que nasce do inter-relacionamento entre empresário, estabelecimento e atividade”¹⁴³, foco do trabalho e objeto de proteção da LRF.

Frisamos a importância de fazer essa correlação, eis que a distinção entre a *empresa* e a pessoa do *empresário*, bem como ao *estabelecimento empresarial*, é de suma importância em se tratando de recuperação judicial, isso porque, o que o Direito vem a proteger é a *atividade empresarial*, que não deve se confundir com a pessoa do *empresário*, nem com os bens, materiais ou imateriais, que possibilitam o exercício da empresa.

Nestes termos, a conceituação fornecida por Bulgarelli¹⁴⁴, citado por Tomazette, nos traz uma concepção mais consistente da relação entre tais ideias, mas sem confundi-las, onde, empresa é: “Atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”.

Assim, em se tratando do instituto jurídico da recuperação judicial de empresas, delineado na Lei 11/101/2005, evidencia-se um distanciamento com relação as legislações falimentares anteriores, exatamente porque distingue “empresa” e “empresário”, concentrando a tutela legal somente à primeira, inclusive impondo o afastamento do último para preservá-la¹⁴⁵.

Costa¹⁴⁶ bem assevera quanto a importância de tal distinção:

¹⁴² PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios constitucionais do direito empresarial**: a função social da empresa. 1. ed. Curitiba: CVR, 2011. p. 52.

¹⁴³ BRASILINO, Fábio. **Bem jurídico empresarial**: função social, preservação da empresa e proteção ao patrimônio mínimo empresarial. São Paulo: Método, 2020. p. 129.

¹⁴⁴ BULGARELLI, Waldirio, 1997. p. 100 *apud* TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 70.

¹⁴⁵ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3, p. 166.

¹⁴⁶ COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1, p. 44.

É fundamental a noção de que a lei protege a atividade empresarial, em razão dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da manutenção da atividade empresarial viável, e não o empresário incompetente que pretende se utilizar do processo judicial de forma desvirtuada. Tanto é assim, que uma das possibilidades de recuperação judicial que a lei prevê é a própria substituição do empresário no comando das suas atividades, quando a crise da empresa tem como motivo justamente sua atuação incompetente.

Tal pensamento vem das legislações internacionais mais modernas, a exemplo da norte-americana, francesa, portuguesa e espanhola, as quais, segundo Bezerra Filho¹⁴⁷:

[...] partem do princípio de que a manutenção do funcionamento da empresa é de interesse social acentuado, de tal forma que o projeto permite o afastamento dos sócios (pessoas físicas) e a manutenção da empresa funcionando, se necessário, com outros administradores, e sob a fiscalização do judiciário.

Tecidas tais considerações, passa-se a abordar a recuperação judicial de empresas de maneira mais segura, certos de que o foco do instituto é a preservação da atividade empresarial, à vista de sua função social, e, não de socorro ao empresário ou ao estabelecimento empresarial, ainda que indiretamente possa ocorrer.

4.3 Objetivos e natureza jurídica da recuperação judicial

O ponto crucial ao se falar do instituto da recuperação judicial e da Lei 11.101/2005 que o regulamenta diz respeito aos objetivos dos mesmos, onde é importante ressaltar que o legislador assim o fez em cumprimento à norma maior, com vistas a atender a função social da propriedade e do incentivo à atividade econômica, conforme insculpidos nos artigos 170, II¹⁴⁸ e 174¹⁴⁹ da CF/88.¹⁵⁰

¹⁴⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 154-155.

¹⁴⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

Sem maiores dilações, observou-se que até o final do século passado existiam basicamente dois modelos de processos de insolvência: o modelo de inspiração romano-germânica e o modelo de inspiração anglo-saxã. No primeiro, o foco da recuperação de empresas é direcionado para a tutela dos interesses do devedor, já no segundo, direcionado para a tutela dos interesses dos credores.

A partir de tais, dado ao expressivo aumento da complexidade das relações comerciais e econômicas, restou necessária a implementação de um novo modelo, de modo a privilegiar ou, ao menos, contemplar o atendimento aos demais interessados e atingidos pelos processos de recuperação, diante dos reflexos sociais e econômicos da medida.

Costa¹⁵¹ bem define o apontamento:

Entretanto, no final do século passado, com a ampla reforma implementada pelos Estados Unidos da América, desenvolveu-se um novo modelo, com inspiração diferente dos grandes modelos até então identificados, que não privilegiava a tutela do interesse dos credores e nem dos devedores, mas baseava-se na divisão de ônus entre credores e devedor como fator preponderante para que se pudesse atingir a recuperação da empresa em função dos benefícios sociais e econômicos relevantes que daí advém, inclusive, com a possibilidade de benefícios para credores e devedor no médio ou longo prazo.

Esse modelo norte-americano irradiou sua influência para o Brasil que editou a Lei 11.101/05 fundado nessas mesmas premissas.

A LRF, como dito, inaugurou uma nova fase do direito brasileiro, onde reconhece expressamente a função social da empresa, de modo a adequar-se com os valores da CF/88, disciplinando, de forma ampla, os mecanismos de recuperação para preservar a atividade empresarial e os benefícios sociais dela decorrentes¹⁵².

¹⁴⁹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. *Ibid.*

¹⁵⁰ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3, p. 164.

¹⁵¹ COSTA, Daniel Carnio. Recuperação judicial de empresas. As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular. **Revista Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro, ed. 207, 2017. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/recuperacao-judicial-de-empresas-as-novas-teorias-da-divisao-equilibrada-de-onus-e-da-superacao-do-dualismo-pendular>. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁵² COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2021. p. 35.

Fica claro que o objetivo primordial da recuperação judicial é a superação da crise econômico-financeira da empresa, com a consequente preservação de sua atividade, eis que essencial à economia, em atenção à sua relevante função social.

A atividade econômica desempenhada pela empresa, ao produzir bens e serviços, promover a circulação de mercadorias e riquezas, gerar empregos, recolher tributos e promover a inovação, modernização e criação, demonstra a citada função social da empresa como efeito colateral benéfico.

Costa e Nasser de Mello¹⁵³ bem discorrem sobre a importância de tais efeitos da atividade empresarial:

E isso evidencia a ampla gama de interesses que permeiam a empresa e nela interagem com objetivos e efeitos diversos. Diante disso, a finalidade dos sistemas falimentar e recuperacional é tornar menos severas e de menor reverberação as consequências das crises em empresas, cuja importância é inegável em todas as sociedades modernas, seja pela geração de empregos, tributos, renda e benefícios econômicos e sociais, seja pelo desenvolvimento tecnológico e científico que muitas proporcionam.

Tais objetivos são bem delineados na LRF em seu artigo 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.

O texto insculpido em tal dispositivo traz à tona o verdadeiro sentido normativo do sistema recuperacional brasileiro, qual seja, o de criar um ambiente negocial saudável e equilibrado entre credores e devedores, a fim de que possa prevalecer a melhor decisão coletiva, viabilizando a superação da situação de crise da empresa, porém, levando-se sempre em conta sua função social que, de acordo com tal dispositivo, compreende a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.¹⁵⁴

Ao se estabelecer o princípio da função social da empresa como norteador do processo recuperacional, poderíamos apontar que esta passou a exercer atividades

¹⁵³ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2021. p. 26-27.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 188.

em substituição ao poder público, porém é imperiosa a necessidade de que se considere que a empresa, na condição de iniciativa privada capitalista, tem o condão de auferir resultados, lucros, retorno de capital investido e não pode ser entendido, portanto, que a mesma passou a ter caráter eminentemente filantrópico ou altruísta.

Tal disposição vem em complemento a outros fundamentos da República Federativa do Brasil, a exemplo da livre iniciativa e exercício de qualquer atividade econômica organizada, da livre concorrência, do respeito à propriedade privada e à sua exploração, impondo-se, isso sim, a observação de sua função social¹⁵⁵.

Para Soares¹⁵⁶, o princípio da função social é resultante da ideia de solidariedade do Estado Democrático de Direito e nesse sentido determina que os indivíduos devam exercitar as suas liberdades em prol da coletividade, objetivando a todos os cidadãos existência dignas.

Importante ressaltar que a função social dos institutos de direito privado é da tradição do direito brasileiro, não sendo apenas utilizada como vetor interpretativo nos processos recuperacionais, mas também em relação ao exercício do direito de propriedade e da liberdade de contratar. Nesse sentido, o modelo de recuperação judicial adotado no Brasil é absolutamente coerente com a tradição e com a evolução das ciências jurídicas em nosso País.¹⁵⁷

A função social das empresas é colocada em questão quando, na atual conjuntura econômica, cujo pano de fundo se apresenta com a disparada do dólar, a retração no consumo, a restrição de crédito e a alta nas taxas dos juros, a saúde financeira das empresas vem sendo seriamente comprometida.

Assim, o volume de pedidos de recuperação judicial está em ascensão desde a entrada em vigor da LRF, em junho de 2005, com uma pequena queda nos anos de 2020/2021, o que justifica-se pela pandemia de Covid-19 e as dificuldades de

¹⁵⁵ Arts. 5º, XIII, XXIII, 170, II a IX e parágrafo único, e 186. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁵⁶ SOARES, Lopes Fabio. Governança cidadã: alternativa para garantia da realização da função social das empresas e de sustentabilidade econômica. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n.1, jan./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtores/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-S.Bernardo_22.01.pdf. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁵⁷ COSTA, Daniel Carnio. Recuperação judicial de empresas. As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular. **Revista Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, ed. 207, 2017. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/recuperacao-judicial-de-empresas-as-novas-teorias-da-divisao-equilibrada-de-onus-e-da-superacao-do-dualismo-pendular>. Acesso em: 07 jul. 2022.

acesso ao judiciário neste período, mas, acredita-se que nos próximos meses o número de pedidos tende a aumentar.

Para ilustrar tal afirmativa, segue gráficos representando tais dados:

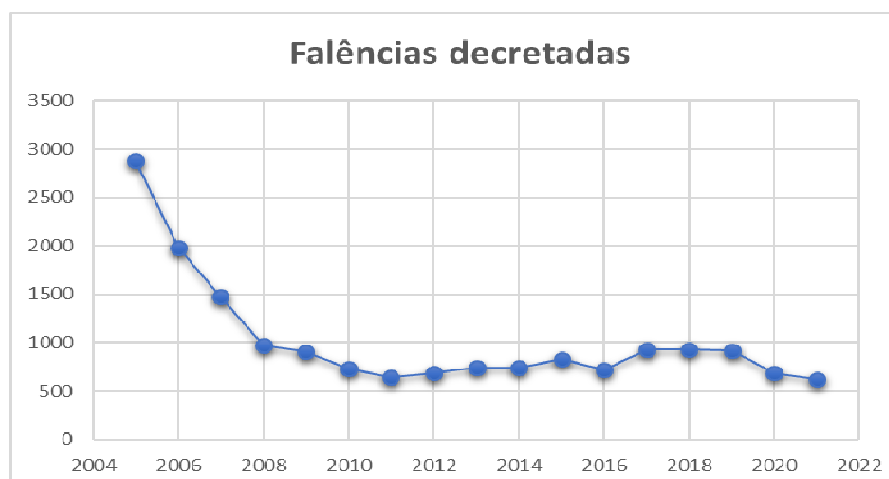
Gráfico 1 - Requerimentos de recuperação judicial



Fonte: Serasa Experian¹⁵⁸

Já se compararmos com a evolução das falências decretadas, verificamos o sentido inverso, com um declínio desde a vigência da LRF:

Gráfico 2 - Falências decretadas



Fonte: Serasa Experian¹⁵⁹

¹⁵⁸ Gráficos elaborados pelo autor, com base nas tabelas de Indicadores Econômicos da Serasa Experian. SERASA EXPERIAN. **Indicadores econômicos**. São Paulo: Serasa, 2022. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁵⁹ Gráficos elaborados pelo autor, com base nas tabelas de Indicadores Econômicos da Serasa Experian. *Ibid.*

De acordo com economistas e indicadores econômicos, a queda no faturamento, a dificuldade na geração de caixa, as contínuas ascensões das taxas de juros e dificuldade de obtenção de crédito, aumento das despesas, agravaram a situação das empresas em crise. Segundo especialistas, os pedidos de recuperação judicial estão partindo de empresas de praticamente todos os setores, com destaque para a construção civil, varejo e agronegócio, indústria e também óleo e gás.

Nesse panorama, a LRF busca dar maior proteção a todos os envolvidos na relação, sejam credores, devedores e, mormente, a sociedade como um todo, visando a preservação da empresa como ente produtivo, de grande importância para o fator social de geração de empregos e circulação de rendas.

Com amparo da Lei, permite-se à empresa em dificuldade buscar a reestruturação de seus negócios por meio da elaboração de um plano de recuperação judicial com a finalidade objetiva de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

O valor social da empresa em funcionamento é aspecto primordial do objetivo da lei em preservá-la, asseverando Bezerra Filho¹⁶⁰:

Por isso mesmo, a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude, tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o ‘emprego dos trabalhadores’. Mantida a atividade empresária e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os ‘interesses dos credores’. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu – o exame abrangente da Lei poderá indicar se o objetivo terá condições de ser alcançado.

Note-se que, tanto Bezerra Filho citado acima, quanto Tomazette¹⁶¹, defendem que os objetivos indicados no artigo 47 da LRF têm uma ordem entre eles, iniciando-se pela *manutenção da fonte produtora*, passando pela *manutenção dos empregos dos trabalhadores* e, por último, a *preservação dos interesses dos credores*.

¹⁶⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 155.

¹⁶¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 47.

Porém, isso não significa que a tutela dos interesses dos credores é menos importante, vez que, em grande parte das vezes, também são empresas que dependem desses créditos para se manter em atividade empresarial saudável.

Não é demasiado explicitar que o exercício da lei deve sempre propor, o equilíbrio entre as partes e interesses envolvidos, como forma de conseguir concessões mútuas e razoáveis.

Comungamos também da ideia da citada “ordem” dos objetivos, com o devido respeito aos juristas contrários, eis que claramente a manutenção da atividade empresarial em funcionamento deve ser o primeiro ponto a se buscar, pois é ao redor desta “atividade” que circundam os demais interesses, como o do fisco, da comunidade, dos trabalhadores¹⁶² e, inclusive, dos credores.

Somente com a atividade empresarial em pleno funcionamento é que se permitirá a geração de empregos, circulação de riquezas, pagamento de tributos etc., corolários da função social da empresa.

Até porque, os demais objetivos buscados pela recuperação judicial – manutenção dos empregos e preservação dos interesses dos credores, somente podem ser alcançados com a preservação da atividade, sendo esta, então, essencial.

Tanto é que, a manutenção dos empregos dos trabalhadores, segundo objetivo elencado, muitas vezes tem que ser deixado de lado, com a redução dos postos de trabalho para viabilizar a continuidade das atividades, como parte do *plano de recuperação judicial*.

Por último, mas, como dito, não menos importante, a LRF traz como objetivo a preservação dos interesses dos credores, tendo em vista que, além do crédito propriamente dito, a preservação das atividades da empresa, dada sua função social traz benefícios indiretos àqueles, diante da circulação de riquezas e renda.

Tal entendimento é de suma importância aos operadores do direito nos procedimentos de recuperação judicial, quando da interpretação e aplicação das normas no caso concreto.

Costa¹⁶³ é incisivo quanto a tal:

¹⁶² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 47.

¹⁶³ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 69, jan./mar. 2015.

Assim, a interpretação correta, quando se trata de recuperação de empresas, por exemplo, será sempre aquela que prestigiar a recuperação da atividade empresarial em função dos benefícios sociais relevantes que dela resultam. Deve-se buscar sempre a realização do emprego, do recolhimento de tributos, do aquecimento da atividade econômica, da renda, do salário, da circulação de bens e riquezas, mesmo que isto se dê em prejuízo do interesse imediato da própria devedora ou dos credores.

Traçadas tais ponderações, pode-se resumir no sentido de que a recuperação judicial somente atinge seus objetivos quando estimula a atividade econômica como um todo, permitindo que a empresa em crise cumpra sua função social, qual seja, produzir, contratar, pagar tributos, gerar lucros etc.¹⁶⁴

Não obstante os objetivos bem delineados do instituto da recuperação judicial de empresas, devidamente alinhados com os objetivos constitucionais brasileiros, revela-se de suma importância não distanciarmos da natureza jurídica do mesmo.

Majoritariamente, na doutrina brasileira, há aqueles que defendem uma vertente mais privatista ou contratualista do instituto da recuperação judicial, não dando, assim, muita margem ao judiciário ao julgar e conduzir o processo, cabendo, ao magistrado, um papel basicamente homologatório da vontade majoritária dos credores.

Esta vertente defende que a recuperação judicial decorre exclusivamente da negociação entre devedor e credores, tendo o juízo somente o papel de presidir o procedimento recuperacional, não podendo se imiscuir nas matérias discutidas.¹⁶⁵

Nesta linha, são defensores ferrenhos Sztajn e Tomazette.

Souza Júnior¹⁶⁶, citado por Vaz, define didaticamente tal posicionamento:

A razão do arcabouço processual da recuperação judicial é a superação dos obstáculos representados pela livre negociação simultânea com vários credores, cada um deles buscando a satisfação egoística de seus interesses. Em outras palavras, o processo de recuperação judicial é, na verdade, simplesmente um meio, uma ferramenta de construção de uma solução negociada

¹⁶⁴ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3, p. 166.

¹⁶⁵ VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 35. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

¹⁶⁶ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sergio de Moraes (coord.), 2007. p. 104 *apud* VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 36. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

entre o devedor e seus credores, e, obviamente, de preservação das premissas contratadas. Isso significa que o plano de recuperação judicial, não obstante construído no âmbito de um processo judicial, tem natureza de negócio jurídico celebrado entre devedor e seus credores.

Também há os que entendem a recuperação judicial como instituto de direito processual ou público, sendo baseada numa jurisdição contenciosa. Tal posicionamento tem seus fundamentos na ideia de que a natureza processual decorre do fato de a ação de recuperação judicial ser uma demanda constitutiva, na medida que cria uma situação jurídica nova aos credores e devedor.

Assim, com a entrega desta “prestação jurisdicional”, qual seja, a solução de uma lide entre as partes (devedor e credor), a recuperação judicial assumiria natureza processual contenciosa.¹⁶⁷

Dentre seus defensores, cita-se Marcia Ribeiro, Marcelo Bertoldi e Ricardo Negrão¹⁶⁸.

A tese defendida por esta parte da doutrina é refutada pelos demais sob o fundamento de que não pode ser assim visto, eis que no procedimento recuperacional não há jurisdição quanto à conflito de interesses entre credores e devedor, eis que se trata, essencialmente, de uma composição entre estes, não existindo (via de regra) citação, contestação, produção de provas e decisão judicial.

Por fim – não exaustivamente, pois apontamos somente as correntes mais usuais -, há os que defendem o instituto da recuperação judicial como instituto de Direito Econômico, um meio-termo entre o direito público e o privado.

Justifica a doutrina o enquadramento da recuperação judicial como instituto de Direito Econômico ante ao fato de visualizarem naquela os fundamentos desta, quais sejam, a teoria do esforço compartilhado e o princípio da equidade.¹⁶⁹

Lobo¹⁷⁰, citado por Vaz, pondera quanto à defesa de tais ideias:

¹⁶⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 56.

¹⁶⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3, *passim*.

¹⁶⁹ VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 39. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

¹⁷⁰ LOBO, Jorge *apud* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.), 2012. p. 171-172 *apud* VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 38-39. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Para mim, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, pois não se pauta na ideia de Justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público [...]. Filio-me à doutrina, liderada, no País, por Orlando Gomes, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado, (b) possuir uma tríplice unidade: 'de espírito, de objeto e de método' e (c) não orientar-se a regra de direito pela ideia de justiça (princípio da igualdade), mas pela ideia de eficácia técnica devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através de 'fato do príncipe', 'proibições legais' e 'regras excepcionais'. Com efeito, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, porque suas normas não visam precipuamente a realizar a ideia de justiça, mas, sobretudo, criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifícios de seus credores [...].

Nosso posicionamento, nos termos do presente trabalho, mais se aproxima do entendimento desta terceira linha doutrinária, no sentido de que o instituto da recuperação judicial encontra-se num meio-termo entre o Direito Privado e do Direito Público, haja vista que, num moderno Estado Democrático de Direito, onde o coletivo tem predominância sobre o privado, dotado de imensa carga principiológica, há que se ponderar sempre a respeito de todos os interesses presentes, internos ou externos.

A empresa, em nosso moderno Estado Democrático de Direito, toma um papel relevantíssimo em relação à busca dos objetivos constitucionais, como já dito, a exemplo da dignidade da pessoa humana e busca pela redução das desigualdades sociais, transcendendo assim os interesses privados em direção à interesses públicos.

Essa mescla entre os interesses públicos e privados é asseverada pela Dra. Vaz¹⁷¹:

E justamente pela característica de se voltar à tutela de interesses públicos que resultarão na conformação de um mercado próspero é que a intervenção judicial não se conflita com a autonomia negocial que é dada às partes, nem a exclui. Ao contrário, a intervenção judicial no processo de recuperação serviria para assegurar que a autonomia negocial da devedora e dos credores estaria sendo

¹⁷¹ VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 41. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

exercida dentro dos padrões de legalidade e juridicidade instituídos pelo ordenamento como um todo e, especificamente, pela LRE.

Pode-se assim afirmar que esta última vertente reflete os objetivos do presente estudo, sob o enfoque de superação do individualismo presente nas relações privadas, mas não excluindo-a, e sim conjugando-a com os interesses público e social, de modo a atender os objetivos e princípios constitucionais e da própria LRF.

4.4 O plano de recuperação judicial

Como abordado nos tópicos anteriores, a empresa em crise econômico-financeira que não encontra uma solução de mercado apta ao seu soerguimento tem a possibilidade de contar com o instituto da recuperação judicial, o qual, em simplórios termos, se trata de uma negociação coletiva de natureza privada, sob a supervisão do magistrado.

Após o pedido judicial de processamento da recuperação judicial (petição inicial) inicia-se o procedimento de verificação de créditos, com os quais, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, o devedor (recuperanda) deve apresentar o *plano de recuperação judicial*, sob pena de convalidação em falência.

Tal *plano de recuperação* representa, em apertada síntese, a proposta inicial de acordo a ser firmado entre devedor e credores.

Marcado pela flexibilidade, a proposta inicial deve se adequar às necessidades de cada empresário, com a indicação das medidas aptas à superação da crise econômico-financeira.¹⁷²

Ressaltamos que o referido *plano de recuperação* deve conter, além da indicação dos meios de recuperação a serem empregados, laudos econômico-financeiros que atestem a situação de crise, laudo de avaliação dos bens e ativos do devedor e, por fim, demonstração da sua viabilidade econômica¹⁷³.

¹⁷² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 191.

¹⁷³ Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e, III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial,

Os laudos econômico-financeiro e de avaliação de bens têm o condão de expor aos agentes do processo de recuperação judicial a atual situação do devedor, para que os credores possam analisar a viabilidade ou não da recuperação.

A demonstração da viabilidade econômica, por sua vez, funciona como uma espécie de justificação das medidas propostas para o soerguimento da empresa, demonstrando aos credores e demais agentes do processo que os sacrifícios que eles terão que fazer serão compensados com benefícios futuros.¹⁷⁴

Por fim, conteúdo mais importante para o presente trabalho e o cerne do plano de recuperação é a “discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados”, onde serão apresentadas as providências necessárias para o soerguimento da empresa em crise. A proposta propriamente dita.

Tal determinação impõe ao devedor detalhar e discriminar as ações e estratégias a serem empregadas, dentre os meios de recuperação que estão elencados no artigo 50¹⁷⁵ da LRF, mas, não de forma exaustiva, podendo o devedor apresentar outros, desde que fundada em estudos técnicos.

a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁷⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 193.

¹⁷⁵ Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor. XVII - conversão de dívida em capital social; XVIII - venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

Apresentado o *plano de recuperação* pelo devedor, o mesmo será autuado e remetido à conclusão do juiz, a quem caberá verificar a ordem formal¹⁷⁶ e, em seguida, determinar a publicação de edital de aviso aos credores. Ressalte-se que, somente cabe ao juiz a análise formal, jurídica e legal do plano apresentado, sendo-lhe vedado a análise, ao menos neste ato, sobre a viabilidade do plano.

Tendo em vista que o *plano de recuperação* apresentado pelo devedor é considerado uma “proposta” de negociação coletiva, qualquer credor sujeito ao plano pode apresentar objeções livremente, desde à sua legalidade até sua inviabilidade, inexatidão dos laudos e pareceres, existência de fraude ou crime etc.

Inexistindo objeções pelos credores, basicamente o plano de recuperação será aceito e o juiz concederá a recuperação judicial do devedor.

Existindo objeções, em qualquer número, será convocada assembleia geral para deliberação e votação para, nos termos e quórum determinados na LRF, decidir sobre: I - a aprovação do plano, com a consequente concessão da recuperação judicial); II – a alteração do plano (condicionada à anuência do devedor); III – a apresentação, pelos credores, de plano de recuperação alternativo; IV – a rejeição do plano apresentado, com a necessária convalidação em falência pelo juiz.

Discorre-se, apesar de brevemente, sobre o *plano de recuperação judicial* haja vista que, sem sombra de dúvidas, esta é a mais importante peça do processo de recuperação judicial e, diante dele é que serão travadas as negociações entre as partes, as decisões judiciais e, a exteriorização dos objetivos da LRF e CF/88.

Nas palavras de Coelho¹⁷⁷:

Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chance de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhara. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente, a toda a sociedade brasileira. Mas se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização.

¹⁷⁶ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3, p. 237.

¹⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa: **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 227.

Como dito, tratando-se o processo de recuperação judicial de verdadeira negociação coletiva, com reflexo não só às partes diretamente ligadas (devedor e credores) mas à toda a sociedade, o comportamento dos agentes da RJ, mormente do juiz, deve ser calcado nos princípios basilares já bem explicitados, especialmente a função social da empresa, com foco na preservação da atividade econômica e estímulo da atividade econômica.

4.5 O processamento da recuperação judicial - comportamento das partes e acompanhamento/função do magistrado

Traçados os pontos tidos como basilares do sistema de recuperação judicial de empresas, seus conceitos, bases principiológicas, funções e reflexos, passamos a discorrer sobre o procedimento judicial, a fim de demonstrar a necessária atenção do princípio da função social da empresa por todos os agentes processuais.

Tema já esmiuçado no capítulo 2 do presente trabalho, necessário sempre levar em conta que os *princípios* são alicerces do sistema normativo e orientam a interpretação e aplicação da lei, os quais, segundo Alexy, são *mandamentos de otimização*.

As disposições legais, em geral, atribuem ao juiz/julgador o dever de observar os princípios de direito, de modo a uma correta interpretação e aplicação do ordenamento jurídico.

O Decreto-lei nº 4.657 de 1942¹⁷⁸, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já tratava de tal disposição, vejamos: “Art. 4o. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Corroborando a tal, CPC/2015¹⁷⁹, também dispõe:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹⁷⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

Veja que, nos dois dispositivos citados – existem muitos outros neste sentido - apesar de não terem a mesma redação, acabam, na análise do presente trabalho, a apontar na mesma direção, a necessidade de observância dos princípios na interpretação e aplicação da lei, de modo a atender à sua *função social*.

Mas, frise-se, tal obrigação não se restringe, ao menos no objeto do presente trabalho, à função do juiz, mas sim de todos os agentes integrantes do processo de recuperação judicial, a exemplo do devedor, dos credores, do administrador judicial, auxiliares etc.

É certo que, muitas das vezes, devedor e credor têm posicionamentos e ambições contrárias, mormente em se tratando de relações privadas e econômicas, porém, diante do objetivo primordial do procedimento de recuperação judicial, qual seja, a preservação da “atividade empresarial” e de todos os reflexos benéficos desta e, ainda, do caráter eminentemente *negocial* da relação jurídica, devem existir concessões mútuas, de modo a buscar um equilíbrio, não só entre as partes, mas com a sociedade, que de um modo ou de outro sofrerá os reflexos do acordado.

Costa e Nasser de Melo¹⁸⁰ são incisivos quanto à necessidade de se buscar a melhor decisão coletiva, não só das partes diretamente envolvidas no procedimento de recuperação judicial, mas sim quanto à sociedade que circunda a empresa, vejamos:

Importante notar que, no Brasil, a melhor decisão coletiva não é necessariamente aquela que melhor atenda exclusivamente os interesses dos credores. Conforme dispõe o dispositivo em comento, a melhor decisão coletiva que deve prevalecer é aquela que atenda de forma mais adequada o conjunto de interesses atingidos pela crise da empresa, ou seja, dos credores, dos empregados e de todos os demais agentes que seriam atingidos pelo desaparecimento da atividade empresarial, sempre tendo em vista a preservação da função social da empresa.

Deste modo, observa-se que o ônus de observar os princípios, especialmente o da *função social da empresa*, compete a todos os agentes do processo recuperacional, devendo ser cobrado e devidamente adequado pelo juiz no curso do procedimento

¹⁸⁰ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2021. p. 188.

Postas tais considerações, pode-se apontar, na prática do procedimento de recuperação judicial, como deveria ser a atitude dos agentes diretos com o posterior e necessário controle judicial.

O procedimento de recuperação judicial, como dito, tem caráter eminentemente privado, constituindo-se, basicamente, de uma negociação coletiva em entre o devedor em crise econômico-financeira e seus credores.

Porém, tal consideração não retira das partes a necessidade de observação dos princípios gerais do direito e objetivos da LRF, mormente nos tempos atuais, com a crescente onda da *funcionalização do direito*, como será abordado nos tópicos posteriores.

Ao magistrado, por sua vez, num primeiro momento, numa interpretação literal, entende-se que sua atuação se restringe à mera condução do procedimento de recuperação judicial, não cabendo a este fazer juízos de valores acerca, por exemplo, das causas da crise econômico-financeira, da viabilidade do plano de recuperação etc.

Cabe-lhe sim a verificação dos requisitos legais previstos na LRF e subsidiariamente no CPC, deferindo o processamento da recuperação judicial quando em termos a documentação (artigo 52, LRF), nomeando administrador judicial, decidindo quanto às discussões legais nas habilitações e impugnações de crédito etc.

Extraí-se disso, superficialmente, que a atuação do judiciário no processo de recuperação judicial deveria ser, somente, na condição de supervisão, garantindo o cumprimento da LRF, tanto em relação aos prazos legais quanto em relação aos requisitos documentais e processuais.

Sendo o processo de recuperação judicial uma espécie de concurso de credores pleiteado pelo próprio devedor, isso demonstra a intenção de negociação deste, de modo a reestruturar sua atividade e superar a situação de crise enfrentada.

Evidencia-se, assim, a natureza contratual e privada do plano de recuperação judicial, especificamente, cabendo ao judiciário, a princípio, somente a supervisão da negociação coletiva, porém, sem deixar de considerar a natureza jurídica da recuperação judicial como um todo, nos termos do capítulo 4.3.

Além da própria negociação, ao estado cabe zelar pela aplicação das condições negociadas, com o apoio do Administrador Judicial, fiscalizando as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial.

Demonstra-se assim a amplitude da responsabilidade do judiciário no processamento da recuperação judicial, que não é mero expectador, mas deve ter atuação ativa e direta.

Não se está dizendo que o judiciário tem protagonismo central no processo, mas sim que, diante dos princípios norteadores da LRF, ainda que se atribua autonomia à assembleia geral de credores, não é afastado o comprometimento do Estado para decidir sobre matérias de direito, principalmente as de ordem pública.

A título de exemplo, poderíamos elencar o texto do artigo 58 da LRF, no tocante à atuação do juiz diante da decisão da assembleia de credores, vejamos:

Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei.

Pode-se dizer que, numa interpretação literal, fria e desarrazoada do texto da LRF, aprovado o plano de recuperação judicial pelos credores, tornar-se-ia obrigatória a chancela judiciária da decisão assemblear, inexistindo margem para análise do plano, ou seja, a deliberação dos credores seria soberana, na qual não deveria o judiciário interferir.

Nesse sentido está o enunciado 46 da I Jornada de Direito Comercial¹⁸¹:

Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

Porém, esse é o ponto primordial da presente discussão: o judiciário não pode interferir com base em análise econômico-financeira, fazendo juízos de valor, mas, tem o comprometimento com o controle de legalidade, sobre matéria de direito, especialmente as de ordem pública.

A Assembleia de Credores, mesmo que tida como soberana, não pode deliberar de forma abusiva ou ilegal. Não pode um plano de recuperação, mesmo

¹⁸¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 46 da I Jornada de direito comercial**. Brasília, DF: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/101>. Acesso em: 07 jul. 2022.

que aprovado em assembleia, produzir efeitos de modo a contrariar a lei, os princípios do direito e a jurisprudência, sob o frágil argumento de que a assembleia geral de credores seria absolutamente soberana.

A LRF deixa a entender sobre a soberania das decisões da assembleia de credores, mas cabe ao judiciário seu controle legal. Tal assertiva encontra respaldo na LINDB¹⁸², em seu artigo 5º, vejamos:

Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Dentro deste entendimento, não pode-se deixar de pontuar que a recuperação judicial deve ser boa para devedor e credores, mantendo a atividade empresarial em funcionamento, de modo a possibilitar a continuidade dos pagamentos, ainda que em termos diversos e, continuar com as transações comerciais entre as partes. Entretanto, não se pode perder de vista que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social.

O ônus suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só se justifica se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade.

Por outro lado, deve-se evitar o caráter de assistencialismo. Busca-se a preservação da empresa quando preenchidos os requisitos legais e comprovada a sua viabilidade e utilidade para o mercado. É sempre importante destacar que o sistema recuperacional visa preservar a atividade comercial não pela empresa em si, mas pelas externalidades positivas geradas pela sua ativa presença no mercado.¹⁸³

O sistema recuperacional brasileiro tem como finalidade oferecer um ambiente propício à negociação entre devedor e credores, atribuindo ao juiz o dever de garantir a compatibilidade desta negociação com a lei e a preservação dos valores decorrentes da função social da empresa.

¹⁸² BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁸³ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2021. p. 44.

Como já explanado, devedor e credores, por mais das vezes, possuem pensamentos e objetivos antagônicos, cabendo ao judiciário solucionar tais controvérsias.

Assim, é possível que o juiz, diante de uma situação real, encontre diversas soluções tecnicamente sustentáveis e de acordo com o previsto em lei. Diante disto, a interpretação correta não deve ser pautada em favor do devedor ou dos credores, mas sim, pelo prestígio à finalidade do sistema recuperacional brasileiro.

Nas palavras de Costa¹⁸⁴:

O entendimento adequado do instituto jurídico somente é atingido quando se conhece o contexto em que tal instituto se insere. É a compreensão dos fatores que deram causa ao seu surgimento que levará o intérprete à correta análise de suas finalidades, a fim de melhor aplicá-lo com vistas a que se possa extrair da norma o seu real significado e a sua completa e adequada eficácia.

[...]

Nessa linha, os institutos da recuperação judicial e da falência devem ser analisados em suas essências, considerando-se o contexto em que se encontram inseridos, a fim de que se consiga aplicá-los de forma eficiente e adequada aos seus propósitos. O conhecimento da essência dos institutos, como se verá adiante, influenciará de forma decisiva na interpretação e na aplicação das regras legais trazidas pela Lei 11.101/05.

Traçadas tais considerações, não resta dúvidas quanto à necessidade de observação dos princípios da LRF, em especial o da função social da empresa, por todos os *stakeholders*¹⁸⁵ do processo, cabendo ao judiciário sua fiscalização e adequação, de modo a se alcançar os objetivos da recuperação judicial, em especial a preservação da atividade empresarial, o emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores.

¹⁸⁴ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 59, jan./mar. 2015.

¹⁸⁵ Existem variações quanto à origem do termo *stakeholder*, uns defendem derivar do inglês *at stake*, que significa “em jogo”, outros da junção das palavras *stake* e *holder*, que traduzidas seriam “parte interessada”; O substantivo *stakeholders* é utilizado pela doutrina brasileira em consonância com a norte-americana para se referir aos sujeitos que têm interesse direto atingido pelo processo recuperacional e falimentar, a exemplo dos credores, sócios, acionistas, administrador judicial, peritos e auxiliares etc.

4.6 Funcionalização do direito privado e os reflexos na recuperação judicial de empresas

A funcionalização do direito privado toma forma no Brasil, de maneira mais expoente, com a promulgação da CF/88, a qual, como exposto nos capítulos anteriores, traz à tona a necessidade de observação da função social – objeto central do presente trabalho - em diversos pontos e setores, mas, como dito, não se encontra regrada exclusivamente no texto constitucional de 88, mas também nas constituições anteriores e legislação infraconstitucional.

Tendo em vista que a funcionalização do direito é tema relativamente novo, o que se observa é certa timidez de nossos tribunais ao observá-la, muitas vezes limitando-se a efetivamente deliberar quanto a tal quando há o descumprimento de regras específicas.

A aplicação principiológica da função social da empresa, nos termos do presente trabalho, demonstra-se como uma importante ferramenta de realização social, possibilitando assim o devido cumprimento dos objetivos delineados na LRF e CF/88.

Dresch¹⁸⁶ bem pontua sobre a funcionalização do direito privado:

O tema ganha especial relevância no Brasil diante de um quadro de normas constitucionais e de direito privado que expressamente determinam a funcionalização dos institutos de direito privado, interpretados segundo uma diretriz constitucional de proteção à dignidade humana, liberdade, igualdade e solidariedade, [...]. Tal contexto de produção de normas funcionalizantes é propício, por conseguinte, para o objetivo que aqui se apresenta, haja vista que a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Lei de Falência e Recuperação de Empresas, entre outras, recebem nova interpretação, que, segundo o estágio da doutrina atual, define uma tendência de migração de uma concepção formalista, estritamente centrada na justiça comutativa, para uma compreensão preponderantemente coletivista da funcionalização social do direito privado.

Tal funcionalização do direito vem de encontro (ou complementando, como preferimos) ao formalismo do direito, o qual teve início com as codificações ocorridas na Europa no final do século XVIII e início do século XIX, onde buscava-se o fechamento do direito em si mesmo, a partir da positivação das normas.

¹⁸⁶ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 29-30.

Mas como demonstrou a história, o formalismo do direito não pôde adaptá-lo de modo a resolver os problemas que surgiram a partir daí, eis que, as normas que garantiriam o pleno exercício das liberdades individuais, muitas vezes traziam como resultado a miséria e degradação de uma parte substancial da sociedade.¹⁸⁷

No contexto criado pelo formalismo, a garantia do exercício das liberdades individuais trazia uma ausência total de limites, onde, cogitar uma suposta finalidade social do direito subjetivo era algo que não fazia nenhum sentido, eis que, o direito subjetivo deveria servir ao interesse egoísta de seu titular, podendo ser exercido em todo o seu alcance e sem qualquer consideração pelos interesses alheios.¹⁸⁸

Diversos foram os estudos a demonstrar que uma análise centrada apenas na forma ou estrutura é incompleta, devendo ser conjugada com uma análise da funcionalidade dos institutos, de maneira complementar.

Dresch¹⁸⁹ é bem pontual sobre tal conjugação:

Tal correlação entre fins e forma, no direito privado, somente pode ser apreendida pela retomada da centralidade do sentido de justiça geral/social. A justiça social é o campo primeiro para a compreensão e a percepção dos fins exigidos em cada contexto socioeconômico e a fixação da ordem legal condizente com a persecução desse fim. No Direito de um dado Estado, é a Constituição que percebe e define, principalmente, os termos de justiça social e, assim, a conformação dos fins.

A análise funcional do direito privado acaba por fornecer instrumentos hábeis a alcançar os fins econômicos e sociais previstos na nossa constituição, os já delineados direitos subjetivos.

Conforme já explanado nos tópicos anteriores, a propriedade privada, a empresa, os contratos, são instrumentos constitucionais para contribuir com os objetivos e fundamentos nela previstos, a exemplo da dignidade humana, da solidariedade, da redução das desigualdades etc.

Defende-se uma conjugação do formalismo com o funcionalismo exatamente pelo fato de que isoladamente, este, de certo modo, acaba por sacrificar aquele nas relações privadas¹⁹⁰, mas, numa análise abrangente e conjunta, as normas podem

¹⁸⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 50.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 58-60.

¹⁸⁹ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 39.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 112.

ser direcionadas a objetivos maiores, não aniquilando totalmente o caráter privatista das normas ora discutidas, mas aplicando-as de acordo com sua finalidade constitucional e legiferante.

Muito se falou nos pontos anteriores sobre a propriedade privada e sua característica de direito fundamental, mas, a flexibilização de tal direito, de modo a privilegiar o caráter social do mesmo, já vinha sendo pleiteada desde o século XIX, inclusive por defensores ferrenhos da sua máxima importância, a exemplo da Igreja Católica e diversos outros juristas e filósofos.

Lopes¹⁹¹ aponta especificamente quanto a tal:

[...] a doutrina social da Igreja Católica, cujo maior símbolo foi a famosa Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, do Papa Leão XIII. Embora a Igreja fosse contra o socialismo, defendendo a propriedade privada como um direito natural, pleiteava uma reconstrução econômico-social, por meio de restrições ao liberalismo econômico e pela intervenção do Estado na economia quando as relações individuais pudessem comprometer a justiça. (grifo do autor).

Assim, tem o Direito a função de servir como meio para conformar os diversos interesses conflitantes, de modo a estabelecer a finalidade vinculada a tais interesses e quais devem ser considerados preponderantes em cada norma ou situação fática.¹⁹²

A compreensão do social como foco na análise do direito privado está, nos termos do presente trabalho, intimamente ligada aos direitos fundamentais de liberdade e solidariedade, exigindo certo sacrifício individual das partes, em favor do bem coletivo.

É nesse ponto que a funcionalização do direito privado recebe papel relevante ao presente estudo, onde as regras pertinentes à propriedade privada, à empresa, aos contratos, eminentemente privadas e abarcadas como direito fundamental, tem sua força relativizada, dando espaço à uma interpretação focada na finalidade da norma e observância dos objetivos constitucionais.

Esse citado “sacrifício” individual é, na prática, a imposição aos credores de obrigações que o direito privado contratual não deve lhes impor, a exemplo de

¹⁹¹ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 107.

¹⁹² DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 128.

novações sem o ânimo de novar, em atenção à relevância socioeconômica da empresa e do interesse maior de sua preservação.

Lobo¹⁹³, citado por Pozzo, bem assevera sobre tal:

Nos 'procedimentos de sacrifício', a lógica do mercado, apanágio do sistema capitalista e da teoria de maximização dos lucros, deve ceder diante da ética de solidariedade, sobretudo quando se trata de uma lei de ordem pública, como sói ser a que disciplina a ação de recuperação judicial, que objetiva preservar a empresa, pois ela tem uma função social a cumprir, manter os postos de trabalho, porquanto o desemprego atenta contra a dignidade da pessoa humana, e garantir o recebimento dos créditos, visto que o crédito é o combustível da atividade econômica e do progresso social.

No caso específico das empresas em recuperação judicial, onde a relação entre devedor e credores é eminentemente privada, eivada das garantias quanto à propriedade privada, a função social toma uma maior envergadura, impondo limites àquela, de modo a prestigiar os princípios constitucionais.

Afirma-se isso com relação à já explanada finalidade do instituto da recuperação judicial, qual seja a da preservação da atividade empresarial, visando a manutenção dos benefícios sociais a ela relacionados.

Veja-se que, impõe-se aqui limites à autonomia privada das partes diretamente envolvidas no procedimento de recuperação judicial, não anulando-a, mas direcionando-a para o cumprimento dos valores constitucionais da solidariedade, dignidade humana etc., apesar dos sacrifícios eventualmente experimentados pelas partes.

As empresas são organizações fundamentais à produção da riqueza, que por sua vez, na sociedade capitalista, constitui-se elemento fundamental para realização do bem-estar humano no sentido, por exemplo, da alocação de recursos para consecução de direitos sociais (educação, moradia, alimentação, vestuário, etc.).¹⁹⁴

Quanto ao caráter finalístico da LRF, Sztajn¹⁹⁵ já dispunha:

¹⁹³ LOBO, Jorge, *apud* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.), 2005. p. 108-109 *apud* DAL POZZO, Emerson Luís. **Paradigmas da função social da empresa em crise: da função social à função socioeconômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 34.

¹⁹⁴ BORGES, Camila Aparecida; BENACCHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento. **Revista Argumentum**. Marília, v. 17, p. 155-171, jan./dez. 2016.

¹⁹⁵ SZTAJN, Rachel *apud* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.), 2007. p. 219-224 *apud* CASTRO, Bruno Oliveira; IMHOF, Cristiano. **Lei de recuperação de empresas e falência: interpretada e anotada artigo por artigo**. 4. ed. Balneário Camboriú: Booklaw, 2017. p. 290.

A Lei 11.101, de 09.02.2005, revogando a legislação falimentar de 1945, traz significativa mudança no que diz respeito à preservação ou, tentativa de preservação, de empresas. Entenda-se empresa como organização econômica que atua em mercados e, cuja existência interessa à sociedade em geral, aos exercentes da atividade, aos credores, aos consumidores ou clientes e ao Estado. Assim, a análise da disciplina relativa à preservação da empresa não prescinde de alguma incursão no plano da utilidade e prestabilidade econômica das normas, uma vez que ao direito, na funcionalização das regras jurídicas, cabe respeitar a noção de eficiência econômica, dificultar o oportunismo, a busca de vantagens desproporcionais ou facilitar desequilíbrios na alocação de recursos que gerem ou aumentem custos de transação.

Ao se fazer uma análise da atividade da empresa, observa-se que esta desenvolve um papel central na sociedade brasileira, eis que, diante de nosso sistema basicamente capitalista e privatista, a grande maioria da população ativa desempenha suas atividades no setor privado, direta ou indiretamente, auferindo assim sua renda e fazendo a riqueza efetivamente circular.

Com a circulação da riqueza, o Estado arrecada os tributos, possibilitando-o assim desempenhar suas funções primordiais e garantidas constitucionalmente, a exemplo da segurança, educação, saúde etc.

Assim, basicamente, verifica-se que a questão da atividade empresarial e sua preservação vai muito além das questões privadas, relativas ao empresário e seus credores, mas, tem grande conotação social e coletiva.

Na prática, isso significa que, somente alavancando a economia pode-se criar as condições favoráveis à busca dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Nas palavras de Proença, citado por Vaz¹⁹⁶:

Com efeito, só um mercado próspero gera recursos para as medidas governamentais, e até para as ações privadas, voltadas à concretização dos direitos humanos ou do cidadão, nas áreas da saúde, educação, segurança pública, presteza e eficiência dos serviços públicos, principalmente da justiça, etc.

Logico que, como já explanado inúmeras vezes, a empresa é eminentemente considerada propriedade privada, não podendo ser vista como simples substituta

¹⁹⁶ PROENÇA, José Marcelo Martins *apud* DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coords.), 2009. p. 179-206 *apud* VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 47. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

das funções atinentes ao Estado, mas, tem primordialmente o objetivo de auferir lucros aos empresários e acionistas.

Mas nesse lucro gerado pelas empresas está o ponto primordial de sua função social, eis que, empresa que não é lucrativa, viável, estável, acaba por não gerar os benefícios sociais pretendidos.

Tanto é que, a LRF prevê expressamente que somente será protegida a atividade empresarial “viável”, de modo a prestigiar sua função social.

Neste sentido, Sztajn¹⁹⁷ bem delinea:

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados.

Desse modo, conclui-se que a atividade empresarial deve perseguir sim o interesse individual do empresário, qual seja, a obtenção de lucros, mas, também deve perseguir sua função social, na qual o lucro é ponto de extrema relevância, com o crescimento individual e coletivo dos funcionários e colaboradores, circulação da riqueza na sociedade, pagamento dos impostos, o bem-estar coletivo, a disponibilização de produtos e serviços de qualidade aos consumidores etc. Todas estas *funções* citadas, por exemplo, acabam, direta ou indiretamente, propiciando a realização dos objetivos constitucionais, como a redução das desigualdades sociais, a solidariedade, dignidade humana etc.

A finalidade da função social é, evidentemente, a de adaptar a visão individualista do empresário a exigências solidárias ou de interesse público que permeiam o inteiro ordenamento jurídico.

Theodoro Junior¹⁹⁸ bem explicita sobre existir certo limite à autonomia privada, onde, caso esta seja exercida em malefício à coletividade, esta deve ser considerada ilegal, vejamos:

¹⁹⁷ SZTAJN, Rachel *apud* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.), p. 219-224 *apud* CASTRO, Bruno Oliveira; IMHOF, Cristiano. **Lei de recuperação de empresas e falência**: interpretada e anotada artigo por artigo. 4. ed. Balneário Camboriú, SC: Booklaw, 2017. p. 47.

¹⁹⁸ THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. posição 957. *E-book*.

Na correta compreensão da função social e de sua vinculação aos interesses institucionais, não se pode reconhecer eficácia alguma à convenção que, por exemplo, implique risco evidente de dano ambiental, o mesmo se passando com os contratos entre empresas que afetem genericamente interesses dos consumidores ('aqui entendidos como a totalidade dos consumidores, o mercado de consumo – i.e., a concorrência ou algum outro interesse comum de todos os consumidores –, pois só aí, segundo os critérios desenvolvidos supra, haverá interesse institucional envolvido')

Numa conjuntura de Estado Social não se pode admitir abusos na iniciativa contratual privada, sob pena de repercussão na sociedade de suas escolhas. A regra é a autonomia privada mas, sendo detectado qualquer dano à coletividade, essa autonomia terá sido exercitada de forma antijurídica, devendo o Estado intervir a fim de evitar o prevailecimento do resultado danoso.¹⁹⁹

No sistema brasileiro a observação da função social da empresa será definida em cada caso concreto, sempre balizada pela preservação dos benefícios econômicos e sociais que decorrem da atividade empresarial e sem desconsiderar que o interesse dos credores também é parte integrante da função social da empresa, não podendo transferir a estes os ônus que efetivamente caberiam ao Estado.

Caso o empresário atue sem se preocupar com o bem-estar social, aumentará o custo social consequente de sua atividade no mercado e, com o tempo, poderá refletir em redução dos lucros. Quando, por exemplo, o empresário tenta proteger suas riquezas e deixa de investir em capital produtivo, colabora com o desemprego. Essa situação somente prejudica a economia e, conseqüentemente, as sociedades empresárias, eis que desempregados consomem menos e fazem com que uma quantidade inferior de dinheiro circule no mercado.

Seguindo o mesmo raciocínio, quanto menor a exclusão social e maior for o desenvolvimento econômico da sociedade em que um empresário atuar, com certeza, maior será seu lucro. Isso decorre do aumento do mercado consumidor, que é intimamente ligado à redução da pobreza e soluções de políticas sociais. A manutenção de um desenvolvimento equilibrado e sustentado é uma questão permanente no dia a dia do empresário.²⁰⁰

¹⁹⁹ THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. posição 723. *E-book*.

²⁰⁰ PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa**. 1. ed. Curitiba: CVR, 2011. p. 19.

A funcionalização do direito privado tem grande influência nos procedimentos de recuperação judicial, dado aos enormes reflexos sociais decorrentes da atividade empresarial, não podendo, deste modo, o Estado quedar-se inerte sob o fundamento da autonomia privada.

Num moderno Estado Democrático de Direito, onde o foco passa a ser a pessoa humana, sua dignidade e bem-estar, toda e qualquer ação, pública ou privada, tem o condão de propiciar tais objetivos e a recuperação judicial de empresas em crise é um exemplo digno de progresso e real instrumentalização de tais.

Mas, como dito anteriormente, não se pode deixar de levar em consideração a natureza jurídica das relações privadas, sua autonomia e garantias fundamentais, devendo-se sempre ponderar quanto a tais, impondo-se limites à intervenção estatal, sob pena de se criar insegurança jurídica, de maneira extremamente prejudicial à economia.

4.7 Observância da função social em detrimento da autonomia privada - limites à intervenção estatal

Diversas são as doutrinas que se ocuparam da conceituação e discussão sobre a empresa, mas, em um ponto específico, quase todas convergem, a de que está é formada pelo inter-relacionamento entre empresário, atividade empresarial e estabelecimento.

Com isso cria-se a instituição “empresa”, a qual, em princípio, busca apenas o interesse do empresário, que se beneficia das riquezas decorrentes de sua atuação. Entretanto, tal atuação, como explanado no decorrer do trabalho, está intimamente ligada ao direito-função ou poder-dever de gerar bem-estar social.²⁰¹

Ou seja, o caráter privatista da empresa é explícito, protegido pelos princípios da propriedade privada e da livre iniciativa, pilares do capitalismo, onde a busca pelo lucro é tida como máxima, mas, a mesma tem que ser conduzida de acordo com os demais objetivos e fundamentos constitucionais, de modo a atender sua função social.²⁰²

²⁰¹ BRASILINO, Fábio. **Bem jurídico empresarial: função social, preservação da empresa e proteção ao patrimônio mínimo empresarial**. São Paulo: Método, 2020. p. 86.

²⁰² *Ibid.*, p. 88.

Comparato²⁰³, citado por Lopes, deixa clara a assertiva de que a função social da empresa não lhe retira o caráter privatista, vejamos:

[...] o reconhecimento da função social da empresa não significa, escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e que tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse público, mas deve ser visto no sentido de que a liberdade individual de iniciativa empresarial não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres da ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição.

Essa necessidade de atendimento, pela empresa, da função social a ser buscada pela sua atividade, acaba por, como dito alhures, criar a necessidade de uma maior intervenção estatal (judicial) no âmbito das relações privadas, relativizando assim sua autonomia.

O grande percalço consiste na impossibilidade da LRF abordar objetivamente todas as situações possíveis no âmbito no processamento da recuperação judicial, cabendo ao judiciário zelar em cada caso, pelo atendimento aos princípios constitucionais e, mormente, pelos objetivos traçados no artigo 47 da Lei.

A discricionariedade na atuação do magistrado acaba tendo papel relevantíssimo na busca dos objetivos da LRF, inclusive já tendo entendimento pacífico em nossos Tribunais. Neste sentido o TJ/SP: “Ao julgador há de ser dado certo campo de atuação além dos limites literais da lei para que prevaleça o princípio da manutenção da empresa que revele possibilidade de superar a crise econômico-financeira pela qual esteja passando”.²⁰⁴

Há que se tomar cuidado, porém, nos limites da intervenção estatal através do magistrado, eis que sua atuação, visando apenas a preservação da atividade empresarial, em claro prejuízo a outros *stakeholders*, pode trazer consequências drásticas à economia. Beltrão²⁰⁵ bem dispõe:

²⁰³ COMPARATO, Fábio Konder, 1976. p. 301 *apud* LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 127.

²⁰⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº. 0030241-11.2010.8.26.0000**. Agravante: Banco do Brasil S A. Agravado: Frango Forte Produtos Avícolas Ltda. Relator: Des. Lino Machado. 01 de março de 2011.

²⁰⁵ BELTRÃO, Silvio Romero; MENEZES, Renata Oliveira Almeida. Principais limites da atuação jurisdicional no processo de recuperação de empresas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Lisboa, ano 6, n. 3, p. 1816, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1805_1826.pdf. Acesso em: 07 jul. 2022.

Contudo, como já observado acima, a aplicação do princípio da preservação da empresa não pode ter uma extensão desmensurada, de modo que possa surpreender terceiros pelas consequências que costumam resultar da sua aplicação ao caso em concreto, provocando uma insegurança jurídica, com a passagem direta do princípio à aplicação prática.

O fundamento para a aplicação do princípio da preservação da empresa ainda será a viabilidade econômica da empresa, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

A doutrina tem denominado tal atuação como ativismo judicial, onde, seu conceito, traz um enorme dualismo. De um lado, é necessário aos estados constitucionais e permitem o aprofundamento dos direitos que se propõem a reconhecer e efetivar, o que implica uma certa margem de discricionariedade judicial; de outro, a sua exacerbação pode levar à deslegitimação do estado de direito²⁰⁶.

Ávila²⁰⁷ chama a atenção para tal ponto:

Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais — os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes.

Nesse sentido, enfoque maior deve se dar na adoção de limites na criação de direitos pelos julgadores por meio do ativismo judicial, a fim de equilibrar o saudável exercício da jurisdição constitucional - essencial ao bom funcionamento das democracias liberais, pois que confere efetividade a direitos fundamentais -, sob pena de usurpação da atividade legislativa e deslegitimação do próprio Poder Judiciário, o que não é desejável.

A imposição de tais limites acaba por diferenciar, nas palavras de Vichinkeski²⁰⁸, sobre ser tal prática do ativismo judicial *positiva* ou *negativa*:

Desse modo, vamos denominar aqui ativismo judicial *positivo* aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar

²⁰⁶ ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p. 8, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 07 jul. 2022.

²⁰⁸ VICHINKESKI, Anderson Teixeira. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 46, jan./jun. 2012.

direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição, enquanto denominaremos *nociva* toda prática ativista que fuja deste quadro ou busque, sobretudo, fazer preponderar um padrão de racionalidade preponderantemente político.

Por fim, salientando-se que não é o objetivo do presente trabalho, mas, a fim de demonstrar uma visão antagônica ao Ativismo Judicial, conforme a definição aposta por Dworkin²⁰⁹:

O passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus fundamentos intelectuais tornam-se invariavelmente mais frágeis. Dever ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação da prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só a mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas – o que é estranho à nossa cultura constitucional – ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria ideia de direitos constitucionais, é a virtude constitucional mais importante. Se rejeitarmos essas ideias nada atraentes, rejeitaremos o passivismo.

Barroso²¹⁰, contextualizando o problema à realidade brasileira e valendo-se de nomenclatura diversa, considera que em realidade:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 452.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 07 jul. 2022.

Ressalte-se que o ativismo judicial, apesar de ser visto por parte da doutrina como maléfico, visto até como um termo pejorativo, significa, em síntese bastante apertada, uma atuação judicial com dose de discricionariedade, criando-se o direito no caso concreto, a partir, na maioria das vezes, dos princípios constitucionais.

No caso do procedimento de recuperação de empresas no Brasil, como dito, ainda paira a divergência entre seus estudiosos quanto a tal tema: se o papel do magistrado é meramente homologatório das decisões da assembleia de credores ou, se lhe dá certa margem de discricionariedade, a fim de intervir no procedimento e substituir a vontade assemblear.

O que buscamos demonstrar no presente trabalho é que o processo recuperacional e falimentar deve buscar soluções que permitam a interferência estatal, limitadas, é certo, aos casos em que o procedimento se desvie dos objetivos previstos constitucionalmente e na LRF,

Munhoz²¹¹ é incisivo quando afirma que:

Há que se buscar regras procedimentais que, concretizando o princípio (a cláusula aberta) insculpido no art. 47 da Lei 11.101/2005, organizem os interesses afetados pela crise da empresa, alçando o juiz ao papel de presidente do processo de negociação e de árbitro nos eventuais desvios de rota que possam comprometer o atendimento dos objetivos definidos pelo legislador.

Em contrapartida, também não deve se proporcionar ao magistrado poder ilimitado, amplo e desvinculado das regras procedimentais da lei.

Conferir papel meramente homologatório, acaba por conduzir a resultados maléficos, pautados apenas pelos interesses egoísticos dos credores. Já conferir ao magistrado poder discricionário ilimitado, desvirtuaria o sistema, tornando irrelevante o papel da assembleia de credores e fazendo cair por terra o princípio da autonomia privada.²¹²

Diante da colisão de princípios que se apresenta nos casos de recuperação judicial, a exemplo da observação da função social vs. intervenção mínima do Estado, interesse público vs. autonomia privada etc., há que utilizar-se da ponderação, conforme explanado no terceiro capítulo.

²¹¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 36, p. 184, abr. 2007.

²¹² *Ibid.*, p. 184.

Lobo²¹³, citado por Vaz, assevera sobre a ponderação entre os princípios norteadores do direito privado, contratual e recuperacional, vejamos:

Para atingir esses escopos no processo de recuperação judicial, acentue-se, por fim, que a assembleia geral de credores e o juiz da causa deverão empenhar-se (a) na ponderação dos princípios da preservação e da função social da empresa, da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e da segurança jurídica e da efetividade do direito e (b) na ponderação dos fins imediatos da LRE – conservar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos -, por meio do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, conforme resta indubitado da norma do art. 53, caput, da LRE, que versa sobre o ‘plano de recuperação judicial’.

Mas, como dito, o poder discricionário conferido ao magistrado no processo recuperacional vai de encontro com o caráter meramente privatista do mesmo, podendo causar determinados prejuízos aos *stakeholders* em nome dos benefícios sociais e coletivos correlatos à atividade empresarial.

Dresch²¹⁴ bem pontua quanto à superação do individualismo privatista em benefício da coletividade, denominando-a de “justiça distributiva”, onde:

A justiça distributiva, pelo exposto, está delimitada numa mediana a ser definida entre quatro termos de uma relação, sendo que dois termos são os sujeitos e os outros dois, a máxima e a mínima quantidade de um bem ou encargo a ser distribuído com base na finalidade coletiva a ser promovida. Assim, a distribuição será justa quando atentar para a mesma igualdade entre as porções dos encargos (como penhora de bens) e a qualidade dos sujeitos, segundo a finalidade que se busca promover.

Essa distribuição dos ônus no âmbito da LRF é defendida por grande parte da doutrina, que entende a recuperação judicial de empresas como um instituto de grande relevância para a concretização dos objetivos e fundamentos previstos nos artigos 1º e 3º da CF/88.

Porém, Dresch²¹⁵ ressalta quanto ao necessário cuidado ao se justificar a justiça distributiva, tendo em vista a colisão de direitos fundamentais:

²¹³ LOBO, Jorge, *apud*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.), 2012. p. 221 *apud* VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 58. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -- Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

²¹⁴ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 124.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 229.

Contudo, nesses casos de modulação accidental dos sentidos de justiça, a tarefa de fundamentação revela-se muito mais árdua, o ônus argumentativo eleva-se, pois é necessário lembrar que a imposição accidental da justiça distributiva acarreta uma evidente limitação de um bem que também integra a igual dignidade: a igual liberdade. Ordenar uma distribuição, na situação fática em que naturalmente haveria transação, limita a autonomia e a liberdade privada e a capacidade de autorrealização, pois, por exemplo, numa relação que seria estabelecida e normatizada nos termos de um acordo de vontades entre duas pessoas (com base na autonomia) e a estrutura comutativa é desconsiderada para a imposição de um esquema distributivo, mesmo que para fins de garantia das capacidades humanas básicas, tem-se por consequência a redução da liberdade de escolha que seria possível pela simples comutação (o que também configura uma capacidade humana básica).

E isso é o que aqui se defende. O procedimento de recuperação judicial deve ser benéfico ao devedor, possibilitando-o a continuidade de suas atividades e o pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados, do mesmo modo que deve ser benéfica aos credores, que receberão ao menos parte de seus créditos e poderão continuar a realizar negócios com a empresa recuperanda.

Mas tudo isso somente tem sentido, nos termos da legislação, em função do atingimento do benefício social decorrente da atividade empresarial, sendo esta condição da ação que, nos termos do CPC/2015, ensejará, em caso de sua ausência.

Essa ponderação, mitigando-se o princípio da autonomia privada, tem base na moderna doutrina contratual, bem exposto por Oliveira e Pimenta²¹⁶, citado por Vaz, onde pontua que “existe um claro reconhecimento das necessidades como motivadoras dos negócios e, por isso, a obrigatoriedade é mitigada”.

Vaz²¹⁷ faz um fechamento didático sobre tal:

Vê-se, portando, que de acordo com a moderna teoria contratual, a liberdade das partes em contratar está necessariamente circunscrita à realização de uma necessidade. Essa visão entende o contrato (e a liberdade de contratar) como um veículo – para o atingimento de resultados maiores que, via de regra, superam a relação bifronte das partes – e não como um fim em si mesmo.

²¹⁶ OLIVEIRA, Fábio Gabriel; PIMENTA, Eduardo Goulart *apud* VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 53. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -- Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

²¹⁷ VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 53. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -- Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Pode-se assim definir que, sob uma visão constitucional, a autonomia privada e a liberdade de contratar não são absolutas, devendo ser mitigadas diante de outros interesses, muitas vezes antagônicos, de modo a se alcançar os objetivos e fundamentos constitucionais.

Claramente, dado o devido respeito aos juristas contrários, há que admitir que a LRF possibilita a intervenção estatal nas relações eminentemente privadas, no momento em que dá espaço para que os objetivos previstos no artigo 47 (corroborados pela CF/88) sejam avaliados no caso concreto, sempre baseados na razoabilidade e proporcionalidade, para que se busque maior efetividade ao instituto da RJ.

No procedimento de RJ, tendo em vista sua natureza jurídica, a indiscutível relação privada entre as “partes” principais – devedor e credores -, pontua-se que, via de regra, a autonomia privada deve ser respeitada, tutelando-se assim o interesse dos credores, mas, deve ser balizada pelos objetivos delineados no artigo 47, sendo devidamente valorada pelo magistrado no curso do procedimento.

Vejamos a lição de Dresch²¹⁸ quando discorre sobre a ponderação entre as normas conflitantes:

Contudo, em situações limite, em que a preservação da comutação determine a violação da igual dignidade e reconhecimento da pessoa humana, o direito privado admite a denominada justiça distributiva acidental, sendo exigida, nesse caso, uma carga argumentativa maior para fins de demonstrar que as desvantagens à igual liberdade são inferiores às vantagens da igual dignidade. Para tal comparação, se fazem necessários o juízo de ponderação e a aplicação da norma de proporcionalidade.

Tal mitigação se dá sempre que houver excessos à autonomia privada diante dos objetivos traçados na LRF, deixando claro o ilustre professor Humberto Theodoro Jr.²¹⁹, quando dispõe que “é, pois, abusivo e conseqüentemente ilícito, o exercício do direito de propriedade de modo incompatível com suas naturais finalidades tanto econômicas quanto sociais”.

Não há mais espaço para se defender o caráter absoluto e egoístico da propriedade privada – e conseqüentemente autonomia privada -, devendo, em

²¹⁸ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 247.

²¹⁹ THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. posição 2562. *E-book*.

verdade, inseri-la no contexto social onde se sobressai a exigência do seu uso para bem comum.²²⁰

Tal posicionamento é bem defendido pelo professor Theodoro Jr.²²¹:

A ideia de justiça social, no terreno do contrato, dessa maneira, aparece agora com nova dimensão 'que se insere em uma outra categoria, a justiça geral, que diz respeito aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários'.

Tal justiça social tem primazia sobre a justiça particular, levando em consideração que tanto direitos como deveres, nas relações privadas, devem obrigatoriamente se conformar ao bem da justiça social, sendo estes, nas palavras de Dresch²²², "igual dignidade e reciprocidade, consubstanciada por direitos fundamentais garantidores das capacidades humanas básicas e bens correlatos".

Do mesmo modo, dentro do próprio procedimento de negociação do plano de recuperação judicial podem haver aprovações que, mesmo não produzindo efeitos externamente, atentam contra objetivos da LRF, em prejuízo particular de alguns *stakeholders* em relação a outros.

Ou seja, nem mesmo uma aprovação por maioria tem o condão de produzir efeitos em contrariedade às metas do artigo 47, necessitando assim da intervenção judicial, com poder discricionário, a fim de valorar a legalidade das decisões.

Barroso²²³, ao discorrer sobre a atuação judicial – mais especificamente sobre o ativismo judicial -, bem pondera:

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e

²²⁰ THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. posição 2562. *E-book*.

²²¹ *Ibid.*, posição 392.

²²² DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 223.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

[Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 07 jul. 2022.

direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Não se pode entender, de maneira simplista, que exista um antagonismo entre os poderes atribuídos à assembleia de credores e o atribuído ao judiciário, devendo os mesmos serem harmonizados de acordo com o caso concreto.

A assembleia de credores tem os poderes garantidos pela LRF sobre qualquer matéria que possa afetar seus interesses (artigo 35, I, “f”), com autonomia e ativa participação no procedimento de RJ, tendo o magistrado o ônus de demonstrar, quando de sua intervenção, a necessária afronta aos objetivos delineados na LRF e na CF/88.

Tendo os fundamentos da teoria dos contratos como análogos ao instituto da recuperação judicial, bem apontamos o posicionamento de Theodoro Jr.²²⁴ Neste sentido:

A função social de que cogita o art. 421 do atual Código Civil não pode ser vista como fundada num paradigma paternalista que sirva a uma ‘justiça distributiva’ ministrada, ao arropio da natureza econômica de que não pode se distanciar o contrato, ‘através da atuação parcial do Poder Judiciário, sem análise prévia dos impactos econômicos no mercado onde o contrato se originou’.

Conclui-se assim que para a realização dos objetivos da recuperação judicial, a LRE atribuiu poderes expressos aos credores, mas, os mesmos não podem ser entendidos como absolutos, baseados na autonomia privada, eis que esta é limitada pela lei e os princípios constitucionais.

Denota-se então que aos credores e à devedora foi atribuído o poder de negociação sobre o plano de recuperação e, ao judiciário, por sua vez, foi atribuído o poder de supervisão, a fim de assegurar um ambiente favorável à negociação dos meios de recuperação, sendo legítima a atuação judicial para a garantia e implementação dos objetivos traçados pela LRF e sua conformação com os objetivos, fundamentos e princípios constitucionais.

²²⁴ THEODORO JR., Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. posição 2793. *E-book*.

4.8 Existe função social na falência?

Passadas as considerações sobre a recuperação judicial de empresas e sua função social, com a ciência de que ainda estamos longe de esgotar o tema, dado a amplitude das discussões e posicionamentos, entendeu-se por bem trazer tal questionamento: existe função social na falência?

A indagação, nos termos do presente trabalho, tem relevância, haja vista que tudo o que se falou até o momento pode dar a impressão de uma *preservação da empresa* a qualquer custo, sob o fundamento da manutenção da sua função social, mas, como discorreremos e nos posicionamos, a falência da empresa também busca sua função social, de maneira indireta, mas, do mesmo modo, objetivando reflexos sociais benéficos.

Munhoz²²⁵ corrobora neste sentido:

Daí não se deve depreender, porém, que a recuperação da empresa deve ser buscada a qualquer custo, porque somente essa solução se compadeceria com a função social da empresa. Na realidade, também a falência encerra interesse público relevante, como se procurou apontar anteriormente e como fica claro no art. 75 da Lei 11.101/2005: 'A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive, os intangíveis, da empresa'.

A LRF desde seus projetos de lei já traça a existência de função social na falência da empresa, sendo que teve, por ocasião da Lei nº 14.112/2020, incluído em seu artigo 75 o §2º, versando que “a falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia”.

Muito se falou sobre uma das características básicas para a empresa se valer da recuperação judicial, qual seja, sua *viabilidade*. Ou seja, a empresa tem que ter condições de soerguimento através do procedimento recuperacional, a crise

²²⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 36, p. 184, abr. 2007.

econômico-financeira em que se encontra não pode ser insuperável, conforme aponta Bezerra Filho²²⁶:

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado.

A viabilidade econômica da empresa é aferida pelos credores, ao deliberar sobre o plano de recuperação judicial apresentado, não cabendo ao judiciário intervir quanto a tal, exceto nas situações elencadas no tópico anterior.

O problema está no estigma pejorativo que se criou sobre o termo *falência*, que aos olhos da sociedade o associam ao empresário ruim, incompetente ou corrupto.

Mas a verdade é que a falência não é de todo ruim, ela constitui-se instrumento de saneamento da economia, retirando do mercado uma empresa inviável e realocando seus bens e ativos para que outras empresas viáveis os utilizem e gerem os correspondentes benefícios econômicos.

Costa e Nasser de Mello²²⁷ são incisivos neste sentido:

A decretação da quebra de uma empresa inviável retira do mercado um agente deficitário, que utilizava injustificadamente o espaço que poderia ser ocupado por outra empresa capaz de produzir mais produtos, prestar melhores serviços, gerar um maior número de empregos ou recolher tributos em volumes mais expressivos. Por outro lado, a arrecadação e venda dos ativos da empresa falida fará retornar ao mercado de produção bens que antes estavam vinculados a atividades improdutivas, não geradoras de condizentes benefícios econômico ou social.

Outrossim, poderíamos até falar em *preservar a empresa* através da falência.

Pode parecer estranho, mas se levarmos em consideração os tópicos acima, onde discorreu-se sobre a separação dos conceitos de empresa e empresário, onde aquela é instituição que nasce do inter-relacionamento entre empresário, estabelecimento e atividade, tal assertiva faz sentido.

²²⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 155.

²²⁷ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2021. p. 49.

No parecer nº 534/2004²²⁸, de relatoria do Senador Ramez Tebet, sobre o Projeto de Lei 71/2003, originário da LRF, a Comissão de Assuntos econômicos do Senado Federal assim já dispôs: “é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes”.

Ou seja, a preservação da empresa pode se dar tanto pela recuperação judicial quanto pela falência. No caso da falência, mantem-se o estabelecimento e seus bens, tangíveis e intangíveis, transferindo-os para outro empresário para que os explore. Já na recuperação judicial mantem-se a atividade empresarial como um todo.

Vaz, citando o Prof. Toledo²²⁹, bem dispõe, vejamos:

[...] na falência, a ‘empresa’ que pode vir a ser mantida é, em verdade, o estabelecimento (ou fundo de comércio), entendido como o conjunto de bens móveis e imóveis, materiais e imateriais, organizado pelo empresário e utilizado para a exploração da atividade econômica. Desse modo, explica o Prof. Toledo, que o art. 75 da LRE, ao tratar da preservação da empresa, está tratando a empresa sob o seu perfil objeto/patrimonial, conforme definido por Asquini, de modo a possibilitar que o conjunto de bens destinado à atividade produtiva seja mantido (e alienado a terceiros), preservando a sinergia existente entre as unidades que o compõem, de modo que se preserve o negócio, dissociando-o da pessoa jurídica que o explorava anteriormente e diminuindo os custos de entrada no mercado da empresa que o adquirirá.

É claro que há uma ordem de preferência entre o instituto da recuperação judicial e o da falência, mas, como bem delineado, cada qual destina-se a uma situação específica, porém, ambas buscam observar a função social da empresa.

A LRF foi promulgada com o objetivo claro de 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,

²²⁸ OS PRINCÍPIOS que orientaram Tebet na análise da nova lei de falências. **Agência Senado**, Brasília, DF, 14 abr. 2004. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2004/04/14/os-principios-que-orientaram-tebet-na-analise-da-nova-lei-de-falencias-360822899>. Acesso em: 07 jul. 2022.

²²⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de *apud* DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.), 2009. p. 518-533 *apud* VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. f. 47. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -- Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, nos termos do seu artigo 47.

Mas há que se diferenciar caso a caso.

Se a crise for transitória, de liquidez ou de pequeno desequilíbrio patrimonial, deve-se optar pela recuperação da empresa, mantendo sua atividade empresarial. Se de outro lado, a crise for grave, sendo inviável sua manutenção, o caminho a ser tomado é o da falência, da maneira mais célere e eficaz possível, evitando a propagação dos danos e enviando claros sinais de que não serão feitas concessões a empresários ou empresas cuja continuidade não se justifique no plano econômico.²³⁰

Novamente atentamos para a necessidade da intervenção judicial nas relações privadas, eis que a viabilidade do plano de recuperação é deliberada entre as partes diretamente envolvidas – devedor e credores -, que muitas vezes, como dito, dado ao comportamento individualista e egoístico, votam sem atentar-se aos reais objetivos da recuperação judicial, muitas vezes aprovando planos de recuperação que não contemplam os interesses sociais necessários à sua legalidade.

Nestes casos, o magistrado deve intervir, convocando a falência da empresa, ao arrepio da deliberação da assembleia de credores. Neste sentido Costa²³¹ corrobora:

Empresas que, em recuperação judicial, não gerariam empregos, rendas, tributos, nem fariam circular riquezas, serviços e produtos, não cumprem a sua função social e, portanto, não se justifica mantê-las em funcionamento nesses termos, carregando-se todo o ônus do procedimento aos credores, sem qualquer contrapartida social.

Como dito e respondendo novamente a indagação, a falência da empresa desempenha uma função social, a qual deve ser sopesada no caso concreto, mesmo em prejuízo dos credores e devedor, de modo a se atender o interesse social.

²³⁰ SZTAJN, Rachel *apud* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.), 2007. p. 219-224 *apud* CASTRO, Bruno Oliveira; IMHOF, Cristiano. **Lei de recuperação de empresas e falência**: interpretada e anotada artigo por artigo. 4. ed. Balneário Camboriú, SC: Booklaw, 2017. p. 291.

²³¹ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 65, jan./mar. 2015.

O procedimento falimentar visa, além da arrecadação e alienação do patrimônio do devedor para pagar-se – ao menos parcialmente – os credores, interesse direto destes, também a realocação deste patrimônio à outras empresas, para que, de algum modo, a circulação de bens e riquezas se mantenha.

Como exemplos disso pode-se citar (i) a alienação dos estabelecimentos em bloco, a fim de dar continuidade à atividade empresarial e a fonte produtora de riquezas; (ii) a alienação de UPI's, que realocadas para outro empresário pode manter o emprego dos trabalhadores da falida; (iii) a alienação de imóvel comercial, que em posse da falida estava em desuso, passando-o a outra empresa para que, naquele ponto, realize uma atividade comercial, em benefício dos consumidores, da região etc.; (iv) alienação de marcas ou contratos da falida, que terão continuidade de cumprimento em mãos de outro empresário, a fim de manter a circulação de riquezas; etc.

Costa²³² delinea tal entendimento, vejamos:

O objetivo do processo falimentar é arrecadar o patrimônio da empresa falida (todos os seus ativos), avaliá-lo e vendê-lo, pagando-se o maior número possível de credores em observância à ordem de prioridade legal. A eficiência desse tipo de processo se mede pela otimização dos ativos da empresa falida em prol dos credores beneficiados pelos pagamentos devidos, mas também pela destinação adequada dos recursos arrecadados, tendo em vista a manutenção da fonte produtora, ainda que em poder de outros agentes, preservando-se, assim, os empregos, o recolhimento de tributos, a circulação de bens, produtos e serviços.

Assim, o processo falimentar cumpre também uma função social, seja preservando a empresa – definida, neste caso, como o estabelecimento e/ou seus bens – ou arrecadando o patrimônio da falida, a fim de realocá-los no mercado, fazendo com que os interesses sociais reflexos continuem sendo atendidos.

Mas tudo isso, tanto na RJ quanto na falência, depende de um processo ágil e eficiente, eis que a economia é muito mais dinâmica que o judiciário, podendo-se dizer, que o tempo daquela decorre mais rapidamente do que o desta, deteriorando-se o ativo da devedora e, conseqüentemente, aumentando o efetivo prejuízo dos credores e da sociedade.

²³² COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1, p. 50-51.

Nas palavras de Munhoz²³³:

Quanto menos ágeis e efetivos forem os procedimentos previstos na lei para implementar um plano de recuperação ou para liquidar os ativos no caso de falência, maior será o tempo em que os credores ficarão com os créditos em atraso e menor a probabilidade de reaverem o valor que lhes é devido, dentre outros motivos, porque o tempo provoca a deterioração dos ativos da empresa. Diante de um quadro como esse, indubitavelmente, compromete-se o custo e o volume de crédito disponível na sociedade.

O melhor resultado no processo falimentar, de modo a atingir sua função social, depende da agilidade e eficiência na realização do ativo da devedora, em favor do interesse dos credores e do interesse público e social.²³⁴

Assim, somente com a observância da função social da falência, poder-se-á atender aos objetivos previstos na LRF em seu artigo 75, preservando e otimizando a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, com a realocação eficiente de tais recursos na economia.

²³³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 36, p. 184, abr. 2007.

²³⁴ COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1, p. 50-51.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou levantar a discussão sobre a função social da empresa, instituto relativamente moderno a título de estudos aprofundados e que tem apresentado discussões bastante antagônicas entre os juristas que dela se ocuparam.

O problema apresentado no presente trabalho percorreu as consequências da (in)observância da função social da empresa nos procedimentos de recuperação judicial, capaz de gerar prejuízos à sua possível recuperação, ocasionando, por decorrência, inúmeros problemas sociais reflexos.

A inobservância do princípio da função social nos procedimentos recuperacionais e falimentares tem o condão de gerar inúmeros problemas sociais, muito além das partes diretamente envolvidas, eis que pode fazer desaparecer postos de trabalho, suprimir a produção e a prestação de serviços, reduzir o recolhimento de impostos e circulação de riquezas etc.

Para que se pudesse compreender com mais clareza o conceito e aplicação da função social da empresa, partiu-se de um singelo esboço histórico da propriedade privada e sua evolução.

A propriedade está arraigada na cultura da sociedade desde milhares de anos, no começo ainda bastante vinculada à ideia de família e propriedade comum, mas, desde sempre protegida e defendida como um direito absoluto, conforme descrito pelos romanos como *direito de usar e abusar da propriedade*.

Tanto era considerada como direito absoluto, que foi objeto central nas disposições e declarações mais importantes do milênio passado, a exemplo da Carta Magna de 1215 e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo esta, por sua vez, marco histórico da passagem da idade moderna para a contemporânea.

A propriedade era concebida como um direito natural, inalienável e imprescritível, sendo corroborada no Código Civil francês de 1804, Código de Napoleão, o qual serviu de inspiração para várias outras legislações civis no mundo, inclusive no Brasil.

Como transcrito no trabalho, a afirmação máxima do direito de propriedade, nos moldes próximos ao hoje contemplado entre nós, se dá com o *Code Napoléon*,

o *Código da Propriedade*, em seu artigo 544, primeira parte: *La propriété est le droit de jouir disposer des choses de la manière plus absolue.*²³⁵

Este conceito de propriedade, como um direito natural e absoluto do homem, ligado à sua própria existência, foi defendido por diversos juristas e filósofos ao longo da história, mas apontou-se como um dos maiores precursores dos ideais da Revolução Francesa neste ponto, o jusnaturalista inglês, John Locke, o qual a defendia sob o fundamento de que o fruto do trabalho do homem, seja caça, pesca ou agricultura, sempre foi objeto de proteção, como sendo essencial à manutenção da vida humana.

Esse caráter absoluto da propriedade somente começou a ser efetivamente mitigado expressamente pela sua função social a partir da Constituição de Weimar de 1919, onde houve um progressivo reconhecimento de uma ordem econômica e social com implicações para a questão da propriedade, de forma a construir uma nova etapa frente ao já superado modelo de política econômica de não-intervenção estatal, o *laissez faire, laissez passer*.

A partir de então os ordenamentos jurídicos no mundo – especialmente ocidentais, passaram a dar proteção também à função social da propriedade, retirando do direito de propriedade o caráter absoluto, mas ainda a tendo como direito fundamental.

No Brasil, como visto, a proteção à função social da propriedade já era implicitamente abarcada na Constituição Federal de 1946, passando à de 1967, à Emenda Constitucional de 1969, bem como em outros ordenamentos infraconstitucionais, a exemplo da Lei 6.404/1976, a Lei das S.A.

Porém, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que a função social da propriedade efetivamente ganha força, assumindo o caráter de princípio constitucional, como forma de complementar o direito fundamental de propriedade.

Isso se deu em razão do caráter social imposto pela CF/88, onde a pessoa humana passa a ser o centro do ordenamento jurídico, buscando-se sua dignidade, a qual está intrinsecamente ligada à igual liberdade e redução das desigualdades sociais.

²³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 16.

Nesse ponto entra a *empresa*, ente indiscutivelmente considerado propriedade privada, mas que, do mesmo modo, deixou para trás seu caráter absoluto, haja vista sua previsão expressa na CF/88, em seu Título sobre a Ordem Econômica e Financeira, onde em seu artigo 170 aponta tanto a propriedade privada (inciso II) quanto a função social da propriedade (inciso III) como *princípios*.

Extraí-se disso que a empresa não deixou para trás seu caráter privatista, com objetivo de auferir lucros, não podendo ser vista como simples substituta das funções atinentes ao Estado, mas sim, que esse objetivo de auferir lucros tem efeitos reflexos e que uma empresa cumpre com sua função social quando pondera suas decisões em observância ao interesse da sociedade em geral e, mais especificamente, levando em conta os interesses daqueles que dela dependem.

E exatamente nesse lucro gerado pelas empresas está o ponto primordial de sua função social, eis que, empresa que não é lucrativa, viável, estável, acaba por não gerar os benefícios sociais pretendidos.

A atividade empresarial ao perseguir a obtenção de lucros também persegue sua função social, na qual o lucro é ponto de extrema relevância, com o crescimento individual e coletivo dos funcionários e colaboradores, circulação da riqueza na sociedade, pagamento dos impostos, o bem-estar coletivo, a disponibilização de produtos e serviços de qualidade aos consumidores etc. Todas estas *funções* citadas como exemplo, direta ou indiretamente, propiciam a realização dos objetivos constitucionais, como a redução das desigualdades sociais, a solidariedade, dignidade humana etc.

A finalidade da função social é, evidentemente, a de adaptar a visão individualista do empresário a exigências solidárias ou de interesse público que permeiam o inteiro ordenamento jurídico.

Passadas as premissas sobre a definição de propriedade privada e sua função social, as quais foram elevadas à categoria de princípios constitucionais por nossa CF/88, demonstrou-se o impacto de tal em nosso ordenamento, apresentando aos operadores do direito a necessidade de uma nova abordagem quanto à interpretação e aplicação das normas.

Isso se deu, através da CF/88, pelo movimento relativamente novo, ao qual nominaram-se de *neoconstitucionalismo*, onde o caráter normativo dos textos constitucionais foi elevado à uma categoria superior, deixando de ser *regulatória* e assumindo uma posição *principiológica*.

Essa mudança de paradigma, tendo a sido a constituição elevada a um status de norma imperativa e reguladora, blindando as garantias fundamentais em relação ao processo político legiferante, novos paradigmas hermenêuticos se expuseram de modo a influenciar e efetivamente balizar as normas infraconstitucionais, fazendo com que seu texto seja preponderante em relação aos demais, utilizando-se na maioria das vezes de princípios, de modo a possibilitar uma maior abrangência em sua utilização e, fechar as lacunas interpretativas decorrentes das regras.

Os princípios, deste modo, se consolidaram como normas protagonistas, passando a servir de referência de aplicação do Direito para todo o sistema jurídico brasileiro, bem como à sociedade em geral.

Dentro desta perspectiva, demonstrado no trabalho, a distinção entre regras e princípios é de primordial importância, devendo ser observada desde sua origem, de modo a sobressair a função normogênica dos princípios em relação às regras, servindo aqueles de fundamento a estes.

Tendo sido a função social da propriedade elevada à categoria de princípio constitucional, sua observância torna-se imperativa, sendo assim recorrente sua colisão com outras normas jurídicas.

Levando-se então em consideração a função normogênica dos princípios, onde as regras devem ser interpretadas e aplicadas sempre em consonância com os princípios que as fundamentam, criou-se uma obrigatoriedade aos *stakeholders* de, ao aplicar ou interpretar as normas atinentes à atividade empresarial, levar sempre em consideração sua função social, sob pena de tal resultado ser considerado inválido, antijurídico.

Assim, tendo em vista que nosso Estado Democrático de Direito é fundado na ideia de solidariedade, a função social assume um papel relevante, de modo que os indivíduos devem exercer as suas liberdades em prol da coletividade, objetivando a todos os indivíduos existência dignas.

E nessa busca pela dignidade humana, onde privilegia-se o coletivo em detrimento do individual, o alcance dos objetivos constitucionais não pode ser deixado somente a cargo do Estado e, deste modo, a propriedade, a empresa ou toda a atividade econômica tem um papel primordial, com a busca pelo pleno emprego, salários dignos a seus empregados, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, adoção de práticas

empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente, produção de riquezas e benefícios ao mercado consumidor etc.

E exatamente por isso, tendo a empresa – ou atividade empresarial - papel de extrema relevância na busca dos objetivos constitucionais que sua manutenção é de total importância e o procedimento de recuperação judicial e falência mostra-se como um instrumento hábil e eficaz a tal.

Por isso o presente trabalho trouxe o exemplo do instituto da recuperação judicial e falências à discussão, eis que, num período de crise mundial que nossa sociedade vem ultrapassando, as desigualdades sociais, a marginalização, a miséria e tantas outras situações degradantes tendem a aumentar e, como pontuou-se, a empresa – atividade empresarial é uma importante aliada na busca da dignidade humana, devendo ser *protegida* a fim de produzir seus reflexos sociais.

Um dos principais pontos da discussão é a separação dos conceitos entre empresário, empresa, atividade empresarial e estabelecimento, sendo tal distinção de suma importância, eis que o que o Direito vem a proteger é a *atividade empresarial*, que não deve se confundir com a pessoa do *empresário*, nem com os bens, materiais ou imateriais, que possibilitam o exercício da empresa

Como dito, *empresa* é a própria *atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, exercida pelo empresário*, ou ainda, *empresa* pode ser definida como instituição que nasce do inter-relacionamento entre empresário, estabelecimento e atividade.

A LRF, promulgada em 2005, já sob a influência da CF/88, é bastante clara com relação às suas finalidades, quais sejam, 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.

Expressamente trata da função social da empresa e a vincula com a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, isto é, visa resguardar os interesses sociais reflexos da atividade empresarial.

Apesar de contemplar os interesses dos credores, provenientes da relação estritamente privada entre estes e o devedor, o legislador mitiga o caráter privado em benefício do público, em total consonância com nosso ordenamento constitucional, onde, num moderno Estado Democrático de Direito, o coletivo têm

predominância sobre o privado, há que se ponderar sempre a respeito de todos os interesses presentes, internos ou externos.

Apesar de tratar da relação privada entre as partes, o interesse do devedor, neste caso considerado proprietário é deixado em segundo plano, dando-se atenção à manutenção da *atividade empresarial*, haja vista seus reflexos sociais, e não ao *empresário* devedor. Transcende-se assim os interesses privados em direção à interesses públicos.

Esse é ponto primordial, essa característica de tutelar os interesses públicos em detrimento dos privados é que resultarão no cumprimento dos ditames constitucionais, na busca pela dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria etc.

E isso não representa uma exclusão da autonomia privada, mas sim que esta deve ser conformada com os padrões de legalidade e juridicidade instituídos pelo ordenamento jurídico pátrio, a exemplo da LRF e da CF/88.

Dentro do procedimento de recuperação judicial, o plano de recuperação judicial é o representante explícito da autonomia privada, da liberdade negocial e, sobre este plano é que os *stakeholders* devem atenção ao interesse social em jogo, de modo a cumprir com o ordenamento como um todo.

Essa negociação coletiva produz reflexos não só às partes diretamente ligadas (devedor e credores) mas à toda a sociedade, sendo assim, o comportamento dos agentes da RJ, mormente do juiz, deve ser calcado nos princípios basilares já bem explicitados, especialmente a função social da empresa, com foco na preservação da atividade econômica e estímulo da atividade econômica.

Isso demonstra que a recuperação judicial deve sim atender à negociação entre credores e devedor, em atenção à autonomia privada, mantendo a atividade empresarial em funcionamento, de modo a possibilitar a continuidade dos pagamentos, ainda que em termos diversos e, continuar com as transações comerciais entre as partes. Entretanto, há que se ressaltar que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o *interesse social*.

O sistema recuperacional visa preservar a atividade empresarial, não o empresário ou estabelecimento, exatamente pelas externalidades positivas geradas pela sua ativa presença no mercado.

O procedimento de RJ, ao oferecer um ambiente propício à negociação entre devedor e credores, atribui ao juiz o dever de garantir a compatibilidade desta negociação com a lei e a preservação dos valores decorrentes da função social da empresa.

O que se propõe é uma conjugação do formalismo, em atenção à autonomia privada, com o funcionalismo, visando o interesse público, exatamente pelo fato de que isoladamente, este, sacrificaria aquele, mas, numa análise abrangente e conjunta, as normas devem ser interpretadas e aplicadas em direção de objetivos maiores, não aniquilando totalmente o caráter privatista das normas ora discutidas, mas aplicando-as de acordo com sua finalidade constitucional e legiferante.

E exatamente com esta compreensão do social como foco na análise do direito privado é que busca-se os direitos fundamentais de liberdade e solidariedade, exigindo certo sacrifício individual das partes, em favor do bem coletivo.

Assim, com a funcionalização do direito privado, onde as regras pertinentes à propriedade privada, à empresa, aos contratos, eminentemente privadas e abarcadas como direito fundamental tem seu caráter mitigado, em atenção a interpretação e aplicação focada na finalidade da norma e observância dos objetivos constitucionais

Isso não quer dizer que, reitere-se, deixar de lado ou anular a autonomia privada nas relações recuperacionais, mas sim direcioná-la para o cumprimento dos valores constitucionais da solidariedade, dignidade humana etc., apesar dos sacrifícios eventualmente experimentados pelas partes.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, onde o foco é a pessoa humana, sua dignidade e bem-estar, como dito, toda e qualquer ação, pública ou privada, tem o condão de propiciar tais objetivos e a recuperação judicial de empresas em crise é um exemplo digno de progresso e real instrumentalização de tais

É claro que sempre que falamos em cláusulas abertas e princípios abrimos espaço para a discricionariedade dos agentes, principalmente do magistrado, o qual acaba tendo um papel relevantíssimo na busca dos objetivos da LRF e da CF/88.

Porém, especial atenção deve ser dada nestes casos, eis que o poder discricionário dado ao magistrado não é ilimitado. Não pode ele, visando apenas a preservação da atividade empresarial e seus reflexos sociais, intervir em claro prejuízo aos demais *stakeholders*. Essa situação transcende em muito o caso

específico, trazendo consequências demasiadamente drásticas à segurança jurídica e à economia.

O fundamento para a aplicação do princípio da função social da empresa, a buscar a preservação da atividade empresarial e seus reflexos é, como dito, a viabilidade econômica da empresa, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores e, neste ponto deve o julgador procurar criar uma divisão equilibrada, onde alguns não suportem uma carga excessiva de ônus em benefício de outros.

O processo recuperacional e falimentar deve buscar soluções através da interferência estatal, porém limitadas, é certo, aos casos em que o procedimento se desvie dos objetivos previstos constitucionalmente e na LRF, fora desta situação deve prevalecer a autonomia privada das partes envolvidas.

A Recuperação Judicial deve ser benéfica ao devedor, possibilitando-o a continuidade de suas atividades, do mesmo modo que deve ser benéfica aos credores, que receberão ao menos parte de seus créditos e poderão continuar a realizar negócios com a empresa recuperanda. Mas tudo isso somente tem sentido, em função dos benefícios sociais decorrentes da atividade empresarial. Não estado estes presentes, o indeferimento da RJ ou a convolação em falência, a depender da fase processual em que se verifica é medida impositiva.

Com todo o exposto, fecha-se o raciocínio no sentido de que às partes – devedor e credores – é garantida a autonomia privada, com liberdade de negociação sobre o plano de recuperação judicial, mas, em contrapartida, ao judiciário foi atribuído o poder de supervisão, a fim de assegurar um ambiente favorável à negociação dos meios de recuperação e, no caso concreto garantir a implementação dos objetivos traçados pela LRF e sua conformação com os objetivos, fundamentos e princípios constitucionais, ainda que em prejuízo daquela mesma autonomia privada das partes.

Por fim, após exaustivamente tratar sobre a preservação da empresa, dos interesses sociais que permeiam a atividade empresarial e da observância do princípio da função social, resta colocada a indagação: e na falência? Existe função social?

E a resposta tende a ser positiva.

Muito foi falado sobre a viabilidade da empresa. Viável é a empresa que dá lucros, que gera empregos, que fornece produtos e serviços úteis e necessários, que

paga seus credores, gera impostos etc. Não estando presentes essas características então ela não cumpre sua função social e, conseqüentemente, deve ser retirada do mercado.

E nesse ponto é que se apresenta a falência, a qual também busca sua função social, de maneira indireta, mas, do mesmo modo, objetivando reflexos sociais benéficos.

A falência é prevista na LRF que expressamente versa sobre ser um mecanismo de “preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia”.

Apesar do termo soar pejorativo culturalmente, a falência é benéfica e constitui-se um instrumento de saneamento da economia, apto a retirar do mercado uma empresa inviável, realocando seus bens e ativos para que outras empresas viáveis os utilizem e gerem os correspondentes benefícios econômicos e sociais.

Como reiteradamente foi disposto, o foco da LRF é a proteção da *atividade empresarial*, de modo a preservar seus benefícios sociais reflexos e, isto pode se dar tanto pela recuperação judicial quanto pela falência. No caso da falência, mantem-se o estabelecimento e seus bens, tangíveis e intangíveis, transferindo-os para outro empresário para que os explore. Já na recuperação judicial mantem-se a atividade empresarial como um todo.

A falência da empresa desempenha sim uma função social, a qual deve ser sopesada no caso concreto, aplicada à empresa inviável a recuperação judicial, mesmo em prejuízo das partes diretamente envolvidas – devedor e credores, de modo a se atender o interesse social.

Demonstra-se, deste modo, que a falência, ao arrecadar e alienar o patrimônio do devedor, paga – ao menos parcialmente – seus credores, em atenção ao interesse privado e, realoca seus ativos no mercado, para que, de algum modo, a circulação de bens e riquezas se mantenha, em atendimento ao interesse social.

Ao menos duas possibilidades de atendimento à função social se apresentam, preservar a empresa – definida, neste caso, como o estabelecimento e/ou seus bens – ou arrecadar o patrimônio da falida e realocá-los no mercado, ambas fazendo com que os interesses sociais reflexos continuem sendo atendidos.

Assim, o presente trabalho buscou levantar a discussão sobre a necessidade da observância da função social da empresa, esperando gerar uma reflexão sobre

esse relativamente novo princípio, ainda pouco utilizado pelos operadores do direito, de modo a maximizar a busca pela dignidade da pessoa humana, podendo afirmar, ainda que modestamente, a confirmação da hipótese de trabalho, onde, em nosso moderno Estado Democrático de Direito, a empresa assume uma função social relevantíssima, devendo ser levada em consideração quando da interpretação e aplicação das normas, de modo à direcionar o resultado, a cada uma das partes envolvidas, de maneira benéfica e balanceada. De acordo com o exemplo tratado, do instituto da recuperação judicial de empresas, demonstrou-se que a inobservância do princípio da função social da empresa causa prejuízos não restritos às partes diretamente relacionadas, mas a toda a sociedade como um todo, ante aos reflexos sociais gerados pela atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Nova. Cultural, 1990. (Os pensadores).
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 97, n. 53, p. 107-125, mar./maio 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- BABILÔNIA (IRAQUE). **Código de Hamurabi, [1.780 a.C.?.]** São Paulo: USP, [2021]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005.
- BELTRÃO, Silvio Romero; MENEZES, Renata Oliveira Almeida. Principais limites da atuação jurisdicional no processo de recuperação de empresas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Lisboa, ano 6, n. 3, p. 1805-1826, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1805_1826.pdf. Acesso em: 07 jul. 2022.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BIBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. São Paulo: FTD; Petrópolis: Vozes, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Camila Aparecida; BENACCHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento. **Revista Argumentum**. Marília, v. 17, p. 155-171, jan./dez. 2016.

BRANDÃO, Euro. **O século da máquina e a permanência do homem**. São Paulo: Edições GRD, 1992.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição Federal de 1946**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). **Recurso de revista 1513120105080110 - 151-31.2010.5.08.0110**. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. 02 de maio de 2012.

BRASILINO, Fábio. **Bem jurídico empresarial**: função social, preservação da empresa e proteção ao patrimônio mínimo empresarial. São Paulo: Método, 2020.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASTRO, Bruno Oliveira; IMHOF, Cristiano. **Lei de recuperação de empresas e falência**: interpretada e anotada artigo por artigo. 4. ed. Balneário Camboriú: Booklaw, 2017.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa: **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **RT/Fasc, Civil**, São Paulo, ano 85. v. 732, p. 40-41, out. 1996.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 46 da I Jornada de direito comercial**. Brasília, DF: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/101>. Acesso em: 07 jul. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 53 da I Jornada de direito civil**. Brasília, DF: CJF, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 07 jul. 2022.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1.

COSTA, Daniel Carnio. Recuperação judicial de empresas. As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular. **Revista Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro, ed. 207, 2017. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/recuperacao-judicial-de-empresas-as-novas-teorias-da-divisao-equilibrada-de-onus-e-da-superacao-do-dualismo-pendular>. Acesso em: 07 jul. 2022.

COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 59-77, jan./mar. 2015.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2021.

DAL POZZO, Emerson Luís. **Paradigmas da função social da empresa em crise**: da função social à função socioeconômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

DINIZ, Maria Helena. A importância da função social da empresa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815/371371482>. Acesso em: 07 jul. 2022.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado**: uma teoria da justiça e da dignidade humana. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. Apreciação crítica do código civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo. **Revista Jurídica**: doutrina, legislação, jurisprudência, Porto Alegre, v. 51, n. 304, p. 17-22, fev. 2003.

FRANÇA. [Constituição (1793)]. **Constitución Francesa de 21 de junio de 1793**. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf. Acesso em: 07 jul. 2022.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão, 1789**. São Paulo: USP, [2021?]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-da-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 07 jul. 2022.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Eleonora Magalhães de Gusmão. Rio de Janeiro: Livraria Quaresma, 1945. *E-book*.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 36, abr. 2007.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Brasília, DF: UNICEF, [2021?].

Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 07 jul. 2022.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OS PRINCÍPIOS que orientaram Tebet na análise da nova lei de falências. **Agência Senado**, Brasília, DF, 14 abr. 2004. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2004/04/14/os-principios-que-orientaram-tebet-na-analise-da-nova-lei-de-falencias-360822899>. Acesso em: 07 jul. 2022.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios constitucionais do direito empresarial**: a função social da empresa. 1. ed. Curitiba: CVR, 2011.

PINTO, Victor Carvalho. **Função social da propriedade**: origens doutrinárias de um conceito jurídico. [S. l.: s. n., 2020?]. *E-book*.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os pensadores).

POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 21, n. 5, p. 45-72, 2008. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/115/90>. Acesso em: 07 jul. 2022.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito público. 2.. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SANTOS, Benedetti Grazielle. **O princípio da função social da empresa**: breves considerações. Salvador: JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://graziellebs.jusbrasil.com.br/artigos/177017630/o-principio-da-funcao-social-da-empresa-breves-consideracoes>. Acesso em: 07 jul. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº. 0030241-11.2010.8.26.0000**. Agravante: Banco do Brasil S A. Agravado: Frango Forte Produtos Avícolas Ltda. Relator: Des. Lino Machado. 01 de março de 2011.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/2770957/O_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Daniel_Sarmento?auto=download. Acesso em: 07 jul. 2022.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores econômicos**. São Paulo: Serasa, 2022. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em: 07 jul. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Lopes Fabio. Governança cidadã: alternativa para garantia da realização da função social das empresas e de sustentabilidade econômica. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n.1, jan./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-S.Bernardo_22.01.pdf. Acesso em: 07 jul. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. (Coleção Lênio Streck de dicionários jurídicos; letramento).

THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. Falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VICHINKESKI, Anderson Teixeira. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan./jun. 2012.