

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EMERSON LUÍS DAL POZZO

PARADIGMAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM CRISE

CURITIBA

2017

EMERSON LUÍS DAL POZZO

PARADIGMAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM CRISE

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro

Coorientador: Professor Doutor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

CURITIBA

2017

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Emerson Luís Dal Pozzo**, realizada no dia vinte e nove de setembro de dois mil e dezessete, às quatorze horas.

No dia vinte e nove de setembro do ano de dois mil e dezessete, às quatorze horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Emerson Luís Dal Pozzo**, sob o título “**PARADIGMAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM CRISE**”. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Marcia Carla Pereira Ribeiro (Orientadora-Presidente/UFPR), Marcos Wachowicz (UFPR), Eroulths Cortiano Junior (UFPR), Oksandro Osdival Gonçalves (PUC-PR), Sandro Mansur Gibran (UNICURITIBA) e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UFRJ) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou a Senhora Presidenta que o exame iniciase com a exposição sumária pelo doutorando, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Tese, em seguida cada examinador arguirá o doutorando, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o doutorando foi arguido sucessivamente pelos Professores Doutores Marcia Carla Pereira Ribeiro, Marcos Wachowicz, Eroulths Cortiano Junior, Oksandro Osdival Gonçalves, Sandro Mansur Gibran e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves. Em seguida, a Senhora Presidenta suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Tese, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pela Senhora Presidenta, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Tese, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Marcia Carla Pereira Ribeiro, 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos), Marcos Wachowicz, 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos), Eroulths Cortiano Junior, 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos), Oksandro Osdival Gonçalves, 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos), Sandro Mansur Gibran, 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos), Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos), resultando a média 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos), equivalente ao conceito A. O doutorando, com a supervisão do orientador, deverá incorporar na versão final as modificações exigidas pela banca examinadora, incluindo o título da tese, já alterada no corpo desta ata de “DA FUNÇÃO SOCIAL À FUNÇÃO SOCIOECONÔMICA: FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL” para “PARADIGMAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM CRISE”, a contar da aprovação da Tese tendo um prazo máximo de 60 (sessenta) dias para entregar, na secretaria do curso, os exemplares definitivos do trabalho, sendo o orientador o responsável pela verificação da incorporação das correções determinadas pela Banca Examinadora na versão final da Tese para atender à recomendação nos termos do art. 61 da Resolução 62/03-CEPE. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pela Senhora Presidenta, a qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Vanessa Sayuri U. Hoshina, Secretária administrativa do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.



PARECER

A Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Emerson Luís Dal Pozzo**, sob o título **PARADIGMAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM CRISE**, após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro - 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos)

Prof. Dr. Marcos Wachowicz - 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos)

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior - 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos)

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves - 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos)

Prof. Dr. Sandro Mansur Gibran - 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos)

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves - 9,40 (nove inteiros e quarenta centésimos)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito ao candidato Emerson Luís Dal Pozzo**.

É o parecer.

Curitiba, 29 de setembro de 2017.



A meus pais, Ildo e Terezinha. A
meu irmão, Marco Aurélio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar. À orientadora, Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro, e ao coorientador, Professor Doutor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, aos quais estendo agradecimentos que vão muito além do que é protocolar, tanto pela excelente orientação quanto pela infinita paciência.

Agradeço aos meus pais, Ildo Dal Pozzo e Terezinha Pietrobon Dal Pozzo, e ao meu irmão, Marco Aurélio Dal Pozzo, que espero encontrar em breve na sempre querida Matelândia.

A meus amigos de sempre, de perto e de longe, e àqueles que fiz nestes anos todos nas escadarias da centenária Universidade Federal do Paraná.

A meus colegas de escritório, pela compreensão nas ausências, e a todos aqueles que contribuíram para tornar a construção desta tese possível, dentre os quais o caríssimo Rodrigo Bley dos Santos.

RESUMO

O princípio da função social da empresa pode ser analisado a partir da noção de paradigma de Thomas Kuhn e seus conceitos correlatos, permitindo sistematização da interpretação que lhe dão a doutrina e a jurisprudência. Sob esta ótica, identifica-se: a) uma fase pré-paradigmática, quando a expressão aparece pela primeira vez, nos artigos 116 e 154 da Lei nº 6.404/1976; b) a formação de um paradigma, chamado paradigma dos princípios, a partir da Constituição de 1988, identificável tanto na doutrina quanto na jurisprudência; c) a percepção de elementos de crise no paradigma, dada sua limitação para propor soluções adequadas a questões que envolvem o princípio da função social da empresa. Em vista do elevado impacto socioeconômico das empresas em recuperação judicial, cresce a relevância de que sua função social, positivada no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, seja analisada. A incorporação de ferramentas de Análise Econômica do Direito permite a identificação de elementos de crise na interpretação doutrinária e jurisprudencial do princípio da função social da empresa, assim como a proposição de diretrizes que permitam a superação do paradigma, construindo uma funcionalização que não afete a segurança jurídica e que atribua conteúdos ao princípio a partir da racionalidade econômica, mensurando externalidades e possibilitando a transição da função social para a função socioeconômica da empresa.

Palavras-chave: Função social da empresa. Recuperação judicial. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

The principle of social function of the company can be analyzed through the notion of paradigm and its related concepts, as proposed by Thomas Kuhn, systematizing the definitions attributed to the principle by scholars and judges. From this perspective, one can identify: a) a pre-paradigmatic period, when the expression “social function of the company” appears for the first time, in Articles 116 and 154 of Law n. 6.404/1976; b) the development of a paradigm, called paradigm of principles, starting when the 1988 Constitution was promulgated, identifiable in both doctrine and jurisprudence; c) the identification of crisis in the paradigm, given its limitation to propose appropriated solutions to issues that involve the principle of social function of the company. Considering the high socioeconomic impact of companies undergoing judicial reorganization, the relevance of their social function, as proposed in Article 47 of Law n. 11.101/2005 is analyzed. The incorporation of theoretical and empirical tools developed by Law and Economics leads the way to the identification of aspects of crisis in the doctrinal and jurisprudential meanings attributed to the principle of the social function of the company, as well as proposes guidelines that allow a paradigm shift, building a new definition of social function that does not affect the predictability of legal opinions and that provides contents to the principle based on economic rationality, measuring externalities and enabling the transition from social function to the socioeconomic function of the company.

Keywords: Social function of the company. Judicial reorganization. Law and Economics.

RIASSUNTO

Il principio della funzione sociale dell'impresa può essere analizzato dal concetto di paradigma e dei suoi concetti correlati di Thomas Kuhn, permettendo sistematizzazione della interpretazione giudiziaria e dottrinale del principio. Da questo punto di vista, si può identificare: a) una fase di lettura pre-paradigmatica, quando il termine "funzione sociale" appare per la prima volta agli articoli 116 e 154 della legge 6404/1976; b) la formazione di un paradigma chiamato paradigma dei principi della Costituzione del 1988, identificabili sia nell'ambito della dottrina sia nell'ambito della giurisprudenza; c) la percezione di elementi di crisi nel paradigma, data la sua limitazione a proporre soluzioni adeguate alle questioni che coinvolgono il principio della funzione sociale dell'impresa. In considerazione del forte impatto socio-economico delle imprese in ristrutturazione, la rilevanza di sua funzione sociale è crescente, specialmente alla luce dall'articolo 47 della legge n. 11.101/2005. L'utilizzazione di strumenti di Analisi Economica del Diritto permette l'individuazione di elementi di crisi nella interpretazione dottrinale e giurisprudenziale del principio della funzione sociale dell'impresa, così come propone linee guida che consentono un cambiamento di paradigma, in cui si può fare la costruzione di una funzionalizzazione che non pregiudica la sicurezza legale e che fornisce contenuti al principio basato sulla razionalità economica, misura le esternalità e consente la transizione dalla funzione sociale alla funzione socioeconomica dell'impresa.

Parole chiave: Funzione sociale dell'impresa. Ristrutturazione dell'impresa. Analisi economica del diritto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. FUNÇÃO SOCIAL E ATIVIDADE EMPRESARIAL EM CRISE.....	11
1.1 O funcionalismo no discurso jurídico	12
1.1.1 Direito subjetivo e função social em Léon Duguit.....	17
1.1.2 Da estrutura à função do direito à luz do pensamento de Norberto Bobbio	20
1.2 A função social e a função social da empresa	24
1.3 Atividade empresarial e impacto social	30
1.4 A empresa em crise e a Lei nº 11.101/2005	36
1.5 Problemas conceituais e necessidade de leitura econômica	44
2 FUNÇÃO SOCIAL E A NOÇÃO DE PARADIGMA EM THOMAS KUHN	49
2.1 Ciência e paradigma: uma proposta de leitura de Thomas Kuhn	49
2.2 Noção de paradigma em Thomas Kuhn	50
2.3 A ciência normal.....	55
2.4 Crise da ciência normal e mudança de paradigma	61
2.5 Mediações para transposição dos conceitos ao Direito.....	70
3 A EMPRESA EM CRISE E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO PERÍODO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	77
3.1 Decreto-Lei nº 7.661/1945: do individualismo aos primeiros indícios de leitura social	78
3.1.1 Diplomas precedentes.....	78
3.1.2 O Decreto-Lei nº 7.661/1945.....	82
3.1.3 Apontamentos críticos	89
3.2.1 A doutrina institucionalista e as sociedades empresárias	96
3.2.2 A construção conceitual da função social da empresa (1976-1988)	104
3.2.2.1 <i>A função social como superação do contratualismo</i>	106
3.2.2.2 <i>A relevância econômica das sociedades por ações e a multiplicidade de interesses</i>	107
3.2.2.3 <i>O bem público como limitador da atuação do controlador</i>	111

3.2.2.4 <i>O tríplice interesse e a função social como norma de aplicabilidade imediata</i>	113
3.2.2.5 <i>Poder e responsabilidade</i>	115
3.2.2.6 <i>Princípio básico de conduta do controlador</i>	117
3.2.3 Caracterização do período a partir da noção de paradigma em Thomas Kuhn.....	118
4 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO PARADIGMA DOS PRINCÍPIOS	123
4.1 A Constituição de 1988 e o paradigma dos princípios	123
4.1.1 Sobre princípios e regras	132
4.1.2 A constitucionalização do direito privado.....	140
4.2 A função social da empresa no paradigma dos princípios	147
4.2.1 Função social, controlador e administradores	158
4.2.2 Função social, relações de consumo, tributárias, ambientais e trabalhistas	160
4.2.3 Função social e responsabilidade social	164
4.2.4 Função social e legitimidade para intervenção estatal	166
4.2.5 Função social implícita e princípio da preservação da empresa	168
4.3 Função social da empresa e(m) recuperação judicial	169
4.3.1 Anos de transição (1988-2005): do anteprojeto à Lei de Recuperações e Falências.....	170
4.3.2 A Lei nº 11.101/2005, a recuperação judicial e a função social da empresa	175
4.3.3 Impactos quantitativos da nova legislação nos pleitos de falência e recuperação judicial	184
5 CRISE PARADIGMÁTICA: PROPOSIÇÕES PARA UMA REINTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL	189
5.1. Função social e recuperação judicial na jurisprudência	190
5.1.1 Análise das decisões da Justiça do Trabalho.....	191
5.1.1.1 <i>Assunção dos riscos da atividade</i>	193
5.1.1.2 <i>Imputação de deveres</i>	196
5.1.1.3 <i>Função social da empresa no direito coletivo do trabalho</i>	199

<i>5.1.1.4 Recuperação judicial e créditos trabalhistas</i>	201
5.1.2 Análise das decisões da Justiça Federal.....	205
<i>5.1.2.1 Penhora online, de faturamento e parcelamentos tributários</i>	205
<i>5.1.2.2. Execuções fiscais e recuperação judicial</i>	208
5.1.3 Análise das decisões da competência cível comum	209
<i>5.1.3.1 Decisões em matéria contratual</i>	211
<i>5.1.3.2 Decisões em matéria societária</i>	212
<i>5.1.3.3 Decisões em matéria processual</i>	216
<i>5.1.3.4 Outras matérias</i>	219
<i>5.1.3.5 Decisões envolvendo recuperação judicial</i>	222
5.1.4 Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça	229
<i>5.1.4.1 Função social da empresa e recuperação judicial no STJ</i>	231
5.2 A crise paradigmática e o papel da Análise Econômica do Direito ...	238
5.2.1 Função social da empresa e autonomia do Direito Empresarial	243
5.2.2 A crise no paradigma e a potencial contribuição da Análise Econômica do Direito	252
5.2.3 Função socioeconômica da empresa em recuperação judicial	264
CONCLUSÃO	274
REFERÊNCIAS	281

INTRODUÇÃO

Dois milênios separam a sacra propriedade romana, *ad astra et ad inferos*, da propriedade que obriga, insculpida na Constituição de Weimar, segunda grande carta político-social, antecedida apenas pela Constituição do México de 1917, para a qual a propriedade era pública (da nação) por natureza e privada por concessão.

A relativização da propriedade passou pela pena de filósofos, juristas, sociólogos e alcançou as páginas pias da Encíclica *Rerum Novarum* que, na edição de Quadragésimo Aniversário, da lavra do Papa Pio XI, faz menção à expressão que seria consagrada posteriormente: função social.

O conceito de função social, em sua acepção religiosa, dizia respeito à função da economia como um todo, mas não demorou, em sua apropriação jurídica, a ser lida como função social da propriedade, de onde se depreenderam, posteriormente, as funções sociais dos mais variados direitos, em especial daqueles de fundo econômico.

No direito brasileiro, alcança a propriedade pela via constitucional, como no artigo 5º, XXIII, e no artigo 170, III, e aparece em diversos diplomas da legislação infraconstitucional, *e.g.*, artigo 421 e artigo 2.035, parágrafo único, ambos do Código Civil. E, tanto pela via constitucional, enquanto derivação da função social da propriedade, quanto pela via infraconstitucional, pioneiramente nos artigos 116, parágrafo único, e 154, ambos da Lei nº 6.404/1976, alcança igualmente a empresa.

A empresa, por outro lado, assume, desde ao menos a Revolução Industrial, de forma crescente, a posição de agente econômico predominante e definidor da própria civilização contemporânea, afigurando-se como instituição social que pode ser tomado como definidor da civilização contemporânea. Constituída como companhia, assume posição dominante internacionalmente como outrora foram dominantes a Igreja e o Estado.

Pela relevância econômica, não tarda a ser pensada também sob a perspectiva de sua funcionalidade.

A percepção da empresa sob a ótica da função aparece originariamente na sua concepção *institucional*, após a Primeira Grande Guerra, que via nas grandes sociedades alicerces para a reconstrução nacional, bem como a

conhecida ideia de que uma determinada empresa da navegação da Hamburgo não existiria para distribuir dividendos, mas para organizar as linhas de navegação.

A relação que o direito estabelece, à luz das vertentes funcionalistas, com um fenômeno jurídico de faces múltiplas como a empresa, assume relevância especial que justifica a análise dedicada nesta tese.

As sociedades empresárias, especialmente quando de maior porte, representam um centro em torno do qual gravitam variados interesses, que vão desde os acionistas (*shareholders*) até os componentes da comunidade em que se insere (*stakeholders*), alcançando relações de ramos jurídicos diversos, como trabalhistas, de consumo, ambientais e tributárias.

A intervenção jurídica neste contexto, sobretudo a partir de conceitos de amplitude tão significativa quanto o princípio da função social da empresa, exige cuidados especiais.

É imperativo fugir da armadilha de uma definição romantizada e demasiadamente vaga, sob pena de não se dar o pretendido passo adiante na aplicabilidade da norma. Ela não pode ser erigida à condição de panaceia para todos os males sociais, impondo-se à empresa a condição de vilã e promovendo intervenções mal calculadas, geradoras de mais externalidades negativas do que aquelas que se visa a coibir.

E se a intervenção depende de cautelas especiais no contexto regular da atividade empresarial, impende cuidado redobrado quando se pensa a intervenção voltada à atividade empresarial em crise.

Utilizando-se do método de pesquisa bibliográfica e de metodologia de pesquisa quantitativa e qualitativa de decisões judiciais, este é o recorte analítico eleito para a presente tese, que pretende analisar a função social da empresa com foco especialmente na empresa em recuperação judicial, nos moldes da Lei nº 11.101/2005, inserindo-se na área de concentração “Direito das Relações Sociais” e na linha de pesquisa “Direito, Tutela e Efetividade”, do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

É mister apontar que a análise a que se propõe o presente trabalho não se volta à determinação das raízes da correlação entre *direito e função* sob a ótica da teoria geral, ainda que se alicerce em alguns de seus apontamentos. Nem tampouco se pretende repetir o caminho histórico do Estado liberal ao

Estado social para justificar historicamente a intervenção na propriedade privada e a conseqüente funcionalização do exercício do direito de propriedade ou a limitação à autonomia privada na condução de atividades econômicas.

A exposição tem como única finalidade explicitar a extensão e a complexidade que se permite extrair ao se invocar a categoria *função social*, complexidade que se amplia exponencialmente quando se escapa das categorias fundamentais que inspiraram a leitura da propriedade (sobremaneira a propriedade rural), notoriamente estáticas, e se passa à análise de uma categoria tão dinâmica quanto a empresa e, em especial, a empresa em crise.

Mais. É essencial fixar, desde já, que a leitura que se fará da função social da empresa, apesar da consciência de outras faces e de todo o conteúdo ideológico subjacente, dar-se-á no contexto do modo capitalista de produção, em consonância à opção constitucional, desvelada, dentre outros, na fixação da liberdade de iniciativa como baliza para o exercício da atividade econômica e no reconhecimento do direito à propriedade privada.

E, no modo de produção capitalista, partirá do pressuposto de que as relações de trabalho são legítimas, no contexto da ordem econômica, bem como que o lucro é elemento não só inevitável quanto desejável, eis que escopo por natureza do exercício da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços quando se tem um modelo capitalista como pressuposto.

Ainda, visando a distinguir os momentos históricos da percepção da função social da empresa no direito brasileiro, tomar-se-á como linha as construções teóricas de Thomas Kuhn quanto à noção de paradigma, nos moldes como explicitada na obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*.

A crítica que se pretende construir nas páginas subseqüentes reconhece o papel especialíssimo da jurisprudência. Não que o conhecimento jurídico se deva render à decisão judicial, mas não pode, igualmente, ignorá-la. O trajeto do deontológico ao ontológico não vem da pena da doutrina, mas do conteúdo das decisões judiciais.

É por força delas que o direito que *deve ser* dá espaço ao *direito que é*. O trânsito em julgado faz até mesmo da mais equivocada decisão um elemento imutável do ordenamento. A relevância das decisões judiciais, portanto, será

considerada com proeminência na análise da função social da empresa, visando a identificar sua extensão semântica nos julgados.

À luz dessas premissas, apresenta-se as seguintes hipóteses:

a) A noção de paradigma de Thomas Kuhn e seus conceitos correlatos permitem identificar, na percepção jurídica da função social da empresa: (i) uma fase pré-paradigmática, quando a expressão função social da empresa aparece pela primeira vez, nos artigos 116 e 153 da Lei nº 6.404/1976; (ii) a formação de um paradigma, a partir da Constituição de 1988 e da constitucionalização do direito privado, com reflexos na percepção da função social, identificáveis tanto na doutrina quanto na jurisprudência; (iii) elementos de crise no paradigma, como a ausência de aferição de impactos econômicos na construção das decisões ou sua invocação sem rigor metódico.

b) A incorporação de ferramentas de Análise Econômica do Direito permite: (i) a identificação de elementos de crise na leitura doutrinária e na aplicação jurisprudencial do princípio da função social da empresa no contexto do paradigma presente; (ii) a superação, no Direito Empresarial, do paradigma dos princípios, permitindo a proposição de balizas para uma funcionalização da empresa em recuperação judicial que não descuide da segurança jurídica e da eficiência necessárias à redução das externalidades negativas, permitindo a transição de uma função social para uma função socioeconômica da empresa.

Nesta esteira, o primeiro capítulo será dedicado a apontar a emergência da função social e da função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro, problematizando sua aplicação e lançando a semente da necessidade de consideração de elementos de ordem econômica em sua aplicação, que assume especial relevância no contexto do impacto socioeconômico das atividades empresariais e as especiais circunstâncias que a cercam no contexto de crise, com a adoção de mecanismos jurídicos de recuperação.

Ao segundo capítulo incumbirá a indicação de balizas de ordem teórica especialmente no tocante ao aproveitamento do conceito de paradigma e outras ferramentas extraídas do pensamento de Thomas Kuhn, no que explicitadas na obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, como os conceitos de ciência normal e crise paradigmática, estabelecendo-se igualmente as mediações para necessárias para sua utilização como ferramenta para a análise de fenômenos jurídicos.

O terceiro capítulo tratará do Decreto-Lei nº 7.661/1945 como resultante de um longo ciclo de variações dos marcos legislativos do tratamento jurídico das empresas em crise, apontando sua moldura inicial, de forte cunho individualista, em transição para um quadro de individualismo mitigado e de proteção de um corpo maior e mais complexo de interesses vinculados.

Outrossim, será dedicado à apresentação da corrente institucionalista, na condição de semente da visão funcionalista da empresa, seguida da análise da doutrina de época (representativo do período de 1976 a 1988, a partir de obras selecionadas por critério de relevância e acessibilidade), acerca da função social ditada pela Lei nº 6.404/1976, a fim de aferir se as formulações incipientes já permitiam a identificação de um paradigma, na acepção de Kuhn.

Dedicar-se-á, por sua vez, o quarto capítulo à modificação na forma de apreensão, pelo conhecimento jurídico, da função social da empresa, a partir da Constituição de 1988.

Indicar-se-á que a modificação se deve ao movimento de troca paradigmática constituído a partir dela e que ensejou a apreensão, pela ciência normal, da função social da empresa como norma jurídica, no chamado paradigma dos princípios.

No mesmo contexto, tratar-se-á da reestruturação conceitual do Direito Falimentar, que passa a ser pensado antes como fórmula de preservação da atividade empresarial do que como mecanismo de liquidação, a partir de sua interconexão, positivada com a Lei nº 11.101/2005, com o agora princípio da função social da empresa.

Por fim, o quinto capítulo será dedicado, em primeiro lugar, à identificação de indícios de crise paradigmática, na acepção que lhe dá Thomas Kuhn, por força da grande expansão semântica do princípio da função social da empresa, demonstrada a partir da análise de julgados múltiplos, bem como da ausência de aplicação de metodologia econômica.

Na mesma esteira, tratar-se-á da autonomia do Direito Empresarial, pela peculiaridade dos fenômenos que regula, indicando-se a necessidade de superação paradigmática, no tocante ao Direito Empresarial, a partir da Análise Econômica do Direito, permitindo que se transite da ideia de função social pura para a ideia de função socioeconômica da empresa em geral e da empresa em recuperação judicial em especial.

1. FUNÇÃO SOCIAL E ATIVIDADE EMPRESARIAL EM CRISE

A função social é invocada em proposições religiosas, filosóficas e sociológicas. No direito brasileiro, alcança a propriedade pela via constitucional, como no artigo 5º, XXIII, e no artigo 170, III, e aparece em diversos diplomas da legislação infraconstitucional, *e.g.*, artigo 421 e artigo 2.035, parágrafo único, ambos do Código Civil.

A empresa, por outro lado, assume, desde ao menos a Revolução Industrial, de forma crescente, a posição de agente econômico predominante e definidor da própria civilização contemporânea.

Na esfera do Direito Empresarial, assume o lugar dos atos de comércio como elemento central do sistema. É tomada como “organização dos fatores de produção, para a criação ou oferta de bens ou de serviços em massa”¹ e tem definição positivada, reflexa daquela de empresário (seu titular), como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, nos termos do artigo 966 do Código Civil.

Quando alçada ao papel de principal componente do modo de produção capitalista, alicerçado na livre iniciativa, a empresa interfere na configuração socioeconômica de maneira pujante, seja sob a roupagem das megacorporações, seja pelos pequenos empreendimentos, se coletivamente considerados. E seu impacto ganha contornos especialíssimos em contexto de crise.

Dedicar-se-á o capítulo presente a apontar a emergência da função social e da função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro, problematizando sua aplicação e lançando a semente da necessidade de consideração de elementos de ordem econômica em sua aplicação, que assume especial relevância no contexto do impacto socioeconômico das atividades empresariais e as especiais circunstâncias que a cercam no contexto de crise, com a adoção de mecanismos jurídicos de recuperação.

¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

1.1 O funcionalismo no discurso jurídico

Malgrado a correlação entre direito e função represente um clássico objeto de Teoria do Direito antes de ser um tópico típico do Direito Comercial, impende trazer à reflexão alguns dos elementos doutrinários que moldam o debate, por se tratar das raízes conceituais que, mais tarde, inspirarão a construção conceitual da função social da empresa.

Analisar a função social da empresa perpassa, necessariamente, o campo da liberdade contraposto ao campo da intervenção. O campo do público contraposto ao campo do privado.

É praxe, aliás, que a análise da locução se dê trazendo a construção de um *iter* que perpassa o liberalismo, esforça-se por desconstruí-lo, apontando para a emergência do estado social, sobretudo no segundo pós-guerra e, deste ponto em diante, apresenta a justificação teórica da função social.

Nesta esteira, Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral assevera que “a sociedade formada sob a égide do Estado liberal² se demonstra fundada na economia de mercado e no livre acesso aos mercados”³. Em seu seio, o “Estado liberal não tinha muito em conta o que ocorreria a partir do exercício da liberdade individual, mas sim que esse exercício tinha caráter supremo e jamais poderia ser tolhido”⁴.

Este caldo teórico permitiria o nascimento do modelo capitalista em que, se puro, “os interesses particulares de empresas e indivíduos se sobrepõem à realidade e às necessidades do contexto social”⁵.

² Vale reportar o clássico (e único) excerto da obra de Adam Smith em que a expressão fundante do chamado Estado liberal, *mão invisível*, é apontada: “Portanto, já que cada indivíduo procura, na medida do possível, empregar seu capital em fomentar a atividade nacional e dirigir de tal maneira essa atividade que seu produto tenha o máximo valor possível, cada indivíduo necessariamente se esforça por aumentar ao máximo possível a renda anual da sociedade. Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. Ao preferir fomentar a atividade do país e não de outros países ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo”. (SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 396).

³ AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008, p. 14.

⁴ Idem, p. 15.

⁵ Idem, p. 23.

O reflexo seria sentido no universo jurídico a partir da conceituação da propriedade, instituto que “era tão caro ao direito moderno que qualquer restrição sobre ele denotava diminuição da liberdade individual”⁶. E arremata: “[c]omo a liberdade individual foi o *leitmotiv* do Estado liberal, restringir a propriedade seria retroceder no processo histórico”, mas “sendo irrestrito tal direito, restava atrelado ao ter algo a possibilidade de ser alguém”⁷.

Impacto semelhante se identifica em face do contrato. A liberdade que “permitiu a construção de uma ideia de propriedade como atributo do indivíduo afastado de qualquer restrição” alicerçou, igualmente, “o instituto contratual como sendo aquele pelo qual indivíduos livres e detentores de bens fazem acordos que se constituem como lei entre ambos”⁸.

Dadas as mazelas que gerou, dito formato de Estado deu lugar ao Estado social, “que tem por escopo o bem-estar da sociedade, norteador por ditames da justiça social, no intuito de recuperar a estabilidade da coletividade, diminuindo as desigualdades apresentadas ao longo do período em que viveu o liberalismo”⁹.

Enquanto na versão liberal do Estado os direitos tinham funções individuais, eis que voltados à proteção da propriedade privada e da liberdade da pessoa¹⁰, quando emerge o Estado social “os institutos jurídicos não mais são garantidos para a consecução de objetivos individuais”, mas “passam a ter que exercer o que hoje chamamos de função social”.¹¹

Para Frederico Thales de Araújo Martos, a funcionalização “representa a reconstrução dos principais institutos do direito”, almejando “um novo equilíbrio entre os interesses individuais e as necessidades coletivas e sociais”, o que seria fruto “do desenvolvimento e da evolução natural pela qual passa a sociedade para a melhor adequação do direito”¹².

⁶ Idem, p. 45.

⁷ Ibidem.

⁸ Idem, p. 47.

⁹ Idem, p. 61.

¹⁰ A escolha da expressão *pessoa* visa a abranger tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas, sobremaneira em vista de serem pessoas jurídicas as titulares das empresas de maior vulto que, pela cadeia complexa de relações jurídicas que constroem, são as figuras centrais da presente análise.

¹¹ AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **Op. cit.**, p. 69.

¹² MARTOS, Frederico Thales de Araújo. **Direito Empresarial Moderno: a função social da empresa contemporânea**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2015, p. 121.

Postas as premissas, conceitua a *função social* como o “poder-dever atribuído ao indivíduo, respaldado na lei, o qual reduz a liberdade do indivíduo ao determinar a finalidade do bem”, cominando “ao proprietário a obrigação de exercê-la, agindo como fonte de comportamentos positivos”.¹³

Por sua vez, Luiz Antônio Ramalho Zanoti indica que a percepção social da propriedade representa a superação do ideário liberalizante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pois “não há mais direito absoluto e intangível”, visto que a legislação instituiu sobre o instituto “limitadores para o seu exercício, para que se construa uma sociedade mais justa, mais equânime e mais solidária, de conformidade com os primados da justiça social”¹⁴. E arremata: “[o] conceito de propriedade perdeu o caráter absoluto-individual, e adquiriu uma concepção relativo-social”.¹⁵

Sob a perspectiva da análise marxista¹⁶, a funcionalização refere-se ao atendimento às necessidades do modo de produção. O direito “percebe as necessidades postas pelo modo de produção”, trazendo-as para dentro de sua estrutura a partir da positivação de normas “que venham garantir o funcionamento da ordem capitalista”. Sob esta perspectiva, “o direito privado é entendido como um complexo de normas, cujo centro de atenção é a propriedade privada, que tem por função justamente expressar uma forma de produção de normas jurídicas individuais adaptadas ao sistema econômico capitalista”¹⁷.

Em alguma medida, o debate amolda-se à oposição entre liberdade e intervenção, entre público e privado, traduzida por Maurizio Fioravanti:

De um lado, a sociedade liberal do célebre binômio britânico *liberty and property*, com as liberdades civis e políticas, que pensa poder responder às necessidades sociais com o mercado, reduzindo a intervenção pública ao mínimo possível. De outro lado, as Constituições democráticas ricas de direitos em matéria social, com base em que se funda, pelo contrário, uma extensa intervenção pública, que foi rotulada “Estado social” no século XX. Em suma, Privado e Público, e vice-versa, cada um se esforçando a exaltar as próprias virtudes, ilustrando os defeitos e falhas do outro. As virtudes do Privado, que reduzem ao mínimo o espaço do Público, ou, ao

¹³ Idem, p. 122.

¹⁴ ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na Ordem Econômica – Princípios e Função Social**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 105.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ SILVA, Rodrigo Daniel Félix da. A formação do direito civil pelo capitalismo: uma análise crítica marxista. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 62.

¹⁷ Idem, p. 62-63.

contrário, as virtudes do Público, que curam os pecados e os egoísmos do Privado.¹⁸

Luiz Edson Fachin, após remeter ao período pré-clássico, em que predominaria a propriedade comum¹⁹, trata da formatação do direito à propriedade em Roma (“direito absoluto e perpétuo, excluindo-se a possibilidade em exercitá-la vários titulares”²⁰) e firma na aceção do instituto albergada pelo *Code Civil Napoléon* (1804) a fórmula máxima mais próxima da aceção atual²¹.

Esta percepção absoluta daquele direito “sofreu a intervenção de ideias que progressivamente construíram a doutrina da denominada *função social* da propriedade”, elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição Alemã de Weimar (1919)²².

Ressalva, porém, que embora corresponda a uma alteração no regime tradicional, a doutrina da função social “não é questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é sua utilização”²³, não tendo o condão de tornar válida a assertiva de que a propriedade se resumiria a sua função social.

Enfatiza, nesta toada, que “a propriedade *tem* uma função social, princípio jurídico aplicado ao exercício das faculdades e poderes que lhe são inerentes”, mas o princípio “não transmuda realmente a propriedade para o direito público”²⁴.

Para Ana Frazão, que ressalta a prevalência do que chama *dimensão funcional ativa*, não apenas passiva, em matéria de função social da propriedade, o que dá unidade às teorias é²⁵:

¹⁸ FIORAVANTI, Maurizio. Público e privado: os princípios fundamentais da constituição democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, 2013, p. 13.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 14.

²⁰ Idem, p. 15.

²¹ Art. 544. *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière plus absolue*. Cabe recordar que a formatação da propriedade no Código Civil francês de 1804 ainda era focada na propriedade imobiliária. A propriedade de bens móveis não assumia a relevância que assume hodiernamente, sobremaneira aquela de valores mobiliários, como as ações, e direitos como aqueles de propriedade industrial. Nem tampouco, vale dizer, de créditos, o que assume conotação especial quando se permite cogitar da função social da propriedade de créditos, bens móveis para fins legais (art. 83, III, do Código Civil) e que têm relevância especial no contexto da empresa em recuperação judicial.

²² FACHIN, Luiz Edson. **Op. cit.**, p. 17.

²³ Idem, p. 18.

²⁴ Idem, p. 19.

²⁵ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 103.

a preocupação de que os direitos subjetivos possam e devam ser instrumentos de construção de uma sociedade mais justa e solidária, resgatando o compromisso dos mesmos com a liberdade e a emancipação não apenas dos seus titulares, como também dos demais membros da sociedade.

Vera Helena de Mello Franco dá destaque ao “conteúdo meta jurídico” da função social, que permite atribuição de sentido “variável conforme as diferentes ideologias ou políticas em vigor num determinado momento para uma coletividade determinada”²⁶, podendo representar, à luz da ideologia predominante, padrões de abstenção ou padrões de conduta.²⁷

Fábio Konder Comparato, por fim, ocupa-se da transição entre a função social da propriedade e a função social da propriedade dos meios de produção (em última análise, arraigando a função social da empresa em base constitucional), ditando-lhe dimensão positiva:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus* (...) [e] se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um *poder-dever* do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.²⁸

O autor complementa, dando realce à questão da propriedade dos bens de produção, que a sua “destinação ou função, no ciclo econômico, não é tarefa que deva ficar inteiramente submetida ao princípio da autonomia privada”, bem como que, quando ditos bens de produção encontram-se incorporados a um ciclo produtivo empresarial, o atendimento à função social deixa de ser poder-dever

²⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. Função social e procedimento recuperacional: a função social sob novo enfoque. **Direito & Justiça**, v. 41, n. 2, jul.-dez. 2015. p. 227.

²⁷ E complementa: “Neste patamar, de um lado estão aqueles que sustentam a concreção destes interesses em um regime de livre iniciativa, no qual somente se admite a participação do Estado em caráter suplementar e subsidiário da atividade privada, posição conforme a tradição liberal, ou com mais atualidade, neoliberal. Do outro, erguem-se os que clamam pelo controle social desta atividade pelo Estado, segundo um plano de ação que pode tanto ser meramente indicativo, como coativamente imposto e as nuances aqui podem ir desde uma postura meramente intervencionista até uma economia dirigida que pode levar, inclusive, a abolição do livre mercado” (Idem, ibidem).

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, v. 63, jun/set de 1986, p. 75.

do proprietário e passa a ser do controlador²⁹ (vide, *infra*, análise da positivação do dever pelo artigo 116 da Lei das Sociedades por Ações).

Em suma, os autores citados constroem uma correlação direta entre o direito subjetivo do ente titular da propriedade (e aqui enquadrar-se-ia a empresa, tida como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços) e a ideia de que este não poderia ser exercido de maneira absoluta. De que traria ínsita uma configuração de comportamento, tanto sob a perspectiva da limitação ao exercício, quanto na conotação de direito-dever, na acepção de que a propriedade carregaria consigo também imposições de comportamento, *função* na acepção positiva, de adoção de determinadas condutas.

Afigura-se tensão entre a liberdade de ação do titular do direito e espécie de pretensão de planificação, de delineamento dos caminhos que pode trilhar, a partir da incorporação da concepção de função social ao núcleo do direito.

1.1.1 Direito subjetivo e função social em Léon Duguit

A correlação entre a liberdade, conforme delineada acima, e o exercício de direitos assume uma conotação bastante peculiar no pensamento de Léon Duguit:

O homem vivendo em sociedade tem direitos; mas, estes direitos não são prerrogativas que lhe pertencem, por ser homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, ele tem um dever a cumprir e deve ter o poder de cumprir o seu dever. Vê-se que se está longe da concepção do direito individual. Não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem, que fundamentam a regra de direito que se impõe aos homens vivendo em sociedade. É ao contrário, porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a cumprir uma certa função social, que todo homem tem direitos que têm, assim, por princípios e por medida a missão que ele deve desempenhar.³⁰

Embora inspirado pela ideia de limitação do poder do Estado e tratando de direitos públicos subjetivos, constrói leitura teórica que refuta as construções

²⁹ Idem, p. 77.

³⁰ DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. [s.l.: [s.e.] 1923 *apud* COSTA, Moacyr Lobo da. O direito público subjetivo e a doutrina de Duguit, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 47, 1952, p. 491-502.

de Rudolf von Ihering, Georg Jellinek e Bernhard Windscheid³¹, substituindo o conceito de direito subjetivo pelo de situação jurídica.

Em sua leitura, em condições pré-determinadas pelo direito objetivo é que se abre caminhos de direito com potencial de garantir aos indivíduos determinadas vantagens, situações jurídicas frente à lei. E esta situação jurídica cria para o indivíduo “não um direito, mas uma obrigação, a obrigação de contribuir para o progresso da solidariedade social”.³²

Como aponta Paulo Nader³³, a derivação do posicionamento de Léon Duguit vem do trabalho que desenvolveu como sociólogo do Direito, mais especificamente por sua produção no primeiro quarto do século XX. Alicerçado no pensamento de Émile Durkheim e de seus conceitos de solidariedade mecânica e orgânica, Léon Duguit estruturou concepção social fundada nas ideias de solidariedade por semelhança e solidariedade por divisão do trabalho.

Sob esta ótica, a estruturação social dar-se-ia no desenvolvimento das formas de solidariedade social, cabendo ao Direito o papel de garanti-la. A dita solidariedade, aliás, seria o próprio filtro de legitimidade da legislação: só seria legítima a norma jurídica que a promovesse. Ou, na síntese de Bustamante y Montoro, citados por Paulo Nader, “não fazer nada que atente contra a solidariedade social, em qualquer de suas formas, e fazer tudo que conduza a realizar e a desenvolver a solidariedade social mecânica e orgânica”³⁴.

Foi este pressuposto teórico, aliado ao ideário positivista de Augusto Comte, de que o único direito deveria ser dar cumprimento aos deveres imputados ao indivíduo³⁵, o que levou Léon Duguit a negar totalmente a ideia de direito subjetivo e passar a ler as condutas dos sujeitos de direito a partir, unicamente, de sua função social.

O papel do ordenamento, tido como sendo a proteção dos direitos individuais, tem seu centro deslocado para a proteção da estrutura social, o ordenamento jurídico passa a se fundar “não na proteção dos direitos individuais,

³¹ Idem, p. 497.

³² Idem, p. 498.

³³ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 58-59.

³⁴ MONTORO, A. S. Bustamante y. **Introducción a la Ciencia del Derecho**, 3a ed., Cultural S.A., La Habana, 1945, p. 37, *apud* NADER, Paulo. **Op. cit.**, p. 74.

³⁵ Ou, no consagrado texto original: "Nul ne possède plus d'autre droit que celui de faire toujours son devoir".

mas na necessidade de manter a estrutura social, cabendo a cada indivíduo cumprir uma função social”³⁶.

Sobre o direito de propriedade, sintetiza Ana Frazão que “por meio da função social, procurava[-se] resgatar a intersubjetividade da propriedade, a fim de que esta deixasse de ser vista sob a perspectiva da relação entre um sujeito e um objeto, e fosse compreendida como um vínculo intersubjetivo entre distintos indivíduos a respeito da utilização de um bem específico.”³⁷

Como preleciona Moacyr Lobo Costa, para Léon Duguit “o proprietário não tem o direito subjetivo de usar a coisa segundo o arbítrio exclusivo de sua vontade, mas, o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assinalada pela norma do direito objetivo” o que representa “a substituição da noção de direito subjetivo — como um poder da vontade individual de se impor às outras vontades (a *Willenstheorie* de Bernhard Windscheid), entidade puramente metafísica — pela do dever social”³⁸.

Transposta a diretriz do indivíduo humano tomado como pessoa física para algo mais abrangente, incluindo sujeitos de direito não humanos, caso dos entes societários em geral, ou a própria pessoa física considerada na esfera do exercício da atividade econômica organizada compatível com o artigo 966 do Código Civil brasileiro, por exemplo, as consequências da leitura de Duguit para a função social da empresa ficam patentes: a esfera de liberdade do agente econômico fica adstrita às lindes da promoção da solidariedade social.

Embora a postura de Léon Duguit não tenha prevalecido na doutrina jurídica europeia continental e na sua área de influência, nela incluído o ordenamento jurídico brasileiro, não se pode deixar de destacar que o esforço de plena funcionalização no exercício de determinados direitos ganharia força em algumas concepções mais radicais da própria função social da propriedade e, conseqüentemente, da empresa.

À crítica dedicar-se-á capítulo próprio, mas é mister ponderar que toda a construção do jurista francês passa, *i.e.*, ao largo de qualquer balizamento econômico, no que se tem destacada proximidade em invocações

³⁶ NADER, Paulo. **Op. cit.**, p. 302.

³⁷ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 96.

³⁸ COSTA, Moacyr Lobo da. O direito público subjetivo e a doutrina de Duguit. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 47, 1952, p. 376.

contemporâneas da função social da empresa tanto na esfera acadêmica quanto, empiricamente, na aplicação do princípio pelo judiciário.

1.1.2 Da estrutura à função do direito à luz do pensamento de Norberto Bobbio

Outro autor moderno a se dedicar ao estudo da relação entre direito e função é o italiano Norberto Bobbio. Para ele, a teoria do direito ainda se prende muito a uma função repressiva, dominando posturas que tratam do direito como ordenamento coativo, com predomínio das sanções negativas³⁹.

Identifica-se, porém, de maneira crescente, a percepção do avanço de sanções positivas, ensejadoras de uma função promocional do ordenamento jurídico⁴⁰. Esta postura fica assentada nas constituições pós-liberais, em que *garantir* (da perspectiva de tutelar, resguardar) passa a dar espaço a *promover*.

O autor exemplifica a assertiva com o conteúdo da Constituição italiana, que assevera ser função da República promover as condições que tornam efetivo o direito do trabalho⁴¹, as autonomias locais⁴², o desenvolvimento da cultura e da pesquisa⁴³. Traslade-se da constituição italiana para a brasileira e se terá, igualmente, assertivas voltadas à promoção do bem público⁴⁴, a defesa do consumidor⁴⁵ e a defesa contra as calamidades^{46,47}.

Comparando as funções, Norberto Bobbio divide os padrões de conduta humana em atos conformes e atos desviantes. Em face dos primeiros, a técnica protetivo-restritiva visa a protegê-los, garantindo a possibilidade de escolher fazer,

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007, p. 7. Acrescenta o autor que ainda quem identifique a viabilidade de sanções positivas, como Hans Kelsen, Francesco Carnelutti, Felix Oppenheim e J. P. Gibbs, sempre as trata como secundárias ou desprovidas de relevância prática (idem, p. 8).

⁴⁰ Idem, p. 13.

⁴¹ Art. 4. La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

⁴² Art. 5. La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali [...].

⁴³ Art. 9. La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica [33, 34].

⁴⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁵ Art. 5º [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁴⁶ Art. 21 [...] XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

⁴⁷ O verbo promover se faz presente em 34 passagens constitucionais, dando noção da extensão da absorção da função promocional pelo texto constitucional.

se facultativos, fazer, se obrigatórios, ou de não fazer, se proibidos. No tocante aos desviantes, atribui-se consequências visando a seu desencorajamento⁴⁸. Quanto se está em face da função promocional, por outro lado, pretende-se não só tutelar, mas estimular a prática dos atos conformes. Em relação aos desviantes, substitui a repressão aos atos nocivos pelo estímulo aos atos conformes.

Na síntese do próprio autor⁴⁹:

Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípuo impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.

Sob esta perspectiva, pode-se indicar que normas atreladas à recuperação de empresas, no contexto dado pelo artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, têm função promocional voltada a permitir que as empresas se recuperem. A assertiva deriva, aliás, do enunciado normativo do dispositivo, onde se identifica que a recuperação judicial tem por objetivo dar viabilidade à superação da situação de crise econômico-financeira do empresário individual ou sociedade empresária.

As normas de cada perfil se distinguem estruturalmente. A medida de desencorajamento nasce com uma ameaça; a de encorajamento associa-se uma promessa. Aquele que viola uma norma de desencorajamento gera o direito de execução da ameaça à parte vitimada pela violação. No entanto, aquele que pratica um ato encorajado tem direito a ver garantida a promessa⁵⁰.

Por fim, tratando das indigitadas normas sob a perspectiva eminentemente funcional, as normas de desencorajamento são atribuídas a uma função de conservação, enquanto que às normas de encorajamento, voltadas a uma atuação positiva, associa-se funções de transformação⁵¹.

Sob esta ótica, por exemplo, normas voltadas a estimular a empresa a cumprir sua função social podem ser tomadas como normas que visam a transformar o papel da empresa no contexto social, o que se extrai em diversas passagens da doutrina, comumente visando a superar a conformação da função

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, p. 13-14.

⁴⁹ Idem, p. 15.

⁵⁰ Idem, p. 18.

⁵¹ Idem, p. 19.

da empresa à geração de lucro, conforme análise a que se dedicará tópico próprio (vide *infra*, 4.2).

Enquanto que às normas repressivas se atribui sanções negativas, a realização do *fattispecie* das normas promocionais traz como consequência sanções positivas, que “dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis”⁵².

Para melhor compreensão das sanções positivas, relevantes quando se tem em vista a promoção de função transformadora, sempre na acepção teórica dada pelo autor italiano, há que se superar a noção de sanção atrelada ao uso da força física (como na pena e na execução forçada, à luz de Hans Kelsen). Ela deve ser substituída pela noção de que a sanção jurídica consiste em “reação à violação, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida, em última instância, pelo uso da força”⁵³.

Norberto Bobbio pretende, porém, a superação da sanção como única forma de reação (positiva ou negativa) às condutas juridicamente relevantes. Neste contexto insere-se a chamada técnica de facilitação, vinculada às normas de encorajamento⁵⁴. Dita técnica⁵⁵:

Consiste no conjunto de expedientes com os quais um grupo social organizado exerce um determinado tipo de controle sobre os comportamentos de seus membros [...] não pelo estabelecimento de uma recompensa à ação desejada, depois que esta tenha sido realizada, mas atuando de modo que a sua realização se torna mais fácil ou menos difícil. Note-se a diferença: a recompensa vem depois, enquanto a facilitação precede ou acompanha a ação que se pretende encorajar.

Sob esta perspectiva, a Lei de Recuperações e Falências, de difícil enquadramento no contexto das sanções positivas e negativas, pode ser considerada como um conjunto de normas que visariam à facilitação da recuperação. Neste sentido, são uma manifestação da *técnica de facilitação* de Norberto Bobbio, mediante a construção de um ambiente institucional que proporcione a negociação entre os credores e o devedor pleiteante.

⁵² Idem, p. 24.

⁵³ Idem, p. 28.

⁵⁴ Que tem como contraponto, nas normas de desencorajamento, as técnicas de obstaculização. Nestas, não se proíbe diretamente, mas se desencoraja criando óbices.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, p. 30.

Por fim, cabe tratar da contribuição teórica de Norberto Bobbio voltada à construção de uma teoria funcionalista do direito. A abordagem é inaugurada atestando que, caso se pense o direito a partir de categorias estruturalistas e funcionalistas, dicotomia importada da Sociologia, a ênfase estaria nas primeiras: o foco está antes em “como o direito é feito” do que em “para que o direito serve”⁵⁶.

Limitando-se aos autores analisados por Norberto Bobbio, tanto Herbert Hart, que conceitua o ordenamento como soma de normas primárias e secundárias, atribuindo-lhe como função a certeza, mobilidade e eficácia do sistema, mas dando predomínio a seus caracteres estruturais⁵⁷, quanto em Hans Kelsen, para quem a ciência do direito deve se ocupar não das funções, mas das estruturas, os aspectos funcionais do direito são relegados a segundo plano⁵⁸.

Todavia, a transformação do papel do Estado põe em relevo o funcionalismo a partir do fenômeno do direito promocional⁵⁹:

O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático.

Não que esta nova perspectiva represente o sepultamento da perspectiva estruturalista. Esta permite a absorção daquela⁶⁰. No entanto, há necessidade de construir pontes entre a análise estrutural e uma análise funcional, de cunho promocional, do Direito⁶¹.

Isto porque a função social de um ordenamento jurídico não pode mais se limitar a controlar comportamentos. Fosse este o único intuito, bastariam as sanções negativas. O novo modelo, porém, exige o direcionamento dos

⁵⁶ Idem, p. 53.

⁵⁷ Idem, p. 54.

⁵⁸ Idem, p. 54-55.

⁵⁹ Idem, p. 71.

⁶⁰ Idem, p. 77.

⁶¹ Sob esta perspectiva se poderia falar, *e.g.*, na atuação promocional como ferramenta indutora de comportamentos através da atribuição de incentivos fiscais relacionados a tributos como o ICMS. Nesta seara, pode-se ter contextos de renúncia fiscal voltadas à atração de sociedades empresárias, em nome da função social desempenhada pela empresa. A complexidade inaugurada por uma postura indutora de comportamento se põe, porém, em fenômenos como a guerra fiscal, com potencial prejuízo ao federalismo cooperativo (neste sentido: SIMM, Camila Beatriz. Desafios e alternativas do estado indutor no contexto do federalismo cooperativo: o caso dos incentivos fiscais de ICMS. In: PERUSSOLO, Guilherme; PRIGOL, Natália Munhoz Machado (org.). **Direito Econômico e desenvolvimento**. Curitiba: Editora Íthala, 2016, p. 185-186).

comportamentos individuais a certos objetivos preestabelecidos. *E.g.*, direcionar o exercício da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços ao atendimento a uma função social (ou socioeconômica).

Põe-se em relevo, portanto, o aspecto funcional do direito, equilibrando-se com o aspecto estrutural. Se outrora era bastante apreendê-lo, com Hans Kelsen, como um ordenamento que busca obter dos indivíduos o comportamento desejado mediante a emanção de medidas de coerção, para Norberto Bobbio, à luz da necessidade de construção de uma teoria funcional do Direito, cabe defini-lo, sob o signo funcionalista, como uma “forma de controle e de direção social”⁶².

1.2 A função social e a função social da empresa

Dois milênios separam a sacra propriedade romana⁶³, *ad astra et ad inferos*, da propriedade que obriga (*Eigentumverpflichtet*), insculpida na Constituição de Weimar, segunda grande carta político-social, antecedida apenas pela Constituição do México de 1917⁶⁴, para a qual a propriedade era pública (da nação) por natureza e privada por concessão.

A relativização da propriedade passou pela pena de filósofos, juristas, ateus, alcançando as páginas pias da encíclica *Rerum Novarum* que, na edição de Quadragésimo Aniversário, da lavra do Papa Pio XI, faz menção à expressão que seria consagrada posteriormente: função social.

O texto traz à tona a função social da economia como um todo, enquanto critica excessos capitalistas:

Foi esta espécie de economia, que Leão XIII procurou com todas as veras regular segundo as normas da justiça; donde se segue que de per si não é condenável. E realmente sua natureza não é viciosa:

⁶² Idem, p. 79.

⁶³ A propriedade romana era individual e absoluta, valendo apontar, por todos, a caracterização de José Cretella Júnior: “No direito romano, a propriedade principia por ser um direito *absoluto e exclusivo*, que permite a alguém – o proprietário – utilizar a coisa como bem entender, inclusive de destruí-la, em virtude do *jus abutendi*. Não interessa ao romano dos primitivos tempos o que possa acontecer com a coisa, nem os dados que sua destruição possa ocasionar ao vizinho ou à coletividade. A *propriedade* tem um sentido personalíssimo, individualista. [...] O traço absoluto do direito de propriedade é posto em evidência através dos três *jura* que o caracterizam: o direito de *usar*, de *fruir* e de *abusar* da coisa (‘jus utendi’, ‘jus fruendi’, ‘jus abutendi’).” (**Curso de Direito Romano**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 119).

⁶⁴ Consoante disposto em seu artigo 27, parágrafo primeiro: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual há tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

só então viola a recta ordem, quando o capital escraviza aos operários ou à classe proletária com o fim e condição de que os negócios e todo o andamento económico estejam nas suas mãos e revertam em sua vantagem, desprezando a dignidade humana dos operários, a função social da economia e a própria justiça social e o bem comum.⁶⁵

O conceito de função social, em sua origem hierática, dizia respeito à função da economia como um todo, mas não demorou, em sua apropriação jurídica, a ser lida como função social da propriedade, de onde se depreenderam, posteriormente, as funções sociais dos mais variados direitos, em especial daqueles de fundo econômico.

Foi como *função social da propriedade* que se lançou a função social, no artigo 5º da Constituição Federal, rol de direitos e garantias fundamentais, cujo inciso XXIII é claro: a propriedade atenderá a sua função social⁶⁶. A prescrição ecoou adiante, no elenco de incisos do artigo 170, alçando-se a função social da propriedade à categoria de princípio da Ordem Econômica da República Federativa do Brasil. Não a esmo, a função social da propriedade está prevista logo após o princípio com que costuma construir contraste: a propriedade privada.

É de se destacar que a constitucionalização da função social da propriedade, seja na Europa, seja no Brasil, caminhou ao lado da garantia da propriedade privada. A redução desta a sua função social, passando ao largo do aspecto individual, nunca foi bem aceita, exceto em regimes totalitários⁶⁷.

Desta relação, com ares dialéticos, entre propriedade privada e a exigência de que seu exercício atenda a uma função social, têm brotado algumas

⁶⁵ VATICANO. Papa (1931: Pio XI). **Carta encíclica *Quadragesimo Anno***: aos veneráveis irmãos, patriarcas, primazes, arcebispos, bispos e demais ordinários em paz e comunhão com a sé apostólica bem como a todos os fiéis do orbe católico sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social em conformidade com a lei evangélica no xl aniversário da encíclica de Leão XIII «*Rerum Novarum*». Roma: [s.e.] 1931. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

⁶⁶ Vale ressaltar que constituições anteriores já traziam previsões semelhantes ao menos desde a Constituição de 1934 que previa ser “garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar” (art. 113, nº 17). A Constituição de 1988, porém, lança características distintas, exploradas *infra* (item 4), no trato do paradigma dos princípios, caracterizado, dentre outros elementos, pela atribuição de normatividade aos princípios constitucionais e a sua irradiação ao direito infraconstitucional, assim alcançando o direito privado e, nele, o direito de propriedade.

⁶⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 212.

das linhas mais relevantes do pensamento jurídico hodierno, pelo modo com que se espraiam por todas as relações humanas, em muito (ainda que não de todo) alicerçadas e condicionadas pelo desenrolar das relações econômicas.

A Constituição brasileira, dentre outros enunciados normativos, aponta para a função social em seu artigo 5º e no artigo 170:

Art. 5º. [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

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;

A própria disposição tópica dos enunciados representa a opção do constituinte: preserva-se, sim, o direito à propriedade privada; preserva-se, sim, a liberdade de iniciativa; mas exige-se o atendimento à função social. A propriedade é garantida, mas carrega, em igual medida hierárquico-jurídica, uma obrigação contígua: o atendimento à sua função social.

E não é só de normas de hierarquia constitucional que se vale a função social. A legislação ordinária, aliás, foi a primeira a prever a necessidade de respeito à função social na atividade empresarial, espécie de versão dinâmica da função social da propriedade, como se depreende do conteúdo da Lei das Sociedades por Ações de 1976, em seus artigos 116, parágrafo único, e 154, *caput*:

Art. 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

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

A função social aparece, ainda, no artigo 47 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Lei nº 11.101/2005:

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

Cabe ao Código Civil, de 2002, o fechamento da tríade, com a vinculação da liberdade de contratação. Sob o manto do dispositivo, a autonomia privada deverá ser exercida *em razão e nos limites* da função social do contrato⁶⁸, o que, considerando a contratualidade das sociedades limitadas, conecta sua contratação ao necessário respeito à função social. Também explicita a atribuição da obrigação do proprietário ao atendimento à finalidade social do direito de propriedade, nos termos do artigo 1.228, §1º⁶⁹.

A expressão aparece, ainda, em diversos outros *locus* legislativos. Na Constituição Federal, *e.g.*, é apontada no artigo 173, §1º, I⁷⁰, que indica que a função social deve ser apontada na lei que constitui as sociedades de economia mista e empresas públicas, diretriz consubstanciada posteriormente na Lei nº 13.303/2016, dedicada à regulação das empresas públicas e sociedades de economia mista⁷¹, bem como nos artigos 182 (*caput* e §2º)⁷², 184⁷³, 185⁷⁴ e

⁶⁸ É o que se depreende do artigo 421, que dita que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, bem como do artigo 2.035, parágrafo único: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁶⁹ Art. 1.228. [...] § 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.

⁷⁰ Art. 173. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

⁷¹ A Lei de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista (Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016), aliás, replica a expressão em seu artigo 27, ao asseverar que “a empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação”.

⁷² 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.

⁷³ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

⁷⁴ Art. 185. [...] Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

186⁷⁵, que fazem menção à função social da propriedade rural e urbana, bem como ditam sanções ao desatendimento.

As diretrizes quanto à propriedade urbana apontadas em sede constitucional são desenvolvidas, por sua vez, em instrumentos próprios, como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), cujo artigo 39 prevê que a propriedade urbana “cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”.

Quanto à propriedade rural, pode-se mencionar os artigos 2º, 5º e 9º da Lei nº 8.629 (Lei da Reforma Agrária), que apontam para as sanções ao descumprimento da função social da propriedade rural, definindo, em reflexo à Constituição, que atende a função social a propriedade rural em que há: “I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Na mesma esteira, ainda tratando da função social da propriedade rural, o Estatuto da Terra, promulgado pela Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que traz menção ao instituto da função social, bem como dita as balizas de seu

⁷⁵Art. 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; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Analisar-se-á, *infra* (4.1.1), especificamente em face deste dispositivo, interpretação doutrinária de que se estaria diante de *regra* e não de *princípio* quando se pensa a função social da propriedade rural.

atendimento, em seu artigo 2º⁷⁶, bem como no artigo 12, que diz ser intrínseca à propriedade da terra uma função social⁷⁷, no artigo 13⁷⁸, 18⁷⁹ e 47⁸⁰.

Ainda na seara da propriedade rural, por fim, cabe apontar a Lei de Política Agrícola (Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991), cujo artigo 2º define que a atividade agrícola “compreende os processos físicos, químicos e biológicos, onde os recursos naturais envolvidos devem ser utilizados e gerenciados, subordinando-se às normas e princípios de interesse público, de forma que seja cumprida a função social e econômica da propriedade”.⁸¹

E, ainda, pode-se destacar menções na Lei nº 8.906/1994, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil⁸², na Lei nº 11.124/2005, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS)⁸³ e na Lei dos Serviços de Saúde (Lei nº 8.080/1990)⁸⁴, dentre outros diplomas legislativos.

Se na Constituição a uma função social está adstrita a propriedade, na legislação ordinária nasce vinculação explícita a atividades e, na legislação de

⁷⁶Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. § 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

⁷⁷Art. 12. À propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta Lei.

⁷⁸Art. 13. O Poder Público promoverá a gradativa extinção das formas de ocupação e de exploração da terra que contrariem sua função social.

⁷⁹Art. 18. À desapropriação por interesse social tem por fim: condicionar o uso da terra à sua função social; [...].

⁸⁰Art. 47. Para incentivar a política de desenvolvimento rural, o Poder Público se utilizará da tributação progressiva da terra, do Imposto de Renda, da colonização pública e particular, da assistência e proteção à economia rural e ao cooperativismo e, finalmente, da regulamentação do uso e posse temporários da terra, objetivando: I - desestimular os que exercem o direito de propriedade sem observância da função social e econômica da terra;

⁸¹ O dispositivo merece citação sobremaneira por trazer apartadamente os vocábulos *social* e *econômico*, apontando para separação (ou necessária interconexão) que se discutirá *infra* (5.2.3).

⁸²Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

⁸³Art. 4º A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar: [...] d) função social da propriedade urbana visando a garantir atuação direcionada a coibir a especulação imobiliária e permitir o acesso à terra urbana e ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade;

⁸⁴Art. 14-B. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são reconhecidos como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, na forma do regulamento.

Direito Empresarial aparece, explicitamente, sua vinculação ao exercício da empresa.

Completa-se, por conseguinte, a ampliação da extensão da função social, que passa de sua visão clássica, jungida aos bens e, dentre estes, sobremaneira aos bens imóveis, para uma versão moderna, vinculada às relações jurídicas⁸⁵.

1.3 Atividade empresarial e impacto social

Como afirma Fabio Konder Comparato, caso se queira “indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa”⁸⁶.

Asseveram Adolf Berle e Gardiner Means que “a moderna sociedade anônima pode ser considerada não apenas como uma forma de organização social, mas, potencialmente (senão efetivamente), como a instituição dominante do mundo moderno”⁸⁷, como outrora foram dominantes a Igreja e o Estado.

A análise da pujança econômica das grandes corporações internacionais, partindo-se da lista *Global 2000*⁸⁸, edição de 2016, organizada pelo periódico *Forbes*, reforça a argumentação. O *ranking*, baseado em critério⁸⁹ que dimensiona faturamento, lucro, ativos e valor de mercado, aponta que as grandes companhias listadas, oriundas de sessenta e três países

⁸⁵SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 132, 2003, p. 7.

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa, **Revista de Direito Mercantil**, p. 57.

⁸⁷ BERLE, Adolf. A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 278.

⁸⁸ Disponível em <<http://www.forbes.com/sites/steveschaefer/2016/05/25/the-worlds-largest-companies-2016/#300a7ca437eb>>. Acesso em 13/12/2016.

⁸⁹ A metodologia da análise é declarada pelo periódico nos seguintes termos: “All figures are consolidated and in U.S. dollars. For companies in the U.S., Canada and off-shore (such as Bermuda) we use the latest-12-months’ financial data (sales, profits and assets). For international companies we use the latest-fiscal-year financial data. We rely heavily on the databases for all data, as well as the latest financial period available for our rankings (the final database screen was run in mid-April). Many factors play into which financial period of data is available for the companies and used in our rankings: the timeliness of our data collection/screening and company reporting policies, country-specific reporting policies and the lag time between when a company releases its financial data and when the databases capture it for screening/ranking. We quality-check the downloaded financial data to the best of our ability using other data sources, including Bloomberg and available company financial statements.” (Disponível em <http://www.forbes.com/sites/andreamurphy/2016/05/25/how-we-crunch-the-numbers/#dd5892762b7b>)

diferentes, no período contábil apurado alcançaram faturamento de 35 trilhões de dólares, lucrando 2,4 trilhões de dólares. Seus ativos somam 162 trilhões de dólares e seu valor de mercado combinado vai à casa dos 44 trilhões de dólares.

Algumas companhias, mesmo tomadas individualmente, alcançam patamares elevadíssimos nos quatro elementos analisados. A maior companhia do mundo, *Industrial and Commercial Bank of China* (ICBC), faturou 171,8 bilhões de dólares e ostenta ativos de 3,420 trilhões, com lucro de 44,16 bilhões e empregando 466.346 pessoas. A segunda maior, também um banco chinês, este com atuação no Brasil, *China Construction Bank*, tem 146,82 bilhões de faturamento, com 36,39 bilhões de dólares de lucro, com ativos de 2.825,98 trilhões de dólares. A primeira companhia não bancária⁹⁰ (quarta da listagem geral), *Berkshire Hathaway Inc.*, com 331 mil empregados, faturou 210,82 bilhões de dólares, lucrou 24,08 bilhões e tem ativos de 561,07 bilhões.⁹¹

Ainda na metodologia da *Forbes* e considerando as companhias brasileiras, há 19 companhias ranqueadas, sendo as três primeiras bancos (Itaú Unibanco Holding, Banco Bradesco e Banco do Brasil⁹²). Destaque, igualmente, para sociedades de economia mista, como a Petrobrás, que malgrado vivam notório período turbulento, segue faturando 96,29 bilhões de dólares.

As dimensões dão nota de uma mudança do tom internacional em matéria de protagonismo, sobremaneira a partir da globalização e da internacionalização dos capitais, marcadamente no segundo pós-guerra, crescendo em escala de maneira notória a partir da queda do bloco soviético, quando novos feudos se abriram ao capitalismo dominante em metade do mundo.

⁹⁰ Das dez maiores companhias listadas, seis são bancos. Além dos listados, há *Agricultural Bank of China*, *JP Morgan Chase*, *Bank of China* e *Wells Fargo*.

⁹¹ Sob esta perspectiva e migrando para a metodologia de análise de dados das corporações da *Global Justice Now*, divulgada pelo *World Economic Forum*, pode-se ter ainda visão comparativa da pujança econômica de corporações comparada com a economia de países independentes⁹¹. A lista indica que das 100 maiores entidades econômicas em escala global, 69 delas são corporações e 31 são países. Tomando-se as dez maiores, por exemplo, tem-se: Estados Unidos da América, China, Alemanha, Japão, França, Reino Unido, Itália, Brasil, Canadá e *Walmart*. Noutros termos, o *Walmart* tem faturamento superior ao de países como a Austrália, a Coreia do Sul, Espanha, África do Sul, dentre outros. Considerados os 30 primeiros listáveis, ter-se-ia ainda a *State Grid* (14^a), *China National Petroleum* (15^a), *Sinopec Group* (16^a), *Royal Dutch Shell* (18^a), *Exxon Mobil* (21^a), *Volkswagen* (22^a), *Toyota Motor* (23^a), *Apple* (25^a) e *BP* (27^a). As companhias listadas têm participação internacional, alcançam mercados em todos os continentes e valem-se dos elementos atrelados à globalização.

⁹² Com faturamentos de 50,9 bi, 65,9 bi e 65,6 bi; lucro de 7,7 bi, 5,1 bi e 4,3 bi; ativos de 324,1 bi, 257,5 bi e 354,2 bi; e valor de mercado de 50,5 bi, 41,5 bi e 17 bi, tudo respectivamente.

Não que seja novidade histórica tão recente. É de se ter em vista, como lembra Niall Ferguson, a experiência globalizante das três décadas que antecederam a Primeira Guerra Mundial⁹³ e que desapareceu exatamente com a eclosão desta e as reiteradas fugas do mercado⁹⁴, gerando uma cicatriz que só se curou décadas, predominantemente a partir dos anos 80 e de maneira crescente desde então.

A internacionalização faz brotar a chamada fábrica global, de possível construção por conta da crescente flexibilização das relações de trabalho e o aumento de progresso tecnológico que diminuiu os custos de transporte, invertendo a composição dos custos de produção e possibilitando que se cumpra etapas do processo produtivo em localidades muito distintas.

Neste contexto, decisões econômicas tomadas pelas grandes companhias têm o condão de engendrar efeitos deletérios massivos com alcance internacional. Neste esteio, vale rememorar eventos recentes, como quando, no mês de setembro de 2008, o *The New York Times*, em sua edição virtual, trazia a manchete: *Lehman Files for Bankruptcy; Merrill Is Sold*.⁹⁵

O *Federal Reserve*, à luz dos eventos, autorizou a concessão de empréstimo à *American International Group* (AIG), maior seguradora dos Estados Unidos da América e fortemente interligada com operações de risco, como a securitização de hipotecas, no montante de 85 bilhões de dólares, visando a proteger, nos termos da declaração oficial do *Fed*, os interesses do governo norte-americano e de seus contribuintes⁹⁶.

⁹³ FERGUSON, Niall. **A ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo**, p. 267-ss.

⁹⁴ À época, aponta Jeffrey Frieden, o formato de capitalismo com aspiração globalizante beirava o ideal clássico, com investimentos internacionais, migrações relativamente livres e um padrão econômico fixado a partir do ouro, tudo ensejando crescimento econômico internacional em níveis absolutamente sem precedentes. O fenômeno alcançou os países da Europa continental, a Inglaterra, mas sem desbordar do novo mundo, com países como Argentina, Estados Unidos e Austrália aparecendo de forma mais relevante, enquanto que outros, como Brasil e Japão, mostravam tímida integração (FRIEDEN, Jeffrey A. **Global Capitalism: its fall and rise in the twentieth century**, p. 54-55).

⁹⁵SORKIN, Andrew Ross. *Lehman Files for Bankruptcy; Merrill Is Sold*. Publicada em **The New York Times**, aos 14 dias de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/09/15/business/15lehman.html>>. Acesso em: 23 de abril de 2009. A notícia sentenciava: “*In one of the most dramatic days in Wall Street’s history, Merrill Lynch agreed to sell itself on Sunday to Bank of America for roughly \$50 billion to avert a deepening financial crisis, while another prominent securities firm, Lehman Brothers, filed for bankruptcy protection and hurtled toward liquidation after it failed to find a buyer.*”

⁹⁶No texto do comunicado oficial do Fed constava: “The Federal Reserve Board on Tuesday, with the full support of the Treasury Department, authorized the Federal Reserve Bank of New York to lend up to \$85 billion to the American International Group (AIG) under section 13(3) of the Federal Reserve Act. The secured loan has terms and conditions designed to protect the interests

A intervenção, contudo, expõe um paradoxo aparente: os resultados positivos da atividade eram apropriados pelos proprietários dos meios de produção em questão (acionistas da *AIG*), mas os resultados negativos foram socializados (recursos públicos para salvar a empresa privada)⁹⁷.

A nova crise pôs em debate a arquitetura do sistema financeiro, especialmente quanto ao seu potencial para a geração de riscos sistêmicos, bem como o papel dos mecanismos de supervisão e regulação.

Pôs, ainda, em xeque a tendência à auto-regulamentação do mercado financeiro e de capitais⁹⁸, justamente porque enseja descontrole, perda de consciência do volume e do risco total da soma das operações realizadas pelos agentes, elementos que assumem especial relevância no contexto da atividade empresarial em crise.

Confiou-se demasiadamente nos instrumentos de governança corporativa e gestão de riscos, crendo-se que estes, independentemente de uma atuação regulatória mais enfática, dariam conta da administração dos riscos e evitariam as falhas de mercado⁹⁹.

O volume das operações se ampliou a partir da transferência de riscos entre os bancos e o que se chamou *shadow banking system*, empresas não regulamentadas que operavam na captação de recursos, sem, no entanto, serem submetidas a fiscalização nos mesmos moldes das instituições financeiras típicas.

of the U.S. government and taxpayers. The Board determined that, in current circumstances, a disorderly failure of AIG could add to already significant levels of financial market fragility and lead to substantially higher borrowing costs, reduced household wealth, and materially weaker economic performance". Disponível em: <http://www.federalreserve.gov>.

⁹⁷A fragilidade do setor financeiro global, diga-se de passagem, não surgiu com a crise de 2008. Vide, *e.g.*, análise de crise dos anos 90: "The most globalized component of the international economy, finance, seemed to be its weakest link, as the global financial system was hit by wave after wave of currency and banking crises. Beginning in Europe in 1992, shocks shot from continent to continent: Mexico, East Asia, Russia, Brazil, Turkey, Argentina and beyond. Each round involved hundreds of billions of dollars, drew in international institutions, private investors, and national governments, and threatened the very stability of the international economy. Countries as different as Britain, Thailand, Brazil and Turkey tried desperately to protect their currencies as investors drained billions of dollars out of them, until eventually each government had to give up and let its exchange rate collapse – often with disastrous effects for the local economy. How had one of global capitalism's greatest promises, access to open international capital markets, turned into its greatest threat? (FRIEDEN, Jeffrey A. **Op. cit.**, p. 460).

⁹⁸ MENDONÇA, Helder Ferreira de. **Op. cit.**, p. 42.

⁹⁹ CINTRA, Marcos Antonio Macedo; FARHI, Maryse. A crise financeira e o global shadow banking system. **Novos estud. - CEBRAP** [online]. 2008, n. 82, p. 48.

O processo de globalização econômica crescente distribuiu os efeitos da crise de 2008 aos mais variados países, tanto por conta de os sistemas financeiros tenderem a uma interligação internacional, fenômeno relevante para o bom andamento do comércio internacional, tanto também por conta dos impactos que a condição de crise trouxe a determinadas variáveis econômicas, causando, *i.e.*, fuga de dólares dos países em desenvolvimento para mercados mais seguros, ocasionando a elevação do valor da moeda estadunidense, ensejando prejuízos a incontáveis sociedades empresárias (tratar-se-á, *infra*, do caso da Sadia e de sua exposição cambial).

Ademais, os próprios Estados nacionais se viram em situação de fragilidade frente ao alastramento internacional da crise, ante a percepção de que “todas as questões importantes no mundo contemporâneo extrapolam as fronteiras nacionais”¹⁰⁰¹⁰¹.

Isso deu força a estruturas plurinacionais, como o G-20, especialmente por conta de as economias emergentes terem sido menos atingidas pelos eventos recentes do que as consolidadas¹⁰². No entanto, é certo que ainda não há estrutura internacional eficaz e capaz de lidar com problemas multinacionais, como a crise de 2008 revelou ser.

Muito embora, portanto, seu impacto não tenha sido maior do que a de 1929¹⁰³, uma vez que os governos têm atuado rapidamente, com o fito de reconstruir o circuito de crédito-gasto-renda, em moldes *keynesianos*¹⁰⁴, suas dimensões surpreenderam o mundo e tornaram imperativo por em discussão o capitalismo global, suas variáveis regulatórias e, parece essencial, a aferição do atendimento a uma função social dos grandes conglomerados empresariais, sobretudo em contexto de crise.

Avulta a necessidade de uma leitura *funcional* das empresas, sobremaneira em vista de que, por força constitucional, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim

¹⁰⁰ SILVA, Carlos Eduardo Lins da. A crise e a nova configuração do poder nas relações internacionais. **Rev. USP** [online]. 2010, n.85, pp. 30-39, p. 34.

¹⁰¹ Tenha-se em mente não apenas a questão econômica, mas também a questão ambiental, especialmente no que se refere à poluição da água e do ar, dentre outras, como a proliferação de armamentos de destruição e massa, todas exigentes de soluções multilaterais, sob pena de ineficácia.

¹⁰² *Idem*, p. 35.

¹⁰³ MAZZUCHELLI, Frederico. **Op. cit.**, p. 58.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 59.

assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, consoante dispõe o *caput* do artigo 170.

Com efeito:

A busca de uma sociedade sustentável impõe a conscientização dos empresários de que há uma comunidade no interior das corporações e no entorno destas, que é afetada, direta ou indiretamente, positiva ou negativamente, pelos impactos das decisões que os empresários tomam. Com efeito, no desempenho de suas atividades econômicas, as empresas se inter-relacionam com esses atores que são alvos das iniciativas éticas de seus negócios, os chamados *stakeholders*, vez que ela não se constitui num ente isolado da sociedade.¹⁰⁵

Toda empresa, sobretudo se for de maior porte, acaba por representar um centro em torno do qual gravitam variados interesses, que vão desde o acionista (*shareholder*) até os componentes da comunidade em que se insere (*stakeholder*), sendo esta última por vezes a comunidade global.

Nesta esteira e sobremaneira na realidade brasileira,

onde a pobreza e a miséria impedem parte substancial da sociedade de ter o legítimo direito à autonomia, a função social da empresa implica necessariamente a existência de um padrão mínimo de distribuição de riqueza e dos benefícios da atividade econômica¹⁰⁶.

Outrossim, se o regular andamento da atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços enseja externalidades positivas e negativas, há que se ponderar que quando a harmonia se desconstrói, por eventos múltiplos (e de limitada previsibilidade), ensejando inadimplência em série, os riscos sistêmicos crescem em escala.

O contexto de crise e a percepção dos impactos socioeconômicos daí derivados reforça, por sua vez, a necessidade de construção de um ambiente institucional que viabilize o esforço de reorganização, como aquele ditado pela Lei nº 11.101/2005, à luz do pressuposto de que, no modo de produção capitalista, a empresa desempenha especial função social.

¹⁰⁵ ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Op. cit.**, p. 125.

¹⁰⁶ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/A, p. 201.

1.4 A empresa em crise e a Lei nº 11.101/2005

A Lei nº 11.101/2005 explicita, em seu articulado, o escopo da recuperação:

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

Considerando que a atividade empresarial tem seu trânsito jurídico traduzido contratualmente¹⁰⁷, o procedimento de recuperação submete esta face dinâmica da atividade empresarial a contornos peculiares. Se a condução regular da atividade empresária pressupõe o adimplemento como regra, a recuperação judicial se põe quando o inadimplemento ultrapassa a condição de mera exceção.

Sob o signo da crise e invocando o procedimento (descrição mais ampla do regime da Lei nº 11.101/2005 será objeto de tópico próprio *infra*), ao empresário é permitido construir plano de recuperação. Se este for aprovado por parte dos credores, a partir de quóruns legalmente fixados, tem o condão de impactar nos contratos firmados, salvo exceções legais.

A obrigação contraída pode ser novada sem a anuência da parte, sem ânimo de novar, expresso ou tácito, excepcionando o dogma clássico do direito contratual¹⁰⁸, em nome da relevância socioeconômica da empresa e do interesse jurídico em sua preservação.

Caracteriza-se imposição legal de sacrifício aos credores alicerçada na percepção de um bem maior, que supera a lógica clássica do mercado. Na síntese de Jorge Lobo¹⁰⁹:

¹⁰⁷ Nesta esteira, a síntese de Paula Forgioni: “A empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz principalmente por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*” (FORGIONI, Paula. **Teoria geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23).

¹⁰⁸ A excepcionalidade dá-se em face da não aplicação, no contexto da recuperação judicial, do disposto no artigo 361 do Código Civil: “Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito, mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”.

¹⁰⁹ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108-109.

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.

A adoção do procedimento encontrou alguma resistência no cenário empresarial pátrio nos primeiros anos após o início da vigência da norma, o que se pode atribuir ao receio de estigmatização do empresário pleiteante, além de potenciais dificuldades de ordem procedimental, por conta de os enunciados normativos do diploma legal ainda não terem sido submetidos ao crivo da jurisprudência¹¹⁰.

Todavia, partindo de dados divulgados pelo Serasa Experian referentes ao acumulado histórico de falências e recuperações judiciais¹¹¹, identifica-se que desde a vigência da Lei nº 11.101 e, conseqüentemente, da possibilidade de pleito de recuperação judicial, o acumulado é significativo (tendo como data base o último dia útil do mês de abril de 2017): a) houve 8.610 requerimentos de recuperação; b) foram deferidos os processamentos de 6.767 (78,5%) dentre eles; e c) foram concedidas 2.336 (27,1%) recuperações judiciais¹¹².

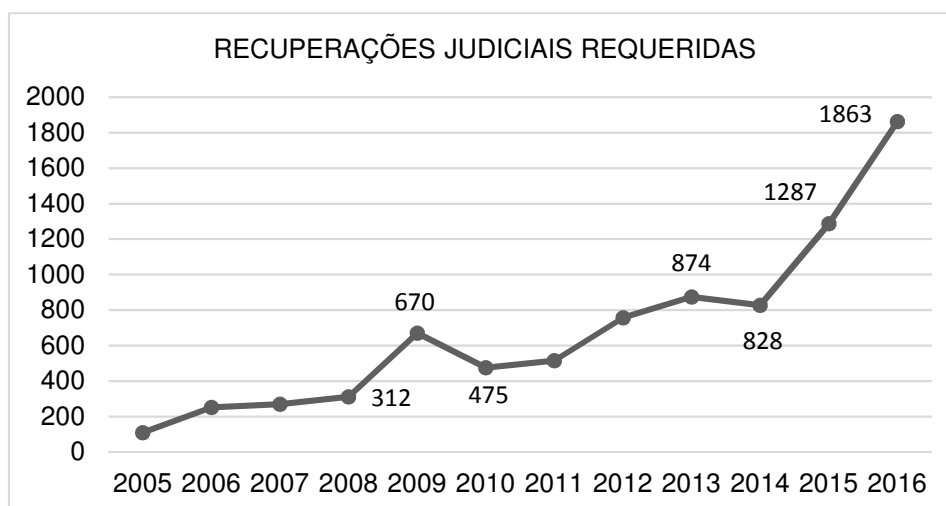
Ademais, a mesma fonte de dados permite identificar a ascendência do número de pleitos de recuperação judicial desde o ano de 2005 até o ano de 2016¹¹³:

¹¹⁰ Merece referência, neste ponto, estudo realizado por Luciana Yeung quanto aos potenciais impactos de um novo Código Comercial, especificamente no ponto em que trata da construção de consensos jurisprudenciais em torno da Lei nº 11.101: “O levantamento acima apresenta uma informação adicional: as opiniões anedóticas de que uma nova lei demora em torno de 10 anos para se consolidar parece estar sub-estimada. Em praticamente todos os estados acima, os últimos 3 anos de observação apresentaram tendência de crescimento no número de litígios envolvendo o entendimento da Nova Lei de Falências, promulgada em 2005. Ao que os dados indicam, ainda não foi alcançado um ponto de “equilíbrio”, com uma mínima pacificação sobre o tema. Isso aconteceria quando o número de litígios parasse de crescer e se estabelecesse em algum patamar.” (YEUNG, Luciana. **Medindo os Impactos do PL 1.572 da Câmara dos Deputados, ou do PL 487 do Senado Federal, que propõem o Novo Código Comercial Brasileiro**. São Paulo: INSPER, 2014, p. 3).

¹¹¹ Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>.

¹¹² Adverte-se que os percentuais precisam ser analisados com cautela, em vista da duração do processo do pleito à concessão ou rejeição. Noutras palavras, não necessariamente a diferença entre o total de pleitos e o total de deferimentos ou de concessões deve ser compreendida como total de falências, em vista de se poder estar diante de processos ainda em curso.

¹¹³ Dados extraídos da base da Serasa Experian, com acesso indicado na n.r. 95.



O aumento do número requerimentos de recuperação de 2005 (110) a 2016 (1863) é verificável quase que anualmente, com exceção apenas na transição de 2009 (670) a 2010 (475), imputável à crise internacional originada no mercado imobiliário estadunidense, e na transição de 2013 (874) a 2014 (828), potencialmente por conta de uma acomodação no número de pleitos a partir do ano seguinte.

Sobreleva analisar mais detidamente dois períodos: 2008-2010 e 2013-2016. O primeiro deles inaugura-se com crescimento do PIB, em 2008, de 5,1%, sucedido por queda de 0,1% no ano subsequente, 2009, oscilação que permite justificar o maior acréscimo percentual¹¹⁴ no número de pleitos, de aproximadamente 114%. A retomada da economia em 2010 (com crescimento de 7,5%), por outro lado, permitiu estabilização no crescimento, com recuo no número de pleitos de recuperação (475).

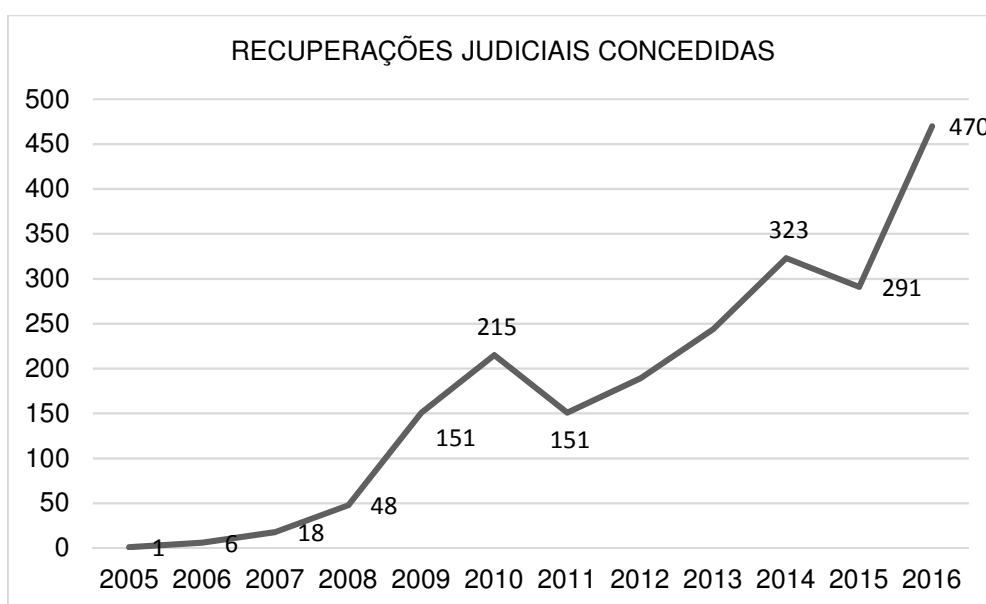
A evolução em escala do segundo período, 2013-2016, por sua vez, explicita relevante correlação entre os dados da economia e o aumento da maturidade institucional quanto à recuperação judicial. O primeiro ano considerado, 2013, é o final de um ciclo de crescimento do PIB que vinha desde 2010 (7,5%, sucedidos por 4,0% e 1,9% em 2011 e 2012, respectivamente), com aumento de 3,0%.

O período subsequente representa a maior sequência histórica de queda do PIB já identificada na economia brasileira, com decréscimo 3,8% em 2015 e

¹¹⁴ Considerados anos inteiros de vigência visando a evitar distorções. Se considerado igualmente o período de vigência de 2005, o maior acréscimo relativo se deu entre 2005 (110) e 2006 (252).

3,6% em 2016. No período, houve o maior salto em números absolutos em pleitos de recuperação: de 828 para 1287, na comparação entre 2014 e 2015, e de 1287 para 1863, na comparação entre 2015 e 2016, evidenciando que cada vez mais sociedades empresárias passaram a considerar o mecanismo da recuperação judicial como uma saída efetiva para suas crises econômico-financeiras.

O gráfico é semelhante quando se considera unicamente as recuperações judiciais demandadas que tiveram seu processamento deferido e que, ao final, alcançaram concessão, após a aprovação dos credores¹¹⁵:



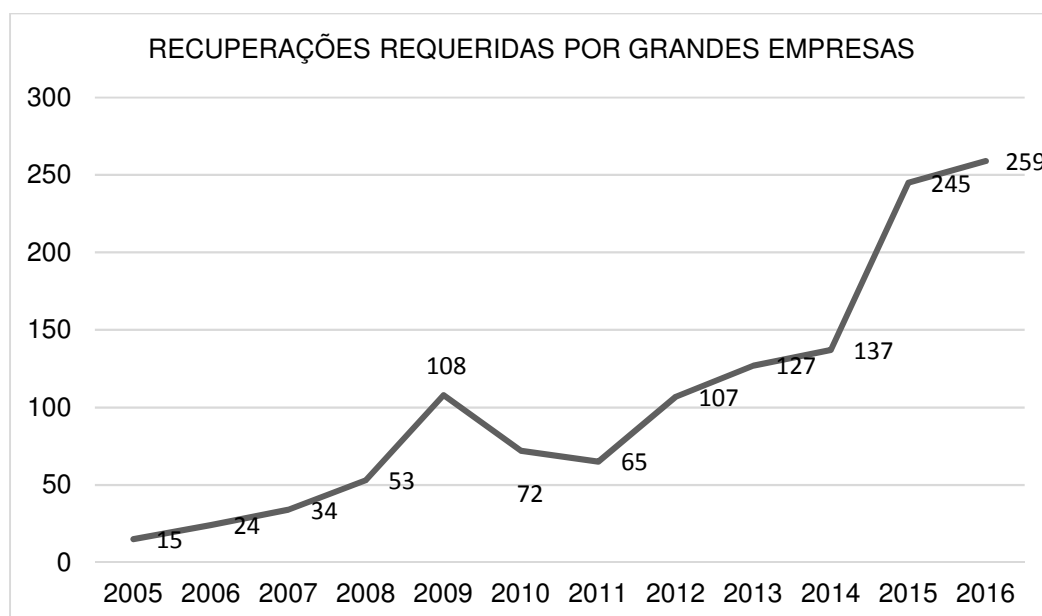
Destaque-se que os números em questão não permitem, por si só, uma análise do percentual de efetividade dos pedidos de recuperação, na medida em que entre o pleito, o trâmite e a aprovação ou convolação em falência se tem significativo lapso temporal de ao menos 180 dias (vide *infra* crítica à relativização do parâmetro fixado por lei).

Ainda assim, a diferença entre o total de pleitos e o total de concessões permite cogitar que muitos dos pleitos envolvem empresários em condições de irrecuperabilidade, atuando o custoso procedimento como mera postergação da decretação do estado falimentar.

¹¹⁵ Dados igualmente extraídos da base da Serasa Experian, com acesso indicado na n.r. 95. Todos os gráficos construídos nesta tese são de elaboração do autor.

Dito quadro também ressalta a necessidade de debate quanto a seus impactos socioeconômicos e a própria determinação da peculiar função social da empresa exercida por sociedade empresária (ou empresário individual) em recuperação, na medida em que a recuperação da sociedade empresária não caminha sempre em conjunto com a recuperação da empresa (sobre a distinção, vide tópico específico, *infra*).

Relevante enfatizar, ainda, que a recuperação judicial não é instituto jurídico de utilização limitada às empresas de menor porte. Sociedades empresárias de grande porte também têm pleiteado, de maneira crescente, recuperação¹¹⁶:



De apenas 15 pleitos em 2005, as sociedades de grande porte apresentaram 259 pleitos de recuperação em 2016, aumento proporcionalmente superior ao do conjunto do total de pedidos de recuperação. Acrescente-se que, se considerados dados parciais de 2017, o número atinge, até o final do mês de abril, 55 requerimentos.

A invocação crescente do instituto para o soerguimento de empresas de grande porte aumenta a escala de seus impactos socioeconômicos. Por se tratar precisamente de procedimento de sacrifício, o número crescente de processos

¹¹⁶ Dados igualmente extraídos da base da Serasa Experian, com acesso indicado na n.r. 95.

de recuperação judicial implica, em última análise, um volume crescente de potenciais sacrifícios de crédito, nas diversas classes.

Basta que se considere as principais recuperações judiciais em andamento no Brasil e o montante de créditos submetidos. Consideradas as dez maiores recuperações em andamento, com dados de 2016, o montante ultrapassa a casa dos 130 bilhões de reais¹¹⁷.

Isto implica, noutros termos, que contratos representativos de créditos de 130 bilhões de reais, considerando-se apenas as recuperações indicadas para a composição da amostragem¹¹⁸, terão seu equilíbrio econômico-financeiro originário potencialmente reconstituído, mesmo à revelia da opinião de parte dos credores (haja vista os quórums de aprovação).

Embora o regime legal seja aberto no tocante aos meios de recuperação, inovando quanto à clássica fórmula de prazo e desconto, são recorrentes nos planos de recuperação: a) previsão de deságios significativos no montante dos créditos, não raro superiores a 50%; b) revisão da fórmula de atualização monetária do montante devido, substituindo juros pactuados por índices como a Taxa Referencial; c) elevação dos prazos de pagamento para períodos bastante alongados, como 60, 90 ou 120 meses; d) fixação de prazos de carência.

Outrossim, o deferimento do processamento de um pleito de recuperação enseja custos vinculados ao aparato jurisdicional, dada a necessidade de mobilização de pessoal (juízes, peritos, corpo de assessores), além de impacto de difícil mensuração atinente ao acréscimo da mora processual.

Ainda que a quantificação seja complexa, pois dependente de elementos de organização judiciária e até mesmo elementos idiossincráticos de cada magistrado, o elemento de acréscimo da mora processual global não pode ser desconsiderado.

¹¹⁷ Os dados consideram as recuperações judiciais de: Oi - R\$ 65,4 bilhões; Sete Brasil - R\$ 19,3 bilhões; OGX - R\$ 12 bilhões; OAS - R\$ 11,15 bilhões; Schahin - R\$ 5,85 bilhões; OSX - R\$ 4,57 bilhões; Grupo Rede - R\$ 4,1 bilhões; Wind Power Energia - R\$ 3,04 bilhões; Abengoa - R\$ 2,66 bilhões; e Renuka - R\$ 2,33 bilhões. (Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/pedido-de-recuperacao-da-oi-e-o-maior-da-historia-do-brasil-veja-lista.html>>).

¹¹⁸ Não foram localizados dados de conjunto referentes à totalidade de créditos submetidos em todas as recuperações judiciais em andamento.

A questão se põe sobremaneira quando inexistentes varas especializadas em falências e recuperações. Neste cenário e considerando, *e.g.*, a organização judiciária do Estado do Paraná, ter-se-á como competente uma das varas cíveis da comarca do estabelecimento mais relevante da recuperanda¹¹⁹.

Dito juízo ocupar-se-á não apenas da recuperação judicial, mas seguirá conduzindo diversas outras demandas (na casa dos milhares) que, necessariamente, sofrerão o impacto dos diversos incidentes processuais a que está suscetível um processo de recuperação judicial (impugnações, habilitações, dentre outras decisões de rotina), com o agravante da elevada complexidade técnica que lhe é peculiar.

É elevada a probabilidade, portanto, de que ocorra redução de eficiência na prestação jurisdicional atinente às demais demandas¹²⁰, com consequências socioeconômicas significativas.

Acrescente-se, ainda, potencial dano à credibilidade do empresário, na medida em que convoca seus credores a participar de processo judicial que sacrifica de seus créditos, forçando uma renegociação e o alongamento do deslinde da questão. Isto sem falar no fato de que as despesas de acesso destes credores ao processo de recuperação judicial não são reembolsáveis¹²¹, excerto no contexto de litígios com o devedor (impugnações propostas nos moldes do artigo 8º da Lei nº 11.101/2005, por exemplo).

Além dos créditos submetidos, das despesas imputados aos credores e dos custos atribuídos ao mecanismo judiciário, o impacto econômico também

¹¹⁹ No Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba tem-se competência especializada, nos termos da Resolução nº 93, de 12 de agosto de 2013: Art. 132 À 27ª e 28ª Varas Judiciais, ora e respectivamente denominadas 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais e 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, é atribuída a competência Cível especializada em matéria falimentar, competindo-lhe, por distribuição, processar e julgar as falências e as causas relativas à recuperação judicial ou extrajudicial do empresário ou sociedade empresária, bem como as que, por força de lei, devam ter curso no juízo da falência.

¹²⁰ Apesar da ausência de evidências empíricas ou, ao menos, da não identificação de estudo deste jaez quando da construção deste trabalho, é hipótese com alto potencial de confirmação a de que, comparado o período anterior e posterior ao deferimento do processamento de uma recuperação judicial, o tempo médio de duração dos demais processos, o número de despachos e sentenças, dentre outros dados objetivos de aferição de produtividade dos magistrados identificará decréscimo de eficiência.

¹²¹ Art. 5º Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência: [...] II – as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

pode ser dimensionado a partir da própria recuperanda. Dentre eles, pode-se destacar: a) custos diretos, representados pelo custeio do assessoramento para a condução do procedimento de recuperação; e b) custos indiretos, vinculados à própria condição de empresa em recuperação.

Embora não sejam obrigatoriamente dados públicos, os custos de assessoramento são significativos (tornando, aliás, o processo regular de recuperação medida acessível a empresários a partir de determinado porte), por se exigir a presença de equipe multidisciplinar, jurídica, econômico-contábil e administrativa, para a adequada estimativa do passivo, a adequada construção de um plano de recuperação plausível e a adequada defesa dos interesses da recuperanda em juízo.

À guisa de exemplo de tentativa de mensuração dos custos de gestão de empresa em situação equivalente à recuperação, pode-se apontar estudo histórico, na literatura jurídica estadunidense, de James Ang, Jess H. Chua e John J. McConnell¹²², que examinaram amostragem aleatória de casos extraídos do distrito oeste de Oklahoma no período de 1963 a 1978, identificando variação entre 1,7% e 7,5% do valor patrimonial envolvido.

Quanto aos custos indiretos, há que se ter em mente que a condição de empresa em recuperação tem potencial para produzir impactos negativos na condução regular dos negócios. Tende-se, por exemplo, a se ter imediata desvalorização de determinados ativos, como a marca. Ainda, a insegurança atrelada ao risco de convalidação em falência reduz o número de *players* interessados em realizar negócios ou, quando não se tem pleno afastamento, os custos tendem a crescer em reflexo aos riscos de inadimplemento, o que se verifica sobremaneira no tocante ao crédito.

A eficiência põe-se, portanto, em primeiro plano. Sacrifícios de crédito dos grandes *players* podem ensejar projeções atuariais que, em última análise, assumirão a conotação de externalidades negativas, de sacrifícios impostos a outros agentes econômicos que sequer mantiveram relações jurídicas diretas com o a empresa em recuperação e com o contexto de crise econômico-financeira que a ensejou.

¹²² ANG, James; CHUA, Jess H.; MCCONNELL, John J. The Administrative Costs of Corporate Bankruptcy: A Note. **The Journal Of Finance**, vol. XXXVII, n. 1, março de 1982.

Nesta esteira e considerando o ditame legal de promoção da preservação da empresa, por conta de sua função social, a ponderação de elementos de cunho econômico na determinação do conteúdo desta função é central à construção de um equilíbrio eficiente dos interesses envolvidos.

1.5 Problemas conceituais e necessidade de leitura econômica

Embora claras a presença e a posição que a função social da empresa ocupa no ordenamento jurídico, seja tomada como norma constitucional a partir da derivação da função social da propriedade, seja em sua presença infraconstitucional, como é caso do indigitado artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, a fixação de seu conteúdo jurídico exige cautela. É perceptível, em diversos textos acadêmicos e decisões judiciais, a atribuição intuitiva de um conceito ou a mera pressuposição de que exista conceito unívoco que justifica a sua invocação como fundamento (vide *infra*).

Mesmo a doutrina mais tradicional, aliás, admite que a empresa desempenha uma função social, como aponta o excerto abaixo, da lavra de Modesto Carvalhosa, ao comentar a função social como inserta na Lei das Sociedades por Ações:

Consideram-se principalmente as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como de seus dependentes. A segunda volta-se ao interesse dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceira volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador. A concorrência desleal e o abuso do poder econômico constituem formas de antijuridicidade tipificadas.¹²³

A preocupação com a realização dos valores constitucionais da atividade econômica também é expressa pela jurisprudência desde os primeiros anos da Constituição:

¹²³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. v. 3. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 276.

Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos a existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos deste artigo [CF 170]. Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos uma existência digna) por meio dos ditames dela – e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes nos incisos deste artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos comuns a eles – a existência digna.¹²⁴

As considerações que se apresentou assumem especial relevância quando se tem em vista a constitucionalização do Direito Privado, que não admite o isolamento de um ramo jurídico, mas obriga sua vinculação sistêmica às normas hierarquicamente superiores, não podendo disto se esquivar o Direito Empresarial¹²⁵.

Todavia, a leitura constitucional do Direito Empresarial demanda que se tenha em vista a sua autonomia principiológica, que não é coincidente com aquela do Direito Civil, apesar da tentativa de eliminação do tratamento diferenciado dos contratos e obrigações comerciais, empreendido pelo Código Civil de 2002 (vide crítica *infra*).

Nesta esteira, vale ter em vista a observação de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Jr., construída em vista da aspiração de criação de um regime único dos contratos, mas aplicáveis ao Direito Empresarial como um todo:

Ainda sobre a unificação do Direito Privado protagonizada pelo Código Civil, a especialidade no tratamento atribuído à atividade negocial empresarial permanece. Relativamente à disciplina ad empresas, esta aparece de forma destacada no Código Civil, inserida na disciplina dos negócios jurídicos, ainda que a Lei tenha pretendido a unificação do Direito das Obrigações. São as características indissociavelmente ligadas ao exercício da atividade econômica que não permitem o estabelecimento de um regime unitário global à disciplina do Direito das Obrigações. Somente o exercente da atividade econômica estará sujeito à disciplina da empresa, e não os demais sujeitos contemplados na disciplina civil. Há peculiaridades que decorrem do exercício da

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319, Relator Min. Moreira Alves. Publicada no Diário da Justiça de 30 de abril de 1993.

¹²⁵ Nesta esteira, portanto, parece fadada à inconstitucionalidade a previsão normativa do artigo 8º do projeto de Código Comercial em trâmite no Congresso Nacional e que assevera que “[n]enhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei”.

atividade econômica organizada que justificam a manutenção da especialidade do tratamento.¹²⁶

Assim, se é possível pensar o Direito Civil em vista de uma despatrimonialização em favor de outros princípios e valores, o Direito Empresarial, ainda que também adstrito à realização de determinados valores socialmente relevantes, por força constitucional, só poderá fazê-lo na medida em que levar em consideração, na interpretação e aplicação de suas normas, as suas idiossincrasias.

Tendo como escopo a empresa, o Direito Empresarial não pode prescindir, na leitura e exegese de suas normas, das ferramentas que a Economia lhe proporciona. Donde emana, aliás, a especial relevância que a Análise Econômica do Direito (AED) tem para a construção de um Direito Empresarial eficiente¹²⁷.

O alcance dos resultados extrapatrimoniais ditados pela Constituição depende, apesar da contradição aparente, da adequada consecução dos efeitos patrimoniais e dos efeitos econômicos a que se voltam as normas jurídicas empresariais. E dentre elas afigura-se em primeiro plano o princípio da função social da empresa, principalmente quando se tem a empresa em recuperação judicial em situação de protagonismo.

O momento histórico convida a uma reflexão crítica quanto à definição do conteúdo da locução função social na norma, ainda mais quando se tem em trâmite projeto de Código Comercial que ressalta a sua presença como princípio do Direito Empresarial¹²⁸ e busca trazer-lhe definição legal¹²⁹.

¹²⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 9.

¹²⁷ E a eficiência, aqui, precisa ser compreendida justamente como a eficiência no rumo da missão constitucional que é atribuída à atividade econômica, consagrada no já citado *caput* do artigo 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 (...)”.

¹²⁸ Para fins do presente trabalho, as expressões Direito Comercial e Direito Empresarial serão tomadas como sinônimas, não se entendendo que representem alguma ordem de sucessão por conta do lançamento da *empresa* à condição de elemento central do microsistema, quando do advento do Código Civil de 2002.

¹²⁹ Vide, neste sentido, o artigo 7º do Projeto de Lei: Art. 7º. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

É preciso fugir da armadilha de uma definição romantizada e demasiadamente vaga, sob pena de não se dar o pretendido passo adiante na aplicabilidade da norma. Ela não pode ser erigida à condição de panaceia para os males sociais, impondo-se à empresa a condição de vilã e promovendo intervenções mal calculadas, geradoras de mais externalidades negativas do que aquelas que se visa a coibir.

Essa leitura econômica interessa sobremaneira quando se tem em vista que o jurista, quando pensa os efeitos esperados da norma jurídica, ainda o faz de forma muito semelhante ao que já fazia no período romano, baseando-se, como atestam Robert Cooter e Thomas Ulen, na “intuição e quaisquer fatos que estivessem disponíveis”¹³⁰.

É esta carência que a Análise Econômica do Direito busca suprir, aplicando o *método* da ciência econômica para prever o comportamento humano frente ao sistema de normas e sanções, sobremaneira no que tange ao comportamento racional de agentes econômicos organizados para a produção ou circulação de bens e serviços.

Nesta esteira, novamente com Robert Cooter e Thomas Ulen, pode-se asseverar que a Economia “fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis”¹³¹, de tal modo que o instrumental ora referido representa a aplicação dos métodos desenvolvidos pela Economia para a análise dos efeitos das normas jurídicas¹³².

Outrossim, é preciso ter em vista que o desenvolvimento do sistema econômico, unido a um sistema tributário adequado capaz de permitir a redistribuição de renda a partir de um *good governance*, possui o condão de

¹³⁰ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.

¹³¹ Idem, *ibidem*.

¹³² Vide, *e.g.*, a análise de Milton BAROSSO-FILHO quanto às estratégias dos *players* nas assembleias de credores voltadas à chancela ou rejeição dos planos de recuperação das empresas submetidas ao processo de Recuperação Judicial da Lei nº 11.101/2005, que permite a percepção de alguns cenários da lei, caso da presença de um credor com garantia real que a maioria absoluta dos créditos da classe e esteja interessado na decretação da falência da empresa. Neste caso, a estratégia dominante seria a decretação, pela sistemática de apuração do resultado. E não há mecanismo que proporcione prevenção deste comportamento, o que acabará por culminar com uma situação de maximização dos resultados individuais, sem consideração do melhor resultado grupal. (BAROSSO-FILHO, Milton. As assembleias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria dos jogos. **Revista de Direito Mercantil**, nº 137, p. 233-238).

propiciar o progresso social¹³³. Além disso, Nino Garoupa afirma que “a análise econômica do direito é uma metodologia e não uma ideologia”¹³⁴, tendo natureza “meramente instrumental”¹³⁵. Não é ferramenta vinculada a apenas um modelo econômico, uma ordenação ideológica. Pelo contrário, pode contribuir com os mais variados matizes ideológicos, mais ou menos intervencionistas.

Por este caractere metodológico, a Análise Econômica abre portas valiosas ao permitir que se possa reler os institutos jurídicos envoltos na lógica de mercado, como o Direito Empresarial. Quando se tem em vista que a “arritmia entre a realidade e as normas provoca um nó de estrangulamento na vida social e econômica”¹³⁶, a AED vem apresentar ferramentas aptas a desatar este nó e readequar o Direito à realidade.

E, na seara da função social da empresa em recuperação judicial, a proposição de balizas conceituais condizentes com os ditames da Economia permite evitar intervenções judiciais desastradas¹³⁷ e, em última análise, aumentar a própria eficácia da norma.

¹³³TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, p. 17.

¹³⁴GAROUPA, Nino. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, p. 83.

¹³⁵Ibidem.

¹³⁶WALD, Arnoldo. O direito da crise e a nova dogmática. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, p. 32.

¹³⁷Um *case* típico de intervenção mal sucedida, por abdicar de uma análise econômica das questões envolvidas, é conhecido como da *soja verde*, de notória relevância no Estado de Goiás. O arcabouço fático envolvido referia-se à aquisição da soja ainda não plantada, pelas empresas que fariam seu processamento posterior (*traders*). Como ocorreu uma valorização não esperada da soja, diversos produtores propuseram demandas, pleiteando a revisão dos contratos calcada na teoria da imprevisão, no enriquecimento ilícito, dentre outros fundamentos. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás promoveu as revisões e a cadeia de contratantes enfrentou as consequências, perdendo acesso a fonte competitiva de crédito, tendo em vista que os *traders* passaram a não realizar os negócios na medida em que, se houvesse desvalorização, arcariam com as perdas, mas se houvesse valorização, não ficariam com os lucros (as questões foram analisadas nas apelações cíveis 82.254-/188, 79.859-2/188 e 91.921-2/188, todas citadas e debatidas por TIMM, Luciano Benetti. **Op. cit.**, p. 24-25.)

2 FUNÇÃO SOCIAL E A NOÇÃO DE PARADIGMA EM THOMAS KUHN

A análise proposta no presente trabalho pressupõe a fixação de algumas balizas de ordem teórica sobremaneira no tocante ao aproveitamento do conceito de paradigma e outras ferramentas extraídas do pensamento de Thomas Kuhn, no que explicitadas na obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*.

O objetivo é delimitar as leituras que se fez da função social da empresa em períodos distintos da produção de conhecimento jurídico (em leitura paradigmática de que se tratará *infra*), sobretudo com a construção da crítica da invocação da função social como panaceia jurídica.

Com consciência das limitações correlacionadas, pretende-se propor elementos que favoreçam o desenvolvimento *dinâmico* de um conceito e permitam uma aplicação mais segura do princípio, que transite de uma função social (isolada da econômica) para uma função socioeconômica. Com isso haverá potencial para a construção de respostas jurídicas mais eficientes no contexto, sobretudo, das empresas em recuperação judicial.

2.1 Ciência e paradigma: uma proposta de leitura de Thomas Kuhn

Visando a apresentar, adiante, os potenciais efeitos deletérios de uma leitura da função social da empresa (especialmente em recuperação judicial) que se limite ao discurso jurídico e que não considere variáveis econômicas, surge a necessidade antecedente de caracterizar o sentido de função social em determinados períodos históricos.

Para tanto e tendo em vista ao menos um século de história em torno do conceito de função social dentro do discurso jurídico, bem como as armadilhas que a tentativa de construção de uma narrativa histórica linear¹³⁸ poderiam

¹³⁸ Nesta esteira, merece ponderação a crítica de Sérgio Said Staut às armadilhas da análise linear da história da propriedade: “Esse procedimento historicista, que se caracteriza especialmente por trabalhar com o passado de forma linear, causa no mínimo dois grandes problemas na reflexão da história do direito de propriedade. Uma primeira distorção decorre da compreensão do passado como um simples prelúdio do presente ou como uma simples continuidade do que se tem hoje, e a propriedade acaba por ser entendida como uma construção praticamente imutável, estática, o que implica em eliminar a historicidade própria do conceito. Uma outra grave distorção, que decorre dessa falsa noção de linearidade, é apresentar o direito moderno de propriedade como fruto da constante evolução das relações sociais, das teorias e

proporcionar, adotar-se-á uma leitura paradigmática, alicerçada, em linhas gerais, na noção de paradigma apontada por Thomas Kuhn, mais especificamente na obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, publicada pela primeira vez em 1962.

O texto dedica-se a uma revisão da transição entre as teorias científicas, introduzindo conceitos que serão ferramentas para a análise das diferentes percepções da função social da empresa.

Dentre os elementos centrais da vasta e ricamente interpretada obra de Thomas Kuhn, interessam especialmente para a construção do argumento as noções de *paradigma* (e a fase que antecede sua configuração), *ciência normal*, *crise* e *mudança de paradigma*.

Adverte-se, de logo, que a produção do físico estadunidense será tomada como ferramenta e não apenas comporta como exige adaptações, porque composta tendo em mente ciências duras, sobremaneira a Física e a Química, não as ciências sociais, ainda menos, dentre elas, a ciência jurídica. Todavia, o ferramental, como as próximas linhas demonstrarão, é útil à sistematização da leitura que se fez e faz de alguns conceitos jurídicos, dentre eles a própria função social da empresa.

Almeja-se lançar luz sobre as novas acepções que os conceitos assumem quando ocorrem determinadas modificações estruturais no direito, na condição de ramo do conhecimento ou mesmo nas bases legislativa que, em última análise, dão fulcro a ramos jurídicos inteiros.

2.2 Noção de paradigma em Thomas Kuhn

Nas palavras do próprio Thomas Kuhn:

Homens cuja pesquisa está baseada em paradigmas compartilhados estão comprometidos com as mesmas regras e padrões para a prática científica. Esse comprometimento e o consenso aparente que produz são pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa determinada.¹³⁹

dos institutos jurídicos, deixando “claro” a ilusão que os “tempos atuais” são melhores que o passado e a humanidade caminha em direção ao progresso”. (STAUT, Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 162).

¹³⁹ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 30.

O que caracterizaria um *paradigma*? Para Thomas Kuhn, textos como a *Física*, o *Almagesto*, os *Principia* e a *Optica* (de Aristóteles, Ptolomeu e Newton, respectivamente), dentre outros trabalhos, serviram por determinado período de tempo para definir de maneira implícita quais seriam os problemas, bem como qual seria a metodologia tida como *legítima* para um campo de pesquisa produzir conhecimento válido. Esta parametrização determinou o modo como as gerações posteriores praticavam ciência, unindo-os em torno de duas características tidas pelo autor como essenciais¹⁴⁰.

Na síntese do próprio autor¹⁴¹:

Seus realizações foram suficientemente sem precedentes para atrair um grupo duradouro de partidários, afastando-os de outras formas de atividade científica dissimilares. Simultaneamente, suas realizações eram suficientemente abertas para deixar toda a espécie de problemas para serem resolvidos pelo grupo redefinido de praticantes da ciência. Daqui por diante deverei referir-me às *realizações que partilham essas duas características como “paradigmas”*, um termo estreitamente relacionado com “ciência normal”. (g.n)

Lançada uma nova ideia ou notado um fenômeno, tende a haver debate desordenado entre escolas distintas que se propõem a explicá-lo, a partir de ontologias distintas, alicerçadas em diferentes fundamentos.

Dita fase, pré-paradigmática, caracteriza-se pela criação de diversas explicações para o mesmo fenômeno, sem discurso uníssono, com a formação de múltiplas escolas de pensamento ou, ainda que em menor número, com nível de elaboração reduzido e desenvolvimento incipiente. Não há norte comum no desenvolvimento das pesquisas.

O período, na descrição de Thomas Kuhn, é marcado por “debates frequentes e profundos a respeito de métodos, problemas e padrões de solução legítimos”, que servem “mais para definir escolas do que para produzir um acordo”¹⁴². Nesta esteira, pondere-se o surgimento do instituto da recuperação judicial, em substituição à concordata, atraindo opiniões múltiplas quanto à natureza (se instituto de direito processual ou econômica, *e.g.*) e ao papel do magistrado (de mera chancela *et cetera*).

¹⁴⁰ Idem, *ibidem*.

¹⁴¹ Idem, *ibidem*.

¹⁴² KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 72-73.

Aos poucos o exercício de verificação de múltiplos cientistas vai eliminando as premissas apontadas por determinadas escolas, confirmando resultados de outras e ensejando o destaque de alguma, dentre elas, aumentando seu número de adeptos. Aquela que alcança mais adeptos “sufoca as tradições rivais”, no que se pode alcinhar *Efeito Mateus*: “quanto mais se desenvolve uma escola, quanto mais adeptos ganha, maior seu potencial para desenvolver-se ainda mais através de um sistema de citações e premiações mútuas”, efeito que “acaba por reforçar a escolha feita”.¹⁴³

A determinação de se a escola, teoria ou orientação predominante alcançou *status* de paradigma passa pela percepção de que o debate em torno de seus princípios alcança estabilidade. “Um paradigma governa, em primeiro lugar, não um objeto de estudo, mas um grupo de praticantes da ciência”¹⁴⁴, ou seja: até que a comunidade científica envolta no estudo do objeto não se pacifique em torno dos princípios, das premissas, não há de fato formatação plena de um paradigma¹⁴⁵.

Quando uma comunidade científica alcança o nível de consenso que permite afirmar estar inserta num paradigma, passa a ter um critério de escolha para os problemas a que vai se dedicar e, enquanto aceito aquele paradigma, estes problemas serão os únicos que se entenderá como científicos. A eles direcionar-se-á as bolsas de pesquisa, os investimentos em equipamento laboratorial, as verbas para grandes congressos. Outros problemas, ainda que relevantes outrora, serão alçados a segundo plano ou expelidos do arco de conhecimento da disciplina.¹⁴⁶

Exemplificativamente, a partir dos trabalhos de René Descartes, o pressuposto para a interpretação do universo da maioria dos físicos passou a ser que este seria composto por corpúsculos microscópicos, permitindo que todos os fenômenos naturais pudessem ter explicações alicerçadas na forma destes corpúsculos, em seu tamanho e em sua interação.

A premissa impactou o campo metodológico: as leis definitivas deveriam explicar o movimento e a interação entre os corpúsculos e as explicações

¹⁴³ASSIS, Jesus de Paula. **Kuhn e as ciências sociais**, p. 136.

¹⁴⁴ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 224.

¹⁴⁵ Vide, nesta esteira, o ciclo de formação do *paradigma dos princípios*, exposto no item 4.1, *infra*.

¹⁴⁶ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 60.

deveriam reduzir os fenômenos naturais a uma ação entre corpúsculos regida pelas leis determinadas. Ainda, a determinação de que o universo seria composto de corpúsculos microscópicos acabou por determinar qual seria a plêiade de problemas sobre os quais deveriam se debruçar os cientistas.

Robert Boyle, na Química, passou a estudar as transmutações, reações que representariam o processo de reorganização corpuscular, base da transformação química. E a teoria impactou, igualmente, na análise da mecânica, da óptica e do calor.¹⁴⁷

Pode-se utilizar, com apoio em Corinna Guerra, também o exemplo do paradigma mecanicista, especialmente relevante nos séculos dezessete e dezoito, quando a maioria da comunidade científica tomava a interpretação de todos os fenômenos naturais a partir do movimento e da combinação de movimentos de corpos no espaço.

O paradigma indigitado, quando aplicado à física, significava que todos os eventos da natureza são a revelação, a execução das leis da mecânica e tudo deveria ser interpretado de acordo com critérios quantitativos, mais especificamente de força, massa e energia. Permitia acomodação de diversas ferramentas conceituais e subteorias, interpretações diferenciadas de fenômenos semelhantes a partir de ferramental próprio, mas sem ultrapassar as fronteiras do sistema, ou seja, a explicação dos fenômenos a partir da combinação entre matéria e movimento.

O valor simbólico do paradigma é ainda maior em vista de que se estendeu para além das ciências ditas naturais e alcançou mesmo a psicologia, onde apontou para a explanação de fenômenos como a transmissão de sensações a partir de um referencial mecanicista.¹⁴⁸

Migrando das ciências duras para o Direito e, no Direito, para o próprio Direito Comercial, nota-se que a noção de paradigma não lhe é estranha, ainda que não se vá além de simples menção. Tome-se, *e.g.*, a indicação, por Fábio Ulhoa Coelho, do nascimento do que chama de *paradigma dos princípios*:

¹⁴⁷ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 64-65.

¹⁴⁸ GUERRA, Corinna; CAPITELLI, Mario; LONGO, Savino. The Role of Paradigms in Science: A Historical Perspective. In L'ABATE, Luciano (org.). **Paradigms in theory construction**. Nova Iorque: Springer, 2012, p. 20.

Ao longo da última década do século anterior, espalhou-se, nos diversos ramos do direito público e na maioria dos ramos do direito privado, o paradigma dos princípios. As regras passaram a ser estudadas e fundamentadas em princípios, que são normas de extenso âmbito de incidência, aptas a abrigar os valores sociais de maior difusão e, portanto, de percepção imediata.¹⁴⁹

Outra ilustração possível pode ser construída tomando-se como referencial no campo da disciplina a teoria dos *atos de comércio*.

Enquanto fixado naquele paradigma, enunciado pelo *Code de Commerce* francês de 1807 e de cunho objetivo¹⁵⁰, o estudioso do direito comercial assumia-se parte do consenso em torno da assertiva de que seria comerciante aquele que executasse atos de comércio e disto fizesse sua profissão habitual.

O rol de problemas sobre os quais ter-se-ia que se debruçar, de algum modo, prefixava-se: (i) seria necessário distinguir o comerciante do não comerciante para averiguar a aplicabilidade do regime jurídico do Direito Comercial; (ii) determinar se o rol de atos de comércio deveria ser prefixado em norma ou poderia ser objeto de um conceito aberto (vide, no caso brasileiro, a indeterminação conceitual do Código Comercial de 1850 e a necessidade de complementação pelo Regulamento nº 737, com o que chamou *atos de mercancia*¹⁵¹); (iii) se passível de conceituação, a determinar o conceito de atos de comércio; (iv) determinar o grau de habitualidade que tornaria “profissão habitual” o exercício dos atos de comércio; e (v) aferir a aplicação do Direito Comercial aos não comerciantes quando praticassem atos de comércio.

¹⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Os desafios do Direito Comercial**, p. 13.

¹⁵⁰“CODE DE COMMERCE — LIVRE PREMIER — DU COMMERCE EN GENERAL. TITRE Ier — DES COMMERÇANTS. Art. 1er. — Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.”

¹⁵¹“Artigo 19 — Considera-se mercancia: 1º. a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender por grosso ou retalho, da mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso. 2º. as operações de câmbio, banco ou corretagem; 3º. as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; 4º. os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; e 5º. a armação e expedição de navios. Artigo 20 — Serão também julgados em conformidade dos dispositivos do Código, e pela mesma forma de processo, ainda que não intervenha pessoa comerciante: 1º. As questões entre particulares sobre títulos de dívida pública e outros quaisquer papéis de crédito do governo; 2º. As questões de companhias e sociedades qualquer que seja a sua natureza objeto; 3º. As questões que derivem de contratos de locação compreendidos na disposição do Título X, Parte I, do Código, com exceção somente das que forem relativas à locação de prédios rústicos e urbanos; 4º. As questões relativas a letras de câmbio e de terras, seguros, riscos e fretamentos.”

Dentro do contexto de um sistema (paradigma) que tem os atos de comércio como elemento fundante, determinadas questões podem não ser sequer percebidas ou, quando são, não encontram resposta adequada. Vide, *e.g.*, a função social da empresa, de difícil acomodação quando o Direito Comercial era assentado na teoria dos atos de comércio.

Situação semelhante se tem no tocante às modificações na configuração da regulação da empresa em crise, que trouxe historicamente conceitos como falência (tratada como *quebra*, no Código Comercial de 1850), concordata, moratória e, mais hodiernamente, recuperação judicial, com intensa sucessão de marcos regulatórios, bem como instabilidade doutrinária, tudo típico de uma fase pré-paradigmática, mas igualmente estabilizações com características de paradigmas.

O primeiro quadro é perceptível, *e.g.*: (i) na normativa especial para a quebra das instituições financeiras instituída pelo casuístico Decreto nº 3.309/1864, revogado em 1865, pelo Decreto nº 3.516, por não mais se fazerem presentes os elementos fáticos que o justificaram¹⁵²; (ii) no regramento geral ditado pelo Decreto nº 917/1890, duramente criticado (portanto, incapaz de configurar o consenso necessário à formatação de um paradigma kuhniano) e substituído pela Lei nº 859, pouco mais de uma década depois.

Do segundo quadro, com formação de estabilidade e consenso dignos de paradigma, são exemplos o Decreto-Lei nº 7.661/1945 e a Lei nº 11.101/2005, no tocante à falência.

2.3 A ciência normal

Para Thomas Kuhn, *ciência normal* representa a pesquisa “firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas”. Estas realizações são “reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica

¹⁵² As circunstâncias fáticas podem ser depreendidas do Decreto nº 3.308/1864: “Attendendo á summa gravidade da crise commercial, que domina actualmente a praça do Rio de Janeiro, perturba as transacções, paralysa todas as industrias do paiz, e póde abalar profundamente a ordem publica, e á necessidade que ha de provêr de medidas promptas e efficazes, que não se encontram na legislação em vigor, os perniciosos resultados que se temem de tão funesta occorrença; [...]”. Dito diploma previa igualmente a regulação própria da falência das casas bancárias: “Art. 3º As fallencias dos banqueiros e casas bancarias occorridas no prazo de que trata o art. 1º, serão reguladas par um Decreto que o Governo expedirá”.

específica como proporcionando os fundamentos para a sua prática posterior”¹⁵³. Usualmente são relatadas pelos manuais de área ou outros cursos de natureza mais elementar, normalmente dedicados a descrevê-las e a demonstrar seu sucesso em observações e experiências tidas como exemplares.

Noutras palavras, quando os produtores de conhecimento vinculados a determinado ramo acolhem um paradigma para, nas fronteiras deste, realizarem suas pesquisas, inaugura-se a fase de *ciência normal*. Nela¹⁵⁴:

[a] tarefa dos cientistas é então a de melhorar os padrões de medida já conhecidos, aprimorar o cálculo das constantes da teoria, tentar ampliar o campo de sua aplicação etc. Aqui, teoria e paradigma estão sendo usados indiferentemente. Grosso modo, o paradigma contém o que a epistemologia clássica chama teoria, mais os métodos de avaliação da própria teoria (não só os métodos de avaliação que se poderiam chamar propriamente científicos — margens de erro admissíveis, preferência por certos tipos de instrumentos de medida etc. —, mas, principalmente, os diferentes pesos que o cientista atribui a valores mais abstratos que usa para avaliar hipóteses, como simplicidade, harmonia etc.).

A ciência normal é a atividade a que se dedica quase integralmente a maioria do corpo científico de determinado ramo de conhecimento. No seu exercício, há consenso em relação às balizas do paradigma serem as que mais adequadamente explicam os fenômenos que se propõem a analisar. Parte do sucesso da ciência normal, aliás, deve-se justamente à propensão que os convergentes dentro de determinada comunidade científica têm em torno dos pressupostos informantes do paradigma¹⁵⁵.

Os depositários por excelência da ciência normal são os manuais, “veículos pedagógicos destinados a perpetuar a ciência normal”, instrumentos destinados a registrar “o resultado estável das revoluções passadas”, colocando em evidência “as bases da tradição corrente da ciência normal”¹⁵⁶.

¹⁵³ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 29.

¹⁵⁴ ASSIS, Jesus de Paula. **Op. cit.**, p. 137-138.

¹⁵⁵ “A ciência normal, atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo seu tempo, e baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como e o mundo. Grande parte do sucesso do empreendimento deriva da disposição da comunidade para defender esse pressuposto — com custos consideráveis, se necessário. Por exemplo, a ciência normal frequentemente suprime novidades fundamentais, porque estas subvertem necessariamente seus compromissos básicos. Não obstante, na medida em que esses compromissos retêm um elemento de arbitrariedade, a própria natureza da pesquisa normal assegura que a novidade não será suprimida por muito tempo”. (KUHN, op. cit., p. 24).

¹⁵⁶ Idem, 174-175.

Seu objetivo não é encontrar novos fenômenos ainda ocultos à visão científica, nem tampouco construir novas teorias e colocá-las à prova, mas articular os fenômenos já conhecidos com as balizas propostas pelo paradigma vigente¹⁵⁷. O paradigma lança o problema a ser solucionado e inspira a produção dos mecanismos de solução¹⁵⁸.

Atendo-se às ciências duras, são múltiplos os exemplos de articulação e suas próprias formas e escalas, longamente explorados por Thomas Kuhn no capítulo dedicado ao relato da ciência normal e do tipo de conhecimento que permite produzir¹⁵⁹.

O autor conecta os traços fundantes do paradigma com elementos qualitativos e quantitativos, com relação significativa. Aponta o autor que, a partir de Galileu, era comum as *leis* serem comumente deduzidas a partir do paradigma muito antes de se alcançar aparelhos aptos à confirmação experimental. Em certo sentido, a ciência normal opera visando à resolução de quebra-cabeças.¹⁶⁰

A correlação não é distinta nas ciências sociais e o Direito não é exceção.

A fixação ou aceitação do paradigma conduz os produtores de conhecimento à determinação de novas soluções para as questões jurídicas postas. O limite da ciência normal é o limite do paradigma. Ela não tem o condão de transformá-lo, de corrigi-lo. No limite, permite apenas o reconhecimento de anomalias e crises paradigmáticas, a partir de fenômenos cuja resposta não consegue atingir na condição de ciência normal vinculada a um paradigma determinado.

¹⁵⁷ Idem, p. 45.

¹⁵⁸ Idem, p. 49.

¹⁵⁹ “As experiências de Boyle não eram concebíveis (e se concebíveis teriam recebido uma outra interpretação ou mesmo nenhuma) até o momento em que o ar foi reconhecido como um fluido elétrico ao qual poderiam ser aplicados todos os elaborados conceitos de Hidrostática. O sucesso de Coulomb dependeu do fato de ter construído um aparelho especial para medir a força entre cargas extremas. (Aqueles que anteriormente tinham medido forças elétricas com balanças de pratos comuns, etc. . . não encontraram nenhuma regularidade simples ou coerente). Mas essa concepção do aparelho dependeu do reconhecimento prévio de que cada partícula do fluido elétrico atua à distância sobre todas as outras. Era a força entre tais partículas — a única força que podia, com segurança, ser considerada uma simples função da distância — que Coulomb estava buscando. As experiências de Joule também poderiam ser usadas para ilustrar como leis quantitativas surgem da articulação do paradigma”. (Idem, p. 49).

¹⁶⁰ Idem, p. 57.

Na seara jurídica, o exercício da ciência normal pode ser identificado na composição dos cursos e manuais.

Tome-se, por exemplo, a primeira parte do primeiro volume do *Curso de Direito Comercial* de Rubens Requião em sua 33ª edição¹⁶¹. Sua estruturação dá-se em: (i) determinação de conceitos gerais e do âmbito do Direito Comercial, onde se constrói relato histórico da formação da disciplina, apontamento crítico à teoria dos atos de comércio e início da leitura dogmática da disciplina a partir da figura jurídica da empresa; (ii) análise das categorias essenciais do que chama de *empresário comercial*, com a definição jurídica da empresa, do titular da empresa (empresário), dos registros públicos relevantes à empresa, das obrigações comuns aos empresários, dos colaboradores (auxiliares), dos elementos de identificação e de exercício, bem como de elementos de propriedade intelectual.

Toda a redação é, por se tratar de ciência normal, dedicada a solucionar os problemas de ordem jurídica vinculados ao paradigma fundado com a ascensão da empresa à figura de centro do sistema. Pela natureza da obra, não há grande construção especulativa em torno das limitações do paradigma. Há, isto sim, exposição de conceitos centrais em torno dos quais a comunidade de estudiosos do Direito Comercial tem certo nível de consenso e a divergência é limitada a questões pontuais

Não que a ciência normal seja esfera de consenso pleno. O pertencimento a um paradigma não significa a aquiescência quanto a cada uma das respostas apontadas, mas apenas consenso em torno dos seus elementos fundantes. Não há espaço, no paradigma vigente do Direito Empresarial, *e.g.*, para o apontamento de soluções para problemas jurídicos práticos a partir dos atos de comércio, na medida em que esta categoria conceitual foi substituída pelo conceito de empresa.

Todavia, há espaço para o dissenso quanto aos problemas postos pelo próprio paradigma.

Considere-se o problema do direito de retirada nas sociedades limitadas. Consoante disposição do artigo 1.077 do Código Civil, inserto no capítulo que

¹⁶¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

trata das sociedades limitadas¹⁶², “[q]uando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade”. O artigo 1.029, inserto na disciplina das sociedades simples, com conotação de parte geral, por sua vez, aponta que “qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias”.

Em debate intraparadigmático, ou seja, no exercício da ciência normal, à luz do par de dispositivos e da relação de supletividade da normativa das sociedades simples ou das sociedades anônimas em relação às limitadas (art. 1.053, *caput* e parágrafo único, CC), a literatura do Direito Comercial encontrou soluções distintas.

Para parte da doutrina¹⁶³, não se trata de afirmar que sempre se aplica o artigo 1.029 às sociedades limitadas, nem de afirmar que jamais se aplica. Trata-se, isto sim, de vislumbrar no sistema duas sociedades limitadas: a regida supletivamente pelas sociedades simples e a regida supletivamente pela legislação das sociedades anônimas.

À primeira, aplicar-se-ia o artigo 1.029. À segunda, não. Ou seja, regendo-se a sociedade limitada pelo *caput* do artigo 1.053, tem-se sociedade limitada cuja disciplina da retirada dá-se à luz da retirada nas sociedades simples, ou seja, irrestrita. No entanto, se os sócios, no contrato social, optarem pelas normas das sociedades anônimas como subsídio para preenchimento de lacunas, ter-se-á limitada às hipóteses do artigo 1.077 do Código Civil¹⁶⁴.

Na visão de José Virgílio Vita Neto¹⁶⁵, o institucionalismo das sociedades anônimas tocara as limitadas. Sendo característica das instituições a permanência, o ordenamento jurídico daria guarida a esta continuidade, que superaria, em matéria de colisão de princípios, a autonomia privada.

¹⁶² Capítulo IV (“Da Sociedade Limitada”), inserto no Subtítulo II (“Da Sociedade Personificada”) do Título II (“Da Sociedade”), abrangendo os artigos 1.052 a 1.087 do Livro II (“Do Direito de Empresa”) do Código Civil.

¹⁶³ Por todos, Fábio Ulhoa Coelho em As duas limitadas. **Revista do advogado**, v. 23, n. 71, p. 26-31, ago. 2003.

¹⁶⁴ Que, a propósito, no contexto do paradigma dos princípios (vide Capítulo 4), é enunciado normativo que pode ser interpretado restritivamente com a invocação do princípio da função social da empresa.

¹⁶⁵ VITA NETO, José Virgílio. A Sociedade Limitada no Novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. ANO XLII, nº 130, abril-junho/2003, p. 226.

Consequentemente, aos sócios destas limitadas não será dado retirar-se a qualquer tempo (nos termos do artigo 1.029). As regras das sociedades anônimas “diminuem a relevância da relação contratual existente entre os sócios”¹⁶⁶, o que possibilitaria a vedação da retirada livre ainda que a sociedade fosse contratada por tempo indeterminado. Portanto, a base legal para o exercício do direito de retirada passa a ser unicamente o artigo 1.077 do Código Civil¹⁶⁷.

Por outro lado, existe “regra específica dispondo sobre o direito de retirada na sociedade limitada de modo diverso daquele enunciado no disciplinamento das sociedades simples”¹⁶⁸, asseverando também que o artigo 1.077 “não faz distinção entre espécies de sociedade limitada para aplicar-se, exclusivamente, a uma delas”¹⁶⁹.

Enquadrar-se-ia, ainda, nos lindes da ciência normal o debate inaugurado, a partir da promulgação e vigência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil, no tocante à forma de contagem dos prazos processuais, com o advento do critério dos dias úteis¹⁷⁰.

Aplicado o mandamento à esfera dos processos de recuperação judicial, onde há limitação explícita, no artigo 6º, §4º, das ações e execuções em face do devedor, ter-se-ia inovação e transformação do prazo de 180 dias corridos do período de suspensão em 180 dias úteis? Se sim, esta interpretação impactaria na prorrogabilidade, haja vista o acréscimo automático de prazo¹⁷¹?

Independentemente da assunção de uma das respostas como correta e a negação das demais, o que, na seara jurídica, ocorrerá com *status* definitivo apenas quando houver consolidação de uma posição nos tribunais, o debate é

¹⁶⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁷ Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

¹⁶⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 373.

¹⁶⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁰ Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

¹⁷¹ Vide extensão da discussão do prazo em questão, que também pode ser avaliado dentro do contexto de uma transição de paradigma, com a sua submissão ao critério do paradigma dos princípios e a consequente reestruturação da literalidade da regra.

clara espécie de manifestação da *ciência normal*¹⁷², eis que se trata de problemas extraídos da lógica do paradigma e satisfatoriamente solúveis a partir das ferramentas que ele proporciona.

Determinados problemas, porém, não encontram solução válida possível ou sequer são perceptíveis no exercício da ciência normal, ensejando anomalias que podem conduzir a crises e mudanças de paradigma.

2.4 Crise da ciência normal e mudança de paradigma

Regularmente, a ciência normal “não se propõe descobrir novidades no terreno dos fatos ou da teoria; quando é bem sucedida, não as encontra”¹⁷³. Todavia, a identificação de alguns fenômenos acaba por explicitar, aos poucos, determinadas instabilidades ou inadequações na estrutura fechada do paradigma, a partir de um processo complexo, eis que toda descoberta envolve não apenas o reconhecimento da existência de algo, como também a identificação de sua natureza¹⁷⁴.

É o que se teve, nas ciências duras, com a identificação do oxigênio. Carl Wilhelm Scheele, cientista sueco, foi o primeiro a isolar amostra relativamente pura do gás, mas publicou seus trabalhos apenas depois de outros experimentos, não influenciando a mudança de modelo teórico. Joseph Priestley, em 1774 e 1775, lançou duas leituras alternativas sobre o gás, primeiramente identificando-o como óxido nitroso, depois como ar comum, mas com menor quantidade de flogisto¹⁷⁵ do que o usual.

¹⁷²No tocante à retirada, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ainda que não em recurso repetitivo, considerou que o “direito de retirada de sociedade constituída por tempo indeterminado, a partir do Código Civil de 2002, é direito potestativo que pode ser exercido mediante a simples notificação com antecedência mínima de sessenta dias” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 1602240. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Brasília, 06 de dezembro de 2016).

¹⁷³ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 77.

¹⁷⁴ Idem, p. 81.

¹⁷⁵ “É geralmente atribuída ao médico e químico alemão George Ernst Stahl (1660-1734) a criação da teoria do flogisto, um princípio material responsável pela combustibilidade das substâncias. Na realidade essa teoria foi proposta em 1669 pelo alquimista, também alemão, Johann Joachim Becher (1635-1682), num livro intitulado “Physica Subterranea”. Esse princípio seria talvez uma mistura dos conceitos de fogo aristotélico e de enxofre alquímico. [...] A combustão era então explicada como o resultado do facto do flogisto abandonar a matéria que estava a ser queimada, indo para o ar; quando um metal é queimado, o flogisto abandona-o deixando as cinzas, que já não possuindo essa substância, deixa de arder. [...] Efectivamente, Lavoisier ousou pôr em causa a teoria do flogisto, explicando os fenómenos da combustão e da calcinação sob um aspecto totalmente diferente do que até aí era considerado. Nos finais da

Somente com Antoine Laurent de Lavoisier, em 1777 e provavelmente por conta de interações significativas com Joseph Priestley é que se teve a percepção do que de fato era o novo gás, levando à construção de uma nova base teórica para a combustão, pedra angular de um movimento de reconstrução da Química da época que foi considerado revolucionário.¹⁷⁶¹⁷⁷

A identificação da novidade depende, portanto, de que o fenômeno consiga se arraigar no paradigma vigente ou, do contrário, a nova descoberta¹⁷⁸ será percebida como um ruído, uma nota mal enquadrada na partitura paradigmática.

Embora os exemplos vinculados às ciências duras sejam de mais fácil percepção, as anomalias identificadas dentro de paradigmas vigentes podem perfeitamente ser apontadas na seara das ciências sociais ou, ainda mais especificamente, na análise dos fenômenos jurídicos.

No discurso jurídico, tudo o que nega algumas das assertivas fundantes do paradigma vigente acaba sendo visto como excrescência, como produção de conhecimento não reconhecido pela ciência jurídica dominante e, nalguma medida, visto com maus olhos nos espaços clássicos de produção de conhecimento.

Tome-se, *e.g.*, parte da produção teórica de Richard Posner, egresso da *Harvard Law School*, que apresentou uma concepção pessoal acerca da relação

década de 1760 e inícios da seguinte, Lavoisier havia realizado uma série de experiências, baseadas em meticulosas medições, com uso sistemático da balança, nas quais se provava que quando um metal arde ganha peso em vez de o perder. Isso seria o primeiro passo em direção à completa compreensão do fenômeno da combustão – processo que na realidade envolve a combinação do oxigênio do ar com a substância que está a sofrer a queima.” (BRITO, Armando A. de Sousa e. “FLOGISTO”, “CALÓRICO” & “ÉTER”, *in* Ciência & Tecnologia dos Materiais, Vol. 20, n.º 3/4, 2008, p. 52-54)

¹⁷⁶ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 80-82.

¹⁷⁷ Seguem a mesma lógica a identificação dos raios-X, por Wilhelm Conrad Röntgen, que problematizava a utilização dos aparelhos de raios catódicos, à época tomados instrumentos paradigmáticos, assim como a descoberta da garrafa de Leyden (por Pieter van Musschenbroek), cujo reconhecimento como capacitor apenas se deu quando foi substituído o paradigma do fluido elétrico (KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 83).

¹⁷⁸ Vale ressaltar que a palavra *descoberta* assume conotação diferenciada e é criticada por Thomas Kuhn em sua acepção mais regular, por exemplo no excerto: “A proposição ‘o oxigênio foi descoberto’, embora indubitavelmente correta, é enganadora, pois sugere que descobrir alguma coisa é um ato simples e único, assimilável ao nosso conceito habitual (e igualmente questionável) de visão. Por isso supomos tão facilmente que descobrir, como ver ou tocar, deva ser inequivocamente atribuído a um indivíduo e a um momento determinado no tempo. Mas este último dado nunca pode ser fixado e o primeiro frequentemente também não” (**op. cit.**, p. 81).

entre Economia e Direito na obra *The Economic Analysis of Law* (1973)¹⁷⁹. Richard Posner costuma ser identificado como o mais polêmico dos autores fundantes da Análise Econômica do Direito, por defender posições que as vezes conflitam com os paradigmas do conhecimento jurídico predominantes, como a defesa da criação de um sistema de livre mercado envolvendo a adoção de bebês¹⁸⁰ ou a simpatia que demonstra para com a possibilidade de venda de órgãos¹⁸¹.

As posições de Richard Posner¹⁸² (e este *locus* não é adequado para juízos de valor quanto à própria construção teórica) ensejaram reações acaloradas e mesmo uma resistência para com a análise econômica dos fenômenos jurídicos que se amolda aos eventos descritos anteriormente no tocante à identificação de elementos que não se amoldam naturalmente ao paradigma vigente.

Todavia, o ferramental desenvolvido pelo autor, aliado a outros autores da escola da Análise Econômica (de que se tratará *infra*), permite justamente a identificação dos elementos de crise paradigmática e a modelagem de respostas potenciais no contexto de um paradigma distinto, que substituiria o anterior.

A percepção das limitações do paradigma vigente e a consequente necessidade de ruptura com a ciência normal brotam da percepção de fenômenos cujo explicação não se amolda à dogmática do paradigma¹⁸³.

¹⁷⁹ POSNER, Richard. **The Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1973.

¹⁸⁰ Como explícito no artigo **The Economics of the Baby Shortage**, escrito em parceria com Elisabeth M. Landes, onde apresenta textualmente que a adoção “poderia, em princípio, ser manuseada pelo mercado” (LANDES, Elisabeth M.; POSNER, Richard A. *The Economics of the Baby Shortage*. In: WITTMAN, Donald A (ed.). **Economics and Law** [s.l.] Blackwell Editions, p. 225), com ganho real em eficiência.

¹⁸¹ BECKER, Gary S.; POSNER, Richard A. **Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2009, p. 83-84. O título atribuído da nota da fuga da ciência normal, na medida em que invoca a perspectiva de divergência do senso comum teórico.

¹⁸² Idem à NR 110.

¹⁸³ Tome-se, *e.g.*, a transição em relação à teoria da luz. Max Planck publicou cálculos que visavam a demonstrar aparente anomalia na teoria clássica da luz, à época tida como um paradigma inabalável (a anomalia foi nominada *catástrofe ultravioleta*, o que denota o abalo trazido à comunidade científica da época). Planck fez a sugestão, extraordinária para a época, de que se os feixes de luz não fossem um contínuo, mas divididos em pequenas frações de energia, a anomalia deixaria de existir, proposição teórica vista com assombro porque contrária à percepção reinante à época e contrária ao dominante paradigma clássico da luz. Poucos anos depois da publicação, Einstein conectou a sugestão de Planck a uma outra anomalia envolvendo o modo como a luz ejeta elétrons de um metal. A interpretação deste efeito fotoelétrico em termos quânticos acabou por conduzir Einstein ao Nobel em 1921 e inaugurou uma batalha entre a *ciência normal* (paradigma vigente) e a mecânica quântica, paradigma que acabaria por sucedê-

Na seara jurídica empresarial, *i.e.*, algumas manifestações judiciais envolvendo a função social da propriedade, sobremaneira pautadas numa visão solidarista do princípio, desconsideram variáveis econômicas e, sobretudo, deixam de aferir a projeção do problema no longo prazo. Com isso, as decisões acabam demonstrando a insuficiência do arcabouço disponibilizado pelo paradigma vigente.

Têm esse condão, sobretudo, as decisões que buscam fazer justiça distributiva no caso concreto e em face do direito privado, visando a neutralizar as desigualdades sociais, mas sem ter em vista seus impactos econômicos¹⁸⁴.

Enquadram-se nessa crítica, na visão de Luciano Benetti Timm, algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que enfraquecem a proteção da propriedade com vistas a promover uma suposta justiça social, mas que, se prosperarem, ampliarão os custos de monitoração e segurança a níveis impagáveis¹⁸⁵.

Na mesma esteira, pode-se indicar julgados acerca da função social do contrato atinente ao mercado de soja no Estado de Goiás, chamado pelos analistas de caso *soja verde*¹⁸⁶. A cultura de soja era comumente financiada por *traders*, que faziam a compra antecipada da produção, capitalizando os produtores, com entrega do produto no ano seguinte.

Em vista, contudo, de valorização significativa e não antevista do valor da soja, diversos produtores buscaram o judiciário, indicando a ocorrência, dentre outros argumentos, de enriquecimento sem causa dos *traders*, visando a exonerar-se da obrigação de entrega do produto do plantio.

À luz dos argumentos apontados, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, invocando o princípio da função social do contrato e tendo em vista estado de hipossuficiência dos produtores, livrou-os do cumprimento das obrigações pactuadas¹⁸⁷.

la (TURRO, Nicholas J. Paradigms Lost and Paradigms Found: Examples of Science Extraordinary and Science Pathological And How To Tell the Difference. **Angew. Chem. Int.**, Ed. 2000, 39, No. 13, p. 2255).

¹⁸⁴ TIMM, Luciano Benetti; CAOVIALLA, Renato Vieira. Propriedade e Desenvolvimento: Análise Pragmática da Função Social. **Revista de Direito Empresarial**, p. 27.

¹⁸⁵ Idem, p. 31.

¹⁸⁶ TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 9, nº 33, jul./set. 2006, p. 17.

¹⁸⁷ Exemplificativamente: "APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE SOJA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. LESÃO ENORME. ONEROSIDADE

No entanto, foi possível verificar empiricamente que a revisão judicial dos contratos ensejou dificuldades na obtenção de financiamentos na safra subsequente, indicando que o benefício dos proponentes de ações judiciais foi contrabalanceado prejudicialmente, causando externalidades negativas à coletividade dos produtores atuantes naquele mercado e que não propuseram as demandas revisionais. Noutras palavras, o impacto social negativo se deu invocando a função social, neste caso do contrato, igualmente indicando limitações paradigmáticas.

Dada a pressão do mercado pela produção de resultados eficientes, com decisões relevantes sendo tomadas em prazos exíguos, é mister da engenharia jurídica a oferta de respostas em nome da otimização dos riscos e da promoção de soluções econômicas equitativas entre os agentes envolvidos¹⁸⁸. E o paradigma vigente, alicerçado em categorias como a constitucionalização das normas de direito privado e invocação reiterada de conceitos jurídicos indeterminados, com cunho de princípios, para reinterpretar regras explícitas, ao não incorporar elementos econômicos na tomada de decisão (vide capítulo próprio, *infra*), demonstra a insuficiência da ciência normal.

A reiteração da insuficiência e o aumento do número de situações-problema que não encontram resposta satisfatória dentro do paradigma acaba por conduzir às revoluções científicas, substituindo o paradigma vigente por um paradigma alternativo.

Nesta esteira, Thomas Kuhn considera revoluções científicas (mudança de paradigma) “aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”¹⁸⁹.

EXCESSIVA. OFENSA AO PRINCIPIO DA BOA-FE OBJETIVA E DA EQUIVALENCIA CONTRATUAL. RESCISAO. POSSIBILIDADE. NOS CONTRATOS DE EXECUCAO CONTINUADA OU DIFERIDA, O DESATENDIMENTO DA FUNCAO SOCIAL DO CONTRATO E A OFENSA AOS PRINCIPIOS DA BOA-FE OBJETIVA E DA EQUIVALENCIA CONTRATUAL FAZ EXSURGIR PARA A PARTE LESIONADA O DIREITO DE RESCINDIR O CONTRATO, MORMENTE SE OCORREREM ACONTECIMENTOS EXTRAORDINARIOS E IMPREVISIVEIS QUE TORNEM EXCESSIVAMENTE ONEROSO O CUMPRIMENTO DA PRESTACAO A QUE SE OBRIGARA. EXEGESE DOS ARTS. 421, 422 E 478, TODOS DA LEI 10.406/02, NOVO CODIGO CIVIL BRASILEIRO. APELACAO CONHECIDA E IMPROVIDA" (GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível nº 79859-2/188, Rel. Jeova Sardinha de Moraes, 1ª Câmara Cível. Goiânia, 24 de setembro de 2004).

¹⁸⁸ OTTO, Samara. Responsabilidade social do empresário: a co-gestão dos riscos, **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, Ano XI, n. 42, out.-dez./2008, p. 148.

¹⁸⁹ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 125

A transição não é tênue. É virada qualitativa, não mera variante quantitativa. A própria alcunha *revolução* foi adrede escolhida com vistas à construção de paralelo entre os processos de mudança de paradigma científico e as revoluções sociopolíticas. Nas palavras do autor¹⁹⁰:

As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com frequência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar a crise, e um pré-requisito para a revolução.

A identificação dos paralelos é ainda mais marcante na esfera das ciências sociais, nas quais o elemento humano (o cientista) é ainda mais preponderante.

O lançamento de proposições novas, como as citadas atribuídas a Albert Einstein e Antoine Laurent de Lavoisier, na esfera das ciências duras, quase que inelutavelmente proporcionará um *paradigm shift* nos moldes de Thomas Kuhn, por conta da verificabilidade peculiar àqueles ramos de conhecimento (submete-se à experimentação os novos elementos com potencial de validação ou falseamento das assertivas, com pouca margem de sustentação para teorias que enfrentarem veemente negativa empírica).

Nas ciências sociais e ainda mais especialmente no Direito, mostra-se necessário um esforço de convencimento de cunho antes político que científico, em caminho que em muito lembra o das revoluções. Não basta demonstrar, é preciso convencer. E convencer implica desconstruir dogmas que alicerçam cátedras, que fundam escolas de pensamento.

A mudança de paradigma, nesta acepção, representa uma troca de lentes na percepção dos fenômenos (verdadeira *mudança na visão de mundo*, para Thomas Kuhn). *E.g.*, Joseph Priestley, observando exatamente o mesmo

¹⁹⁰ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 126.

que Antoine Laurent de Lavoisier, viu ar desflogistizado. Outros nada viram. Antoine Laurent de Lavoisier viu oxigênio^{191,192}.

A transição não muda o objeto. Não exclui totalmente todo o conhecimento previamente produzido. Não é questão do que o cientista possa ver: mesmo após a revolução, vê o mesmo mundo. Preserva, igualmente, grande parte de sua linguagem e mesmo a maior parte de seu instrumental (equipamento de laboratório, por exemplo), ainda que varie a forma de utilização. Não é que se apague todo o conhecimento prévio e se faça da ciência anterior *tabula rasa*. Mas todo o conhecimento outrora produzido passa a ser reinterpretado a partir da nova coloração¹⁹³.

Nesta esteira, a partir da elevação à condição de paradigma da eficácia normativa imediata dos princípios (o *paradigma dos princípios* de que se tratará *infra*, no item 4), enunciados normativos como o do *caput* do artigo 1.790¹⁹⁴ do Código Civil não permitem interpretação literal, eis que atentatórios a princípios

¹⁹¹ Merece registro a reflexão de Jesus de Paula Assis quanto aos óbices à racionalização da sucessão paradigmática: “Não há como pesar racionalmente todos os fatores a serem levados em conta na decisão de se abandonar ou não um paradigma, via regras explicitáveis e que devam ser aceitas por todos, sob pena de acusação de inconsistência ou irracionalidade para quem não as admita. Os ligados a prestígio dispensam comentário. Mas também não é possível decidir quanto é muito tempo para que um problema resista à solução, ou o quanto um problema é central dentro de uma teoria. Do ponto exclusivamente lógico, não há como definir univocamente tais questões” (ASSIS, Jesus de Paula. **Op. cit.**, p. 139).

¹⁹² Na mesma esteira, desde os dias mais remotos, observadores visualizaram um objeto pesado pendurado numa corda oscilando de um lado a outro até atingir um estado de repouso. Para quem vê o mundo a partir das balizas do paradigma aristotélico, a situação representava apenas uma queda resistida, dado o pressuposto de que é da própria natureza do corpo pesado mover-se de uma posição mais alta para uma posição mais baixa até alcançar um estágio de repouso natural. Galileu viu um pêndulo e, a partir desta observação, construiu “muitas das partes mais significativas e originais de sua nova dinâmica”, além de derivar a partir das propriedades do pêndulo “seus únicos argumentos sólidos e completos a favor da independência do peso com relação à velocidade da queda, bem como a favor da relação entre o peso vertical e a velocidade final dos movimentos descendentes nos planos inclinados”. Cada uma das interpretações pressupõe um paradigma (KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 154-157).

¹⁹³ *Idem*, p. 165-166.

¹⁹⁴ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

de hierarquia constitucional (que, em paradigma anterior, eram tidos como meramente programáticos, indicativos ao legislador)^{195,196}.

Na esfera do Direito Empresarial, a aplicabilidade imediata dos princípios na condição de paradigma também promove alteração na percepção de conceitos a ponto de contrariar sua literalidade.

Tome-se o artigo 6º da Lei nº 11.101/2005 que, em seu *caput*, dita que o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor. Traz, contudo, complementação em seu §4º, que aduz que a suspensão “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias”, cuja contagem se dá desde a decisão de deferimento do processamento da recuperação. Decorrido o prazo e sem necessidade de pronunciamento judicial, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções ressurgiria.

¹⁹⁵ A argumentação do relator do Recurso Extraordinário 878.694/MG, Ministro Luis Roberto Barroso, dá conta do impacto da variação paradigmática na interpretação da norma: Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. (...) Assim sendo o artigo 1790 do Código Civil ao revogar as leis 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira, ou companheiro, dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos a esposa, ou ao marido, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade, como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.

¹⁹⁶ Outro exemplo pode ser extraído da reversão, recente, da literalidade do dispositivo do artigo 226 da Constituição de 1988, mais especificamente o conteúdo do enunciado normativo do §3º, que dita que “[p]ara efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, mas que deve ser lido sem a distinção de gênero: O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da CF de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 687.432. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 18 de setembro de 2012).

Todavia, na perspectiva do paradigma dos princípios, a limitação temporal encontra condicionantes, *e.g.*, no Enunciado 42 da I Jornada de Direito Comercial, realizada em 2012 pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, que assevera: “O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”.

Posta sob o crivo do Judiciário, a regra positivada, vigente e eficaz, não costuma prosperar, com seu comando literal sendo posto de lado por força da aplicação do *princípio da preservação da empresa*. O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, já consolidou posição, bem sintetizada no excerto abaixo¹⁹⁷:

O mero decurso do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da LFRE não é bastante para, isoladamente, autorizar a retomada das demandas movidas contra o devedor, uma vez que a suspensão também encontra fundamento nos arts. 47 e 49 daquele diploma legal, cujo objetivo é garantir a *preservação da empresa* e a manutenção dos bens de capital essenciais à atividade na posse da recuperanda. (...)O processo de recuperação é sensivelmente complexo e burocrático. Mesmo que a recuperanda cumpra rigorosamente o cronograma demarcado pela legislação, é aceitável supor que a aprovação do plano pela Assembleia Geral de Credores ocorra depois de escoado o prazo de 180 dias.

O fenômeno é idêntico: comando normativo literal (que, no paradigma de outrora, permitiria a invocação do clássico brocardo que assevera *in claris cessat interpretatio*) limitando a suspensão a cento e oitenta dias e não permitindo a prorrogação, qualquer que seja a hipótese. O consenso em torno do novo paradigma, porém, trespassa-o: *nenhuma hipótese* passa a ser visto como *algumas hipóteses*, com alicerce no princípio da preservação da empresa (e, *ver-se-á, infra*, na análise da jurisprudência formatada à luz do paradigma vigente, de sua *função social*, de que o princípio da preservação é corolário).

O que se tem, em síntese, é mecanismo que inova na configuração da ciência normal. Considere-se o acórdão citado acima e, a despeito de questões de ordem cronológica, pode-se identificar componentes de ciência normal, crise e troca de paradigma. Sob o paradigma antecedente ao dos princípios, a clareza da norma não permitiria mitigação: o limite temporal seria necessariamente de

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1610860/PB. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 de dezembro de 2016.

180 dias (quando muito, como aventado anteriormente, debater-se-ia se corridos ou úteis, ainda em debate claramente intraparadigmático) e, passados estes, as ações e execuções seriam naturalmente retomadas.

O elemento de crise paradigmática se põe na percepção de que a aplicação direta da norma, sem amenizações, apressaria a falência, uma vez que elementos de ordem concreta tornam virtualmente inviável o cumprimento do prazo. Reitere-se, nesta esteira, o julgado já citado, que evidencia que o processo de recuperação “é sensivelmente complexo e burocrático”. Aduz ainda que caso a “recuperanda cumpra rigorosamente o cronograma demarcado pela legislação, é aceitável supor que a aprovação do plano pela Assembleia Geral de Credores ocorra depois de escoado o prazo de 180 dias”.

A superação do paradigma, por sua vez, tomando ainda o julgado citado, deflui da explicitação de que o decurso do prazo indicado no art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005 não basta, por si, para permitir a retomada das ações e execuções movidas em face do devedor “uma vez que a suspensão também encontra fundamento nos arts. 47 e 49 daquele diploma legal, cujo objetivo é garantir a preservação da empresa”. Tal princípio é derivado do princípio da função social da empresa, evidenciando o impacto do paradigma dos princípios na interpretação da norma.

2.5 Mediações para transposição dos conceitos ao Direito

Concluída a descrição das noções centrais, extraídas da obra de Thomas Kuhn, e traçados alguns paralelos com a análise de fenômenos descritíveis em linguagem jurídica, é mister que se faça ainda alguns apontamentos, a título de mediação, para melhor enquadramento de questões jurídicas a um arcabouço teórico pensado para objetos tão distintos.

A invocação dos paradigmas para análise de objetos distintos daqueles da Física, da Química ou da Biologia não é novidade. Desde seu lançamento, a obra do físico estadunidense teve seu valor reconhecido para a compreensão de fenômenos afeitos a outros ramos do conhecimento.

Na Filosofia, por exemplo, Habermas relata ser costumeira a aplicação, na descrição da história da filosofia, do conceito de paradigma, composto pela história da ciência, dividindo-se os períodos a partir do *ser*, da *consciência* e da

*linguagem*¹⁹⁸. Celso Ludwig¹⁹⁹, com Dussel, acrescenta a *vida concreta* como elemento constitutivo do quarto paradigma.

O Direito, igualmente, permite leitura paradigmática. Há determinadas transformações na ordem das ideias que refletem claramente na percepção dos fenômenos jurídicos e na solução que se dá aos casos concretos. Aliás, ainda navegando com Thomas Kuhn, a assertiva de que “[t]al como a escolha entre duas instituições políticas em competição, a escolha entre paradigmas em competição demonstra ser uma escolha entre modos incompatíveis de vida comunitária”²⁰⁰ parece ainda mais verdadeira no universo jurídico.

Aliás, da própria pena do autor brota convite à comparação, quando faz alusão, no sistema do *Common Law*, à conexão entre a ideia de paradigma e a percepção de uma decisão judicial tida como precedente e que deve servir de lente à leitura de novos casos²⁰¹.

Na esfera do *Civil Law*, a mudança de paradigma pode ser tanto fruto de consensos doutrinários formatados em torno de legislação pré-existente (caso das mudanças de percepção em face de textos normativos que não se transformaram) quanto uma situação forçada pela mudança legislativa.

Como exemplo, veja-se a mudança na legislação societária perpetrada no período das privatizações. Ainda que massacrada pela doutrina pelo impacto em face dos minoritários, a Lei nº 9.457/1999 formatou a aplicação do direito até que nova reformulação emergisse, por força da Lei nº 10.303/2001. Esta lei foi considerada como “um passo importante para o amadurecimento do capitalismo brasileiro”²⁰² e francamente voltada à elevação da proteção dos minoritários.

Por mais que o ferramental doutrinário resista, a transformação no arcabouço legislativo, se substancial, tenderá a fazer ruir o paradigma anterior: Não há como tratar de *atos de comércio* desde a emergência do artigo 966 do Código Civil de 2002. Outrossim, a inovação legislativa promove a renovação

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Boitempo, 1990, p. 21-22.

¹⁹⁹ LUDWIG, Celso. A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, V. 41, N. 0 (2004), p. 30.

²⁰⁰ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 127.

²⁰¹ “Tal como uma decisão judicial aceita no direito costumeiro, o paradigma e um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas”. (**Op. cit.**, p. 44).

²⁰² KANDIR, Antonio. A reforma da lei das S.A. e o desenvolvimento. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, p. 13.

dos problemas sobre os quais se devem debruçar os pesquisadores, com ou sem mudança paradigmática.

Nesta ótica, há que se manter atenção à extensão do paradigma, quando se transita de ciências como a Física, a Química e a Biologia, para outros ramos do conhecimento, como o Direito. Enquanto físicos, químicos ou biólogos podem, dadas certas restrições, enunciar leis com pretensão de universalidade (o comportamento dos elétrons não varia de um país para outro, de um continente para outro; a gravidade não atende a critérios distintos se o corpo a ela submetido estiver num continente ou noutro), os paradigmas jurídicos, ainda que tenham pretensões mais extensas, tendem a corresponder a um único ordenamento.

Conclusões válidas acerca de institutos jurídicos alicerçadas em consensos quanto a pontos essenciais e métodos não renderão, necessariamente, resultados iguais em ordenamentos distintos. As soluções jurídicas dedicadas a situações concretas atenderão a critérios de *territorialidade*. A limitação não fica apenas na aplicabilidade de enunciados normativos vigentes. Até mesmo enunciados atrelados ao direito na condição de ramo do conhecimento passarão por critérios de validade (sob a perspectiva científica e não da teoria geral do direito) vigentes no ordenamento que pretendem alcançar.

Não só o direito positivado é distinto, mas a própria ciência do direito pode adotar pressupostos, axiomas, metodologias distintas para a construção do conhecimento quando se transita entre ordenamentos. A variabilidade, aliás, permite questionar a própria natureza científica do ramo de conhecimento.

Para não extrapolar as fronteiras do Direito Comercial, tome-se a síntese de Fábio Ulhoa Coelho:

Em termos mais precisos, o direito pode ser objeto de dois níveis de conhecimentos diferentes. Dependendo dos objetivos pretendidos pelo estudioso, da questão fundamental que ele se propõe a resolver, o seu conhecimento poderá ser científico ou tecnológico. Se procura compreender as razões pelas quais uma certa sociedade, em determinado momento histórico, produziu as normas jurídicas que produziu e não outras, o estudioso do direito se verá diante de alternativas cuja pertinência será medida por critérios excludentes de veracidade. Ou seja, as respostas que sugerir para entender essa questão serão verdadeiras ou falsas. O estudioso deve, por isso,

discutir o método pelo qual poderá afirmar uma hipótese como verdadeira, e afastar as demais como falsas.²⁰³

À leitura científica do fenômeno jurídico se pode apresentar contraponto, ainda na esteira do pensamento do autor, quando o intuito é atribuir sentido às normas:

Por outro lado, se a questão fundamental que o sujeito pretende esclarecer não está ligada à contextualização histórica da norma jurídica, mas exclusivamente ao sentido ou sentidos que lhe podem ser atribuídos, então será outro o critério de aferição da pertinência das respostas experimentadas. Quer dizer, não será possível, nesse nível de conhecimento, buscar algo assim como a verdadeira interpretação dos comandos normativos. Afirmações conflitantes acerca do sentido de uma determinada norma jurídica não se excluem, pelo contrário podem conviver numa harmonia própria. Isso não significa, ressalte-se, que inexistam critérios de aferição da pertinência das muitas respostas dadas à questão do significado da norma em estudo; apenas que tais critérios não são provenientes de um método científico, mas de esforços argumentativos de caráter retórico. Em termos mais simples, os enunciados doutrinários acerca do conteúdo de uma certa norma jurídica não são verdadeiros ou falsos, mas adequados ou inadequados à aplicação do preceito.²⁰⁴

Assume relevância, ainda, a questão da escala na transformação paradigmática.

Tomando-se o ferramental de Thomas Kuhn, é possível descrever paradigmas tanto: (i) na escala de um ordenamento integralmente considerado (o *paradigma dos princípios* a que já se fez alusão tem impacto sobre o sistema como um todo); (ii) como em disciplinas apartadas (o *paradigma dos atos de comércio* dando lugar ao *paradigma da empresa*, no Direito Empresarial); (iii) e igualmente na leitura que se faz de conceitos determinados a partir da variação conjugada de elementos que, somados, podem representar um paradigma apartado por si (caso da interpretação da função social da empresa, variável pela emergência de um *paradigma da constitucionalização do direito privado*, cenário de que se tratará mais extensivamente *infra*).

Basta que se tenha elevado consenso em relação a elementos fundamentais e que os ditos elementos tenham o condão de impactar sobre a percepção de determinados fenômenos e poder-se-á estar diante de uma conjugação de fatores compatível com o conceito de paradigma.

²⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v. 1, p. 37.

²⁰⁴ *Idem*, p. 38.

Na mesma esteira, o problema da *verificabilidade* torna o Direito, na condição de modo de produção de conhecimento, muito mais suscetível a idiosincrasias dos autores e pouquíssimo suscetível a refutações²⁰⁵.

Uma assertiva que se pretende aceita no contexto das ciências duras é refutável a partir de experimentos bem controláveis, ou por desatenção a metodologia aceita pela comunidade científica. A seu turno, análise jurídica formatada a partir do *discurso jurídico clássico* (pouco variável século a século e calcado, como já apontado *supra* (item 1.5), na “intuição e quaisquer fatos que estivessem disponíveis”²⁰⁶) é mais questão de adesismo que de demonstração.

Noutras palavras: a autoridade do argumentador, no contexto do discurso jurídico, pode perfeitamente superar a autoridade do argumento. A adesão por mera afinidade pode permitir que perseverem discursos duvidosos, porque os métodos de refutação não são claros, pelo próprio perfil do Direito como ramo de conhecimento e sua forte conotação política.

Some-se à advertência o fator jurisprudência. A produção de conhecimento jurídico encontra, nalguma medida, um limite concreto na aplicação do conhecimento produzido.

Entenda-se: sob certo aspecto, como já propugnava a escola realista, direito é aquilo que o juiz diz ser. Não que o conhecimento jurídico se deva render à decisão judicial, mas não pode, igualmente, ignorá-la. O trajeto do deontológico ao ontológico não vem da pena da doutrina, mas do conteúdo das decisões judiciais. E o impacto é indiscutível, como visto no exemplo acima, envolvendo a compra de soja futura.

É por força delas que o direito que *deve ser* dá espaço ao *direito que é*. O trânsito em julgado faz até mesmo da mais equivocada decisão um elemento imutável do ordenamento (por fixação, aliás, do próprio ordenamento, que determina a inalterabilidade em norma constitucional de cunho fundamental).

O peso da decisão, portanto, jamais poderia ser desconsiderado ao se propor uma leitura paradigmática de institutos jurídicos. E o acréscimo do direito

²⁰⁵ Em certa medida, aliás, esta característica do Direito enquanto ramo do conhecimento pode ser devidamente neutralizada a partir da aplicação de ferramentas de conhecimento derivadas de ramos com maior tradição de cientificidade. Nesta esteira, a aplicação de métodos de pesquisa empírica de outras ciências sociais, como a própria Economia, permitem demonstrar nuances que o discurso jurídico, por sua conta, não permite vislumbrar.

²⁰⁶COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 25.

como visto pelos tribunais faz crescer a complexidade do próprio direito tomado como objeto de um ramo de conhecimento organizado. Ainda mais ao se ter em mente que duas situações idênticas podem ter julgamentos opostos sob o crivo de juízos distintos.

Mesmo os componentes estabilizadores da jurisprudência podem dar sinais de instabilidade²⁰⁷.

Um objeto preso a uma corda em movimento lateral, para atender a um exemplo caro a Galileu, atenderá a leis de movimento universalmente aceitas. Pouco importa a comarca em que ocorra o movimento pendular, a distância total percorrida, a cada oscilação, seguirá sendo decrescente. Fenômenos jurídicos oscilam à mercê do juízo de que emana a decisão. Há que se ter clara, portanto, a distinção entre o direito pensado como ramo do conhecimento e o direito pensado como produção de decisões lastreadas em processos judiciais.”²⁰⁸

Não cabe ignorar, ainda, as limitações da construção do conhecimento jurídico a partir de suas balizas clássicas. Nesta esteira, Paulo Nader adverte:

A visão que a Ciência do Direito oferece é limitada, fenomênica, não suficiente para revelar ao espírito o conhecimento integral do Direito, cuja majestade não decorre apenas das leis, mas do seu significado, da importância de sua função social, dos valores espirituais que consagra e imprime às relações interindividuais.²⁰⁹

A implicação é imediata: aquele que se dedica ao estudo do direito não pode se limitar às lindes da linguagem jurídica. Os fenômenos jurídicos são multidisciplinares por natureza. Mesmo ramos como o processo civil, cujo

²⁰⁷Vide, e.g., duas manifestações jurídicas separadas por curto hiato, ambas do Superior Tribunal de Justiça, ambas atinentes ao Valor Residual Garantido (VRG) nos contratos de *leasing*. Sua primeira estabilização, com *status* de Súmula do STJ, sob nº 263, declarava: “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”. Sua reformulação veio por força da Súmula nº 293, em curtíssimo espaço de tempo: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”. Correção e incorreção, no universo jurídico, sob a ótica do direito *que é*, são questão de *decisão* (*ergo* com forte alicerce político) antes de serem questão de *ciência*.

²⁰⁸ Não importa quantas teses jurídicas forem escritas sustentando que a de defesa técnica produzida por advogados em processo administrativo disciplinar representa cerceamento de defesa: a presença de súmula vinculante asseverando que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”²⁰⁸sobrepujará todas elas., consoante Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal, que assevera, literalmente: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

²⁰⁹ NADER, Paulo. **Op. cit.**, p. 45.

discurso é basicamente de técnica processual, pode e merece ser lido sob a perspectiva, por exemplo, do impacto econômico da mora (elevando o custo geral do crédito), do sistema de incentivos que propicia, favorecendo determinadas condutas estratégicas (arrastar judicialmente o cumprimento de uma obrigação a fim de alcançar desconto significativo).

Portanto, a utilização do conceito de *paradigma*, nos moldes aqui postos, pressupõe as mediações lançadas acima, em vista das peculiaridades informativas do Direito enquanto corpo de conhecimento e do Direito Comercial enquanto um dos de seus braços.

Ressalte-se, por fim, a relevância da adoção do conceito. A percepção da noção de paradigma permite que se tenha a percepção do *locus* do debate: se é intraparadigmático ou ciência com pretensão revolucionária. Outrossim, permite estabelecer melhor canal de diálogo, na medida em que evita o problema de se estar debatendo o mesmo fenômeno a partir de paradigmas distintos, o que inviabiliza qualquer consenso. Permite, portanto, separar o erro da conclusão baseada em paradigma distinto.

3 A EMPRESA EM CRISE E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO PERÍODO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988

À luz do ferramental teórico apresentado no capítulo anterior, inaugura-se a leitura do tratamento dado às empresas em crise e, igualmente, à função social da empresa no período anterior à Constituição de 1988.

No tocante ao tratamento legal da empresa em crise, tratar-se-á do Decreto-Lei nº 7.661/1945 como resultante de um longo ciclo de variações dos marcos legislativos do tratamento jurídico das empresas em crise, apontando sua moldura inicial, de forte cunho individualista, em transição para um quadro de individualismo mitigado e de proteção de um corpo maior e mais complexo de interesses vinculados à atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços.

Por outro lado, não é coincidência que tenha sido justamente na construção de um marco legal para as sociedades anônimas que, pela primeira vez, em 1976, a expressão *função social da empresa* apareceu no ordenamento jurídico pátrio. A escolha é deliberada consequência da leitura da grande empresa como instituição social, que tem raízes, sobremaneira, na doutrina alemã do segundo pós-guerra.

A dimensão alcançada pelas grandes corporações, aliada às potenciais consequências do seu desarranjo econômico (vide *supra*, 1.3 e 1.4) reforçam a preocupação com elementos de ordem funcional. A função social da empresa introduzida pela Lei nº 6.404/1976 é prelúdio para a função social da empresa (e a construção legal de caminhos para sua preservação) da Lei nº 11.101/2005.

Feitas estas ponderações, dedicar-se-á os tópicos subsequentes à apresentação do diploma falimentar vigente quando da promulgação da Constituição de 1988, bem como da corrente institucionalista, enquanto semente da visão funcionalista da empresa, seguida da análise da doutrina de época (1976 a 1988) acerca da função social ditada pela Lei nº 6.404/1976, a fim de aferir se as formulações incipientes já permitiriam a identificação de um paradigma próprio que a apreendesse.

3.1 Decreto-Lei nº 7.661/1945: do individualismo aos primeiros indícios de leitura social

Visando à composição do recorte proposto na tese, imperativa a análise da legislação falimentar precedente à Lei nº 11.101/2005.

Para tanto, analisar-se-á, ainda que com brevidade, os marcos legislativos regentes das falências e concordatas (aliadas a figuras afins como a moratória) desde a independência, com maior detalhamento no tocante ao Decreto-Lei nº 7.661/1945, cuja vigência beirou os sessenta anos.

O diploma modificou substancialmente o regime das falências e concordatas vigente, tendo sido gestado e promulgado sob os auspícios da Segunda Guerra Mundial com inspiração em projeto elaborado por Trajano de Miranda Valverde e reeditado por Alexandre Marcondes Filho.

Das suas inovações, importam sobretudo aquelas atinentes às concordatas, por sua correlação com a atual recuperação judicial, que será alvo de análise funcionalista no último capítulo.

Dentre as inovações, interessam sobremaneira aquelas que permitem identificar os primeiros rastros de uma transição entre a postura individualista dos primeiros diplomas e as suas versões mitigadas, por força da produção da doutrina e da jurisprudência, na medida em que o conceito de empresa era incorporado ao Direito Comercial brasileiro.

3.1.1 Diplomas precedentes

Se na esfera do direito societário a função social da empresa encontrou positividade ainda em meados da década de 1970²¹⁰, na cronologia do direito falimentar a aparição foi bastante posterior, embora a influência se permita sentir na acomodação que doutrina e jurisprudência fizeram das normas falimentares vigentes à época.

Cabe iniciar destacando que a percepção da relevância da regulação das falências e, antes da Lei nº 11.101/2005, das concordatas, não é novidade

²¹⁰ Consoante conteúdo citado *supra* dos artigos 116 e 154 da Lei nº 6.404/1976 e em moldes que serão mais amplamente desenvolvidos em tópico próprio.

histórica no Direito Comercial brasileiro. Basta que se observe, *e.g.*, que um dos primeiros diplomas legais de vulto após a proclamação da República foi o Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, anterior até mesmo à Constituição de 1891, promulgada em 24 de fevereiro.

O período anterior à independência teve regência inicial das Ordenações Afonsinas, editadas em 1446 e que se pautavam no *concursum creditorum* romano. Foram sucedidas pelas Ordenações Manuelinas, estas de 1521 e que mantinham o padrão da legislação anterior.

Ambas tiveram pouca relevância prática no contexto nacional em vista do estágio inicial da colonização portuguesa. As Ordenações sucessoras, Filipinas (1603), tiveram relevância mais acentuada, em vista do desenvolvimento da colônia, figurando como legislação regente até a independência, em 1822²¹¹.

Após a independência, o período inicial manteve o regramento anterior, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, cujo escopo era a consolidação da vigência do sistema colonial até expressa revogação²¹². Adveio, então, o Código Comercial de 1850²¹³, que regulava a falência (também chamada *quebra*), a concordata (dependente de deliberação dos credores) e a moratória (concedida pelo juízo sem necessidade de aquiescência dos credores), após o qual o

²¹¹ ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do Direito Falimentar à Lei nº 11.101/2005. **Revista Jurídica Empresarial**, nº 15, jul.-ago./2010, p. 28-30. Registre-se, ainda, que as Ordenações Filipinas foram alteradas por alvarás régios durante o período de vigência, sendo estes: o Alvará de 13 de novembro de 1756; o Alvará de 01 de setembro de 1757; o Alvará de 17 de maio de 1750; o Alvará de 12 de março de 1760; o Alvará de 29 de março de 1770. Além destes, havia previsão genérica de aplicação, pela via subsidiária, das leis oriundas das nações civilizadas, alicerçada, no período pré-independência, no Alvará de 18 de agosto de 1769.

²¹²“Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.”

²¹³ O diploma foi constituído à luz do perfil dos negócios brasileiros de época, familiares e de porte pouco significativo, como evidencia o artigo 800 do diploma, ao destacar as hipóteses de quebra (falência) qualificada com culpa, dentre elas “Excesso de despesas no tratamento pessoal do falido, em relação ao seu cabedal e número de pessoas de sua família” (evidenciando preocupação legislativa com a confusão patrimonial – refletida, no direito vigente, *i.e.*, no artigo 50 do Código Civil quando trata da desconsideração) e “Perdas avultadas a jogos, ou especulação de aposta ou agiotagem”.

sistema de falências e concordatas foi alterado por diversos diplomas legais nas décadas subsequentes.

Nesta esteira, pode-se apontar a regulamentação especial de falência das instituições financeiras, pelo Decreto nº 3.309²¹⁴, de 20 de setembro de 1864, cuja motivação externaliza a percepção das idiosincrasias vinculadas à atuação bancária:

Considerando que a fallencia dos Bancos e casas bancarias, pela multiplicidade de suas transacções como povo, pelas suas importantes relações com o Commercio e Agricultura, e pela influencia que póde exercer sobre o credito e ordem publica, não deve ser regulada pela legislação das fallencias ordinarias.

Foi, contudo, revogado pelo Decreto nº 3.516, pouco mais de um ano depois, aos 30 dias de setembro de 1865, e sucedido pelo já citado Decreto nº 917/1890, elaborado em duas semanas. Tal Decreto era tido como pródigo nos meios disponibilizados ao devedor para obstar a declaração da falência, tornando o sistema ainda mais propenso a fraudes e abusos²¹⁵ e ensejando a sua substituição, pouco mais de uma década depois, pela Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902, alvo de duras críticas por propiciar condutas imorais²¹⁶.

O último diploma teve vigência ainda menos longeva, revogando-o a Lei nº 2.024/1908 que promoveu, em parte, resgate do conteúdo do Decreto nº 917, com acréscimo na participação do magistrado e melhorias voltadas a uma maior transparência nos procedimentos²¹⁷ e indicação de tratamento peculiar (que não

²¹⁴ O Decreto vem na esteira de uma crise econômica e assume cunho de legislação de emergência, como se evidencia por seu decreto precedente, de nº 3.307, que concedeu moratória no vencimento de todos os créditos na Praça do Rio de Janeiro: “Attendendo á summa gravidade da crise commercial, que domina actualmente a praça do Rio de Janeiro, perturba as transacções, paralysa todas as industrias do paiz, e póde abalar profundamente a ordem publica, e á necessidade que ha de provêr de medidas promptas e efficazes, que não se encontrão na legislação em vigor, os perniciosos resultados que se temem de tão funesta occurrencia; Hei por bem, Conformando-Me com o parecer unanime do Conselho de Estado, Decretar: Art. 1º Ficão suspensos, e prorogados por sessenta dias, contados do dia 9 do corrente mez, os vencimentos das letras, notas promissorias, e quaesquer outros titulos commerciaes pagaveis na Côrte, e Provincia do Rio de Janeiro; e tambem suspensos e prorogados pelo mesmo tempo os protestos, recursos em garantias, e prescripções dos referidos titulos”.

²¹⁵ AFONSO NETO, Augusto. **Princípios de Direito Falimentar**. São Paulo: Max Limonad, 1962, p.56.

²¹⁶ Dizia-se à época, por exemplo, que a existência de quarenta síndicos no Distrito Federal era comumente associada à figura de Ali-babá e os quarenta ladrões.

²¹⁷ ESTEVEZ, André Fernandes. **Op. cit.**, p. 37.

se reflete no ordenamento vigente) às sociedades anônimas, com hipótese de falência por perdas significativas de capital social²¹⁸.

A essência do regramento lançado pelo diploma alcançou significativa longevidade, eis que a sucessora, Lei nº 5.746/1929, repetiu-lhe em muito literalmente²¹⁹ e serviu apenas a modificações pontuais.

Embora tido como tecnicamente adequado, o modelo de regência inaugurado pela Lei nº 2.024/1908 e aprimorado pelo Decreto nº 5.746/1929 albergam período histórico turbulento. Tome-se que entre a promulgação do primeiro deles e a revogação do segundo (pelo Decreto-Lei 7.661/1945) houve eventos de grande impacto socioeconômico em escala internacional, com severos reflexos na configuração socioeconômica brasileira, dentre os quais a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa de 1917, a Crise de 1929 e a Segunda Guerra Mundial.

Internamente, o período representa a transição da economia cafeeira para uma economia industrial incipiente, por substituição de importações, tornando latente a necessidade reformulação dos parâmetros legislativos. Ademais, havia a percepção de que o mecanismo legal era complacente com condutas fraudulentas, como se extrai da síntese de Trajano de Miranda Valverde²²⁰:

A autonomia excessiva de que continuavam a gozar os credores, no estado jurídico da falência ou concordata, com muitos direitos e nenhuma obrigação, era, para nós, a causa primordial dos males de que se queixava o comércio. Os seus membros confessavam-se incapazes para cercear a fraude que se infiltrava na classe, com a qual não raro pactuavam, – sejam justos – por complacência, amizade ou inércia. Punham de lado o seu interesse e a lei, que os protegia, porque era preciso servir ao pedido de um amigo ou de alguém de peso.

²¹⁸ Art. 3º As sociedades anônimas, ainda mesmo que o seu objecto seja civil (dec. n. 164, de 17 de janeiro de 1890, art. 1º), incorrem em fallencia: [...] 3º Nos casos de perda de tres quartos ou mais do capital social.

²¹⁹ Vide, *e.g.*, a manutenção literal do artigo 1º e do artigo 2º, dentre outros enunciados normativos.

²²⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 18.

Neste contexto, aos 21 dias do mês de junho de 1945, foi expedido pela Presidência da República²²¹ o Decreto-Lei nº 7661/1945, instituindo novo marco legislativo para as falências e concordatas no direito brasileiro.

3.1.2 O Decreto-Lei nº 7.661/1945

O processo falimentar (englobando falência e concordata) inaugurado pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945 guardava duas fases. A primeira era dedicada sobremaneira à análise da vida progressa do *comerciante*: cabia analisar sua vida econômica e sua conduta enquanto homem de negócios (para que fosse elegível à concordata, por exemplo). A segunda se voltava à destinação do patrimônio.

O comerciante²²² continuou sendo o destinatário por excelência da norma falimentar, como produto de seu tempo, no contexto de um Direito Comercial pautado na teoria dos atos de comércio e compatível, até aquele momento histórico, com a realidade econômica brasileira. Nesta esteira, tem-se em vista que a expressão *empresa*, por exemplo, não aparece uma única vez no texto do Decreto-Lei 7.661/1945²²³.

A vocação ao comerciante e, mais especificamente, ao comerciante individual, explicita-se em diversos dispositivos. O artigo 3º, *e.g.*, trazia a possibilidade de decretação da falência do espólio do devedor comerciante, do relativamente incapaz (ou seja, o maior de dezoito anos, mas que ainda não

²²¹ A nomenclatura deriva do permissivo do artigo 180 da Constituição de 1937, no contexto do Estado Novo: Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

²²² Vide os dois primeiros artigos do Decreto-Lei: “Art. 1º Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva”; “Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante [...]”.

²²³ Embora conste na exposição de motivos, em seu perfil subjetivo, como no excerto: “A reação dos juristas perante a não extensão da falência da sociedade aos sócios solidários situou o problema entre duas orientações extremas. Alguns entendem que, provocando a falência uma completa fusão dos patrimônios da sociedade e dos sócios frente ao passivo social, não se justifica a isenção dos sócios daquele estado. Outros, inspirados no conceito de empresa que a moderna doutrina vem cristalizando, julgam possível uma integral separação entre a empresa e o seu titular, sugerindo que o sujeito passivo da falência seja aquela e não este” (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. V. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 265). Ainda, há menção a “empresários” no artigo 7º, §1º, usando a nomenclatura derivada do art. 19, §3º, do Decreto 737/1850 ao tratar de “empresas de espetáculos públicos”.

completara vinte e um) com economia própria e da mulher casada que exercesse o comércio sem autorização marital por mais de seis meses.

No mesmo sentido, a análise da conduta prévia do falido se dá à luz do comerciante individual, não sob a ótica societária (conceitos como a separação de propriedade e gestão, de que já se tratou, não permeavam o pensamento jurídico-econômico da época). A concordata, por exemplo, era medida voltada ao devedor infeliz e de boa-fé, atributos personalistas que não encontram afinidade imediata com as sociedades.

Dentre as principais transformações de que o Decreto foi vetor em relação à legislação anterior, destaca-se sobremaneira a diminuição da influência dos credores, com a desconstrução do sistema de aprovação das concordatas em assembleia.

Nesta esteira, houve completa reformulação do papel da assembleia de credores. Órgão relevante no direito anterior, a assembleia foi praticamente extinta do procedimento de falência e de concordata, remanescendo apenas para a hipótese de deliberação vinculada à forma de liquidação do ativo, nos moldes do artigo 122 do Decreto-Lei²²⁴ (com reflexo, em parte, no artigo 123, §3º), que previa mecanismo de convocação desde que o pleito se desse por credores representativos de mais de um quarto do passivo habilitado.

Outrossim, o Decreto-Lei também promoveu alterações na natureza jurídica do instituto da concordata.

A doutrina usualmente aponta para três naturezas distintas para a concordata: (i) teorias contratualistas, que veem na concordata negócio jurídico com as características de simples contrato firmado entre os credores quirografários e o devedor, haja vista a necessidade de aquiescência daqueles²²⁵; (ii) teorias processualistas, que atentam à necessidade de atuação

²²⁴Art. 122. Credores que representem mais de um quarto do passivo habilitado, podem requerer ao juiz a convocação de assembléia que delibere em termos precisos sobre o modo de realização do ativo, desde que não contrários ao dispôsto na presente lei, e sem prejuízo dos atos já praticados pelo síndico na forma dos artigos anteriores, sustando-se o prosseguimento da liquidação ou o decurso de prazos até a deliberação final.

²²⁵ O paradoxo advindo da possibilidade de sobreposição da vontade da maioria aos dissidentes e ausentes não escapou à crítica de Rubens Requião quanto à natureza contratual: "Tornam-se embaraçados os autores da teoria, quando se deparam com o fato de que existem credores ausentes e dissidentes, que não manifestam sua adesão ao pacto. São obrigados, então, traindo o princípio dogmático de que o contrato resulta da livre manifestação dos contratantes, a admitir que a minoria, ausente ou dissidente, data a complexidade do contrato de concordata, é

da autoridade judiciária para fins de homologar a concordata dão-lhe a conotação de instituto de natureza eminentemente processual; e (iii) a teoria da obrigação legal, que aduz ser a concordata outorgada por mandamento legal, donde deriva a submissão da minoria à maioria.

No direito brasileiro há exemplo de filiação às teorias contratualistas no Código Comercial de 1850, eis que cabia aos credores conceder ou recusar a concessão da concordata, prevendo a lei quórum de deliberação específico, na redação original do artigo 847:

Art. 847. Lida em nova reunião a sentença arbitral, se passará seguidamente a deliberar sobre a concordata, ou sobre o contracto de união (art. 755).

Se ainda nesta reunião se apresentarem novos credores, poderão ser admittidos sem prejuizo dos já inscriptos e reconhecidos: mas se não forem admittidos não poderão tomar parte nas deliberações da reunião; o que todavia não prejudicará aos direitos que lhes possão competir, sendo depois reconhecidos (art. 888).

Para ser válida a concordata exige-se que seja concedida por **hum numero tal de credores que represente pelo menos a maioria destes em numero, e dous terços no valor de todos os creditos sujeitos aos efeitos da concordata.** (g.n.)

A fórmula deriva do próprio vocábulo *concordata*, originariamente vinculado à mesma raiz de acordo, e que se resumia à aquiescência dos credores, com natureza contratual, em torno da oferta de novo prazo para o cumprimento das obrigações pecuniárias.

Incumbia aos credores a decisão, atendido o quórum de votação acima citado, se ao devedor seria ou não permitida a concordata, dispondo a lei unicamente das condições em que a deliberação da maioria poderia ser imposta à minoria. Ao juiz incumbia unicamente o papel de homologação do que fosse deliberado²²⁶.

A nova legislação, de 1945, porém, afastou a teoria contratualista, fazendo preponderar a teoria processualista, com a figura, na nomenclatura de

constrangida a observá-lo, quando a maioria o estipular com o devedor” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, p. 9-10).

²²⁶ Raciocínio semelhante era aplicado à moratória, instituto previsto à época, que exigia quórum semelhante, consoante artigo 900 do Código Comercial: **Art. 900.** [...] O Tribunal, ouvido o Fiscal, concederá ou negará a moratoria como julgar acertado; podendo, antes da decisão final, mandar proceder a qualquer exame ou diligencia que entender necessaria para mais cabal conhecimento do verdadeiro estado do negocio; sendo necessario para a concessão que nella convenha a maioria dos credores em numero, e que ao mesmo tempo represente dous terços da totalidade das dividas dos credores sujeitos aos efeitos da moratoria.

Rubens Requião, da *concordata sentença*²²⁷. A Exposição de Motivos²²⁸ do anteprojeto do Decreto-Lei nº 7.661/1945 indicou a motivação condutora da transformação:

O sistema, entretanto, não produz os resultados que seriam de desejar, a preponderância da maioria, nas deliberações coletivas, somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sob a pressão do seu interesse individual, deturpando o interesse coletivo da deliberação e tornando ilegítima a sujeição da minoria. E a verdade é que, na vigência desse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia, através dos entendimentos externos do processo, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar.

Nesta esteira e visando a proteger a paridade no tratamento dos credores, o Decreto-Lei privou-lhes da prerrogativa de deliberar acerca da concessão e atribuiu o protagonismo ao magistrado. A sentença passou a substituir a manifestação de vontade e a concessão da concordata deixou de ter natureza discricionária, passando a ser ato vinculante. Deixou de ser contrato e se tornou favor legal, adstrito apenas ao atendimento de critérios positivados no novo diploma.

Além dos aspectos já descritos, pode-se apontar ainda os seguintes²²⁹:

(i) não extensão da falência aos sócios solidários; (ii) supressão da figura do liquidatário, com a concentração das competências no síndico; (iii) extensão da reivindicação, cuja legitimidade passa a ser não apenas do proprietário, mas de quem por força de direito real ou pessoal tenha direito de reaver a coisa arrecadada; (iv) aprimoramento do sistema de verificação de créditos, autuadas em apartado visando a não afetar a marcha do processo coletivo; (v) regras conservatórias do estabelecimento mediante regulação do contrato de locação do local do exercício da atividade e de sua transferência; (vi) reestruturação do rol dos crimes falimentares, afastando condutas típicas comuns, abdicando igualmente da classificação dos crimes em culposos ou dolosos (falência culposa ou falência fraudulenta), atendendo à doutrina penal da época.

²²⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 12.

²²⁸ Reproduzida integralmente em VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. V. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 261-276.

²²⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. V. 4. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 261-276.

Ademais, regula-se a concordata em duas formas: concordata preventiva e concordata suspensiva. É preventiva se pleiteada em juízo antes da declaração de falência e suspensiva se pleiteada depois²³⁰.

A concordata preventiva é “benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa fé, infeliz em seus negócios”²³¹, permitindo a concessão de prazo e descontos no pagamento de seus créditos quirografários. Seu objetivo é evitar a falência quando se está diante de dificuldade financeira ou econômica pontual, normalmente atrelada a determinado nível de falta de liquidez que torna inviável, em determinado momento, o cumprimento pontual das obrigações. Recorrente, *e.g.*, em cenários de elevado investimento em ativos imobilizados com subsequente queda de receita que pode engendrar impontualidade.

O pleito à luz do Decreto-Lei dependia, além da ausência dos impedimentos elencados no artigo 140 (mitigados para pequenos comerciantes com pequeno passivo, apontados *infra*), do atendimento aos requisitos do artigo 158: (i) exercício regular do comércio ao menos há dois anos; (ii) presença de ativo superior a mais de cinquenta por cento do passivo quirografário²³²; (iii) não se tratar de falido ou, caso tenha sido, que as responsabilidades já tenham sido extintas; (iv) não haver protesto de título em face de si por falta de pagamento.

Estava limitado, ainda, a um parâmetro de prazo e desconto pré-estabelecido pelo artigo 156 (alcançado pela doutrina *dividendo mínimo*²³³): (i) caso o pagamento se desse à vista, os quirografários deveriam receber no mínimo cinquenta por cento do total de seus créditos; (ii) caso se desse no prazo de seis meses, sessenta por cento do crédito; (iii) de doze meses, setenta e cinco por cento do crédito; (iv) de dezoito meses, noventa por cento, com pagamento de ao menos dois quintos no primeiro ano; (v) de vinte e quatro meses, o crédito total, também com pagamento de ao menos dois quintos no primeiro ano.

Se declarada a falência, a concordata preventiva, como apontado, deixava de ser viável, passando a sê-lo apenas a concordata suspensiva que,

²³⁰Art. 139. A concordata é preventiva ou suspensiva, conforme fôr pedida em juízo antes ou depois da declaração da falência.

²³¹ REQUIÃO, Rubens. **Op. cit.**, p. 62.

²³² Para os fins do cálculo do ativo total, eram desconsiderados os bens que estivessem gravados de ônus real até o limite do crédito, computando-se apenas o excedente.

²³³ Por todos, REQUIÃO, Rubens. **Op. cit.**, p. 68.

como o próprio nome indica, suspendia o andamento do processo falimentar. Este voltava a fluir em caso de descumprimento da concordata. A suspensão do processo e não sua extinção milita favoravelmente à nomenclatura *concordata suspensiva* em detrimento de *terminativa* ou *extintiva*.

Para seu requerimento, além da existência de declaração de falência, necessária ainda a ausência de qualquer queixa ou denúncia em face do falido²³⁴, eis que a concordata somente é benesse a que faz jus o devedor infeliz e de boa-fé. Se a dúvida se fizesse presente em face da boa-fé do falido, por conta de queixa ou denúncia, obstar-se-ia, até a sentença, a concordata suspensiva.

Para alcançar o benefício, o devedor deveria oferecer aos credores quirografários, nos moldes do artigo 177, trinta e cinco por cento do total dos créditos, se o pagamento se desse à vista, ou cinquenta por cento, caso se desse a prazo, que não poderia superar dois anos, exigindo-se ainda o pagamento de ao menos dois quintos no primeiro ano.

Deferida, a concordata suspensiva recolocava o devedor no controle (de que fora privado quando da decretação da falência) dos bens, ainda que com restrições explícitas no tocante à alienação ou oneração de bens imóveis, dependente de manifestação judicial, com oitiva do Ministério Público. Cumprida a concordata preventiva, extinguiu-se a falência. Descumprida, o processo falimentar era restaurado.

Identifica-se, ainda, no diploma de 1945, semente de tratamento diferenciado aos pequenos devedores, no enunciado normativo do artigo 141 daquele diploma legal, que minimizava os requisitos formais para o pleito de concordata. Caso o passivo fosse inferior a cem vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país²³⁵, não havia necessidade de comprovação de arquivamento, registro ou inscrição no Registro do Comércio dos documentos e

²³⁴ A legitimidade para a oferta alcançava o síndico ou até mesmo qualquer credor, em caso de inércia do Ministério Público: Art. 108. [...] Parágrafo único. Se o representante do Ministério Público não oferecer denúncia, os autos permanecerão em cartório pelo prazo de três dias, durante os quais o síndico ou qualquer credor poderão oferecer queixa.

²³⁵ A redação original do dispositivo indicava como limite o valor de cinquenta mil cruzeiros: Art. 141. O devedor que exerce individualmente o comércio é dispensado dos requisitos de ns. I e II do artigo antecedente, se o seu passivo quirografário fôr inferior a Cr\$50.000,00. Foi, contudo, reformulada pela Lei nº 4.983, de 18 de maio de 1945: Art. 141. O devedor que exerce individualmente o comércio é dispensado dos requisitos de ns. I e II do artigo antecedente se o seu passivo quirografário fôr inferior a 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.

livros obrigatórios, nem tampouco havia impedimento do pleito de concordata em caso de não pleitear falência após trinta dias de inadimplemento de obrigação líquida²³⁶.

Cabe apontar, ainda, que permaneceu no ordenamento a hipótese de continuidade do negócio²³⁷, amoldado aos requisitos do artigo 74, que permitia ao falido pleitear pela continuação do negócio. O pleito deveria ser submetido ao crivo do síndico e do representante do Ministério Público, mas não aos credores, e caberia ao juiz, em análise de conveniência (com natureza discricionária, portanto), deferi-lo, nomeando gerente.

Não há, todavia, qualquer indício na doutrina da época de que se estaria diante de dispositivo que visasse a proteger interesses distintos daqueles do devedor²³⁸. Alguns condicionantes apontados nos parágrafos do artigo 74 ditam restrições severas à continuidade dos negócios e mostram sua compatibilidade apenas com empreendimentos de menor porte e complexidade, caso da exigência de que as compras e vendas se deem à vista (“a dinheiro de contado”) ou quando muito com prazo de trinta dias²³⁹.

O diploma era severo, ainda, na exigência de paridade no tratamento entre os credores, traduzido pela expressão latina *par conditio creditorum*. Nesta esteira, havia previsão, no artigo 150, II, de que a concordata seria rescindida, inaugurando-se estado falimentar, caso houvesse pagamento antecipado a alguns credores, com prejuízo para outros²⁴⁰. Os pagamentos realizados deveriam “aquinhoar, por igual, todos os credores, no vencimento das prestações” e se o concordatário antecipar pagamentos, “não deve nem pode pagar apenas uns credores; ou o fará para todos ou para nenhum”²⁴¹.

²³⁶Art. 8º O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de trinta dias, requerer ao juiz a declaração da falência, expondo as causas desta e o estado dos seus negócios [...].

²³⁷ Com origem no Decreto 917/1890 e reproduzida na legislação posterior.

²³⁸ Elemento amenizado pela doutrina nas décadas subsequentes, como se apontará *infra* (4.3.1).

²³⁹ [...] § 4º As compras e vendas serão a dinheiro de contado; em casos especiais, concordando o síndico e o representante do Ministério Público, o juiz poderá autorizar compras para pagamento no prazo de trinta dias. As vendas, salvo autorização do juiz, não poderão ser efetuadas por preço inferior ao constante da avaliação.

²⁴⁰Art. 150. A concordata pode ser rescindida: [...] II - pelo pagamento antecipado feito a uns credores, com prejuízo de outros; [...].

²⁴¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, v. 2, p. 47.

Indigitado dispositivo pautava-se na percepção de que os credores ocupavam plano de igualdade e a quebra desta igualdade era tida como medida gravosa apta a ensejar a decretação da falência, se preventiva a concordata, ou sua retomada, se suspensiva, independentemente da aferição de outras circunstâncias²⁴².

Expostos seus traços gerais, há que ponderar que o Decreto-Lei nº 7.661/1945 foi notoriamente longo, alcançando quase sessenta anos de vigência, lapso temporal que ensejou amenização do rigor de alguns dispositivos, pavimentado paulatinamente a superação do individualismo originário, assim como desvelou a inaptidão doutros às finalidades a que se propunham, como se passa a apontar.

3.1.3 Apontamentos críticos

O Decreto-Lei 7.661/1945 se insere num período bastante especial da economia brasileira, no contexto do pós-guerra e de uma incipiente industrialização por substituição de importações, tradutores do período de 1930-1945 da economia brasileira.

Sobre as características do período, vale colher as lições da literatura especializada no tocante à ascensão da burguesia industrial²⁴³:

1. A nova coalizão dominante significa a acomodação entre elites tradicionais e emergentes e, portanto, abriu-se efetivamente, com a revolução de 30, um novo espaço político para as elites industriais.
2. A participação da burguesia industrial nas decisões econômicas tem sido minimizada pela análise sociológica.
3. O pensamento autoritário, ideologia dominante nessa etapa histórica, influenciou positivamente o processo de industrialização, ao legitimar a ação planejadora e intervencionista do Estado.
4. A grande diversificação do aparelho estatal pós-30 implicou a descentralização de arenas decisórias, nas quais os interesses industriais puderam insinuar-se (principalmente comissões e conselhos técnicos).

²⁴² Vide *infra* (4.3.1) amenização da aplicabilidade do dispositivo como um dos elementos tradutores das transformações, ainda que pontuais, promovidas pela jurisprudência na aplicação da regra, em indicativo do futuro enquadramento paradigmático que será objeto do quarto capítulo.

²⁴³ FORJAZ, Maria Cecília Spina. Industrialização, estado e sociedade no Brasil (1930-1945). **Rev. adm. empres.**, São Paulo, v.24, n. 3, p. 35-46, Set. 1984, p. 37.

Os citados elementos permitiram a constituição de balizas institucionais que motivaram a diversificação da economia nacional para além da exportação agrícola. Considere-se, por exemplo, a instituição de algum nível de protecionismo alfandegário (ainda que não totalmente abrangente), assim como a institucionalização do crédito industrial, a partir da criação da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial do Banco do Brasil, em 1937²⁴⁴.

No segundo período varguista, de 1951 a 1954, ainda na primeira década de vigência do diploma falimentar, o processo de industrialização já tinha dados grandes passos²⁴⁵:

A participação setorial do PIB teve importante alteração: a indústria de transformação subira de 14,5% para 19,3%. A estrutura produtiva deste segmento também se alterou, com a diminuição do peso dos bens de consumo não durável, de 67,5% para 60,7%, praticamente consolidando a implantação dos segmentos leves.

No entanto, em sua formatação original, como apontado acima e sintetizado por Nelson Abrão²⁴⁶, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 tinha como destinatário vocacionado o comerciante individual:

Com efeito, refere-se o diploma legal brasileiro, de maneira sistemática, ao comerciante individual. As sociedades mercantis, não só as chamadas de pessoas, como as sociedades por ações, são mencionadas em plano secundário. Ora, legislando-se para o indivíduo, evidentemente não se tem a visão da importância do mecanismo economicamente organizado, e que se sobrepõe à pessoa física de seu titular ou titulares, que é a empresa.

Pode-se destacar, igualmente, as dificuldades atreladas: (i) à mora do processo prévio à declaração de falência; (ii) aos caminhos recursais postos à disposição; (iii) à morosidade do sistema de verificação dos créditos falimentares; (iv) onerosidade vinculada às diversas publicações de atos oficiais²⁴⁷; (v) necessidade de conclusão do inquérito judicial para o início da

²⁴⁴ Idem, ibidem.

²⁴⁵ CANO, Wilson. Crise e industrialização no Brasil entre 1929 e 1954: a reconstrução do Estado Nacional e a política nacional de desenvolvimento. **Rev. Econ. Polit.**, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 451.

²⁴⁶ ABRÃO, Nelson. **O novo direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 163.

²⁴⁷ REQUIÃO, Rubens. A crise do Direito Falimentar Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 14, p. 22-ss.

liquidação; (vi) o pedido de continuação do negócio depende do encerramento da liquidação.

No mais, as mudanças no contexto socioeconômico durante o turbulento século XX naturalmente desgastaram os enunciados normativos, pensados para uma realidade totalmente distinta da que paulatinamente se inseriu a partir do início de sua vigência. Note-se que a lei falimentar perpassou, dentre outras, as Constituições de 1946, 1967 (com a reforma substancial de 1969) e de 1988, a Lei das Sociedades por Ações, a Lei de Mercado de Capitais, as modificações substanciais na legislação penal de 1984, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (e seu tratamento de interesses difusos e coletivos), além do Código Civil de 2002.

Neste contexto, as limitações no tocante à abrangência e o grau de engessamento da concordata também limitavam a eficiência das normas, sobremaneira no contexto de acréscimo da complexidade das relações empresariais.

O modelo de prazo e desconto, limitado aos credores quirografários, não permite equalizar questões econômico-financeiras mais complexas. Simples comparação com o rol exemplificativo do artigo 50 da Lei nº 11.101/2005, de que tratará *infra*, que conta com dezesseis sugestões de meios de recuperação, dá conta da baixa maleabilidade do mecanismo concordatário.

Ainda, a possibilidade do pleito da concordata como favor legal e a conseqüente concessão à revelia dos credores os induzia à adoção de estratégias, na concessão do crédito, voltadas a se esquivar da incidência do instituto.

Assim, a ausência de previsão de suspensão das ações e a não submissão dos créditos derivados de alienação fiduciária em garantia à concordata tornavam negócios fiduciários ainda mais vantajosos aos credores que tinham a liberdade legal de firmá-los, como as instituições financeiras (vide artigo 66-B da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965). Se os bens alienados fossem bens de capital, como caminhões para uma sociedade empresária que tivesse por objeto o transporte de cargas ou maquinário relevante para um industrial, a viabilidade econômica da devedora restaria assaz comprometida.

Outro elemento crítico comumente apontado era a falta de um juízo técnico quanto à viabilidade do cumprimento da concordata preventiva, que

ganha potenciais contornos de mera postergação da declaração de falência. O critério legal de indicação do ativo mínimo em relação ao passivo total é notoriamente problemático quando se tem em vista que a avaliação fica sob controle do pleiteante, que poderia adotar certa margem de arbítrio, vez que a contabilização de ativos se dá por valores históricos. Tome-se, *e.g.*, as oscilações do mercado imobiliário, as dificuldades de aferição do valor de maquinários ou de elementos intangíveis, como marcas e patentes.

No tocante à continuidade dos negócios (com ou sem a manutenção do falido – no que hodiernamente se chamaria preservação da empresa, independentemente do empresário), o papel da jurisprudência também não indicou superação de algumas vetustas orientações.

O crédito tributário talvez seja o exemplo mais cabal. Consoante Súmula nº 44 do então Tribunal Federal de Recursos, publicada em 14 de outubro de 1980, a penhora prévia rendia ao crédito tributário a condição de prevalência em face de todos os demais²⁴⁸:

Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico.

Noutros termos, pautado num raciocínio estreito de interesse público, o Fisco é posto necessariamente à frente da preservação da empresa. Evidencia-se a discrepância em relação à fórmula instituída pela legislação atual. À época, notadamente, colocava-se em plano primeiro o credor e, especificamente, o credor fiscal. Desconsiderava-se variáveis relevantes, como o impacto de um determinado ativo penhorado na valoração global dos ativos da massa falida, inviabilizando, potencialmente, a alienação conjunta de unidades produtivas isoladas, que hoje tem preferência legal.

Em outros contextos, porém, há evidências de amenização na aplicação de algumas regras do diploma falimentar que, embora não explicitassem, traziam

²⁴⁸ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula 44. Publicada em 14 de outubro de 1980. A conclusão tinha supedâneo também no Decreto-Lei nº 7.665/1945: Art. 70 [...] § 4º Os bens penhorados ou por outra forma apreendidos, salvo tratando-se de ação ou execução que a falência não suspenda, entrarão para a massa, cumprindo o juiz deprecar, a requerimento do síndico, às autoridades competentes, a entrega dêles.

subjacente a ideia da função social desempenhada pela empresa e a necessidade de sua preservação.

Apreciando cenário que em primeira análise ensejaria subsunção ao disposto no artigo 150, II, do Decreto-Lei, ou seja, de pagamento antecipado realizado a alguns credores em detrimento de outros, ilícito de que se tratou acima, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão citada por Jorge Lobo²⁴⁹, adotou interpretação que enfrentou a literalidade e abrogou o dispositivo:

Se os credores estão procurando realizar acordos com a concordatária para recebimento de seus créditos, não se deve levar ao extremo rigor a legislação falimentar para convolar-se concordata preventiva em falência, por este ou aquele detalhe comum na vida de qualquer comerciante ou industrial. É preciso dar-se credibilidade à vontade do devedor de solver suas obrigações, que a concordata lhe faculta, sem decretação da quebra). Inteligência do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Considerando o disposto no citado artigo 5º da LICC, que ordena ao juiz o atendimento aos fins sociais da norma e às exigências do bem comum sempre que interpretar algum enunciado normativo, a decisão afastou a incidência de dispositivo em situação notadamente amoldada a sua hipótese fática: (i) houve pagamento antecipado a alguns credores; (ii) ele se deu em detrimento de outros; (iii) o caminho legal seria a rescisão da concordata; (iv) a decisão foi por sua manutenção.

Do conteúdo do aresto interessa, sobremaneira, a percepção de que se pautou em racionalidade anterior à do paradigma dos princípios. Por conta de não se enquadrar no paradigma, determinados elementos sequer foram notados quando a construção da argumentação.

No caso em tela, por exemplo, embora já se tivesse previsão constitucional da função social da propriedade (e, conseqüentemente, da propriedade dos bens de produção – vide Fabio Konder Comparato), o

²⁴⁹ LOBO, Jorge. **Rescisão da Concordata -ex vi** do inciso II, do art. 150, da LF. [s.l] [s.e], 2000. Disponível em: <<http://www.jlobo.com.br/wp-content/uploads/2017/04/rescisao.pdf>>. Acesso em: 20/06/2017. A íntegra do acórdão original não foi localizada na base de dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, razão pela qual a citação se limitou a reproduzir o exposto pelo autor.

dispositivo invocado foi a Lei de Introdução ao Código Civil e não o *princípio* da função social da empresa e o correlato interesse jurídico na sua preservação.

De todo modo, a decisão representa, em si, evidência de que o ordenamento vigente, se aplicado em sua literalidade, poderia render efeitos socialmente indesejáveis, exigindo a busca de uma resposta fora do sistema legal vigente e representando um indicativo da superação do individualismo que permeava o Decreto-Lei nº 7.661/1945.

A percepção do julgador, ao aplicar a regra, expõe a deficiência sistêmica quanto ao atendimento a valores socialmente desejáveis. Aplicar a regra nos moldes que convida a ciência normal significaria promover a falência, extinguindo postos de trabalho, arrecadação tributária e diminuindo a oferta de determinados bens e serviços. Não há, porém, outra resposta sistêmica ante a literalidade do dispositivo. E a resposta presente não apresenta resultado satisfatório. Desenha-se o contexto de crise. Identifica-se a carência de melhor solução.

Embora não explicitados na construção argumentativa princípios informantes que sirvam de baliza interpretativa (em comparação, *e.g.*, com a Lei nº 11.101, que em seu artigo 47 enuncia princípios da legislação falimentar e de recuperação, bem delineando o enquadramento em paradigma distinto), estão presentes elementos de transição²⁵⁰ paradigmática, ante a percepção da inadequação socioeconômica da resposta normal. O dissenso se instaura, na medida em que o julgado é criticado por adotar interpretação abrogante, incompatível com a doutrina²⁵¹.

O desgaste do diploma de 1945 cresceu à medida que aumentou seu distanciamento da realidade econômica brasileira, aliada aos componentes sociais e políticos. Visando a um esforço adaptativo que desse alguma sobrevida ao diploma, foi aprovada reforma emergencial que se consubstanciou na Lei nº 7.274, de 10 de dezembro de 1984, além da edição de novo Decreto-Lei, de nº 2.279/1985, com o escopo de promover ajustes de redação.

²⁵⁰ Ilustração da transição para o paradigma dos princípios será descrita abaixo na comparação entre a versão proposta para as falências e recuperações no Projeto de Lei nº 4.376/1993 e a efetivamente positivada na Lei nº 11.101/2005.

²⁵¹ No texto citado, Jorge Lobo agrega a sua própria opinião aquelas de Sampaio de Lacerda e de Nelson Abrão quando à necessidade de aplicação da literalidade do dispositivo.

Embora a vigência da norma após os últimos ajustes tenha se arrastado até 2005 (apesar de alicerçada no Projeto de Lei nº 4.376/1993), evidenciava-se a necessidade de construção de novas diretrizes institucionais. Em última análise, estava-se diante de contexto que conduziria, posteriormente, à construção do paradigma dos princípios, especialmente (ainda que paulatinamente) após a Constituição de 1988 e o movimento de constitucionalização do direito privado, a que se dedicará o capítulo subsequente.

3.2 A Lei das Sociedades por Ações e a construção doutrinária acerca da função social da empresa (1976-1988)

A promulgação da Lei nº 6.404, aos 15 dias do mês de dezembro de 1976, é marco histórico para o Direito Comercial, por trazer ao ordenamento jurídico um regramento moderno, compatível com os grandes sistemas internacionais, para uma entidade das mais relevantes para a economia: a sociedade anônima.

Nas palavras de Tullio Ascarelli, coube à sociedade anônima o papel de “instrumento típico da grande empresa capitalística e, com efeito, surgiu e se desenvolveu com este sistema econômico e com relação à suas exigências”, figurando como “meio para a mobilização das economias de vastas camadas da população”, verdadeiro “instrumento jurídico para a realização dos projetos de uma economia que se ia renovando de maneira radical”.²⁵²

A pequena empresa é e era comumente estruturada como sociedade limitada, contratual e pessoal. A grande empresa representa uma questão social. Uma é produto de um contrato, ainda que tomado como plurilateral e peculiar em relação aos contratos de permuta; a outra, instituição.

A sociedade anônima é naturalmente mais sensível à ideia de *função social da empresa*, sobretudo porque é em torno da grande sociedade anônima que se aglutinam os mais variados interesses atreláveis à atividade econômica organizada. A roupagem institucional da sociedade anônima é a mais apta à configuração dos grandes negócios, dada a regulamentação mais extensa e o

²⁵² ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 567.

marco institucional que proporciona na correlação interna de poder entre minoritários e majoritários, a construção de uma estrutura administrativa mais complexa, a estabilidade diferenciada no tocante ao exercício de direito de retirada e a maior liberdade de negociação de participações societárias, para ficar em alguns exemplos.

Esta percepção como *ente* de cunho *institucional* (vide *infra*) permite a identificação de traços peculiares desde a promulgação da Lei, em 1976. A a sociedade anônima é tomada como instrumento jurídico fundamental para o desenvolvimento do mercado de capitais no Brasil e a conseqüente promoção do desenvolvimento econômico, conjuntamente à Constituição de 1988. Seu arcabouço de princípios, dentre eles a *função social da propriedade* e a *liberdade de iniciativa*, balizam a análise intentada nesta tese.

A partir de indicativos doutrinários, na medida em que não se identificava a invocação da *função social da empresa* para alicerçar decisões judiciais, será possível identificar os traços de uma etapa de pensamento pré-paradigmática, nos moldes expostos em tópico próprio (itens 2.1 e 2.2). Nesta fase, não há identificação de fronteiras claras para o instituto e com apontamentos significativamente variáveis de autor para autor. Portanto, a função social da empresa, à época, não era percebida como norma pelo paradigma.

3.2.1 A doutrina institucionalista e as sociedades empresárias

A averiguação do papel social da empresa não é novidade, vislumbrando-se historicamente orientações que se põem em condição de clara oposição. As concepções típicas acerca da natureza das sociedades são o *contratualismo* e o *institucionalismo*, concepções que impactam na compreensão de interesse social, em sentido amplo.

Exemplo de contratualismo clássico, o sistema italiano não vê interesse social acima (relação de verticalidade) do interesse dos sócios e esse pode ser pensado como aquele dos sócios presentes ou dos sócios futuros²⁵³.

²⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26-27.

Destaque para a teoria do contrato *plurilateral*, da lavra de Tullio Ascarelli, que revitalizou a teoria contratualista²⁵⁴ e superou a questão da oposição clássica de partes, típica dos contratos de permuta, expondo nova formatação.

No contrato plurilateral, cada parte tem direitos e obrigações não frente a uma, mas frente a todas as demais²⁵⁵, havendo como elemento de unidade uma *comunhão de fim* entre as partes signatárias²⁵⁶. Os direitos dos sócios não se distinguem qualitativa, mas quantitativamente, pois as partes gozam de direitos do mesmo tipo, como participação em lucros²⁵⁷, que varia em sua proporção, mas é direito inarredável de todo sócio²⁵⁸.

Na modalidade contratual, aponta Calixto Salomão Filho, mencionando Pier Giusto Jaeger, ao talante dos sócios atuais fica adstrito o interesse social, modificável a qualquer tempo, à mercê dos interesses destes²⁵⁹, de acordo com as regras contratualmente estabelecidas de modificação das condições do ato constitutivo²⁶⁰. Mesmo as versões mais elaboradas do contratualismo, como a teoria do *contrato plurilateral*, têm como foco apenas o interesse dos sócios, que se unem e *contratam* com o fito de realização de um fim comum.

É inegável o valor histórico das concepções contratualistas. A própria sociedade anônima surgiu, como aponta Georges Ripert, da prática fundada na liberdade contratual e foi em nome desta liberdade que se pleiteou a supressão da necessidade de autorização para sua constituição, na França, em 1867²⁶¹.

Sem embargo, a concepção contratualista não sobrevive à integração das sociedades com o mercado de capitais, impedindo que a companhia aberta se curve apenas ao interesse dos sócios atuais.

²⁵⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1986, p. 20.

²⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. **Op. cit.**, p. 268.

²⁵⁶ Idem, p. 271.

²⁵⁷ Idem, p. 275.

²⁵⁸ O sistema brasileiro, neste esteio, prevê, no artigo 1.008 do Código Civil, que é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

²⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Op. cit.**, p. 28.

²⁶⁰ As decisões das sociedades limitadas, de estrutura tipicamente contratual, *e.g.*, são tomadas pela maioria de votos dos presentes, enquanto regra geral, nos termos do artigo 1.076, III, do Código Civil, salvo matérias com exigência de quóruns específicos (artigos 1.061 e 1.063, §1º, além de 1.076, I e II, combinado com 1.071 e incisos).

²⁶¹ RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité de droit commercial – Les sociétés commerciales**. Tomo 1. V. 2. 19.ed. Paris: L.G.D.J., 2009, p. 283.

O sistema legal as organiza, no caso específico das sociedades anônimas abertas, para a captação de recursos financeiros no mercado, exigindo um policiamento de sua atuação de modo a serem considerados interesses que extravasam a composição societária atual, algo que se dá mesmo em países como os Estados Unidos da América, em que a liberdade privada é vista como verdadeiro dogma moral e político, mas que, desde 1934, conta com agência governamental, a *Security and Exchange Commission* (SEC), com o escopo de fiscalizar e sanear o mercado e seus agentes²⁶².

O próprio Pier Giusto Jaeger revisou sua concepção, adotando a maximização do valor das ações do sócio (*shareholder value*) como pauta do interesse social ²⁶³, algo com “efeitos teóricos e práticos extremamente deletérios”²⁶⁴, do que dão nota escândalos recentes apontando maquiagens de balanço, ou mesmo a adoção como regra de comportamentos oportunistas voltados à geração de resultados de curto prazo, sem uma visão de sustentabilidade sócio-econômica²⁶⁵.

A visão *contratualista* se coaduna com as sociedades de menor porte, como tipicamente se apresentam as sociedades limitadas e mesmo algumas pequenas sociedades anônimas, usualmente sob a roupagem de sociedades anônimas fechadas²⁶⁶, que se relacionam com menor número de atores sociais. Portanto, podem ter como predominante a relação interna entre sócios, como se teria, *e.g.*, em sociedade de configuração familiar, porte diminuto e voltada à construção de pequenos empreendimentos imobiliários.

Isto sem jamais olvidar que o porte social é relativo, podendo sociedades de menor porte em visão *macro* representarem muito para comunidades menores, pouco importando se sob a roupagem de sociedades limitadas ou anônimas²⁶⁷.

²⁶² REQUIÃO, Rubens. **Op. cit.**, p. 21.

²⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Op. cit.**, p. 30.

²⁶⁴ *Idem*, p. 30.

²⁶⁵ Sustentabilidade, para fins do presente estudo, será sempre vista em sentido abrangente, não se limitando a sua típica acepção ambiental, mas estendendo-se a compromissos sociais e à própria rentabilidade da empresa no médio e longo prazo.

²⁶⁶ No sentido empregado pelo artigo 4º da Lei nº 6.404/1976, ou seja, que considera que “a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários”.

²⁶⁷ Considere-se, hipoteticamente, uma sociedade empresária que seja única adquirente da produção leiteira de um município essencialmente agrícola de pequeno porte. As decisões de seus gestores não assumem grande abrangência territorial, mas o destino da empresa é crucial

Assim, embora admissível serem pensadas mais como *contrato* do que como *instituição*, também precisam se manter alinhadas a uma função social que tem derivação constitucional, como se apontará *infra*, em tópico próprio²⁶⁸.

Em contraponto, a concepção *institucional*, de origem alemã, recua à formulação de Walter Rathenau da doutrina da *Unternehmen an sich* (empresa em si)²⁶⁹, após a Primeira Grande Guerra. O autor via nas grandes sociedades alicerces para a reconstrução nacional²⁷⁰, estando a teoria voltada à elaboração jurídica da “função econômica, de interesse público e não meramente privado, da macroempresa”²⁷¹, numa leitura eminentemente publicista das questões societárias.

Nas palavras do próprio Walter Rathenau²⁷², a grande empresa não seria mais uma:

estrutura exclusiva dos interesses de direito privado, mas muito mais, tanto individualmente quanto em seu conjunto, um fator da economia nacional, pertencente à totalidade, que ainda carrega consigo em razão de sua origem, por direito ou não, traços de direito privado de uma pura empresa lucrativa, enquanto se tornou há muito e em crescente medida útil a interesses públicos e, assim, criou uma nova situação jurídica.

Dita visão, de interessante apelo, acabava por hipertrofiar o papel da administração e minimizar o dos acionistas, porque desvinculava totalmente a propriedade da gestão, a ponto de desconsiderar os interesses pessoais dos investidores (a empresa deveria se dedicar ao socialmente útil), o que lhe rendeu posterior descrédito²⁷³.

para toda a comunidade municipal que a circunda, o que explicita a transcendência do interesse social frente aos interesses pessoais de seus sócios.

²⁶⁸ A análise da funcionalização dos contratos e, por derivação, das sociedades contratuais, enquadra-se no contexto do direito pátrio inaugurado com a Constituição de 1988, o paradigma dos princípios e o movimento crescente de constitucionalização do direito privado, não se refletindo no período ora sob análise.

²⁶⁹ LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra: “A Teoria da Empresa em Si”. **Revista de Direito Mercantil**, Ano XLI, n. 128, p. 201.

²⁷⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, p. 31.

²⁷¹ *Idem*, p. 32.

²⁷² RATHENAU, Walter. Do sistema acionário – uma análise negocial. **Revista de Direito Mercantil**, Ano XLI, nº 128, p. 214.

²⁷³ A leitura institucionalista mais radical pode ser sintetizada na conhecida frase de que a empresa da navegação da Hamburgo, a *Nordeutsche Lloyd*, não existiria para distribuir dividendos, mas para organizar as linhas de navegação (REQUIÃO, Rubens. A sociedade anônima como “instituição”, **Revista de Direito Mercantil**, p. 29.)

Na doutrina brasileira, Fábio Konder Comparato entende que “[...] a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se, naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito [...]”²⁷⁴.

Ainda que com reservas, nota-se a explicitação, traduzida da teoria geral para a lógica do direito comercial, da percepção ultrafuncionalista do exercício dos direitos de que se tratou, *supra* (item 1.1.1), à luz da doutrina de Léon Duguit. A harmonização, em verdade, é estrutura cristalina com prevalência do que é externo à empresa, sempre que tensionado com o que lhe é interno.

A orientação contraposta, normalmente calcada na fixação da geração e distribuição de lucros como interesse primordial de toda e qualquer companhia, pode ser exemplificada pelo clássico caso *Dodge v. Ford Motor*.

Os irmãos Dodge, acionistas minoritários da Ford Motor, conseguiram que o judiciário interviesse em decisão administrativa da sociedade empresária, obrigando a distribuição de lucros quando o administrador e o controlador pretendiam não os distribuir. Pretendiam investir no desenvolvimento da produção, com redução potencial de preços aos consumidores em 18% e duplicação da capacidade produtiva²⁷⁵.

Excerto do voto da corte é considerado clássico e merece citação²⁷⁶:

Uma corporação é organizada e conduzida visando primariamente ao lucro dos acionistas. Os poderes dos administradores devem ser dedicados a tal fim. A discricionariedade dos administradores deve ser exercida na escolha de meios para alcançar aquele fim e não alcança a mudança do fim em si, a redução dos lucros ou a não distribuição dos lucros entre acionistas visando a dedicá-los a outros propósitos.

Na doutrina brasileira, Rubens Requião, *e.g.*, critica a visão institucional da empresa, na medida em que esta, para o autor, “tornaria ilógicas as relações

²⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 365.

²⁷⁵ ELHAUGE, Einer. Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest. Trabalho apresentado à conferência **Environmental Protection And The Social Responsibility Of Firms**. Massachusetts: Harvard University, 2003, p. 26-27.

²⁷⁶ *Ibidem*. No original: “**A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders.**The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to a reduction of profits, or to the nondistribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes” (g.n.).

entre os acionistas e a sociedade anônima aberta²⁷⁷, por conta de, no momento da constituição, serem estes chamados a subscrever o capital com seus recursos, não fazendo sentido excluir seus interesses pessoais na gestão societária.

Surgem, ainda, normas voltadas à regulamentação da atuação dos trabalhadores nos órgãos gestores das companhias (*Mitbestimmungsgesetze*), o que representa, ainda, um desenrolar da doutrina anterior²⁷⁸, procurando compor algumas de suas deficiências, como o excessivo poder dado ao *Vorstand*²⁷⁹.

Na Alemanha foi instituída a obrigação de participação dos trabalhadores em modelo de gestão paritária nas sociedades anônimas vinculadas à exploração de carvão e aço, por conta de debate inaugurado no segundo pós-guerra, voltado à reconstrução nacional e que inspirou a co-gestão, tendo como pano de fundo os impasses entre empregados e patrões nas regiões da bacia do Reno e do vale do Ruhr²⁸⁰.

Posteriormente, determinou-se a representação minoritária dos trabalhadores em todas as sociedades que superassem o número de quinhentos empregados para, enfim, em 1976, instituir-se a quase-paridade nas sociedades que tinham dois mil empregados ou mais²⁸¹.

A par de uma leitura político-ideológica, isto representa o definitivo entronamento do institucionalismo naquele país, ainda que de cunho menos publicista do que o da *Unternehmen an sich*, passando a buscar “um interesse concebido como harmônico e comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse à preservação da empresa”²⁸².

Denota-se como *organizativo* o apontado modelo de institucionalismo que daí provém, porque busca organizar a estrutura societária de modo a alcançar a (necessária) harmonia entre os interesses envolvidos. Ao lançar os empregados às bancadas da gestão, o direito alemão elevou a própria

²⁷⁷ REQUIÃO, Rubens. **Op. cit.**, p. 29.

²⁷⁸ LAUTENSCHLEGER JR., Nilson, **Op. cit.**, p. 201.

²⁷⁹ *Vorstand* é órgão administrativo das sociedades anônimas alemãs com configuração próxima à do conselho de administração do direito brasileiro.

²⁸⁰ REQUIÃO, Rubens A Co-Gestão (a função social da empresa e o estado de direito). **Revista Forense**, Ano LXXIV, n. 262, abr.-jun./1978, p. 35.

²⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, p. 231.

²⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, p. 34.

complexidade dos conflitos de interesses, reforçando a natureza institucional e, com ela, a *transcendência* da sociedade com relação aos sócios. É a semente da funcionalização da empresa²⁸³.

Configura-se o senso de que, sob a ótica institucional, a organização não persiga apenas a lucratividade a que fazem jus os que investiram na atividade²⁸⁴, mas também a consecução de um “um desenvolvimento econômico e social mínimo em retribuição ao que a sociedade suporta pela exploração daquela atividade”²⁸⁵.

Há teorias modernas, como é o caso do da teoria do *contrato-organização*, que parte da dicotomia entre contratos associativos e contratos de permuta, apontando que os contratos associativos criam uma organização aproximando-se do institucionalismo e sendo teoria eficaz para a compreensão jurídica, e. g., das sociedades unipessoais²⁸⁶.

Contudo, sobreleva expender que a questão não se cinge a estas duas molduras, vistas de modo completamente estanque. Ultrapassou-se, no direito societário, a fase que Calixto Salomão Filho alcunhou de *intimista*, isto é, a fase unidisciplinar, substituída por uma *interdisciplinariedade* a fim de melhor apontar os caminhos para a organização societária, o que demanda interação, por exemplo, com o Direito Concorrencial e a Análise Econômica do Direito (AED)²⁸⁷.

A complexidade das relações societárias modernas, potencializada pela superação das fronteiras estatais e o processo de internacionalização crescente dos capitais, com a inserção de outras tantas variáveis, dá mostra de que as antigas construções teóricas não servem à leitura hodierna dos fenômenos, uma vez que inseridas noutra realidade socioeconômica.

²⁸³ Nesta esteira, vide a correlação direta entre a presença da expressão *função social da empresa* na legislação regente das sociedades por ações e o “abandono” do contratualismo.

²⁸⁴ Como aponta Arnaldo WALD: “Essa aparente torre de Babel [dos interesses envolvidos na empresa] faz com que, no direito contemporâneo, já se considere a obtenção do lucro como não sendo necessariamente o objetivo único da sociedade, embora constitua fator indispensável para garantir o seu autofinanciamento e a sua independência [...] cabendo ao direito conciliar as aspirações divergentes e criar uma técnica de composição dos interesses que entram em conflito na sociedade anônima” (Interesses societários e extra-societários na administração das sociedades anônimas: a perspectiva brasileira. **Revista de Direito Mercantil**, p. 13).

²⁸⁵ PARENTE, Norma Jonssen. A lei das sociedades anônimas sob a ótica dos princípios constitucionais. **Revista de Direito Mercantil**, n. 134, ano XLIII (nova série), abr-jun/2004, p. 73.

²⁸⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**, p. 43.

²⁸⁷ Idem, p. 38.

Ainda assim é mister fixar-se uma leitura das sociedades como *contratuais* ou *institucionais*, com o escopo de se ter consciência da transcendência da visão *privatista* para uma visão mais *publicista*, necessária para a superação de um modelo de responsabilidade forjado sob a égide da relação sócio-sociedade, sem considerar toda a cadeia relacional ensejada pelas grandes companhias.

Afinal, se são instituições, sua administração não visa, ou não deve visar apenas aos interesses do controlador. Tampouco deve-se ter como baliza pura e simples o interesse da integralidade dos acionistas (incluindo-se os minoritários). Deve abranger os interesses das partes relacionadas, compreendidas estas como *stakeholders*, isto é, aqueles que se expõem aos impactos da atuação empresarial, com trabalhadores e a comunidade em geral.

Com Adolf Berle e Gardiner Means se pode afirmar que, em todo o mundo se nota a insistência de que o poder da organização econômica é submetido “às mesmas provas de benefício público aplicadas a outros tipos de poder no momento oportuno”. Tal análise cresce em momentos de crise, nos quais²⁸⁸:

há exigências constantes de que os homens que controlam os grandes organismos econômicos assumam a responsabilidade pelo bem-estar daqueles que estão subordinados à organização, sejam trabalhadores, investidores ou consumidores.

Tendo-se em vista um Estado Democrático de Direito, dá-se às organizações configuradas como sociedades anônimas a prerrogativa da máxima limitação de responsabilidade dos acionistas. Para tanto se espera, em contrapartida, que ela atenda a uma função social.

Vinculadas que estão a esta *funcionalidade*, as companhias devem ser geridas, como recorda Modesto Carvalhosa, “também no interesse dos seus empregados, consumidores, clientes e membros da comunidade”²⁸⁹.

O cotejo entre o contratual e o institucional permite perceber, de maneira seminal, a existência de preocupação doutrinária com a projeção das decisões societárias aos agentes a ela sujeitos, mas que não necessariamente participam

²⁸⁸ BERLE, Adolf. A.; MEANS, Gardiner C. **Op. cit.**, p.276.

²⁸⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Op. cit.**, p. 24.

do processo decisório, no que se tem, ainda que de forma embrionária, preocupação que se permite sistematizar a partir da invocação do conceito de *externalidades*, como se apontará *infra*.

3.2.2 A construção conceitual da função social da empresa (1976-1988)

Como apontado, a segunda metade da década de 1970 foi especialmente profícua para o Direito Comercial, sobremaneira por conta da promulgação da Lei nº 6.404/1976.

O diploma legal carregava a severa responsabilidade de “criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira”²⁹⁰.

O legislador formatou um instituto jurídico apto a promover a atração da poupança popular para o setor empresarial, o que exigiria, na sua percepção, “o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e eqüitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade”²⁹¹.

A Exposição de Motivos²⁹² não descuidou, porém, da percepção da relevância socioeconômica da grande empresa e da conseqüente necessidade de, nalguma medida, balizar a conduta de controladores e gestores para que atinja determinados objetivos tidos como nacionalmente relevantes.

O escopo aparece sintetizado na determinação dos princípios informantes da construção legislativa, donde se pode extrair o elucidativo excerto²⁹³:

²⁹⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, p. 1. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/leis-decretos/lei6404.html>>. Acesso em: 08 de agosto de 2017.

²⁹¹ Idem, *ibidem*.

²⁹² Merece honrosa menção a percepção externada na exposição quanto ao equívoco da pretensão de perenidade ao se legislar sobre matéria empresarial: “[...] as leis mercantis, sobretudo numa realidade em transformação, como é a do mundo moderno e especialmente a do Brasil, não podem pretender a perenidade, têm necessariamente vida curta, e o legislador deverá estar atento a essa circunstância para não impedir o seu aperfeiçoamento, nem deixar em vigor as partes legislativas ressecadas pelo desuso” (idem, p. 2).

²⁹³ *Ibidem*.

[...] atento ao fato básico de que as instituições mercantis - sobretudo na escala que a economia moderna lhes impõe - revestem-se de crescente importância social, com maiores deveres para com a comunidade em que vivem e da qual vivem, o Projeto introduziu o fato novo do dever de lealdade dessas instituições, imposto como norma de comportamento a controladores e administradores, para com o país; nesse dever estão igualadas empresas nacionais ou estrangeiras que aqui funcionem, de forma a construir o embasamento legal para um Código de Ética da grande empresa, nacional ou multinacional, o qual tende a constituir-se em imperativo da ciência universal.

Dentre os enunciados normativos que incorporaram a diretriz apontada, vale mencionar aquele do artigo 154, que, como apontado, traz pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a expressão “função social da empresa”:
“Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

No mesmo sentido, embora não guardando a literalidade *função social da empresa*, há previsão no parágrafo único do artigo 116 de que o controlador deve usar seu poder visando a assegurar que a função social da companhia seja cumprida:

Art. 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem 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.

A doutrina da época não se esquivou do enfrentamento do instituto, firmando o que se poderia apontar como uma fase pré-paradigmática para a compreensão da *função social da empresa*, na acepção de paradigma e com todas as mediações lançadas *supra* (item 2.5) para a adequada aplicação do conceito ao Direito Comercial.

Com o fito de ilustrar a percepção dispersa que se teve, à época, do conceito, passar-se-á a apontar o entendimento de autores representativos do período em suas obras mais relevantes: Wilson de Souza Campos Batalha, José Edvaldo Tavares Borba, Rubens Requião, Fran Martins, Waldirio Bulgarelli e Roberto Barcellos de Magalhães.

O método é imposto pela ausência de literatura específica sobre a função social da empresa na época. A título de ilustração, em consulta à Rede

Virtual de Bibliotecas (RVBI), coordenada pela Biblioteca do Senado Federal, limitando-se o período até o ano de 1990 (ou seja, já sob a égide da Constituição de 1988), os únicos textos localizados são: (i) *Propriedade da terra e sua função social: a empresa agrária na legislação brasileira*, de J. Paulo Bittencourt²⁹⁴; e (ii) *A função social da empresa no estado de direito*, artigo de Rubens Requião também publicado como *A co-gestão: função social da empresa no estado de direito*²⁹⁵.

3.2.2.1 A função social como superação do contratualismo

Para Wilson de Souza Campos Batalha, a menção à função social no parágrafo único do artigo 116 da Lei das Sociedades por Ações é representativa de superação da simples visão contratualista em nome de uma percepção institucionalista das sociedades por ações²⁹⁶.

A alusão ao “social”, porém, é estrita, limitada ao intrassocietário, mais compatível com a uma leitura institucional do direito estadunidense, como se depreende do excerto a seguir²⁹⁷:

O poder deve ser exercido no interesse da sociedade como um todo (in the best interestsofthe Corporation as a whole), sem opressão ou congelamento (freeze) da minoria, através de frustração de dividendos, desvio de lucros mediante elevados salários ou remunerações e outros expedientes fraudulentos de que se encontram infidáveis exemplos na prática nacional ou estrangeira. [...] Assim, o poder de controle social deve ser exercido de maneira leal perante os membros da sociedade, sendo condenável o tratamento opressivo das minorias e a administração social com objetivos fraudulentos e ilegais.

Por outro lado, a análise do artigo 154, segundo *locus* da Lei das Sociedades por Ações onde consta explicitamente menção à função social da empresa, é feita integralmente sob a perspectiva do dever de diligência e do

²⁹⁴BITTENCOURT, J. Paulo. **Propriedade da terra e sua função social**: a empresa agrária na legislação brasileira. Rio de Janeiro: [s.e.] 1973.

²⁹⁵ REQUIÃO, Rubens. A co-gestão: função social da empresa no estado de direito. **Revista Forense**, v. 262, n. 898/900, p. 31-39, abr./jun. 1978.

²⁹⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 563.

²⁹⁷ Ibidem.

desvio de poder, não identificando a função como categoria conceitual autônoma.²⁹⁸

A proposição do autor não guarda amplitude e fórmula expositiva que permitam, à primeira vista, vislumbrar o surgimento de um paradigma para a análise da função social. Sua percepção conecta-se à fase de pré-formação de um paradigma. A função social não é tratada, em sua leitura das sociedades por ações, como um elemento central, mas como um elemento de segunda ordem, que não tem protagonismo, isoladamente (ou seja, apenas enquanto elemento dos artigos 154 e 116) na definição dos parâmetros normativos a que se devem submeter as sociedades por ações.

3.2.2.2 A relevância econômica das sociedades por ações e a multiplicidade de interesses

Rubens Requião, na edição de 1977 do segundo volume de seu *Curso de Direito Comercial*, por sua vez, faz menção às obras de Adolf Berle e Gardiner Means, bem como de Childs e Cater para indicar a relevância econômica das sociedades anônimas, ressaltando ser “indeclinável reconhecer que a sociedade anônima gigante, aberta à subscrição popular, não pode ser considerada como uma empresa privada qualquer”²⁹⁹.

Arremata com o prenúncio de fechamento de um ciclo³⁰⁰:

Difunde-se, arraiga-se a concepção de empresa gigante como entidade de interesse coletivo e nacional. Não deixa de ser curioso que a sociedade anônima, em nossos dias, se aproxime do final do ciclo de sua evolução histórica voltando a ser uma entidade representativa de ponderáveis interesses nacionais e sociais, como o foi em sua origem.

Após indicar exemplos forasteiros, como o da *General Motors*, cuja pujança impediria a quebra (forçando, quiçá, intervenção governamental), aponta para episódio brasileiro, envolvendo a indústria cafeeira (Dominium S.A., fabricante de café solúvel) e a necessidade de intervenção governamental em

²⁹⁸ Idem, p. 701-703.

²⁹⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, p. 7.

³⁰⁰ Idem, p. 8.

nome dos “interesses nacionais que tal empresa representava, bem como os interesses de numerosa massa de acionistas”.³⁰¹

Sob esta perspectiva, ao tratar do *caput* do artigo 154 da Lei nº 6.404/1976, faz menção a um dever ético-social, por conta de a sociedade anônima ter se constituído em depositário de interesses variados, fluindo do interesse privatístico dos acionistas ao interesse social. Portanto, não poderia mais ser concebida como “uma simples máquina de fazer lucros, agindo abstratamente no meio social sem considerações de ordem ética”³⁰². Pelo contrário: as boas práticas impõem que se pondere os múltiplos interesses envolvidos, comportando-se cada sociedade como “parte responsável do agregado social no qual ela opera”.³⁰³

Não há, porém, qualquer sorte de exercício analítico em relação ao conteúdo da função social da empresa em si, apesar da posituação explícita no artigo 154, *caput*.

Análoga a construção argumentativa no trato do poder de controle, onde aponta, explicitamente, que o acionista controlador, por força de lei, “deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objetivo e cumprir sua função social”³⁰⁴, tendo deveres perante múltiplas esferas, que nomina como sendo os minoritários, a atividade empresária, os empregados e a comunidade em que atua³⁰⁵, tudo para alcançar o desiderato de tratar a companhia como a *instituição* que, compreendia, a lei a destinou a ser.

Para além do *Curso*, imprescindível considerar a contribuição embrionária do autor sobre o tema (vide menção, acima, a artigo pioneiro sobre o tema), em artigo específico que correlacionava a função social da empresa ao Estado de Direito.

Nele, Rubens Requião recorda que a empresa é “a cefaleia dos comercialistas”³⁰⁶, à vista das dificuldades de defini-la em termos jurídicos, ante a concorrência dos termos econômicos³⁰⁷.

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² Idem, p. 175.

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ Idem, p. 124.

³⁰⁵ Idem, ibidem.

³⁰⁶ REQUIÃO, Rubens. **A função social da empresa no estado de direito**, p. 263.

³⁰⁷ “A Economia assumiu o domínio dos estudos da teoria da empresa, a ponto de os juristas, sobretudo os comercialistas, adotarem o conceito econômico, sobre o qual passaram a trabalhar” (**Op. cit.**, p. 264).

Tudo para destacar que sua releitura transpassa a “elevação das classes trabalhadoras à condição humana”³⁰⁸, assertiva que serve de porta de entrada à leitura da função social (antecipada por precisa leitura da correlação empresa-empresário que se refletiria no Código Civil cuja promulgação dar-se-ia vinte e cinco anos depois) conjugada à empresa: para o autor, a cogestão seria um dos principais aspectos do *social* na empresa e o debate atrelado à *função* passa, necessariamente, por ela.

Nesta esteira, indica Rubens Requião que o “poder absoluto que o comerciante ou chefe da indústria detinha foi sendo progressivamente podado” por conta das “novas concepções” impulsionadas pela luta de classes. Disto depreender-se-ia que a empresa passa a ser uma “comunidade de trabalho e de capital”, inaugurando uma nova etapa que “abala a posição do empresário, como detentor do capital, para levá-lo a conceder a participação nos resultados e, também, na gestão da própria empresa”.³⁰⁹

Sob este signo, dedica-se a construir breve retrato histórico da participação dos empregados na gestão da empresa, a partir da *Mitdistimmung* alemã, acentuada no segundo pós-guerra e que culminaria com reforma do sistema legal alemão, estendendo a obrigação de cogestão a todas as sociedades por ações que contassem com mais de quinhentos postos de trabalho.³¹⁰ Dita percepção, destaca, alcançou também os sistemas sueco e francês³¹¹, não alcançando muito sucesso no estadunidense³¹².

³⁰⁸ Idem, p. 263.

³⁰⁹ Idem, p. 270.

³¹⁰ Idem, p. 271-272.

³¹¹ Merece destaque o excerto de discurso de Henri Capitant, no seio do sistema francês, citado por Rubens Requião: "A nova estrutura das sociedades anônimas" - dizia aquele deputado - "concretizar ela mesma o que se chama a reforma da empresa, mas dia virá em que as cousas estarão maduras e então a maioria desta Assembleia compreenderá que deve enfim resolver esse problema posto há muito tempo. A nova estrutura proposta esclarecerá singularmente o problema, e facilitará a sua evolução. Com efeito, do mesmo modo, como existe atualmente, o comitê de direção submetido ao controle de um órgão representativo do capital, no caso os acionistas, do mesmo modo, dia virá em que o comitê de empresa, já existente, e que nela constitui o órgão representativo do trabalho: receberá novos poderes de controle. E isso que se prolongue a confusão que paralisa atualmente os espíritos tornando evidente que o aumento dos poderes dos representantes do pessoal não se torna realidade senão às expensas da direção. O comitê de empresa não foi feito para dirigir a empresa, nem mesmo para partilhar sua direção. Mas não se pode conceber que ele controle a direção em nome do trabalho; como o conselho de administração fará em nome do capital. Progressivamente será possível dar aos trabalhadores direitos juridicamente iguais àquele dos acionistas" (idem, p. 273).

³¹² Idem, p. 275.

No Brasil, a cogestão também foi objeto de debate, inaugurado a partir de posição, aponta Rubens Requião, de Alfredo Lamy Filho. O debate refletiu-se na construção da redação do então Projeto de Lei das Sociedades por Ações (Projeto de Lei nº 2.559/1976), mais especificamente na proposta de emenda do deputado Nina Ribeiro, visando a acrescentar a obrigação da presença de empregado no Conselho de Administração, por votação secreta, com justificação na cogestão implantada na Alemanha Ocidental, visando à harmonização entre capital e trabalho. Entretanto, o parecer não foi acolhido e o enunciado proposto não constou do texto legal.³¹³

Malgrado não tenha alcançado *status* de lei, a questão, na visão externada pelo autor paranaense naquele texto, é indicativo de *evolução* do direito e deveria perpassar a gestão das grandes empresas, sobremaneira aquelas com capital público envolvido (sociedades de economia mista mais urgentemente, asseverou). O objetivo seria concretizar “o cunho de instituição [...] de molde a entrelaçar e solidarizar os interesses privados com os interesses públicos”³¹⁴.

E foi além, asseverando guardar convicção de que³¹⁵:

[o] sistema, visceralmente democrático, constituiria uma importante contribuição para a paz social e um valioso incremento para a ascensão dos trabalhadores, além de consubstanciar o melhor equilíbrio e harmônico estado de direito, no seio da moderna empresa brasileira [haja vista que] o direito à dignidade do trabalho constitui um dos mais importantes aspectos dos direitos humanos e do estado de direito.

A postura do autor guarda contraste com sua posição reticente em face de um institucionalismo mais radical, externada em outros textos, que praticamente desconsiderava a posição dos sócios em nome da posição dos outros atores que se relacionavam à sociedade.

Há de se notar, porém, que não há qualquer menção à condição normativa da função social, nem tampouco um esforço de definição de seu conteúdo em sentido *lato*, contentando-se o autor com explicitar a cogestão,

³¹³ Idem, p. 275-276. Merece citação o excerto: “[o] indumento cristão que nos inspira visa, pois, e somente, valorizar o trabalho humano, sem prejuízo do direito de propriedade, ao contrário, tornando-o mais consentâneo com as decorrências sociais que, em oposição à economia de Manchester, caracterizam a época em que vivemos” (p. 276).

³¹⁴ Idem, p. 279.

³¹⁵ Idem, p. 280.

primeiramente no conselho e posteriormente até mesmo na diretoria, como um de seus elementos preponderantes, sempre à luz da conciliação entre capital e trabalho (espécie de fórmula de contraste à luta de classes, bandeira da ideologia oposta).

Vide que a construção textual constitui certo lamento em face da não adoção do enunciado normativo que inspiraria cogestão obrigatória, proposto durante os debates do projeto da atual Lei nº 6.404/1976.

Ou seja: parece indicar que a função social estaria representada na lei se houvesse norma obrigando a participação de empregados na gestão. Disto se pode depreender uma visão *programática* da função social da empresa. Era elemento que serviria à construção do arcabouço normativo, não elemento normativo por si só.

As proposições de Rubens Requião³¹⁶, no entanto, guardam também os caracteres do pensamento pré-paradigmático, uma vez que ainda não são representativas, nem formataram em torno de si um consenso quanto ao sentido da *função social da empresa*.

3.2.2.3 O bem público como limitador da atuação do controlador

Fran Martins, na esteira de seus comentários ao conteúdo do artigo 116, dedica longa argumentação à definição do controlador para, no tocante a suas obrigações positivadas (dentre elas o atendimento à função social da empresa), dar ênfase ao fato de que não se pode confundir a figura do controlador com a figura do gestor: “[...] não se pode, pois, confundir o acionista controlador com os administradores da sociedade, os quais, na forma a lei, devem exercer suas funções ‘no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa’ (art. 154)”³¹⁷.

³¹⁶ A postura em certa acepção guarda intenso contraste com sua própria visão do institucionalismo radical, citada *supra* e que, repete-se, na visão do autor, “tornaria ilógicas as relações entre os acionistas e a sociedade anônima aberta”, por conta de, no momento da constituição, serem estes chamados a subscrever o capital com seus recursos, não fazendo sentido excluir seus interesses pessoais na gestão societária (REQUIÃO, Rubens. A sociedade anônima como “instituição”, **Revista de Direito Mercantil**, p. 29).

³¹⁷ MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 97.

Posiciona, portanto, os deveres do controlador na seara da fiscalização dos atos da administração, dada sua voz decisiva nas assembleias gerais. Sob este prisma, deve exercer seus poderes de modo a garantir que a administração da sociedade seja realizada de modo que seus fins sejam atingidos, “não permitindo ou aceitando atos que visem a prejudicar os interesses dos demais acionistas ou que firam o objeto da companhia”³¹⁸.

Ao tratar do artigo 154, destaca que a atuação do gestor, adstrita ao objeto social (em contraposição à atuação *ultra vires*) e voltada ao interesse da companhia é subordinada ao bem público e à função social da empresa. Isto porque, aduz, “uma empresa que reveste a forma de sociedade anônima não é mais uma simples união de pessoas que se congregam para satisfazer a interesses privados, mas uma instituição que fica sujeita às exigências do bem público, desempenhando, desse modo, uma função social”.³¹⁹

O autor não distingue, nesta toada, a função social e o bem público, mas parece trazer arraigada a ideia de que, ao atender ao bem público, explicitado a partir de limitações quanto a localização, vedação de determinadas atividades nocivas, restrições à emissão de poluentes, a empresa desempenha uma função social³²⁰.

Em seu *Direito Societário: estudos e pareceres*, Fran Martins novamente trata da função quando analisa a figura do *controlador*, apontando que a lei o caracterizou e lhe impôs responsabilidades, dentre elas a de atender à função social, tratando especificamente da norma positivada no artigo 116 da Lei das Sociedades por Ações³²¹.

No entanto, não faz qualquer outra menção ao instituto, focando a análise noutra categoria jurídica, a do abuso de poder do controlador, coibido em nome da preservação do “direito a uma remuneração justa do capital empregado pelos minoritários na sociedade anônima”³²².

³¹⁸ Ibidem.

³¹⁹ Idem, p. 370.

³²⁰ É o que se permite compreender, e.g., do excerto: “Por tal razão, os que a administram deverão desempenhar suas atribuições não com o intuito exclusivo de obter lucros para a sociedade mas, igualmente, de atender às exigências do bem público, visto como à empresa cabe desempenhar, também, função social” (Idem, p. 371).

³²¹ MARTINS, Fran. **Direito societário: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 32.

³²² Idem, p. 39.

Em síntese, a partir das duas obras analisadas, infere-se que o debate quanto à natureza normativa da função social da empresa não estava no horizonte do autor, tanto no primeiro texto, de 1978, quanto no segundo, de 1984.

Isto é mais um indicativo de que ainda não havia elementos que permitissem apontar para a existência de um primeiro paradigma, sobretudo ao se ponderar, como se ponderou anteriormente, que o paradigma *dita* os problemas atrelados à ciência normal, que se expressa nos manuais.

Ora, a ausência do trato da função social da empresa como elemento digno de análise específica por autor de relevância é indicativo da ausência do consenso necessário, na comunidade de pensadores de um ramo do conhecimento (neste caso, o Direito Comercial), para se cogitar da existência de sua percepção pelo paradigma.

3.2.2.4 O tríplice interesse e a função social como norma de aplicabilidade imediata

José Edvaldo Tavares Borba, mencionando a natureza institucional das sociedades por ações, enxerga-as como lastreadas em tríplice interesse, dos acionistas, dos empregados e da comunidade:

A sociedade anônima deixa de ser um mero instrumento de produção de lucros para distribuição aos detentores do capital, para elevar-se à condição de instituição destinada a exercer o seu objeto para atender aos interesses de acionistas, empregados e comunidade.³²³

Os interesses indigitados, assevera o autor, colocam-se de maneira horizontal. Noutros termos, compreende que a Lei nº 6.404 teria inovado ao consagrar empregado (credor de uma “administração que lhe garanta o emprego, bem como um padrão de vida adequado”³²⁴) e a comunidade (credora da permanência da sociedade naquele meio e de processos produtivos que evitem prejuízos à população local) como hierarquicamente alinhados aos interesses do acionista (credor de adequada remuneração do investimento).

³²³ BORBA, José Edvaldo Tavares. **Direito societário**, p. 99.

³²⁴ Idem, *ibidem*.

Pondera, por fim, que a natureza da norma não seria programática, mas imperativa, com exequibilidade imediata, cujos efeitos traduzir-se-iam, por exemplo, na impossibilidade de demissão não justificada³²⁵:

Tome-se como exemplo a dispensa de um empregado. Ora, se o empregado representa um dos interesses fundamentais a que se destina a sociedade anônima, nenhuma dispensa poderá se processar sem que haja uma causa legítima. Legítimas seriam não apenas as hipóteses de justa causa de que cuida a legislação trabalhista, como situações outras em que a despedida é necessária como forma de preservação da empresa [...] Jamais, no entanto, poderá o interesse do empregado ser sacrificado sob o argumento de que a redução do quadro aumentará o lucro, ou como processo de substituição de empregado antigo – de remuneração mais elevada – por empregado novo – de remuneração mais baixa. Práticas desta natureza correspondem ao sacrifício do trabalho em proveito do capital e, como tal, conflitam com o já referido art. 116, parágrafo único que colocou capital, trabalho e comunidade em posição de equilíbrio.”

Quando o autor comenta o artigo 154 da Lei das Sociedades por Ações, busca desconstruir a condição abstrata do interesse da empresa, novamente apontando para seu critério tripartite de definição do interesse empresarial. Para ele, a função social resumir-se-ia às conveniências dos acionistas, dos empregados e da comunidade, tudo isso, nas suas palavras, “condicionado pela indicação legal genérica (art. 154) de que devem ser satisfeitas ‘as exigências do bem comum e da função social da empresa’”³²⁶.

Embora não faça menção à condição de princípio ou regra da *função social da empresa*, caracterizando-a genericamente como norma, o autor constrói uma espécie de ponte para o primeiro paradigma, quiçá com alicerce na própria época da produção (1986), já às portas do novo constitucionalismo e sob os influxos de um caldo teórico distinto daquele que inspirou a produção dos autores da década anterior.

Nesta esteira, o autor já trata da norma como um elemento de aplicabilidade imediata, sendo explícito em defini-la como não programática. Vai além, dando-lhe conteúdo e apontando hipótese de aplicação concreta (limitação ao poder de demissão).

³²⁵ Idem, p. 100.

³²⁶ Idem, p. 305.

3.2.2.5 Poder e responsabilidade

Waldirio Bulgarelli, ao inaugurar sua exposição dos deveres e responsabilidades dos administradores em seu *Manual*, um dos *locus* por excelência da função social, por razões de tópica legislativa (dada a posição do artigo 154 no corpo da LSA), repete a clássica assertiva de que “[p]oder sem responsabilidade converte-se obviamente em arbítrio”³²⁷ e, visando a evitar o arbítrio no seio das sociedades anônimas, a lei instituíra deveres e responsabilidades que devem ser observados por cada gestor.

Ao tratar do dispositivo que dá à função social da empresa caráter de enunciado normativo, o jurista diz ser “regra geral do mais alto alcance”, pois estabelece ser dever do administrador “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” o que, em sua percepção, daria “a medida ampla e exata da responsabilidade”.³²⁸

A abordagem é semelhante no contexto de outra obra da época, voltada à análise da proteção dos minoritários (*A proteção às minorias na Sociedade Anônima*).

Apesar de para a inovação trazida pelo artigo 116 da LSA, que pela primeira vez fixa “a linha de utilização do poder”³²⁹ por parte do controlador, nos moldes do parágrafo único, devendo atender a interesses que extrapolam os seus individuais, o autor também não promove isolamento conceitual da *função social*.

Trata-a como um dos componentes do enunciado normativo, para em breve prosseguir analisando o problema da atuação do controlador sob a perspectiva do abuso de poder, à luz do rol de hipóteses apresentadas pelo artigo 117 daquele diploma legal, categoria mais consolidada e arraigada na noção bem desenvolvida de *abuso do direito*.

Ao fechar o arco analítico da proteção legal dos minoritários, agregando às limitações ao controlador aquelas ditadas aos administradores, Waldirio

³²⁷ BULGARELLI, Waldirio. **Manual das sociedades anônimas**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 1980, p. 160.

³²⁸ Idem, p. 161.

³²⁹ BULGARELLI, Waldirio. **A proteção às minorias na sociedade anônima**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1977, p. 96.

Bulgarelli repete novamente a locução *função social da empresa* ao citar literalmente o *caput* do artigo 154.

Contudo, limita-se a destacar que seria incorporação da doutrina francesa em sua percepção do que chamou “direito função”³³⁰, categoria que atrela ao desvio de poder, consubstanciado no §1º do artigo 154, estendendo aos administradores eleitos por grupo ou classe de acionistas os deveres dos gestores em geral, com primado do interesse da companhia sobre o interesse dos acionistas que os elegeram³³¹.

Em seu livro *A teoria jurídica da empresa* (1985), o autor enfrenta o problema da *função social* de maneira mais detida, entendendo-a como “o papel que exerce no ambiente sócio-econômico, como agente da produção e circulação de bens e serviços para o mercado, numa economia de massa”³³², o que induziria à determinação de determinados interesses tuteláveis que gravitam em torno dela.

A tutela não deriva, contudo, da aplicabilidade imediata do princípio, mas da eleição legislativa de interesses que devem preponderar em contextos específicos. Os interesses do capital podem ser representados pela normativa da distribuição de lucro; os interesses dos trabalhadores pelas normas de cogestão e participação nos resultados.

Esta postura “desloca o titular [da empresa] do âmbito estrito dos direitos subjetivos, para encaminhá-lo para o *direito-função* ou *poder-dever*, fazendo-se presente a sua responsabilidade para com os que se relacionam com a empresa”, o que representaria tentativa de dar conteúdo ao que denominou “formulações mais genéricas de *função social*”³³³.

Passando pela crítica de Tullio Ascarelli³³⁴ à exacerbada extensão de interesses a que se deveria atentar o empresário além dos seus próprios,

³³⁰ “E tendo entendido tais atribuições como um ‘direito função’, como querem os franceses, consagra, por isso mesmo, a doutrina do *desvio do poder* (*detournement du pouvoir*), daí que o ‘administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres” (**Op. cit.**, p. 101).

³³¹ Art. 154. [...] § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

³³² BULGARELLI, Waldirio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 104.

³³³ *Idem*, p. 105.

³³⁴ *Idem*, p. 106-110.

Bulgarelli rende-se à percepção de que “se acabou por invocar em relação à atividade da empresa uma certa função social” que justificaria a “imposição de certas obrigações e de certas responsabilidades além da própria disciplina jurídica da empresa, que em si, já constitui uma limitação, em termos de liberdade de iniciativa”³³⁵. Tais obrigações e responsabilidades assumiriam especial relevância no âmbito das sociedades anônimas e da proteção do consumidor³³⁶.

No entanto, ainda que reconheça a existência de interesses que extrapolam o do empresário, o autor arremata que esta perspectiva “parece não excluir a perspectiva dos interesses egoísticos que estão na base da iniciativa empresarial e que lhe constituem o móvel, e em decorrência do qual se pode falar em *risco* da atividade e *apropriação* dos frutos dela decorrentes”³³⁷.

Embora em seus trabalhos de cunho manualístico, o autor não dê à função social relevo (no que se tem indicativo de que a ciência normal não a percebia como norma), em obra de maior profundidade alcança os vértices do problema como posto à época, dando ao texto conotação fronteira em relação à fase prévia, objeto desta análise, e o período subsequente, em que se mostra possível a identificação dos contornos de um paradigma de análise da *função social da empresa*.

3.2.2.6 Princípio básico de conduta do controlador

Em *A Nova Lei das Sociedades por Ações Comentada*, Roberto Barcellos de Magalhães faz menção à função social na esteira de sua aparição no enunciado normativo do parágrafo único do artigo 116.

Institui ser princípio básico (embora não existam indicativos na obra de que a expressão *princípio* assumia a conotação de princípio como espécie de *norma jurídica*) de conduta do controlador “o de que o exercício do poder de controle só é legítimo para fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”³³⁸, devendo ainda respeitar e atender aos direitos e interesses de

³³⁵ Idem, p. 111.

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ Idem, p. 112.

³³⁸ MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **A nova lei das Sociedades por ações comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 598.

todos aqueles que se vinculam à empresa, sejam trabalhadores, minoritários, investidores ou membros da comunidade em que atuar.

Como de praxe à época, há associação genérica entre a função social e as partes relacionadas à empresa, sem preocupação conceitual.

Todavia, imperativo destacar elemento do excerto: a função social é entendida pelo autor como algo que vai além do atendimento às normas que regem a relação com aqueles que se relacionam juridicamente com a companhia, eis que conjuga o respeito à função social com o atendimento aos direitos e interesses das partes relacionadas como critérios de legitimidade do exercício do poder de controle.

3.2.3 Caracterização do período a partir da noção de paradigma em Thomas Kuhn

Como apontado *supra* (itens 2.1 e 2.2), no trato teórico dos paradigmas, ao ser lançada uma nova ideia ou notado um fenômeno, tende a haver debate desordenado entre escolas distintas que se propõem a explicá-lo, a partir de ontologias distintas, alicerçadas em diferentes fundamentos. Dita fase, pré-paradigmática, caracteriza-se pela criação de diversas explanações para o mesmo fenômeno, sem discurso uníssono, com a formação de múltiplas escolas de pensamento ou, ainda que em menor número, com nível de elaboração reduzido e desenvolvimento incipiente.

É o que se tem na fase incipiente da função social da empresa. Lançada como nova ideia no direito positivo pela Lei nº 6.404/1976, como extensamente apontado, foi descrita a partir de ontologias distintas, teve fulcro em diferentes fundamentos.

Vale apontar para os autores e obras tomados como parâmetro³³⁹, os textos trataram da função social da empresa enfrentando um fenômeno novo, de ordem normativa (ou seja, deontológica), a partir de critérios próprios.

³³⁹ Sobreleva fixar que não se tratou de análise da *ciência normal* da época, porque esta pressupõe um paradigma e a postura defendida neste texto é de que não há que se falar em grau de consenso e inovação necessários, no período, para se apontar para a existência de pensamento paradigmático acerca da função social da empresa.

Para parte dos autores citados, o conceito sequer foi compreendido como *questão* ou *problema* digno de resposta específica. Comporia, apenas, parte de um enunciado antes retórico que jurídico. É o que se depreende, por exemplo, da sobreposição da função social com outros conceitos com semelhante grau de indeterminação, com o de bem público.

Noutros casos, fixou-se a derivação da função social da empresa de uma ideia extrajurídica: a percepção *institucional* das sociedades por ações. Nenhum deles buscou nível de sistematização apto a caracterizar o conhecimento como paradigmático, nos moldes apontados anteriormente, malgrado se possa identificar apontamentos quanto a seu conteúdo, de maneira esparsa, ora demonstrando a predominância de elementos de cogestão, como em Rubens Requião, ora com o predomínio da proteção do consumidor, como em Waldirio Bulgarelli.

Destaque, ainda, para a percepção mais radical e aproximada do paradigma que se formaria a partir da elevação dos princípios à condição de normas com aplicabilidade imediata e independente da edição de regras, externalizada por José Edvaldo Tavares Borba. O autor afirma explicitamente não se tratar de norma programática e indica, mesmo, hipóteses de aplicação, como a restrição à possibilidade de demissão (justa causa vinculada a uma *ratio* econômica).

Da posição do autor se pode depreender, a propósito, não apenas a semente da configuração do paradigma que ganharia consistência com a Constituição de 1988 (e a defesa do valor social do trabalho), a aplicabilidade imediata de seus dispositivos e o movimento crescente de constitucionalização do direito privado, mas também o gérmen da crise paradigmática que se sucederia, ao ignorar componentes de razão econômica.

O desinteresse teórico na sistematização pode ser atribuído a ao menos duas hipóteses.

A primeira delas é o fator novidade, atrelado especificamente à produção de conhecimento jurídico. Enquanto que na seara das ciências duras há tendência ao *frenesi* ante a identificação de novos fenômenos, com abandono mais ágil das velhas explicações, na seara jurídica há tendência a arraigar-se às explicações tidas como consolidadas e a tratar as novidades mais paulatinamente.

A segunda hipótese refere-se à ausência de aplicação da *função social da empresa* na solução de questões concretas vinculadas ao exercício da atividade econômica levadas aos tribunais.

Se alguns ramos jurídicos são mais abertos à construção de conhecimento especulativo (assim compreendida a produção de conhecimento dissociada da sua aplicabilidade), o Direito Comercial certamente não é um deles.

Destarte, se havia categorias jurídicas aptas a solucionar as questões levadas aos tribunais, outrora, sem a invocação do *funcionalismo*, este naturalmente seria alçado a plano secundário.

Sob esta ótica, *e.g.*, se é cabível pensar a conduta do controlador à luz de um conceito antigo e consolidado com o abuso de poder, com raízes no *abuso do direito*, não há impulso justificador da adoção da *função social da empresa* enquanto baliza, sobremaneira quando se tem em mente seu potencial de geração de insegurança jurídica³⁴⁰.

A própria leitura doutrinária do conceito não encorajava a aplicação pelos tribunais, eis que, salvo exceções como as já apontadas aqui, não era comum que se percebesse o conceito como aplicável, sem a mediação de normas específicas a situações concretas.

Não era comum o incentivo doutrinário ao filtro judicial das atividades empresariais alicerçado em conceitos indeterminados. *Função social* soava, antes de norma jurídica na acepção atual (com dissociação entre regras e princípios), como um indicativo para a adoção de políticas públicas ou a construção de regras explícitas direcionadas ao comportamento da *empresa*.

As decisões que surgem são esparsas e muito posteriores às transformações no pensamento jurídico que culminariam com a formação de um *paradigma* com as características aqui pontadas. A título de exemplo, a decisão mais antiga acerca da função social da empresa identificada via sistema de

³⁴⁰ Sobre os riscos da insegurança, Martha Asunción Enríques Prado e Aldimar Alves Silva: “Se a previsibilidade é por sua própria essência oscilante, em uma sociedade pautada em valores, mesmo que parcialmente, e em desenvolvimento não gradual, ela se torna um paradoxo: i) há de ser previsível que os interesses sociais da maioria-descapitalizada será *perseguido*; ii) há de ser previsível que os interesses da minoria-capitalizada serão *garantidos e preservados*. (PRADO, Martha Asunción Enríques; SILVA, Aldimar Alves V. A “onda” função social da empresa e sua imbricação com o direito fundamental à segurança jurídica no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, 2006, p. 33-34).

busca no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é datada de 11 de agosto de 1998 e tratava de manutenção de posse pelo devedor em contexto de busca e apreensão:

A função social das instituições, dentre elas a empresa e, em especial a propriedade agrícola, em fase de produção, justifica o deferimento de liminar de busca e apreensão de tratores alienados fiduciariamente, mas sem transferência efetiva da posse, de modo a permitir a colheita do produto que poderá ficar comprometida se bens necessários saírem da posse do devedor.³⁴¹

Notório, igualmente, que a proximidade da Constituição é indicativa de um acréscimo na relevância dedicada ao tema da função social da empresa. É o que se pode apontar, por exemplo, na análise do conceito jurídico de empresa, de Waldirio Bulgarelli, publicado em 1985, em que enfrenta a noção funcional e faz um notório esforço de concretização da função social a partir da definição dos interesses tuteláveis, que extrai, em geral, do que se tem no direito positivo, não da força normativa da *função social da empresa* enquanto princípio.

Nisto se distingue da formação do paradigma de que se tratará *infra*, ainda que pareça identificar algo para além das regras positivadas, quando indica a existência de “certas responsabilidades além da própria disciplina jurídica da empresa”³⁴². Tudo, porém, muito aquém da formação dos consensos necessários para que se estivesse diante de conhecimento paradigmático.

Com a invocação do fundamento e a sua adoção em reiteradas decisões judiciais, tudo aliado às mudanças na percepção da carga normativa dos princípios, enfim se fizeram presentes as condições para a configuração de um *paradigma*. Isto, porém, em esforço paulatino que só se identifica com mais clareza após a Constituição de 1988 e de que se tratará *infra*, em capítulo próprio.

³⁴¹ À vista do pioneirismo, vale citar a ementa completa: “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO - CONCESSÃO E POSTERIOR REVOGAÇÃO - DEPÓSITO DOS BENS EM MÃOS DA DEVEDORA - ATIVIDADE AGRÍCOLA PARA A QUAL A APREENSÃO IMPORTARÁ EM PREJUÍZO DA SAFRA-ADMISSIBILIDADE DO ATO EXCEPCIONAL. A função social das instituições, dentre elas a empresa e, em especial a propriedade agrícola, em fase de produção, justifica o deferimento de liminar de busca e apreensão de tratores alienados fiduciariamente, mas sem transferência efetiva da posse, de modo a permitir a colheita do produto que poderá ficar comprometida se bens necessários saírem da posse do devedor. Agravo improvido” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento nº 530681600. Relator Aclibes Burgarelli. Órgão julgador: 3a. Câmara do Segundo Grupo. São Paulo, 11 de agosto de 1998).

³⁴² BULGARELLI, Waldirio. **Op. cit.**, p. 111.

Em suma, se o advento do institucionalismo engendrou a inserção da locução “função social da empresa” em dois enunciados normativos (artigos 116, parágrafo único, e 154 da LSA), foi a incorporação da *força normativa dos princípios* que conduziu o problema a um novo estágio, realçado pelo movimento de constitucionalização do direito privado.

A locução, que outrora poderia ser descartada como meramente programática ou como tendo apenas cunho retórico, agora assumia a condição de *norma*, enquanto gênero, e de *princípio*, enquanto espécie, ao lado das regras. Dar-lhe um conteúdo passou a ser imperativo.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO PARADIGMA DOS PRINCÍPIOS

A forma de apreensão pelo conhecimento jurídico da função social da empresa transformou-se substancialmente a partir da Constituição de 1988. A modificação deve-se ao movimento de mudança paradigmática constituído a partir da Carta Constitucional e ensejou a apreensão, pela ciência normal, da função social da empresa como norma jurídica da espécie princípio.

No mesmo contexto, o Direito Falimentar, a partir da Lei nº 11.101/2005 passou por completa reestruturação no novo paradigma, compreendido hodiernamente o instituto da falência como meio judicial para, cumulativamente, promover a liquidação da massa falida subjetiva e criar meios de continuidade da empresa por terceiro (cessão de ativos), a partir de sua interconexão com a função social da empresa.

4.1 A Constituição de 1988 e o paradigma dos princípios

A promulgação da Constituição de 1988, aos 05 dias do mês de outubro daquele ano, representou virada histórica com reflexos nos mais diversos âmbitos da configuração social, econômica e política brasileira.

Na seara política, estabeleceu novo marco institucional para conclusão da transição do regime ditatorial para um regime com características de democracia, viabilizando a ocorrência de eleições no ano seguinte. Na jurídica, representou marco histórico na transformação da percepção das normas de ordem constitucional, elevando-as da condição de comandos abstratos, comumente invocados como programáticos, para normas com potencial de aplicabilidade imediata e irradiação sobre todas as esferas do ordenamento jurídico, público ou privado.

Luis Roberto Barroso³⁴³ sintetiza o lugar da Constituição de 1988 nesta transição:

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo

³⁴³BARROSO, 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, p. 6.

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 (v. *infra*). 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.

A construção colide com a percepção clássica de que diversas normas de cunho constitucional teriam projeção meramente programática. Para estabelecer paralelo, tome-se o excerto abaixo³⁴⁴:

Existem normas que regulam de forma vinculante o *comportamento*. Digamos que sua finalidade é discipliná-lo diretamente, qualificando suas condições de exercícios e os fatos com ele relacionados. São normas de comportamento ou de conduta. Entretanto, há outras normas que apenas expressam diretrizes, intenções, objetivos. São as chamadas *normas programáticas*, como a norma constitucional que determina ser dever do Estado a educação.

A conjugação dos elementos aqui descritos com as categorias indicadas no segundo capítulo (paradigma, ciência normal, crise e mudança de paradigma) permitem melhor compreensão do fenômeno.

A crise da ciência normal anterior evidencia-se a partir da identificação da inadequação de algumas respostas jurídicas em face do novo conteúdo constitucional. Tome-se, *e.g.*, a proteção da posse de que se tratará *infra*, no tocante ao Direito Civil, em face da afirmação constitucional da função social da propriedade.

Ainda nesta esteira, tem-se a afirmação de diversos conteúdos em sede constitucional (direito à saúde, à educação, de acesso à justiça, dentre outros) que, a rigor, não guardavam aplicabilidade jurídica imediata, limitando-se ao papel de mensagem ao legislador que poderia legislar ou deixar de legislar, atribuir ou deixar de atribuir direitos entendidos pelo constituinte como fundantes do ordenamento.

Noutros termos: por que o documento jurídico de porte hierárquico mais elevado, elaborado pelo poder máximo dentro de um arcabouço social – do constituinte –, traria normas – socialmente relevantes a ponto de nele constarem

³⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 130.

– que, em última análise, só teriam aplicabilidade se *chanceladas* por poderes que, a rigor, o próprio constituinte instituiu, e *replicadas* em outras normas de menor hierarquia?

Nasce a crescente sensação, a que se refere Thomas Kuhn³⁴⁵, primariamente em segmento da comunidade científica, quanto à inadequação das respostas dadas pela ciência normal aos problemas submetidos a seu crivo. Crescia a resistência a que a Constituição se limitasse à condição de repositório de “promessas vagas” e que seus mandamentos não passassem de “exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”³⁴⁶, como visto.

No direito privado, o fenômeno é sentido em primeiro lugar na produção teórica do direito civil, à vista de seu deslocamento paulatino da condição de elemento central do sistema, como se pode depreender do texto precursor de Maria Celina Bodin de Moraes³⁴⁷:

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento. (g.n.)

A nova concepção, sob os auspícios de novo paradigma, encontra representação na doutrina de José Afonso da Silva que, partindo da premissa de que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia”³⁴⁸, estabelece classificação que se estabilizaria como poucas no conhecimento jurídico pátrio, dividindo as normas constitucionais em: (i) normas constitucionais de eficácia

³⁴⁵Reitera-se o excerto: “[...] as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar a crise, e um pré-requisito para a revolução” (KUNN, Thomas. **Op. cit.**, p. 126).

³⁴⁶BARROSO, Luis Roberto. **Op. cit.**, p. 6.

³⁴⁷MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v. 1, 1991, p. 4.

³⁴⁸SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81.

plena; (ii) normas constitucionais de eficácia contida; e (iii) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

São de eficácia plena as normas que produzem ou têm potencial para produzir todos os efeitos pretendidos pelo constituinte, na medida em que seu conteúdo guarda todos os elementos de normatividade necessários à aplicabilidade direta e imediata sobre seu objeto (aplicabilidade *imediata, direta e integral*). Exemplo: a norma do artigo 2º da Constituição de 1988, que estabelece a separação de poderes³⁴⁹.

Aquelas de eficácia contida têm incidência direta e potencial de produção dos efeitos pretendidos, mas trazem mecanismos de mitigação, de contenção da eficácia em determinados limites e à luz de determinadas circunstâncias (aplicabilidade *direta, imediata, mas não integral*). É o caso da norma prevista no enunciado normativo do artigo 5º, XIII, da Constituição, que trata da liberdade de exercício profissional³⁵⁰.

Já as normas do último grupo são as que não têm o condão de promover efeitos imediatamente, por escolha do constituinte que não lhes deu os atributos necessários, delegando a atribuição ao legislador ordinário (aplicabilidade *indireta, mediata e reduzida*)³⁵¹. Por exemplo, a norma do artigo 121 da Constituição, que remete à Lei Complementar a organização interna da competência da Justiça Eleitoral³⁵².

Na medida em que assume a condição de repositório de normas de aplicabilidade imediata, a Constituição consolida movimento de substituição da posição de elemento central do ordenamento jurídico, papel outrora ocupado pelo Código Civil.

O constitucionalismo do período guarda alguns traços característicos, na síntese de António Manuel Hespanha³⁵³: a) impõe parâmetros de igualdade e de justiça para as relações de cunho privado, delimitando a liberdade de contratar e de exercer o direito de propriedade; b) alça os direitos humanos e os direitos

³⁴⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁵⁰ Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer [...].

³⁵¹ Idem, p. 82-83.

³⁵² Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

³⁵³ HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 56, 2012, p. 19-20.

sociais a posição de superioridade hierárquica em face daqueles de ordem individual e origem liberal; c) visa a dar acesso judicial às pretensões de concretização destes direitos; d) promove releitura do ordenamento a partir dos princípios constitucionais, tanto explícitos quanto implícitos; e) trata os direitos sociais incorporados à constituição como passo evolutivo, conquista civilizacional inarredável (*acquis civilizationnel*).

Se antes a interpretação de determinados enunciados normativos remetia a componentes de Teoria Geral ou à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro³⁵⁴, com o advento da Constituição e sob os auspícios do neoconstitucionalismo, promove-se exercício de reconstrução interpretativa do direito vigente, em movimento de filtragem constitucional. Noutras palavras: remanesce aquilo que compatível com as normas constitucionais e prevalece a interpretação que com elas se coaduna³⁵⁵.

Dentre aquelas que se aplicam imediatamente, de forma direta e integral, situam-se os princípios constitucionais³⁵⁶. E, dentre eles, o princípio da função social da propriedade que, por via reflexa e conforme posição dominante na doutrina (vide *infra* 4.2), consubstancia o princípio da função social da empresa.

Paulatinamente, determinou-se nova metodologia tida como *legítima* para a produção de conhecimento válido no campo de pesquisa. Os problemas jurídicos, tanto aqueles já visíveis quanto aqueles a que o novo paradigma deu visibilidade (aí incluída a função social), passariam a ser solucionados sob um novo viés, lidos sob novas lentes.

³⁵⁴ Hoje Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, por força de redação dada pela Lei nº 12.376/2010.

³⁵⁵ Vale mencionar que interpretar conforme a constituição pressupõe interpretar a constituição. E, nesta esteira, válido registrar a crítica de Virgílio Afonso da Silva ao que chama de *sincretismo metodológico* na interpretação constitucional, bem como à importação acrítica de critérios e métodos: “Ficar repetindo uma lista de métodos e princípios elaborados para uma realidade e uma época diferentes pouco acrescenta à discussão. Não se pode querer fazer direito constitucional alemão no Brasil. [...] Essa ânsia por emancipação fez com que a doutrina se apegasse, literalmente, às primeiras teorias a que teve acesso, elevando-as à condição de *dogma*, sem perceber que, com isso, (a) colocava em um mesmo saco teorias incompatíveis; (b) apegava-se a fórmulas muitas vezes vazias e sem contato com a realidade e o direito constitucional brasileiros; e, por fim, (c) congelava a discussão, passando a impressão de que já havíamos alcançado a emancipação tão desejada, com a importação da [...] doutrina alemã” (SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 141.).

³⁵⁶ “A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 282).

A conjugação do novo texto constitucional, reflexo de período de redemocratização e reflorescimento do pensamento jurídico deu espaço à formatação crescente de consenso em torno de três características principais que engendraram o novo paradigma: (i) aplicabilidade imediata das normas constitucionais; (ii) atribuição de caráter normativo aos princípios, como espécie de norma ao lado das regras; (iii) constitucionalização do direito privado, com predominância de discurso antipatrimonialista, sem construção de pontes com a Economia.

Os trabalhos precursores agregaram outros componentes da comunidade produtora de conhecimento jurídico e seus pressupostos passaram a regê-la. Suas realizações atenderam a um critério de novidade amplo o bastante para separá-los da ciência normal anterior. Na mesma esteira, o grau de abertura e o significativo acréscimo de complexidade³⁵⁷ engendrou a necessidade de proposição de novas soluções pelos operadores do direito (vide questão da resignificação de institutos, de que se tratará *infra*), atendendo aos parâmetros propostos por Thomas Kuhn³⁵⁸, inaugurando nova ciência normal.

Rememore-se que, para Thomas Kuhn, ciência normal é aquela que se alicerça em realizações “reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para a sua prática posterior”³⁵⁹. Na medida em que os produtores de conhecimento jurídico reconhecem a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, o caráter normativo dos princípios e a constitucionalização do direito privado como balizas, passa-se a produzir *ciência normal* dentro do *paradigma dos princípios*.

Ainda que com as reservas que a análise quantitativa de publicações exige, são indicativos da produção de conhecimento alicerçada no paradigma o número de obras que guardam títulos compatíveis com as suas características. Desde 1988 ao menos 284 publicações³⁶⁰, utilizaram a expressão “constitucionalização” na composição de seus títulos e em escala crescente

³⁵⁷ Considere-se, neste sentido, o número de princípios explícitos e implícitos (vide *infra* definições sobre princípios e regras no item 4.1.1), com hierarquia constitucional ou infraconstitucional, a que outrora não se atribuía normatividade e que, no novo paradigma, passam a servir de filtro à aplicação do direito, caso da própria função social da propriedade, do contrato e, na esteira delas, da empresa.

³⁵⁸KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 30.

³⁵⁹ KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 29.

³⁶⁰ Entre livros, capítulos de livros e artigos.

sobremaneira a partir do Código Civil de 2002³⁶¹, mas com presença em múltiplos ramos jurídicos.

Note-se, ainda com Thomas Kuhn, que a determinação de se a escola, teoria ou orientação predominante alcançou *status* de paradigma passa pela percepção de que o debate em torno de seus princípios alcança estabilidade e alcance dentro da comunidade de produção de conhecimento, na medida em que “[u]m paradigma governa, em primeiro lugar, não um objeto de estudo, mas um grupo de praticantes da ciência”³⁶².

O excerto abaixo, de Maria Celina Bodin de Moraes, é indicativo da estabilização e explicita a transição sobretudo se comparado com outro excerto da autora, apontado acima, quando os elementos ainda não haviam alcançado estabilização³⁶³:

Nos quase vinte anos que já se passaram desde a promulgação da Constituição da República, uma verdadeira reviravolta ocorreu no âmbito do direito civil. Na atualidade, poucos civilistas negam eficácia normativa ao texto constitucional ou deixam de reconhecer seu impacto sobre a regulação das relações privadas. Estudos de teoria geral do direito acerca da aplicação dos princípios constitucionais e da metodologia de sua ponderação foram determinantes para afastar definitivamente a cristalizada concepção da Constituição como mera carta política, endereçada exclusivamente ao legislador.

No entanto, é mister que se pondere que a aceitação e incorporação dos elementos do novo paradigma foi mais ágil em alguns ramos, como o Direito Constitucional e o Direito Civil, mas enfrentou resistência em outros, como o Direito Comercial.

Neste sentido, a posição de Fábio Ulhoa Coelho³⁶⁴:

³⁶¹ Considerada a base de dados da Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal, por sua amplitude, tem-se: (i) de 1988 a 2002, 32 obras; (ii) de 2003 a 2017, 252 obras. Destaque para o quinquênio de 2006 a 2010, com 120 obras. O período anterior a 1988 registra apenas três.

³⁶² KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 224.

³⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n.29, jul./dez. 2006, p. 233. Em sentido semelhante, Eroulths Cortiano Júnior: “A Constituição se integra ao direito civil – e no direito civil – por seu valor posicional dentro da hierarquia normativa, por sua eficácia direta e pelos mecanismos de integração e aplicação da própria norma civil. O método civil-constitucional, construído e em construção, se apresenta ao direito brasileiro e abre novos caminhos interpretativos” (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. A propriedade privada na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 2, 2014, p. 32).

³⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Os desafios do direito comercial**, p. 13. Destaque-se que o uso da expressão *paradigma*, pelo autor, não invoca a conformação que Thomas Kuhn dá à expressão.

Mas a esse portentoso movimento não havia aderido o direito comercial. Nós comercialistas demoramos a perceber a radical transformação em curso. Resistimos a introduzir a disciplina juscomercialista no ambiente argumentativo do novo paradigma; lamentavelmente, não nos preocupamos com a enunciação, estudo e difusão dos princípios próprios da nossa disciplina. Descuidamos do cultivo dos valores sociais afetos à nossa área, assistindo, de modo incompreensivelmente passivo, à corrosão, entre os profissionais do direito, desses valores. A enunciação, o estudo e a difusão de certo princípio jurídico são os meios pelos quais o profissional do direito introjeta o valor social correspondente, incorporando-o à sua visão de mundo. Quando a doutrina descuida dessa tarefa, pouco a pouco o valor social adormece no espírito do profissional do direito.

Todavia e de maneira gradual se estabeleceu a nova *ciência normal*, que passou a resolver questões jurídicas sob nova perspectiva (*puzzles*, em Thomas Kuhn), com a produção do conhecimento jurídico centralizando seus esforços na articulação dos elementos internos do paradigma.

Dita articulação representa a reestruturação, a reconstrução, sob as lentes constitucionais, dos institutos fundantes do Direito Privado em sua forma clássica, a família, o contrato e a propriedade, como aponta Luiz Edson Fachin:

Para tanto, tenha-se presente a tríplice dimensão da Constituição: formal (apreendendo as regras e princípios expressos no texto constitucional), substancial (apreendendo a Constituição efetivada pelos pronunciamentos da Corte Constitucional e pela incidência dos princípios implícitos que derivam dos princípios explícitos do texto constitucional) e a prospectiva, a qual se vincula a ação permanente e contínua, num sistema jurídico aberto, poroso e plural, de ressignificar os sentidos dos diversos significantes que compõem o discurso jurídico normativo, doutrinário e jurisprudencial, especialmente no que concerte à tríplice base fundante do governo jurídico das relações sociais, isto é, propriedade, contrato e família.³⁶⁵

Na mesma esteira, rearticula-se a empresa. Com sua inserção no direito positivo como elemento central do Direito Empresarial no Código Civil de 2002, verificou-se um marco para o acréscimo no número de publicações e a correlata normalização da ciência nas fronteiras do paradigma dos princípios, como apontado.

É importante destacar que a leitura paradigmática das transformações em questão implica o reconhecimento de que o conhecimento jurídico anterior não é tecnicamente equivocado. É, apenas, fruto de outro consenso mínimo

³⁶⁵FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7.

quanto a métodos e premissas. As respostas dadas às questões jurídicas eram válidas sob seu filtro.

Isto posto, considere-se o trecho abaixo, também de Maria Celina Bodin de Moraes³⁶⁶:

A vertente programática, hoje afinal esvaziada, por longo tempo impediu que se aproveitasse plenamente o documento constitucional, atribuindo características de linha de tendência política, ou mero ideário não jurídico, às disposições hierarquicamente superiores, que se encontram no ápice do ordenamento. Tal deformação, que é “antes tributária de imprecisão técnica do que de uma construção científica apta a justificá-la” tem sido, contudo, objeto dos devidos reparos e, logo, ao que tudo indica, não será mais necessário reafirmar que a Constituição é um sistema normativo e que “as normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade” do mesmo modo que os civilistas não precisam debater se as regras previstas no Código Civil são ou não jurídicas .

Sob o enfoque teórico aqui adotado, alicerçado na noção de paradigma em Thomas Kuhn e a conseqüente leitura (ou releitura) dos fenômenos a partir das lentes de um novo paradigma, não há que se falar em imprecisão técnica. Está-se diante de troca de lentes³⁶⁷.

Para melhor ilustração, considere-se o enunciado normativo do artigo 157, III, da Constituição de 1967, ao lado do enunciado do artigo 170, III, da Constituição de 1988:

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:[...]III - função social da propriedade; [...].

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:[...]III - função social da propriedade; [...].

Em ambos os dispositivos se enunciou a função social da propriedade. No entanto, o sentido atribuído no primeiro deles é totalmente distinto do anterior. A literatura jurídica produzida, seja no então Direito Comercial, seja no Direito Civil da época, não tomava a baliza constitucional como critério interpretativo.

³⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. **Op. cit.**, p. 7.

³⁶⁷ As lentes pretéritas viam nas normas constitucionais caracteres políticos, de cunho programático, sem juridicidade. Não era erro, não era imprecisão técnica. Eram produto do paradigma, resultado da ciência normal da época. Note-se mais: afirmar a aplicabilidade imediata, sob os pressupostos daquele paradigma, representaria equívoco técnico. É apenas com o advento do novo paradigma é que a aplicabilidade se torna a resposta técnica adequada.

Não se vislumbrava irradiação do conteúdo normativo da função social da propriedade para a atribuição de significado, *e.g.*, aos dispositivos da Lei das Sociedades por Ações que tratavam de função social da empresa, nem tampouco se o invocava como fundamento constitucional para o dispositivo infraconstitucional (vide *supra*, item 3.2.2 e subitens, as atribuições de sentido da função social da empresa na ciência normal da época).

Aos significantes se atribuía distintos significados. E, dado o caráter eminentemente programático atribuído à época às normas constitucionais, o *puzzle* função social da empresa não era apreendido como elemento componente do discurso da época.

Já a ciência normal produzida sob a égide do novo paradigma empresta-lhe sentido mais claro, determina sua natureza principiológica e proporciona a sua irradiação como fundamento para a resolução, pelas vias acadêmica e jurisprudencial, de situações concretas envolvendo a propriedade, agora atrelada ao princípio da função social e, na esteira dela, a empresa.

Os enunciados são idênticos: a ordem econômica tem como princípio a função social da empresa. Os significados, no entanto, são distintos, na extensão em que o sentido de princípio assume carga normativa de que outrora fora destituído e o conteúdo, antes político, programático, agora se transforma em norma jurídica imediatamente aplicável à regência da propriedade.

4.1.1 Sobre princípios e regras

Apresentado o paradigma e enunciadas suas principais características, é mister debruçar-se sobre seu primeiro elemento: a normatividade dos princípios. Nesta toada, toma-se como pressuposto que estes não são meros ditames sem conteúdo jurídico ou simples indicativos voltados à construção de regras. São, isto sim, uma das espécies do gênero norma, ao lado das regras³⁶⁸.

Dentre os autores mais invocados para se estabelecer a conceituação de princípios e regras, figura Ronald Dworkin. O autor estadunidense, partindo

³⁶⁸ Cf., por todos, Eros Roberto Grau: "Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito" (**Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49).

de situações concretas decididas por Cortes dos Estados Unidos, como *Riggsv. Palmer e Henningsen v. Bloomfield Motors*, estabelece que princípios e regras guardam naturezas lógicas distintas.

As regras seriam aplicáveis ou inaplicáveis; atendem a uma lógica de tudo-ou-nada. Postos determinados fatos por ela estipulados “ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”³⁶⁹.

Neste sentido, se o Código de Processo Civil traz *regra* que estipula que constitui título executivo extrajudicial o instrumento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas (art. 784, III), um instrumento particular assinado apenas pelo devedor ou apenas por uma testemunha não poderá ser considerado título executivo extrajudicial.

Os princípios, por outro lado, atendem a lógica distinta. Nem aqueles que com as regras guardam maior semelhança condicionam automaticamente as decisões, na medida em que devem ser considerados no contexto de outros princípios potencialmente aplicáveis à situação fática posta diante do aplicador da norma. Exsurge, portanto, uma dimensão dos princípios que falta às regras: a do peso ou importância³⁷⁰.

Por conta desta dimensão, “[q]uando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”³⁷¹. Quando são as regras que se cruzam, apenas uma dentre elas poderá sobreviver no ordenamento.

Ao lado de Ronald Dworkin como um dos autores mais discutidos quando se trata da distinção entre princípios e regras, Robert Alexy, para quem a distinção entre princípios e regras seria “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”³⁷², distingue-os das regras por ostentarem a condição de mandamentos de otimização³⁷³:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Beira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

³⁷⁰ Idem, p. 40-42.

³⁷¹ Idem, p. 42.

³⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

³⁷³ Idem, p. 90.

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.

Assim, a distinção entre os princípios e as regras acaba por se desvelar de maneira mais clara quando se está diante de cenário de conflito, ou seja, quando se tem regras ou princípios contrapostos entre si.

O conflito entre regras necessariamente se soluciona se alguma das regras contar com cláusula exceptiva que elimine o conflito ou, na ausência desta, mediante a declaração da invalidade de uma delas. Está-se hipoteticamente diante de situação de conflito quando, na visão clássica, duas normas trazem idêntico fatispécie, porém atrelado a comando normativo distinto: uma faculta e a outra proíbe, por exemplo. E a exclusão das autonomias aparentes dá-se, no sistema, por critério temporal (*lex posterior derogat legi priori*), hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) ou de especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Todavia, quando o conflito opõe princípios, a solução não implica invalidação. Dentre os princípios postos e aparentemente em conflito, um deles terá, na situação concreta e atendidas a determinadas condições, precedência³⁷⁴. Dita precedência é aferida a partir de um método de ponderação que, à luz das circunstâncias fáticas, fará com que um princípio, naquele evento (ou seja, concreta e não abstratamente) prevaleça sobre outro ou outros, sem que sua validade e peso originários sejam afetados. Ante a possibilidade de que princípios igualmente válidos carreguem assertivas contraditórias, tem-se que estes não expressam um mandamento definitivo, em contraponto às regras, que o expressam³⁷⁵.

³⁷⁴ Idem, p. 93.

³⁷⁵ Idem, p. 104. Prossegue o autor asseverando que: “Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (ibidem).

Humberto Ávila, por sua vez, após analisar criticamente critérios e teorias predominantes na distinção entre os princípios e as regras, assim os conceitua³⁷⁶:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, sugere um quinteto de critérios de distinção: (i) grau de abstração, considerando serem os princípios normas jurídicas com grau de abstração relativamente superior ao das regras; (ii) grau de determinabilidade em relação aos casos concretos, indicando que os princípios dependem de *mediações concretizadoras* para alcançar aplicação, característica distinta das regras, que podem ser aplicadas diretamente; (iii) fundamentalidade no sistema de fontes, na medida em que os princípios assumem papel fundante no ordenamento jurídico, caso dos princípios de ordem constitucionais, ou mesmo relevância estruturante no sistema jurídico, caso do princípio do Estado e Direito; (iv) conexão com a ideia de direito, na extensão em que costumam ter seus conteúdos associados à ideia de direito ou justiça, enquanto que as regras comumente têm conteúdo meramente funcional; (v) caráter normogênético, na medida em que são fundamentos de regras ou a *ratio* que permeia um conjunto delas³⁷⁷.

³⁷⁶ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 78-79.

³⁷⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Lisboa: Edina, [s.a.], p. 1.086-7. E arremata: “Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida [...] a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se” (ibidem).

Indicadas as definições, há que se destacar que o ordenamento jurídico engloba princípios com características diversas. Neste sentido, pode-se falar em: (i) princípios explícitos, ou seja, aqueles que se pode extrair dos enunciados normativos constitucionais e infraconstitucionais; (ii) princípios implícitos, dedutíveis a partir do conteúdo dos enunciados normativos (isolada ou conjuntamente); e (iii) princípios gerais de direito, que não se confundem com princípios gerais *do* direito, extraídos do direito pressuposto, caso da vedação do enriquecimento ilícito³⁷⁸.

Importa salientar, com Eros Roberto Grau, que mesmo os princípios gerais de direito “não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém *descobertos* no seu interior” e que ditos princípios “se existem, já estão positivados; se não for assim, deles não se trata”³⁷⁹. São, ainda, peculiares ao ordenamento³⁸⁰:

Os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios *deste* ordenamento jurídico, *deste* direito. Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento – isto é, sob cada direito *posto* – repousam no *direito pressuposto* que a ele corresponda. Neste *direito pressuposto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem.

Apontado o estado da técnica em relação aos conceitos de princípios e regras, cabe averiguar a natureza da função social da propriedade, em sentido amplo, à luz dos pressupostos lançados.

Encontra-se, na doutrina, quem assevere que a função social da propriedade representaria regra, tratando especificamente da função social da propriedade rural³⁸¹:

³⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. **Op. cit.**, p. 21. A função social da empresa é tomada como princípio explícito, na medida em que aparece literalmente na legislação infraconstitucional. Enquanto princípio constitucional, contudo, parece melhor enquadrada na concepção de princípio implícito, sobremaneira à vista das ponderações que se fará *infra* (5.2.3) quanto à sua raiz constitucional que, entende-se, extrapola a mera derivação do princípio explícito da função social da propriedade – com a ressalva, de logo, da explicitação da função social da empresa pública e da sociedade de economia mista, cuja definição é remetida à lei.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ TAYER NETO, Pedro Felipe; GONÇALVES NETO, João da Cruz. Função social da propriedade rural: uma regra constitucional, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 57, 2013, p. 195. Destaque-se que a função social da propriedade rural pode ser associada à função social da empresa rural, na extensão da derivação constitucional entre função social da propriedade e função social da empresa.

Uma propriedade atende ou não a sua função social. Para que ela atenda, deve, simultaneamente, obedecer a quatro requisitos: “aproveitamento racional e adequado”, “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”, “observância das disposições que regulam as relações de trabalho” e “exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”. Se um único desses requisitos não for respeitado, tem-se que a propriedade não obedece a sua função social. Trata-se de uma hipótese clara de aplicação “tudo ou nada”, tipicamente atribuída às regras.

Identifica-se à primeira vista no arrazoado elementos compatíveis com a aplicabilidade pautada no critério de tudo-ou-nada, elemento recorrente na definição de regras. Todavia, não se pode perder de vista que a função social da propriedade, urbana ou rural, sobre bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, põe-se em paralelo com outros princípios frente aos quais não guarda *a priori* maior peso ou importância.

Na mesma esteira, os requisitos invocados, embora também tenham hierarquia constitucional, na medida em que previstos nos incisos do artigo 186 da Constituição de 1988³⁸², têm caráter de elevada abstração, antes compatíveis com princípios do que como regras.

Ainda, não se pode perder de vista que a Constituição deve ser interpretada em sua integralidade³⁸³. Portanto, não há sustentabilidade lógica em se asseverar que a constituição trata a função social da propriedade como *princípio*, por exemplo, no artigo 5º, XXIII, mas como *regra* no *caput* do artigo 186.

As características da função social da propriedade amoldam-se com maior precisão ao conceito de princípios com fulcro em todos os referenciais doutrinários apontados acima. Por exemplo, trata-se de norma que ordena que algo se dê na maior extensão possível à luz das possibilidades fáticas e jurídicas, na medida em que precisa se amoldar a outras normas com peso potencial

³⁸²Art. 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; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

³⁸³ Por todos, Virgílio Afonso da Silva, para quem “[é] – salvo engano – ponto pacífico que a interpretação das disposições constitucionais deve ser feita levando-se em consideração o todo constitucional, não disposições isoladas” (**Op. cit.**, p. 126) e Eros Roberto Grau, que aduz que “[a] interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*” eis que “[n]ão se interpreta o direito em tiras, aos pedaços” (**Op. cit.**, p. 44).

semelhante, como a liberdade de iniciativa e a propriedade privada, no que se amolda ao conceito de *mandamento de otimização*, de Robert Alexy, bem como à ideia de peso, de Ronald Dworkin.

O princípio da função social da propriedade, nesta esteira, atua sobre o próprio núcleo do direito de propriedade, não se confundindo com mera limitação ao seu exercício³⁸⁴. É o que se extrai igualmente da literatura do Direito Civil constitucionalizado³⁸⁵:

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Sob outra perspectiva, assume a conotação de verdadeiro princípio condicionante ao exercício da propriedade. Só poderia, assim, invocar proteção jurídica o proprietário que atendesse à função social; do contrário, de propriedade não mais se trataria, como leciona Eros Roberto Grau³⁸⁶:

A propriedade dotada de função social, que não esteja a cumpri-la, já não será mais objeto de proteção jurídica. Ou seja, já não haverá mais fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular do bem (propriedade) que não está a cumprir sua função social. Em outros termos, já não há mais, no caso, bem que possa, juridicamente, ser objeto de direito de propriedade (...) não há, na hipótese propriedade que não cumpre sua função social 'propriedade' desapropriável. Pois é evidente que só se pode desapropriar a propriedade; onde ela não existe, não há o que desapropriar.

³⁸⁴ Consoante leciona, *e.g.*, José Afonso da Silva: “A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade” (**Op. cit.**, p. 282).

³⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 106. Ao autor não escapa, vale dizer, a expansão da propriedade na acepção constitucional: “A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais” (Idem, p. 107).

³⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** – interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 316.

O discurso aos poucos se incorpora à ciência normal e se traduz igualmente na linguagem atinente à propriedade presente em cursos e manuais (na condição de repositórios por excelência da ciência normal como definida por Thomas Kuhn).

Tome-se, *e.g.*, a assertiva de Sílvio de Salvo Venosa³⁸⁷:

Assim como não existe concepção de Direito para o homem só, isolado em uma ilha, não existe propriedade, como entidade social e jurídica, que possa ser analisada isoladamente. A justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual.

Roberto Senise Lisboa, por sua vez, ao tratar da constitucionalização da propriedade e da posse, assevera que, na medida em que a propriedade seja “hábil à produção”, incumbirá ao proprietário o dever de “conferir-lhe a *destinação* esperada pela sociedade, como detentor da riqueza mobiliária e imobiliária”, devendo promover “a satisfação dos interesses econômicos e sociais, além dos seus próprios”³⁸⁸. Se entender inadequada a destinação, continua o autor, o poder público poderá incentivar-lhe ou restringir-lhe o direito individual de propriedade, em nome do que entender mais adequado ao interesse social³⁸⁹. Tudo à luz do princípio da função social.

Apontadas as distinções conceituais entre princípios e regras, bem como determinada a natureza principiológica da função social da empresa, cabe compreender o impacto que os princípios em geral e o princípio da função social da empresa em particular passam a exercer no ordenamento a partir da análise do movimento originado na doutrina voltado à constitucionalização do direito privado.

³⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 141. O autor expande o raciocínio apontando para a relevância do caso concreto e atribuindo à jurisprudência o papel de construtora do equilíbrio almejado: “Isso nem sempre é alcançado pelas leis, normas abstratas e frias, ora envelhecidas pelo ranço de antigas concepções, ora falsamente sociais e progressistas, decorrentes de oportunismos e interesses corporativos. Cabe à jurisprudência responder aos anseios da sociedade em cada momento histórico” (ibidem).

³⁸⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.37.

³⁸⁹ Ibidem.

4.1.2 A constitucionalização do direito privado

Por constitucionalização do direito está-se a referir a um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”³⁹⁰. Tal efeito não se limita às fronteiras do direito público e, por sua capilaridade, mitiga a clássica divisão e instaura a soberania da Constituição também no direito privado.

A circunstância representa, em certa medida, paradoxo assim delineado por Paulo Luiz Netto Lôbo³⁹¹:

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

Para o autor, o fenômeno da constitucionalização é parte de um processo histórico que se inaugura com as codificações novecentistas, que tinham como sujeito por excelência o proprietário. Atrelada ao conceito de propriedade, a liberdade constituía-se como ausência de impedimentos. Como a liberdade de ter e de desfrutar do que se tem, sem as agruras da intervenção estatal, nos moldes do liberalismo clássico, produto do caldo teórico iluminista³⁹².

As questões sociais derivadas do marco institucional do liberalismo clássico, porém, exigiram a emergência de atuação estatal prestativa, conformando o Estado social, no seio do qual se insere o discurso da constitucionalização.

E o discurso, uma vez inserido, representa a superação da incomunicabilidade entre os estatutos civis (do homem individualmente tomado, *átomo*) e o conteúdo constitucional (dirigido ao Estado, à *polis*). Antes, Código e Constituição guardavam relação formal, abstrata, de ordem hierárquica e não

³⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Op. cit.**, p. 12.

³⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99.

³⁹² Idem, p. 101. Para o autor, tratar-se-ia da consagração do darwinismo social: “Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado social”.

dialética. A partir da constitucionalização, estabelece-se uma relação de ordem material, alicerçada no sujeito concreto, com interação dialética entre o constitucional e o infraconstitucional, voltada à promoção da eficácia dos direitos fundamentais³⁹³.

Não persevera a fronteira outrora tida como intransponível entre aquilo que era público e aquilo que era privado. O novo paradigma nasce precisamente da percepção da interação crescente entre os dois campos cuja separação cada vez mais se conflava como artificialismo jurídico. A dinâmica das relações econômicas e sociais não permitia que se decidisse aplicar ora apenas normas tidas como de direito público, ora normas tidas como de direito privado.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, a “partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação”³⁹⁴.

Se as esferas se fundiam, as normas também precisavam estabelecer canais de comunicação, na medida em que mecanismos clássicos como a purgação de antinomia por critérios de especialidade, hierarquia e anterioridade não cumpriram adequadamente a função. E a comunicação se viabilizou a partir dos parâmetros oferecidos pelo paradigma dos princípios³⁹⁵.

³⁹³MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69-70.

³⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Op. cit.**, p. 5.

³⁹⁵Vale mencionar que a visão otimista da doutrina em relação aos princípios não é unânime. A crítica anticapitalista não deixava de identificar os componentes de ordem ideológica subjacentes, como se depreende, e.g., do excerto na sequência, da lavra de Carmem Lúcia Silveira Ramos: “[...] (b) o princípio da isonomia (que envolve, de fato, mera igualdade formal entre os homens), da função social da propriedade (interpretada, como tal, dentro da estrutura vigente), a autonomia da vontade (ficção que ignora as pressões econômicas sofridas pelos menos favorecidos), a liberdade de contratar, “o pacta sunt servanda” e os próprios direitos fundamentais do homem são interpretados segundo o enfoque dos valores básicos e fundamentais do sistema liberal, burguês, hoje na sua versão neo-capitalista; (c) a consagração da boa fé e a consequente observância do princípio da segurança jurídica trabalha, incontestavelmente, em favor da manutenção do sistema sócio-político-econômico, que se pretende a todo custo conservar [...] O que se pretende demonstrar, nesta série de exemplos e em consonância com o raciocínio já anteriormente desenvolvido é que, indicado qualquer princípio geral do direito, ou, especificamente, do direito civil, se encontrará sempre, oculto atrás do princípio, bens, valor. Ou valores que se pretende legitimar e preservar, visando a estratificação, a manutenção das condições da sociedade como ela é, muito lenta e gradativas e mostrando a evolução destes valores, a pretexto de uma suposta segurança e estabilidade sociais, o que, na realidade, vem a se configurar num sistema de dominação” (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os princípios gerais do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 22, 1985, p. 272-284).

Sobre o papel dos princípios, a lição de Gustavo Tepedino:

No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil.³⁹⁶

Dentre os caracteres marcantes da literatura produzida sob o novo signo da constitucionalização do direito privado e, sobremaneira, por autores de Direito Civil, afigura-se o discurso antipatrimonialista, que inverteria a relação de predominância entre *ser* e *ter*, quando se estabelece comparação com as codificações anteriores³⁹⁷.

A visão pejorativa da adoção de metodologias de leitura econômica reflete-se, contudo, também entre autores do Direito Empresarial³⁹⁸:

É realmente difícil entender como tais análises, cuja validade é hoje questionada no âmbito da própria economia, pretendam substituir os demais métodos das ciências sociais e mesmo a racionalidade própria do direito, assegurando uma pretensão de validade universal e inquestionável. Afinal, se tais análises não tratam da autonomia, da justiça social nem mesmo dos direitos fundamentais, definitivamente não se mostram idôneas para orientar, isoladamente, as decisões econômicas que dizem respeito a um Estado democrático de direito. Por fim, não se pode esquecer que o problema da democracia e da consagração da dignidade da pessoa humana no Brasil depende da erradicação da pobreza e da miséria, propósito para o qual a distribuição de riqueza é indispensável. Se as análises econômicas são indiferentes a questões distributivas, é inequívoco que a sua utilização passa a ter uma importância bem menor do que com a que comumente se lhes imputa.

³⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição:** premissas para uma reforma legislativa. In Problemas de Direito Civil-Constitucional. Gustavo Tepedino (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12.

³⁹⁷ “O evidente artificialismo da noção clássica faz alargar a distância entre o que a lei civil estabelece como sendo pessoa e o indivíduo homem, este a merecer proteção não pelo que tem, mas pelo que é. Por certo, não deve a proteção patrimonial suplantar a proteção dos seres humanos. No entanto, analisadas as disposições civis brasileiras codificadas, demonstra-se nítido o seu caráter essencialmente patrimonialista, vez que o ser sujeito de direito depende de sua aptidão para, seguindo igualmente os parâmetros ditados pelo sistema, ter patrimônio” (MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira – do sujeito virtual à clausura patrimonial. In Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Luiz Edson Fachin (Coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 92-93).

³⁹⁸ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso do poder econômico.** São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 257.

Os valores existenciais, consubstanciados na dignidade humana (*princípio*, na acepção que lhe atribui o novo paradigma), são propostos como centro do debate jurídico, como se extrai da lição de Pietro Perlingieri:

É necessário que, com força, a questão moral, entendida como efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor em relação a qualquer razão política da organização da vida em comum, seja reposta ao centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça.³⁹⁹

Nesta esteira, a posição de Luiz Edson Fachin⁴⁰⁰:

Não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação.

Ainda no mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, para quem haveria superação, na análise da propriedade “da lógica produtivista, empresarial (em uma palavra, patrimonial)”, na medida em que “são os valores existenciais que, porque privilegiados pela Constituição, se tornam prioritários no âmbito do direito civil”⁴⁰¹.

A linguagem de que se valeram os autores citados e a ampla produção doutrinária que se seguiu aos textos pioneiros é compatível com a linguagem de transição paradigmática no sentido atribuído por Kuhn. Tome-se, *e.g.*, expressões como a incompatibilidade com a lógica do sistema, indicada *supra*, ou mesmo a invocação de cotejo entre o momento histórico do pensamento

³⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23. Na visão do jurista italiano, a missão é atribuída ao intérprete, cujo papel cresce em complexidade: “Em especial, incide sobre o intérprete o princípio da legalidade, sob acepção renovada diante da complexificação do regime de fontes do ordenamento: não apenas o respeito aos preceitos individuais (muito menos em sua literalidade), mas à coordenação entre eles, à harmonização com os princípios fundamentais de relevância constitucional, em constante confronto com o conhecimento contextual das características do problema concreto a ser regulado, o fato individualizado no âmbito do inteiro ordenamento para a identificação da normativa adequada e compatível com os interesses em jogo” (KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 208).

⁴⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

⁴⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Op. cit.**, p. 9.

jurídico brasileiro e o vivido pela astronomia do século XVI, consubstanciado na expressão *virada de Copérnico*.

A metodologia derivada da constitucionalização do direito privado, alcunhada civil-constitucional, encontra *ratio* própria, que se sobrepõe ao método clássico da subsunção. A interpretação estende-se para além do texto de um único enunciado e tem como horizonte o ordenamento em sua totalidade, com prevalência hierárquica das normas constitucionais que lhe dão unidade, com papel de destaque para os princípios.

Sobre o mecanismo, a síntese de Aline de Miranda Valverde Terra⁴⁰²:

A norma jurídica aplicável resulta, ao contrário, da ponderação de todo ordenamento jurídico a partir do caso concreto: o intérprete há que ter em conta todo o arcabouço legislativo posto e as especificidades dos fatos de sua hipótese real – situação econômica dos sujeitos, sua formação cultural, circunstâncias do conflito, etc. Apenas do cotejo das peculiaridades do caso concreto com as diversas fontes normativas, unificadas pela Constituição da República, é possível extrair o ordenamento jurídico “sob medida”, aplicável exclusivamente àquela situação fática.

Embora seja atribuído ao magistrado exercício de competência discricionária, esta não se confunde com margem para decisão arbitrária. Depende da manifestação do livre convencimento e de sua efetiva motivação, servindo a fundamentação como elemento de controle da atividade jurisdicional⁴⁰³.

A estrutura proposta pelos civilistas para o Direito Civil assume papel de teoria geral quando se pensa a constitucionalização do direito privado. Suas premissas coligam-se ao paradigma: (i) assumem a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, não apenas com estrutura de regras, mas também de princípios⁴⁰⁴; e (ii) reescrevem o direito infraconstitucional à luz daquelas normas, em respeito à hierarquia posta.

A reescrita pode ser identificada já nos primeiros anos de vigência constitucional, quando o próprio movimento de constitucionalização ainda tinha

⁴⁰² TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 370.

⁴⁰³ Sintetiza a autora, no tocante ao dever de motivação: “Trata-se, o dever de motivação, de verdadeira garantia de controlabilidade do exercício do poder judicial e, sobretudo, do exercício da discricionariedade interpretativa, uma vez que apenas por meio da análise da fundamentação é possível fiscalizar e controlar a atuação do magistrado” (idem, p. 377).

⁴⁰⁴ Sobre propostas de distinção entre regras e princípios vide o tópico *infra* (4.1.1).

caráter embrionário na doutrina, pela edição da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça.

Até a indigitada consolidação do entendimento do órgão judiciário, vigia a Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, em atípica apreciação de normas infraconstitucionais pela via do recurso extraordinário. A súmula dispunha que não eram cabíveis embargos de terceiro quando da penhora se estes tivessem como fundamento promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, concluiu em sentido oposto: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

Pondere-se que tanto a tomada da decisão pelo Supremo Tribunal Federal quanto a do Superior Tribunal de Justiça se deram em contexto no qual os direitos reais eram objeto de regulação pelo Código Civil de 1916, enquanto os embargos de terceiro eram regidos pelo Código de Processo Civil de 1973.

A segunda decisão, contudo, deu-se sob a égide da Constituição de 1988, atendendo aos pressupostos da constitucionalização do direito privado. O conteúdo constitucional se irradiou sobre o direito privado. A função social da posse, como elemento do princípio constitucional da função social da propriedade, prevaleceu, na medida em que, no paradigma dos princípios, dispõe de aplicabilidade imediata (*vide infra*).

Embora se tenha sentido com mais intensidade no Direito Civil, até mesmo pelo perfil das relações que tutela, a constitucionalização alcançou também o Direito Empresarial, na medida em que os princípios constitucionais, imediatamente aplicáveis, atingiriam, potencialmente, também as relações jurídicas classicamente regidas pelo ramo.

A literatura do Direito Empresarial identifica o fenômeno, como se depreende do excerto abaixo, da lavra de Fábio Ulhoa Coelho⁴⁰⁵, ainda que com resistência:

Com a mudança de paradigma, os princípios passaram a desfrutar de uma centralidade, no discurso jurídico, porque deixaram de ser vistos como pontos de partida da argumentação jurídica, de função quase

⁴⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. O projeto do novo código comercial. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 29, 2012, Jan/Jun-2012, p. 202.

que meramente ilustrativa; passaram a ser considerados o fundamento das demais normas jurídicas – das normas não principiológicas, chamadas simplesmente de “regras”. Ao longo da última década do século anterior, espalhou-se, nos diversos ramos do direito público e na maioria dos ramos do direito privado, o paradigma dos princípios. As regras passaram a ser estudadas e fundamentadas em princípios, que são normas de extenso âmbito de incidência, aptas a abrigarem os valores sociais de maior difusão e, portanto, de percepção imediata. Mas a este portentoso movimento não aderiu o direito comercial.

Não que a constitucionalização fosse estranha à literatura do Direito Empresarial antecedente. É possível encontrar manifestações especificamente na esfera da reforma do Direito Falimentar que preconizavam a desnecessidade da alteração do estatuto de 1945, entendendo bastar que se promovesse sua interpretação à luz da Constituição de 1988.

Era a posição, *e.g.*, de Carlos Alberto Farracha de Castro⁴⁰⁶:

Parece que muito mais importante que a reforma do Decreto-lei nº 7.661/45 é a interpretação que deve ser dada ao mesmo pelos operadores do direito, ou seja, interpretando-o de forma sistemática à luz da Constituição Federal [...] a interpretação sistemática do Decreto-lei nº 7.661/45 à luz da realidade econômica atual e da Constituição Federal, afasta simples debates sobre a necessidade de reforma do Decreto-lei 7.661/45, propiciando resultados concretos e efetivos, visando a preservação e reorganização da empresa.

Igualmente, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Guilherme Borba Vianna, ao asseverar que “a atribuição patrimonial – especialmente dos bens de produção”, que é “reconhecida pelo ordenamento jurídico à pessoa jurídica, da mesma forma como se opera em relação à pessoa física”, fundamenta-se na necessidade de “cumprimento de uma função pelo seu titular, de forma a contribuir para a efetivação da dignidade da pessoa humana”⁴⁰⁷.

Todavia, a incorporação da linguagem do paradigma dos princípios foi matéria estranha à ciência normal produzida sob o signo do Direito Empresarial⁴⁰⁸ durante boa parte do período em que já compunha a produção de conhecimento no Direito Civil.

⁴⁰⁶ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Uma nova visão do Direito Falimentar – A obrigatoriedade de adequação e interpretação à luz da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 32, 1999, p. 120.

⁴⁰⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Titularidade patrimonial na empresa frente à ordem civil-constitucional e o papel empresarial para a dignidade humana: primeiras anotações. **Scientia Iuris**, v. 12, Londrina, 2008, p. 74.

⁴⁰⁸ Quando não foi vista com elevado ceticismo, conforme se depreende, *e.g.*, da posição explicitada *infra* de Rachel Stajzn quanto à função social do contrato.

À luz do exposto, pode-se identificar alguns traços de correlação com o Direito Empresarial: (i) o silêncio do Direito Empresarial quanto ao movimento de constitucionalização; (ii) a expansão do movimento, que se arraigou também no Direito Privado, cujas fronteiras com o Direito Público, caras ao Direito Empresarial, diluíram-se; (iii) a inserção do Direito de Empresa como um dos Livros do Código Civil, induzindo a impressão de que estaria submetido à Parte Geral do Código, como se de Direito Civil se tratasse; (iv) a predominância de discursos antipatrimonialistas e que se pretendiam livres da leitura econômica; e (v) a ressignificação de diversos institutos que potencialmente atingiriam a esfera jurídica das atividades econômicas regidas pelo Direito Empresarial a partir da jurisprudência⁴⁰⁹.

Concluídas as ponderações alusivas à constitucionalização do direito privado no contexto do paradigma dos princípios e a inserção do Direito Empresarial no discurso do paradigma, impende que se passe a tratar dos impactos que o novo arcabouço teórico trouxe à função social da empresa.

4.2 A função social da empresa no paradigma dos princípios

Na medida em que se constituiu novo paradigma com as características descritas nos itens anteriores, a função social da empresa assume novo *status* no ordenamento jurídico, não obstante tenha sido outrora tomada como expressão de cunho antes programático do que de norma com aplicabilidade direta.

Se constitucionalizar o direito implica ter as normas constitucionais (princípios e regras que traduzem valores eleitos pelo constituinte) produzindo efeitos na atribuição de significado das normas infraconstitucionais, determinando-lhes o sentido e o alcance⁴¹⁰, a função social da empresa passa a

⁴⁰⁹ Registre-se a síntese de Fábio Ulhoa Coelho: “Devemos reconhecer que os valores do direito comercial se encontram, na sociedade brasileira, esgarçados. Há juízes que, ecoando entendimento disseminado na sociedade, consideram o lucro algo quase pecaminoso; não compreendem a importância da iniciativa privada para o atendimento das necessidades e querências de todos; não prestigiam o sucesso empresarial advindo das decisões acertadas” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Os desafios do direito comercial**: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20).

⁴¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. **Op. cit.**, p. 42.

ser o filtro pelo qual as normas voltadas à atividade econômica organizada são interpretadas.

Sua expressão constitucional não encontra literalidade, mas é princípio implícito no ordenamento constitucional, na medida em que a atividade econômica exercida sob o signo da livre iniciativa pressupõe a propriedade privada (art. 5º, XXII, e 170, II, ambos da Constituição Federal) e o exercício do direito à propriedade está adstrito ao respeito à função social (art. 5º, XXIII, e 170, III, da CF).

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves entende que “a atual Constituição Federal dispõe que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII)” e “determina que a ordem econômica observará a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial (art. 170, III)”⁴¹¹.

Predomina, como visto, na doutrina, a associação da função social da propriedade à função social da empresa. Aliam-se às posições já expostas, exemplificativamente: (i) “[n]o tocante à origem da função social da empresa, a qual encontra suas raízes na teoria da função social da propriedade [...]”⁴¹²; (ii) “[a] função social da empresa é corolário da função social da propriedade”, ou seja, “o princípio constitucional da função social da propriedade, consagrado nos artigos 5º, XXIII, e 170, III, da CRFB se extrai a função social da empresa”⁴¹³; (iii) “[a] função social da empresa deriva da função social atribuída à propriedade privada [...] uma vez que o exercício da atividade empresarial deriva do exercício do direito de propriedade do indivíduo”⁴¹⁴; (iv) “A doutrina brasileira identifica a função social da empresa como uma decorrência do princípio da função social da propriedade”, uma vez que o “empresário detém a propriedade dos meios de produção e, dessa forma, constitui-se num dos principais agentes de

⁴¹¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229.

⁴¹²NONES, Nelson. A função social da empresa: sentido e alcance. **Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII, n. 14, abril/2002, p. 123.

⁴¹³MORAIS JÚNIOR, K. M. L. A função social das empresas de importação e exportação no contexto da livre iniciativa. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa**, v. 7, 2014, p. 8.

⁴¹⁴DE PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan. A dimensão constitucional da atividade empresarial. In: Sandra Mara Maciel de Lima; Fernando Antonio de Carvalho Dantas; Lídia Maria Ribas. (Org.). **Sustentabilidade econômica e social em face à ética e ao Direito**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 9.

desenvolvimento econômico e social do país”⁴¹⁵; (v) “[a] função social da empresa [...] implica a mudança na concepção do próprio direito de propriedade”, na medida em que “o princípio da função social incide no conteúdo do direito de propriedade, impondo-lhe novo conceito”⁴¹⁶.

Noutras palavras, se a Constituição, embora *garanta* a propriedade privada, exige dela atendimento a sua *função social* e, por outro lado, se a *empresa* pressupõe a propriedade dos bens de produção, a função social da propriedade é, também, função social da empresa⁴¹⁷.

A previsão constitucional da função social da propriedade dá, portanto, à função social da empresa *status* equivalente. Supera-se hierarquicamente a previsão infraconstitucional, sobremaneira nos artigos 116 e 154 da Lei das Sociedades por Ações, atribuindo-lhe derivação da função social da propriedade aplicada aos meios de produção.

Registre-se que movimento de derivação semelhante é conduzido igualmente da propriedade ao contrato, como se depreende do trecho abaixo, da lavra de Paula Forgioni⁴¹⁸:

A função social do contrato está positivada na Constituição Federal de 1988: lembre-se que a liberdade de contratar é corolário necessário da afirmação da propriedade privada dos bens de produção, de modo que *não há função social da propriedade sem função social dos contratos* [...] se a empresa gera riquezas, aumentando o grau de bem-estar, o contrato empresarial também cumpre essa função, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social do país.

Sob esta ótica, poder-se-ia identificar a atividade empresarial como derivada do direito das obrigações e, se o contrato guarda função social, na mesma medida guardaria uma função social o exercício da atividade empresarial⁴¹⁹.

⁴¹⁵SCANDOLARA, Rafael Pellenz. A função social da empresa e a competitividade empresarial no direito brasileiro. **Anais do II Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais**, p. 31.

⁴¹⁶ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. **Empresa & Função Social**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 153-154.

⁴¹⁷Sobre a necessidade da incorporação de outros elementos constitucionais à função social da empresa, superando a derivação da função social da propriedade, vide *infra*.

⁴¹⁸FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 260.

⁴¹⁹ SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, abr. 2016, p. 129. Nas palavras das autoras: “A atividade empresarial é, na verdade, uma especificação do direito das obrigações, uma projeção natural e imediata deste. É por essa razão que o direito de

Importa ressaltar, com Fabio Konder Comparato, que a função social da empresa tem configuração de poder-dever do empresário e não de limite externo ao uso e gozo dos bens. Ter-se-ia, portanto, o poder de dar aos bens determinado destino e, na medida em que se está em face do adjetivo *social*, dito *poder* não pode ser exercido apenas no interesse do sujeito ativo do domínio, mas *deve* atender ao interesse coletivo⁴²⁰.

Desta configuração deflui impacto à autonomia privada do empresário ou, para limitar a linguagem ao rol de princípios do artigo 170 da CF, à sua liberdade de iniciativa. A função dos bens no ciclo econômico não fica adstrita à livre decisão do proprietário, do controlador ou do administrador. O princípio da função social molda a forma como a atividade empresarial pode ser licitamente exercida.

Não que se tenha, automaticamente, a incorporação, a partir da Constituição de 1988, do discurso do paradigma dos princípios nas construções teóricas acerca da função social da empresa. A transição se deu lentamente e parte da produção doutrinária caminha em sentido análogo à do período anterior.

O excerto abaixo, da lavra de Alfredo Lamy Filho, é exemplo⁴²¹:

O dever social da empresa traduz-se na obrigação que lhe assiste, de pôr-se em consonância com os interesses da sociedade a que serve, e da qual se serve. As decisões, que adota - como vimos - têm repercussão que ultrapassam de muito seu objeto estatutário, e se projetam na vida da sociedade como um todo. Participa, assim, o poder empresarial do interesse público, que a todos cabe respeitar.

Muito embora seja parte de texto que traz a *função social* no título, o discurso do autor *supra* ainda se dá no campo da ética, incorporada à lei pelos artigos 154 e 116 da Lei das Sociedades por Ações, sem menção à constitucionalidade da função social. Mantém-se discurso atrelado à busca do interesse público e que trata dos princípios em acepção próxima à de *standards*

empresa (Livro II) surge no Código de 2002 como consequência imediata do direito das obrigações (Livro I)" (ibidem).

⁴²⁰COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, p. 75.

⁴²¹ LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, out. 1992, p. 58.

do direito estadunidense⁴²², sem atribuir à função social da empresa a conotação de princípio, de forma compatível com o discurso do paradigma.

No mesmo sentido, Modesto Carvalhosa, embora em edição cronologicamente inserida no paradigma dos princípios, mas que não incorpora sua linguagem no trato da questão, ao comentar o artigo 116, parágrafo único, da Lei das Sociedades por Ações que “[...] institui o dever fiduciário do controlador, cujo poder de governar autonomamente a companhia corresponde ao dever de fazê-lo visando à realização do seu objeto social, atendida a sua função social”⁴²³.

Todavia, de maneira paulatina a percepção da função social da empresa se torna um dos problemas tratados pela ciência normal construída no paradigma dos princípios, buscando dar-lhe conteúdo jurídico próprio, para além das balizas ético-religiosas de sua conformação original.

É o que se extrai, e.g., da literatura constitucional⁴²⁴:

O princípio vai além do ensinamento da Igreja, segundo o qual ‘sobre toda propriedade particular pesa uma hipoteca social’, mas tendente a uma simples vinculação obrigacional. Ele transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la. Condiciona-a como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição [...] constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.

O trecho é tradutor da tensão constitucional posta em face da função social da propriedade. Está-se diante de funcionalização, mas não de socialização⁴²⁵. O conteúdo do agora *princípio* da função social da propriedade e, na mesma extensão, da *empresa*, exige compatibilização com os outros alicerces da ordem econômica.

A ordem constitucional positiva optou pelo modo de produção capitalista. A decisão do constituinte é ditada no *caput* do artigo 170, ao eleger como um

⁴²² Idem, p. 58-60.

⁴²³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 2. v. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 625.

⁴²⁴ SILVA, José Afonso da. **Op. cit.**, p. 283.

⁴²⁵ Ainda que se identifique posições pontuais mais extremadas no tocante à possibilidade de excepcional socialização: “(...) parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual” (SILVA, José Afonso da. **Op. cit.**, p. 284).

dos fundamentos da ordem econômica a livre iniciativa. Reforça-a quando afirma a propriedade privada. Todavia, encurta a liberdade na extensão em que vincula seu exercício ao atendimento função social da propriedade⁴²⁶. E, ainda mais, quando destaca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República⁴²⁷.

Paradigmaticamente, não se está diante de antinomias. A natureza principiológica de todos os enunciados normativos citados garante que estes assumam relação de complementaridade (vide *supra*, item 4.1.1, considerações sobre princípios e regras), solvendo-se as colisões aparentes a partir de critérios postos pela hermenêutica⁴²⁸.

Neste sentido, ao apreciar a função social da empresa, o intérprete deve considerar o adjetivo *social*, o objeto da atividade e o ordenamento jurídico como um todo unitário, reconhecendo “a superioridade dos Princípios Constitucionais e sua extensão sobre as demais normas do ordenamento”⁴²⁹ e, neste contexto, analisar a adequação da atuação do empresário.

A livre iniciativa no exercício da atividade empresarial, expressa na tríade investimento-organização-contratação, passa a ter um filtro de legitimidade⁴³⁰:

[...] a atividade empresarial apenas é considerada legítima quando decorrente do exercício da autonomia, ou seja, enquanto o projeto do empresário se compatibiliza com o igual direito de todos os membros

⁴²⁶ Atribui-se à função social da empresa, nesta esteira, espécie de papel de contraponto excessos do capitalismo: “O direito de empresa, em face do reconhecimento das mazelas da globalização e do neoliberalismo, recepciona os cânones constitucionais referidos, como meio assecuratório e possibilidades de frear as atividades nefastas de um mercado excessivamente capitalista” (FERREIRA, J. S. A. B. N. Função social e função ética da empresa. **Revista Jurídica da Unifil**, Ano II, - n. 2, p. 78).

⁴²⁷ A centralidade da dignidade da pessoa humana permeia igualmente a literatura do Direito Empresarial, como no excerto de Ana Frazão: “No entanto, já foi esclarecido que o paradigma do Estado democrático de direito traz em si uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a compreensão dos demais princípios: a dignidade da pessoa humana, como conceito que consagra simultaneamente a autonomia privada e a autonomia pública. Logo, muito mais importante do que discutir qual é o grau de capitalismo adotado pela Constituição é saber que a ordem econômica *tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social*, tal como acentua o próprio *caput* do art. 170.” (FRAZÃO, Ana. **Op. cit.**, p. 278).

⁴²⁸ “[...] a inexistência de conflito entre a liberdade de iniciativa, a dignidade humana e a função social da empresa se dá precisamente porque a norma pertinente é o conteúdo de valor jurídico resultante da combinação de significados de cada um destes conceitos cujo valor constitucional é precisamente o mesmo eis que veiculados todos em igual hierarquia no texto da Constituição Federal de 1988.” AHRENS, Luis Roberto. Breves considerações sobre a função social da empresa. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev/2011).

⁴²⁹ MENDONÇA, Saulo Bichara. Função social da empresa: análise pragmática. **Revista de Estudos Jurídicos**, a. 16, n. 23, 2012, p. 69-70.

⁴³⁰ FRAZÃO, Ana. **Op. cit.**, p. 278.

da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida.

A abrangência da função social da empresa, enquanto princípio, cresce na literatura jurídica, dela se depreendendo subprincípios, deveres implícitos ou até mesmo fundamento para institutos como a desconsideração da personalidade jurídica⁴³¹, exigindo uma reformatação da atividade empresarial “a partir da interpretação da realidade empresarial informada pelos valores constitucionais”⁴³².

Tome-se, igualmente como reflexo da ciência normal, a posição de Marlon Tomazette⁴³³:

A expressão função social traz a ideia de um dever de agir no interesse de outrem. A partir dessa condicionante, o direito à propriedade passa a ser um poder-dever de exercer a propriedade vinculada a uma finalidade. Esta é coletiva e não individual, conforme se depreende da expressão *função social* usada pelo texto constitucional. Assim sendo, não há uma liberdade absoluta no direito de propriedade e, por conseguinte, no exercício das atividades empresariais.

Identifica-se na literatura, igualmente, posturas de menor entusiasmo em face da incorporação do princípio ao ordenamento. Rachel Sztajn, por exemplo, expressa grande ceticismo com relação à ideia de função social, ao comentar sua aplicação aos contratos (consoante artigo 421 do Código Civil) e estendendo o raciocínio às empresas, apontando-a como fator gerador de oportunismo que teria o efeito pernicioso de diminuir a segurança jurídica, sobremaneira nas relações de longo prazo, vaticinando que a “sociedade pagará o preço dessa novidade”⁴³⁴.

⁴³¹ “[...] ao se desconsiderar a personalidade jurídica da empresa, portanto, incidindo também ou até mesmo exclusivamente, no seu titular, a responsabilidade sobre os danos que comprovadamente causou, dar-se-á a proteção à empresa em si, e nesse contexto, preserva-se a saúde financeira da mesma, a fim de que continue a colaborar, como foi dito anteriormente, com o desenvolvimento econômico e social do país” (LUZ, Paulo de Assis Ferreira da. **Empresa e função social**: aspectos em prol da dignidade humana. Curitiba: Appris, 2015, p. 129).

⁴³² DE PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan. A dimensão constitucional da atividade empresarial. In: Sandra Mara Maciel de Lima; Fernando Antonio de Carvalho Dantas; Lídia Maria Ribas. (Org.). **Sustentabilidade econômica e social em face à ética e ao Direito**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 3.

⁴³³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 5.ed.rev.atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 52.

⁴³⁴ SZTAJN, Rachel. *Função Social do Contrato e Direito de Empresa*, p. 330. A posição da autora fica bem estabelecida no excerto: “Associar a função social da propriedade, que é um instituto jurídico e que tem a ver com o poder de apropriação de bens, para dar uma função social do contrato, outro instituto, aquele estático, este dinâmico, poderá, ao restringir a liberdade de

Malgrado as divergências⁴³⁵, é mister se ter claro que a função social está arraigada de forma indelével à propriedade⁴³⁶ no ordenamento pátrio, vez que figura no rol de enunciados normativos constitucionais intocáveis pelo poder constituinte reformador, *ex vi* do artigo 60, §4º, IV.

Diante da imperativa leitura constitucional do Direito Privado, a norma constitucional que exige o respeito à função social da empresa incide de plano, diretamente sobre as relações privadas⁴³⁷, a gosto ou contragosto do intérprete.

Para Modesto Carvalhosa, a empresa teria uma óbvia função social, tripartida em três subespécies: (i) aquela em face dos seus empregados, “em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como de seus dependentes”⁴³⁸; (ii) atendimento dos interesses dos consumidores, em termos de qualidade e de preço; (iii) manutenção de práticas equitativas de comércio, abdicando da concorrência desleal e do abuso de poder econômico⁴³⁹.

Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, coloca a função social ao lado da liberdade de competição e da liberdade de iniciativa como parte da tríade de princípios comuns ao Direito Empresarial. Todos eles, expõe, derivam de princípios constitucionais⁴⁴⁰. No caso da função social da empresa, filia-se

proprietário de se desfazer de seus bens na forma que lhe convenha, ser expressivo fator de insegurança que, no limite, pode se aproximar da tragédia dos comuns, do esgotamento dos recursos econômicos em face da inexistência de estímulos para preservá-los. Quanto ao exercício da empresa, que não se faz sem contratos, a função social que se pretende venha ela a exercer implica liberdade de contratar com responsabilidade social. Mas não se supõe que sirva para comprometer a continuidade e estabilidade que a atividade requer e que devem dominar sua preservação. Aqui, a função social do contrato, sobreposta à da empresa, pode ser extremamente perversa, pois, sem respeito a regras de economicidade e eficiência, que a organização da empresa terá, os efeitos externos que recairão sobre a coletividade são imprevisíveis. Se a liberdade de contratar for limitada por uma função social, que não se sabe qual seja efetivamente, competindo com as instituições sociais, será que um dos efeitos da norma não é o de estimular oportunismos como se viu com os agricultores? Onde a segurança jurídica desejada?” (Idem, p. 329).

⁴³⁵ Pondere-se que, para outros autores, como Paula Forgioni, a posituação da função social associada aos contratos era antes reflexo do que já se tinha nos tribunais do que inovação sistêmica: “Estandalhaço tem sido feito quanto a esse ponto, dizendo que o Código Civil seria inovador ao retirar o contrato de sua visão individualista extremada, lançando-o na estrada de sua função social. Esse texto normativo expressa a concreção de princípio constitucional e de tradição identificada nos tribunais” (FORGIONI, Paula. **Op. cit.**, p. 259).

⁴³⁶ E, por consequência, à propriedade dos meios de produção.

⁴³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**, p. 11, que trata do Direito Civil, mas com linha de raciocínio perfeitamente aplicável a qualquer ramo do direito privado, dentre eles o Direito Empresarial.

⁴³⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. v. 3. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 398.

⁴³⁹ Ibidem.

⁴⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Os desafios do direito comercial**: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

igualmente à ideia de que se trata de derivação do princípio da constitucional da função social da propriedade⁴⁴¹.

Vale tratar da função social da empresa igualmente sob o crivo da lucratividade. Para Vera Helena de Mello Franco, “[...] a função social encontra concreção” quando a atividade “é eficiente na criação de bens e serviços para o mercado, atuando conforme critérios de economicidade”, ou seja, quando atua “produzindo lucros e desta forma garantindo empregos e gerando riquezas, com o que contribui para o bem estar coletivo”⁴⁴².

No entanto, traço marcante da função social da empresa enquanto elemento inserido no paradigma dos princípios é o estabelecimento corriqueiro, na doutrina, de uma contraposição entre ela e a busca do lucro que é, nalguma medida, questionada.

No sentido da assertiva, o conteúdo abaixo⁴⁴³:

Ou seja, o lucro é resultado do trabalho desenvolvido pela empresa quando no cumprimento de sua função social, e só assim deverá ser entendido como legítimo. Destarte, quando a obtenção de lucro (objetivo do empresário, sendo, pois, interesse privado) e o cumprimento da função social da empresa (interesse público positivado) entrarem em conflito, deverá prevalecer o segundo, em atendimento ao interesse público e à norma jurídica. Com a função social da empresa, pois, o empresário passa a ser um verdadeiro agente da sociedade, sendo por ela remunerado, por meio do lucro, em razão do cumprimento de sua função. Destarte, na nova visão do Estado Social, o lucro deixa de ser um fim em si mesmo, ou um direito absoluto do empresário, como o era no Estado puramente liberal.

Igualmente, identifica-se na função social da empresa “superação do dogmatismo tradicional individualista”, atrelado ao “lucro a qualquer preço”, que daria lugar a uma “ordem jurídica e social adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea”⁴⁴⁴. A legitimidade do lucro e sua condição de

⁴⁴¹ Idem, p. 19.

⁴⁴²FRANCO, Vera Helena de Mello. Função social e procedimento recuperacional: a função social sob novo enfoque. **Direito & Justiça**, p. 233.

⁴⁴³FERREIRA, Leandro Taques; TEIXEIRA, Tarcísio. Função social da empresa: conceito e aplicação, **Revista de Direito Empresarial**, v. 15, maio/jun/2016, p. 5. Ou, ainda: “O parâmetro econômico e, destacadamente, a busca pelo lucro é tanto o fator intrínseco da atividade quanto dos parâmetros regulativos disponibilizados pela dogmática. Isso mostra uma falta de sofisticação do direito empresarial e seu descompasso com um modelo contemporâneo de direito” (PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Debora. O paradigma pós-positivista do direito privado e a centralidade do objetivo lucrativo da empresa. **Revista Brasileira de Direito**, n. 12, jan.-jun. 2016, p. 60).

⁴⁴⁴MELO, Marcelo Barbosa de. A função social da empresa e o inter-relacionamento com o terceiro setor. **Revista FMU Direito**, São Paulo, 2010, ano 24, n. 32, p. 85.

recompensa justa ao esforço do investidor só se poria em contexto no qual a atividade não ensejasse prejuízo social⁴⁴⁵.

Até mesmo quando há a identificação do lucro como um dever vinculado à atividade econômica organizada, este é sempre condicionado ao atendimento a elementos com elevado grau de abstração. Nesta esteira, exemplificativamente, invoca-se que o lucro é legítimo se: (i) a atuação empresarial atender a critérios éticos e de solidariedade, vinculados à ideia de responsabilidade social⁴⁴⁶; (ii) adotar práticas que não lesem o meio ambiente; (iii) cumprir as normas tributárias; (iv) estabelecer relações adequadas com os empregados ⁴⁴⁷ ; (v) respeitar-se as normas voltadas à proteção dos consumidores⁴⁴⁸.

Destaque-se que, em geral, as assertivas referem-se ao cumprimento de regras, não dependendo do princípio da função social da empresa para limitar a possibilidade de obtenção. Noutras, porém, invoca-se elementos conceitualmente indeterminados, como a atuação ética e solidária, mais condizentes com a *responsabilidade social* do que com a *função social* (de cuja

⁴⁴⁵ SACCHELLI, R. C. A livre iniciativa e o princípio da função social nas atividades empresariais no contexto globalizado. **Revista da AJURIS**, vol. 40, n. 129, Mar./2013, p. 268.

⁴⁴⁶ “Com a responsabilidade social, a empresa não pode mais se restringir à obtenção do maior lucro possível para os acionistas da organização, pois suas responsabilidades não são somente as prescritas em lei, mas também incluem as determinadas pela ética” (GOMES, Daniela Vasconcellos, Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo. **Desenvolvimento e Questão**, ano 4, nº 7, jan/jun 2006, p. 139).

⁴⁴⁷ “Em que pese a já explanada importância da Função Social da Empresa, inclusive nas relações de trabalho, fato é que, enquanto a população espera que o empresariado crie novos postos de emprego, ajudando a desenvolver o país, os empresários preocupam-se muito mais com o lucro de seus negócios” (RODRIGUES, Cristiano Lourenço e SIQUEROLO, Rafael Veríssimo, O valor social do trabalho e a função social da empresa à luz do positivismo e do pós-positivismo, in MARCO, Christian Marcos de. e MACHADO, Carlos Augusto Alcântara (org.). **Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais**, Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 502-3).

⁴⁴⁸ OLIVEIRA, Marcella Gomes de; VASCONCELLOS, Amarílio Hermes Leal de. A compatibilização do princípio da função social da empresa e a obtenção de lucro na atividade empresarial. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira *et ali* (coord.) **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**, v. 1, p. 9-23, 2013. No mesmo sentido: “O fato é que a maximização dos lucros, seja em razão da nova sistemática do direito privado, seja em razão dos reclames sociais, passaram a ser analisadas em conjunto com outros fatores, tais quais: valoração ética das condutas, qualidade de vida, justiça social, participação perante a comunidade que a circunda (*stakeholders*)”. MACHADO, Fabrício Jorge; DENZIN, Rafael Augusto Jacob; HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso. A mudança de paradigma da empresa: da maximização dos lucros à nova empresa social, **Revista de Direito (Itatiba)**, v. 13, 2010, p. 130.

distinção se tratará *infra*, 4.2.3), comprometendo, se aplicados, a segurança jurídica no exercício da atividade econômica⁴⁴⁹.

Registre-se, ainda, que embora positivada em sede constitucional e infraconstitucional, bem como incorporada à ciência normal produzida sob as premissas do paradigma, a função social da empresa tem negado conteúdo independente por alguns autores, para os quais não representaria, em si, uma norma jurídica, mas simples admoestação para que se cumprisse as regras imputáveis à atividade empresarial.

Não obstante e em síntese, vislumbra-se, no paradigma, predominantemente a expansão do campo conceitual da função social da empresa, com a transformação da construção doutrinária em torno de si. Das invocações sem fio condutor apontadas no capítulo anterior, passa a ser tratada, pela ciência normal, como princípio, e a ter aplicabilidade direta e imediata em múltiplos aspectos da regulação da atividade empresarial.

Ilustra a conclusão a incorporação da função social da empresa⁴⁵⁰ com a natureza de princípio explícito no texto do Projeto de Código Comercial (Projeto de Lei nº 1.572/2011, da Câmara dos Deputados), ao lado da liberdade de iniciativa e da liberdade de competição⁴⁵¹, bem como a indicação de extenso rol⁴⁵² de elementos que a integrariam: (i) geração de empregos; (ii) geração de tributos; (iii) geração de riqueza; (iv) contribuição ao desenvolvimento econômico; (v) contribuição ao desenvolvimento social; (vi) contribuição ao desenvolvimento cultural; (vii) na comunidade de atuação; (viii) na região de atuação; (ix) no país de atuação; (x) com adoção de práticas de sustentabilidade ambiental; (xi) adoção de práticas de respeito aos consumidores; (xii) e estrita observação das leis a que se sujeita.

⁴⁴⁹ Embora os ordenamentos jurídicos brasileiro e estadunidense sejam distintos, a visão diferenciada em relação ao lucro, que retrata inserção em outro paradigma, torna-se evidente em cotejo com o caso clássico do direito societário estadunidense, *Dodge v. Ford Motor*, citado no primeiro capítulo, em que se preponderou a obrigação de distribuição de lucros mesmo em face dos benefícios potenciais aos consumidores (ELHAUGE, Einer. **Op. cit.**, p. 26-27).

⁴⁵⁰ Que já se apresenta em outros diplomas legais que tocam a empresa, como as já citadas Lei nº 6.404/1976 (arts. 116, parágrafo único, e 154) e Lei nº 11.101/2005 (art. 47).

⁴⁵¹ Art. 4º. São princípios gerais informadores das disposições deste Código: I – Liberdade de iniciativa; II – Liberdade de competição; e III – Função social da empresa.

⁴⁵² Art. 7º. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

4.2.1 Função social, controlador e administradores

Como asseverou Fabio Konder Comparato, no tocante aos bens de produção, “[...] o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se [...] em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos”⁴⁵³. Analogamente, dito poder-dever afigura-se como essencial na adequada conduta de administradores *lato sensu*.

O controle das decisões das grandes companhias passou a ser imperativo a partir do crescimento que estas alcançaram justamente no movimento de integração global e o aumento do número de grandes companhias, nacionais e multinacionais.

O impacto das decisões das grandes empresas enseja debate em torno da extensão da discricionariedade decisória dos controladores e administradores. Ao mesmo tempo em que não se perde de vista que o controle e a responsabilidade imputável à gestão empresarial devem ser pensados sempre tendo em mente o anseio de não afastar os intelectualmente capazes das funções administrativas, não se perde de vista a necessidade de se questionar a pertinência de se estabelecer restrições à liberdade de controladores e administradores.

O papel restritivo é desempenhado também pelo princípio da função social da empresa. Neste sentido é a doutrina de Robinson da Silva⁴⁵⁴:

A efetividade da função social da sociedade anônima passa pela harmonização e realização dos interesses societários e não societários. Para tanto é imprescindível que seus controladores e administradores estejam claramente cômnicos da importância desta mudança de paradigma para a perenidade das companhias, como

⁴⁵³ COMPARATO, Fabio Konder. **Op. cit.**, p. 76.

⁴⁵⁴ SILVA, Robinson da. A realização dos interesses societários e não societários na sociedade anônima (shareholders e stakeholders). **Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação**, vol. 1, n. 2, São Paulo, 2014, p. 270. Defende, ainda, o autor que “[a] realização dos interesses não societários - e o conseqüente cumprimento da função social da companhia - deve ser entendida como: o comprometimento da companhia, também, com suas finalidades *institucionais*, isto é, com a tutela, o respeito e o atendimento dos direitos dos demais interessados nas atividades da companhia, todos aqueles que estejam fora do centro decisório dela. São os agentes que possuem o risco associado à gestão, ao desempenho da companhia com a qual se relacionam de alguma forma. Seus interesses também permeiam o universo corporativo” (idem, p. 266).

também plena e responsabilmente comprometidos com sua realização.

Traz-se a lume a ponderação necessária entre a necessidade de garantir a autonomia privada e, ao mesmo tempo, proporcionar alguma medida de controle que permita responsabilizar os administradores não apenas em relação às perdas causadas aos acionistas, mas também a outras partes relacionadas, em nome do princípio da função social da empresa.

A Lei das Sociedades por Ações buscou atribuir a responsabilidade pelo cumprimento da função social da empresa, portanto, a todos aqueles que a controlam ou administram, sejam ou não acionistas. Fica patente que não é apenas a propriedade dos bens de produção que deve ficar à mercê da função social, mas também a gestão dos negócios sociais⁴⁵⁵.

Sob esta ótica, Ana Frazão enfatiza que a atribuição de deveres por força da função social não pode mitigar totalmente a autonomia e a individualidade de gestores e controladores. À guisa de ilustração, o direito de voto deve ser exercido de acordo com o interesse do votante, mas se e somente se convergente com a comunhão dos partícipes da empresa em torno de seu objeto e, igualmente, respeitando os demais interesses projetados sobre a atividade econômica organizada⁴⁵⁶.

Noutras palavras, a separação entre propriedade e gestão, fruto da pulverização das participações acionárias, faz dos administradores os efetivos responsáveis pela definição das políticas empresariais (conselheiros) e por sua execução (diretores). É deles e do controlador, portanto, que se pode exigir, em primeiro plano, o respeito à função social da empresa⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Op. cit.**, p. 218.

⁴⁵⁶ FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/A**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 289.

⁴⁵⁷ Destaque-se, nesta esteira, que até mesmo o pleito de recuperação cronologicamente adequado pode ser tomado como parte dos deveres imputados visando à consecução da função social mediante preservação da empresa (sobre a correlação, vide *infra*): “[...] a prorrogação do pedido de recuperação ou da tomada de qualquer outra medida no sentido de reestruturar a empresa, inclusive, pode configurar uma infração ao dever de diligência inerente a todos os administradores de empresas, bem como desídia dos sócios, se estes não foram os administradores” (LUCAS, Laís Machado. 10 anos de recuperação judicial no Brasil: pode-se falar em (in)eficácia do instituto? In.: LUPION, Ricardo; ESTEVEZ, André Fernandes (org.). **Fronteiras do direito empresarial**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 176).

Traduz-se, portanto, o respeito à função social da empresa como um dos deveres positivos essenciais do controlador e do administrador da companhia⁴⁵⁸, com todos os percalços relacionados às dificuldades de conceituação.

4.2.2 Função social, relações de consumo, tributárias, ambientais e trabalhistas

Ante a percepção de que “a função da empresa vai além da promoção de retorno remunerado do investimento realizado pelo empresário”, mas “é abrangida por setores diversos do direito”⁴⁵⁹, desvela-se que a função social da empresa é invocada além das fronteiras do direito empresarial. Há expectativa de que ela produza resultados também perante aqueles que não figuraram como investidores.

Dentre os ramos que a invocam, pode-se destacar os que regulam as relações de consumo, as relações de trabalho, as relações tributárias e as relações ambientais. Em todos eles, a problemas jurídicos (*puzzles*) são atribuídas respostas, pela ciência normal, que invocam como fundamento o princípio da função social da empresa.

No tocante ao consumo, encontra-se na doutrina referências ao princípio da função social da empresa como elemento implícito no Código de Proteção e Defesa do Consumidor⁴⁶⁰, correspondendo ao poder-dever⁴⁶¹ de observar o princípio da boa-fé, dentre outros: (i) na formação, celebração e execução dos contratos de consumo, (ii) para atender a princípios de cunho ético no tocante às estratégias de *marketing* e outras formas de publicidade; (iii) na abstenção de práticas comerciais abusivas exemplificadas no art. 39 do CDC; (iv) no respeito

⁴⁵⁸“A função social da empresa deve ser levada em conta pelos administradores, ao procurar a consecução dos fins da companhia” (CARVALHOSA, Modesto. **Op. cit.**, p. 398). A postura do autor carrega algum sincretismo entre a norma ética e a norma jurídica, conforme se vê: “A satisfação desses deveres e responsabilidades há que traduzir-se na busca atenta e permanente da conciliação do interesse empresarial com o interesse público; no atendimento aos reclamos da economia nacional, como um todo, na identificação da ação empresarial com as reivindicações comunitárias - numa palavra, na observância de uma ética empresarial, que, afinal, é o que distingue o aventureiro do empresário” (ibidem).

⁴⁵⁹MENDONÇA, Saulo Bichara. Função social da empresa: análise pragmática. **Revista de Estudos Jurídicos**, a. 16, n. 23, 2012, p. 72.

⁴⁶⁰TORRES, Claudia Vecchi e FONTES SILVA, Maria dos Remédios. **A repercussão da função social da empresa nas relações da empresa com o consumidor e com o meio ambiente**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de07eadeba9f475c>, p. 16.

⁴⁶¹Que se conformam com a natureza de poder-dever do princípio, de que já se tratou, à luz da doutrina de Fabio Konder Comparato.

a parâmetros restritivos no tocante à adoção de práticas de cobrança de consumidores inadimplentes.

Quanto ao último, restrições ao direito de cobrança de débitos, como as previstas no artigo 42 do CDC, bem como a sanção correlata⁴⁶², seriam, em última análise, expressões do princípio da função social da empresa.

Revela-se, ainda, a existência de outras obrigações positivas em face dos consumidores, como a indicação de que os condutores da empresa “estão compelidos a desenvolver produtos e fornecer serviços com um mínimo que seja de qualidade e segurança, aos seus consumidores, mesmo que eventuais”⁴⁶³.

As aplicações do princípio na seara do Direito do Consumidor indicam que se trata de um dos ramos do direito em que seu conteúdo normativo alcança maior expansão. Considere-se, ainda nesta esteira, a identificação de violação à função social da empresa e ao que se alcunha *função solidária* da empresa quando adotam práticas de consumo que permitam alienação radical por consumismo⁴⁶⁴.

Em face dela, estar-se-ia diante de hipótese de intervenção do Estado, para garantir, em nome da função social (e do princípio da solidariedade social, que engendraria também uma *função solidária* da empresa⁴⁶⁵) que estas sejam impedidas de “estimularem o jogo das diferenças entre os indivíduos, o que opera na esfera dos estilos de vida, contribuindo para o crescimento do consumismo e da alienação radical”⁴⁶⁶.

No que tange ao Direito Tributário, a função social da empresa é tomada como implícita. A atividade econômica organizada voltada à produção ou

⁴⁶²Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

⁴⁶³LUZ, Paulo de Assis Ferreira da. **Empresa e função social**: aspectos em prol da dignidade humana. Curitiba: Appris, 2015, p. 134. No mesmo sentido e evidenciando a produção da ciência normal do paradigma a partir da produção acadêmica: “O empresário tem o dever de exercer sua atividade em benefício da parte frágil da relação consumerista. Destarte, a função social da empresa atua como forma de determinação da prática de obrigações de fazer, e não, apenas, de não fazer, ao empresário” (PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa**. Dissertação (mestrado), PUC-MG, Belo Horizonte, 2010, p. 85).

⁴⁶⁴SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, abr. 2016, p. 134.

⁴⁶⁵ Remete-se, neste ponto, às considerações *infra* acerca da correlação entre função social e responsabilidade social.

⁴⁶⁶SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. **Op. cit.**, p. 139.

circulação de bens ou serviços é a principal responsável pela arrecadação do Fisco; portanto, sua existência e funcionamento por si só implicam o atendimento a uma função social. O respeito às normas tributárias é bastante para que se entenda por satisfeito o princípio.

Sem embargo, invertendo-se o prisma, tem-se que a função social implícita engendra dever do Estado enquanto sujeito ativo tributário de proporcionar viabilidade à empresa em crise, mediante a construção de regras específicas para o parcelamento de débitos tributários do devedor empresário em recuperação judicial⁴⁶⁷.

A cooperação do Estado, mediante oferta de parcelamento diferenciado, representaria "eficácia ao princípio da função social da empresa" na medida em que permite a manutenção "de pagamento, de forma adequada, dos tributos decorrentes de sua atividade"⁴⁶⁸.

Para o Direito Ambiental, o princípio da função social da empresa é comumente atrelado à noção de sustentabilidade, visando à compatibilização das necessidades da geração presente com aquelas das gerações futuras, com a imprescindível preservação do meio ambiente em suas múltiplas acepções (natural, artificial, cultural e laboral ou do trabalho)⁴⁶⁹.

Por fim, o Direito do Trabalho, cuja análise da aplicação do princípio será mais extensiva no capítulo subsequente e a partir da jurisprudência, a função social da empresa costuma ser atrelada a elementos mais compatíveis com a responsabilidade social (vide *infra*, 4.2.3, proposta de distinção conceitual) ou a um contraponto ao modo de produção capitalista.

⁴⁶⁷ Na esfera federal, a hipótese de parcelamento especial para empresários ou sociedades empresárias em recuperação judicial foi instituída mediante alteração da Lei nº 10.52/2002, por força da Lei nº 13.043/2014, com a inserção do seguinte dispositivo: Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada: [...].

⁴⁶⁸ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 669.

⁴⁶⁹ Tal assertiva tem por base o art. 225 da Constituição: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Da primeira categoria se extrai a pontuação de que os empresários devem adotar programas de educação e formação profissional, diminuir acidentes de trabalho, promover a inclusão de portadores de necessidades especiais, garantir programas de aposentadoria complementar, construir um meio ambiente do trabalho que atenda a critérios de saúde física e mental. Todos, vale dizer, objetivos louváveis, mas que dependem antes da implantação de políticas públicas adequadas ou quiçá mesmo de elementos de *marketing* do que da normatividade do princípio da função social da empresa.

No tocante ao contraponto ao modelo capitalista liberal, tem-se exemplo no excerto abaixo, da lavra de Maria Teresa de Souza Barboza⁴⁷⁰:

A partir da noção de direito ao desenvolvimento, extrai-se o direito à proteção aos indivíduos e às nações contra os abusos da economia globalizada, garantindo a soberania dos países e o dever de participação dos trabalhadores no desenvolvimento econômico das empresas transnacionais, através do engajamento daqueles ao trabalho e progresso profissional. Tal entendimento vai ao encontro do dever do exercício efetivo da função social da empresa, como forma de possibilitar a participação justa dos trabalhadores nas riquezas que tenham ajudado a criar.

Assim, a normatividade da função social da empresa engendraria a necessidade de maior equilíbrio na relação entre subordinados e dirigentes da atividade laboral⁴⁷¹. Sob esta ótica ter-se-ia, igualmente, a concretização do princípio, por exemplo, na limitação do direito potestativo à resolução do contrato de trabalho pelo empregador quando se está diante de hipótese de demissão coletiva⁴⁷².

⁴⁷⁰ BARBOZA, Maria Teresa de Souza. **Função social da empresa e a diversidade dos trabalhadores no ambiente de trabalho**. Disponível em: http://www.codigoslex.com.br/doutrina_27126078_FUNCAO_SOCIAL_DA_EMPRESA_E_A_DIVERSIDADE_DE_TRABALHADORES_NO_AMBIENTE_DE_TRABALHO.aspx, p. 11.

⁴⁷¹ O princípio da função social da empresa é até mesmo considerando um princípio *de Direito do Trabalho*, pela doutrina da área, como princípio correlato ao princípio da proteção “para que se amplie o nível de proteção do trabalhador ao coibir atos que venham a lesar o patrimônio da empresa com graves reflexos nas condições de empregabilidade” (PAZ JUNIOR, Anselmo Domingos. **A função social da empresa como um princípio do direito do trabalho pós-moderno**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 218).

⁴⁷² Acerca da hipótese, vide dissertação defendida por Paulo Henrique da Mota, em que, valendo-se do mecanismo de solução de conflito aparente de princípios, sob a ótica de Ronald Dworkin e Robert Alexy, de que se tratou *supra* (4.1.1), concluiu que “[a] despeito da inexistência de normas mais explícitas sobre quais seriam as efetivas ações que a empresa deveria adotar para implementar sua função social [...] o cumprimento desse princípio constitucional, no âmbito das relações de trabalho” vislumbra-se “quando a empresa exercita o seu poder-dever com vistas à geração e manutenção de empregos, primando pela saúde e segurança de seus empregados,

Registre-se que nem toda invocação da função social da empresa no contexto das relações de trabalho é tomada como protetiva ao empregado. Nesse sentido, Carla Bonomo e Vitor Ferreira de Campos associam o estabelecimento do limite de 150 salários mínimos aos créditos oriundos de relações trabalhistas como exemplo de atendimento à função social⁴⁷³:

[...] a classificação dos créditos pela Lei 11.101/2005 efetivamente cumpre a função social da empresa na falência, pois garante eficácia ao recebimento de valores por diversos credores, visto que, pela legislação anterior, muitos credores tinham seus créditos comprometidos em face do superprivilégio dos créditos trabalhistas, sendo necessária a alteração da legislação em respeito à função social da empresa, que contempla o respeito a todos os credores, investidores, e não somente aos trabalhadores.

Embora representativa acima de tudo da elasticidade do princípio, o trecho indiscutivelmente induz à percepção da complexidade que a função social da empresa assumiu no contexto do paradigma dos princípios.

4.2.3 Função social e responsabilidade social

É mister tratar da relação entre dois conceitos que são corriqueiramente conjugados e, para muitos, ainda que não explicitamente, intercambiáveis: função social e responsabilidade social da empresa⁴⁷⁴.

A responsabilidade social da empresa encontra posituação como algo a ela implícito ao menos desde a Lei nº 6.404/1976 (também pioneira no tocante à função social da empresa, como visto):

contribuindo para a redução da desigualdade social e propiciando como corolário a valorização do trabalho humano” e, sob esta perspectiva, ter-se-ia como afirmação do princípio da função social da empresa a obrigação da negociação coletiva antes da demissão em massa (MOTA, Paulo Henrique da. **Função social da empresa e valorização do trabalho humano em face da demissão coletiva: o papel da negociação coletiva de trabalho**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2013, 159f).

⁴⁷³ BONOMO, Carla; FERREIRA DE CAMPOS, Vitor. A classificação dos créditos falimentares e a função social da empresa na falência. **Semina: Ciências sociais e humanas**, Londrina, vol. 32, n. 2, jul./dez. 2011 p. 198.

⁴⁷⁴ Registre-se que a doutrina indica derivação da responsabilidade social igualmente do princípio da solidariedade, como no excerto: “[...] o princípio da solidariedade, que sustenta a função solidária da empresa, possui uma conotação diversa, pois agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva, inclusive sob o ângulo das gerações futuras”(SANTIAGO, Mariana Ribeiro e MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Empresa, sustentabilidade e responsabilidade social: origens, motivações, críticas e aspectos práticos, **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 1, n. 2, jul./dez.2015, p. 107).

Art. 154. [...] § 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Nesta esteira, define-se responsabilidade social, na esfera empresarial, como “uma nova forma de gestão, baseada em valores e atitudes éticas, e preocupada com o impacto que suas atividades causam em todas as partes envolvidas”, fazendo com que “a empresa se torne corresponsável pelo desenvolvimento social”⁴⁷⁵.

Para parte da doutrina, a função social da empresa “conduz à responsabilidade social levando o novo sujeito de direito para além dos interesses individuais”⁴⁷⁶, da qual se depreenderia uma função ética, aliada à função social. Portanto, “a responsabilidade social empresarial e a função social da empresa são conceitos interligados, e os deveres e responsabilidades sociais decorrem da própria função social da empresa”⁴⁷⁷. Teria, portanto, natureza de norma jurídica.

Portanto, a responsabilidade social da empresa, como elemento de sua função social, serviria de portal de entrada para a juridicização de conceitos tipicamente de ética empresarial. Considerando a fluidez dos conceitos envolvidos, dita conclusão não é adequada quando se acrescenta a necessidade de busca de segurança jurídica à equação.

Sem embargo da doutrina que vislumbra norma jurídica na responsabilidade social, portanto, a solução mais adequada, quiçá mesmo dentro dos critérios do paradigma dos princípios, conduz à conclusão oposta.

Tome-se a lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo⁴⁷⁸, que apresentam duas distinções essenciais entre a função social e a responsabilidade da empresa.

⁴⁷⁵ GOMES, Daniela Vasconcellos, Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo. **Desenvolvimento e Questão**, ano 4, nº 7, jan/jun 2006, p. 138.

⁴⁷⁶ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. **Revista Jurídica da Unifil**, Ano II, n. 2, p. 80.

⁴⁷⁷ GOMES, Daniela Vasconcellos. **Op. cit.**, p. 140.

⁴⁷⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, n. 857, 2007, p. 6.

A primeira diz respeito à natureza dos preceitos: a função social é cogente (norma jurídica), enquanto que a responsabilidade social se traduz em gestos voluntários, espontâneos, sem imposição legal. A segunda trata da extensão da aplicação: enquanto a função social se subsume aos elementos da empresa, comumente coincidentes com o objeto social eleito pelo empresário ou sociedade empresária, a responsabilidade social engloba atos gratuitos praticados fora da extensão do objeto social e visando a um benefício socialmente aferível (doação a instituições educacionais, *e.g.*).

Nesta esteira, entende-se adequada a conclusão de Paulo de Assis Ferreira da Luz, para quem “[...] depreende-se que, em contraposição à função social, a cidadania empresarial não é impositiva, mas voluntária, pois, para essa, não há imposição legal, ao contrário do que ocorre com aquela”⁴⁷⁹.

4.2.4 Função social e legitimidade para intervenção estatal

A doutrina construída em torno do princípio, dando guarida a hipóteses de intervenção estatal voltadas à consecução da funcionalização do exercício do direito de propriedade, enseja posições extremadas no tocante até mesmo à configuração do direito de propriedade como transindividual por natureza, legitimando a intervenção do Ministério Público, via tutela coletiva.

É o que se colhe, *e.g.*, do trecho abaixo, de Luiz Antonio Ramalho Zanoti⁴⁸⁰:

Por se constituir num direito coletivo transindividual, que se opõe à configuração do direito de propriedade, não apenas o Estado, mas também o particular que julgar que o bem-estar social está sendo prejudicado pela omissão do proprietário do imóvel que a ele não foi dado uma função social, poderá se valer do Poder Judiciário, arremetendo uma ação coletiva, com a intervenção do Ministério Público. Por analogia, conclui-se que é possível dizer que a empresa se encontra inserida num ambiente social, deste depende para justificar a sua existência, e com ele deve contribuir, de forma efetiva, para que a dignidade da pessoa humana mantenha soberania dentre todos os demais princípios contidos no ordenamento jurídico nacional.”

⁴⁷⁹LUZ, Paulo de Assis Ferreira da. **Empresa e função social**: aspectos em prol da dignidade humana. Curitiba: Appris, 2015, p. 149.

⁴⁸⁰ ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Op. cit.**, p. 107.

Nesta toada, cabe mencionar situação processual ensejada por Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Parmalat S/A. O contexto da demanda foi o do conhecido abalo financeiro sofrido pela companhia no ano de 2003, sendo que sua filial brasileira, hígida, que controlava totalmente a aquisição da produção leiteira em determinada região daquele Estado, deixou de efetuar os pagamentos aos produtores rurais, passando a remeter seu faturamento à matriz⁴⁸¹.

Tendo em vista a relevância da empresa na comunidade de que era parte, a decisão dos administradores ensejou sérias consequências econômicas e sociais, atingindo a economia de 85 mil famílias.

Valeu-se o Ministério Público estadual de Ação Civil Pública para, com a intercessão do Poder Judiciário, voltada à consecução de que a companhia voltasse a atender àquilo que se entendia como sendo a sua função social, aduzindo-se que seu descumprimento permitiria a intervenção do Estado na gestão da empresa⁴⁸². A base analógica para a medida interventiva foi a própria Lei nº 8.884/1994, em seus artigos 69 e seguintes⁴⁸³, o que permitiria a promoção de intervenção por conta de má administração⁴⁸⁴.

O pleito liminar foi atendido, decretando-se a indisponibilidade dos bens da companhia ré, justamente com fulcro no fato de que ela teria deixado de respeitar sua função social, ensejando mesmo a nomeação de administradores judiciais em caráter interventivo, de modo a recolocar a empresa nas balizas funcionais estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Ante as circunstâncias, acabou-se por assinar Termo de Ajustamento de Conduta em que a companhia se comprometeu a rever sua política de remessa de divisas, adequando-se ao que o Ministério Público entendia como sendo condizente com o atendimento do princípio da função social.

Tome-se, em sentido semelhante, atuação do Ministério Público Federal do Estado do Pará, alcunhada “Municípios Verdes/Carne Legal”, voltada à busca de adequação da atividade pecuária a preceitos de sustentabilidade e

⁴⁸¹ NEVES, Sergio Luiz Barbosa. Função Social do estado na Administração das Empresas Privadas. **Revista de Direito Empresarial**, n. 11, jan./jul. 2009, p. 143.

⁴⁸² Idem, p. 145.

⁴⁸³ Art. 69. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

⁴⁸⁴ PLETI, Ricardo Padovini. Intervenção judicial em S/A: em busca de parâmetros procedimentais. **Revista de Direito Empresarial**, p. 131-132.

adequação às normas de trabalho e alicerçada em preceitos de responsabilidade social. A atuação envolveu a propositura de ações civis públicas e admoestação às grandes redes de varejo para que não adquirissem produtos de pecuaristas investigados⁴⁸⁵.

4.2.5 Função social implícita e princípio da preservação da empresa

Outra perspectiva detectável na doutrina lança a função social como um elemento implícito ao exercício da empresa. Sob esta ótica, se há exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, há função social⁴⁸⁶.

Neste sentido, Marlon Tomazette aponta que “[p]ela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior”⁴⁸⁷.

Para José da Silva Pacheco⁴⁸⁸:

[...] instituiu-se a recuperação judicial do empresário e da sociedade empresária (art. 1º) para possibilitar a preservação da empresa e de sua função social (art. 47), reconhecendo, explicitamente, o que já era implicitamente reconhecido, isto é, a função social da empresa.

Ana Frazão, advertindo que o princípio da função social da empresa guardaria, em sua visão, acepção mais ampla⁴⁸⁹, destaca que a manutenção “estável e duradoura da atividade e da rentabilidade empresariais é fator imprescindível a ser considerado no interesse social”⁴⁹⁰, por ser pressuposto para a realização de todos os demais interesses vinculados à empresa.

⁴⁸⁵ SANTIAGO, Mariana Ribeiro e MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Empresa, sustentabilidade e responsabilidade social: origens, motivações, críticas e aspectos práticos, **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 1, n. 2, Jul/Dez. 2015, p. 111-112.

⁴⁸⁶ Esta acepção não é unívoca na doutrina. Em sentido contrário: “[...] ao considerar-se a empresa, como fonte geradora de riquezas, impostos, emprego e lucro, não se pode dizer que só por funcionar, ela cumpriu sua função social, uma vez que, resta demonstrado que para este intento as decisões dos empresários devem quebrar paradigmas individualistas e buscar os interesses coletivos, implementando o bem comum e a justiça social” (MELO, Marcelo Barbosa de. A função social da empresa e o inter-relacionamento com o terceiro setor. **Revista FMU Direito**, São Paulo, 2010, ano 24, n. 32, p. 87).

⁴⁸⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 5.ed.rev.atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 52.

⁴⁸⁸ PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 145.

⁴⁸⁹ FRAZÃO, Ana. **Op. cit.**, p. 215.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

Nesta esteira, portanto, tem-se a função social como característica da empresa⁴⁹¹, com elemento intrínseco⁴⁹² atrelado a sua capacidade de geração de emprego e renda, recolhimento de tributos, taxas e contribuições sociais.

A própria legislação falimentar foi renovada pela Lei nº 11.101/2005 a ponto de, buscando-se melhor traduzir o anseio que moveu o legislador, ser merecedora da alcunha de Lei de Recuperação de Empresas (preterindo-se, portanto, chamá-la de Lei de Falências), é explícita no escopo de preservar a empresa, colocando eventualmente a preservação acima da satisfação dos credores⁴⁹³, o que torna imperativo legal buscar preservar a empresa, em nome de sua função social.

4.3 Função social da empresa e(m) recuperação judicial

Fixadas as premissas do paradigma dos princípios e apresentado o princípio da função social da empresa na ciência normal do paradigma, cabe tratar da função social da empresa aplicável ao contexto da recuperação judicial e justificar a própria hipótese de recuperação judicial a partir da função social.

No contexto do paradigma dos princípios, permite-se a recuperação porque a empresa, através de seu exercício profissional pelo empresário, porque desempenha uma função social. Ao menos no contexto da recuperação judicial, tem-se que o exercício da atividade empresarial, por si, é consubstanciação do princípio da função social da empresa.

⁴⁹¹ “É o princípio da função social da empresa que embasa, por exemplo, o instituto da recuperação judicial de empresas em crise [...]” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Op. cit.**, p. 19).

⁴⁹²DUBUGRAS, R. M. V.A função social da empresa e a dimensão de seu papel na sociedade—fim social do trabalho, **Revista do TRT da 2ª Região**, São Paulo, n. 5/2010, p. 96.

⁴⁹³ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**, p. 471. Note-se, *e.g.*, no caso da falência a hipótese da interpretação combinada dos artigos 141 e 142, §2º, em que o foco na alienação da unidade produtiva põe-se acima dos interesses dos credores, na medida em que a alienação pode se dar até mesmo por valor menor do que o de avaliação. Em paradoxo aparente, no contexto da recuperação o interesse dos credores tem mais vulto, não sendo viável alienação nos moldes dos dois dispositivos citados. Poder-se-ia, nesta esteira, asseverar que no contexto falimentar se identificar, ao menos nesta estreita análise, maior propensão à preservação do que no contexto da recuperação. A situação é distinta, contudo, ao se tratar da recuperação voltada a microempresas e empresas de pequeno porte, na medida em que há permissivo legal para a aprovação do plano sem manifestação dos credores: “Art. 72. Caso o devedor de que trata o art. 70 desta Lei opte pelo pedido de recuperação judicial com base no plano especial disciplinado nesta Seção, não será convocada assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei”.

Sob as citadas premissas, analisar-se-á: (i) o ciclo de transição do Decreto-Lei nº 7.661/1945, em seus anos posteriores à Constituição de 1988, até a promulgação da Lei nº 11.101/2005; e (ii) a função social da empresa sob a perspectiva da recuperação judicial, nos moldes dados ao instituto pelo indigitado diploma.

4.3.1 Anos de transição (1988-2005): do anteprojeto à Lei de Recuperações e Falências

A transformação promovida no ordenamento jurídico brasileiro por conta da Constituição de 1988, de que se tratou *supra*, promoveu reengenharia paradigmática que alcançaria também o Direito Falimentar.

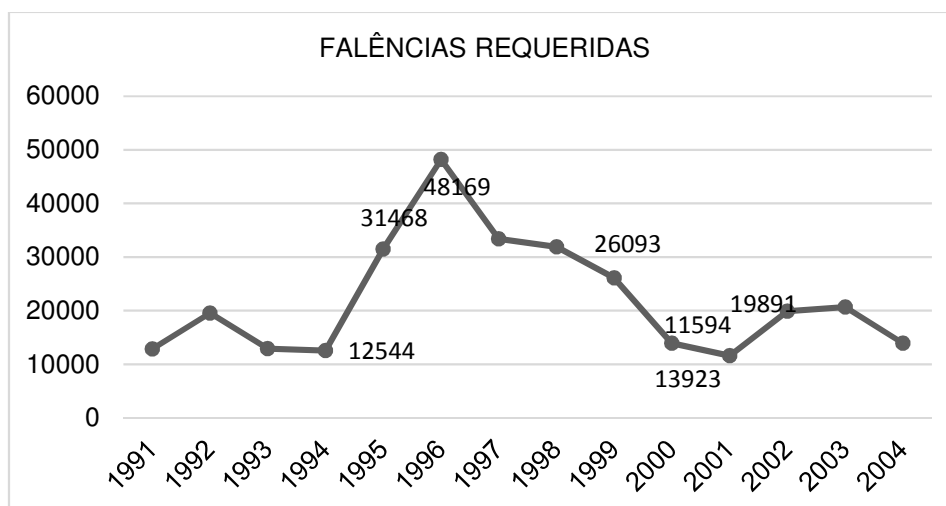
Durante a década de 1990, o modelo de falências e concordatas, nos moldes instituídos pelo Decreto-lei de 1945 era alvo de críticas e não desempenhava função econômica adequada.

Dentre as críticas mais recorrentes se pode apontar: (i) ter como norte o comerciante individual, não a empresa e suas complexas teias relacionais; (ii) ausência de distinção entre a atividade e seu titular; (iii) focar a relação credor-devedor ao invés da continuidade da atividade; (iv) ter natureza antes processual que econômica; (v) basear-se em requisitos formais e não materiais; (vi) facilitar a manutenção dos maus gestores à frente da atividade; (vi) limitar os efeitos da concordata a credores quirografários, não atingindo aqueles que detenham garantias; (vii) privilegiar demasiadamente créditos de origem fiscal.

Identificava-se, assim, elementos que deveriam ser abrangidos por reforma do marco legal: (i) necessidade de eliminação do sistema dual de falências e concordatas; (ii) eliminação da própria concordata, em vista de sua inaptidão para promover com eficiência o salvamento da empresa em crise; e (iii) a revisão na finalidade do arcabouço normativo, que deveria ser dedicado não à organização da liquidação do patrimônio do devedor, mas à recuperação da empresa com viabilidade⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 7. Note-se que o momento da obra, 1998, com primeira edição em 1996, serve bem ao propósito da identificação do elemento de crise paradigmática da época, na medida em que identifica a inaptidão do modelo anterior, mas ainda não alcança o discurso do novo paradigma.

O número de pleitos falimentares apresentados sob a égide do Decreto-lei nº 7.661/1945, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, também é indicativo válido da ineficiência do diploma. Vide gráfico abaixo, indicativo do número de pleitos⁴⁹⁵:

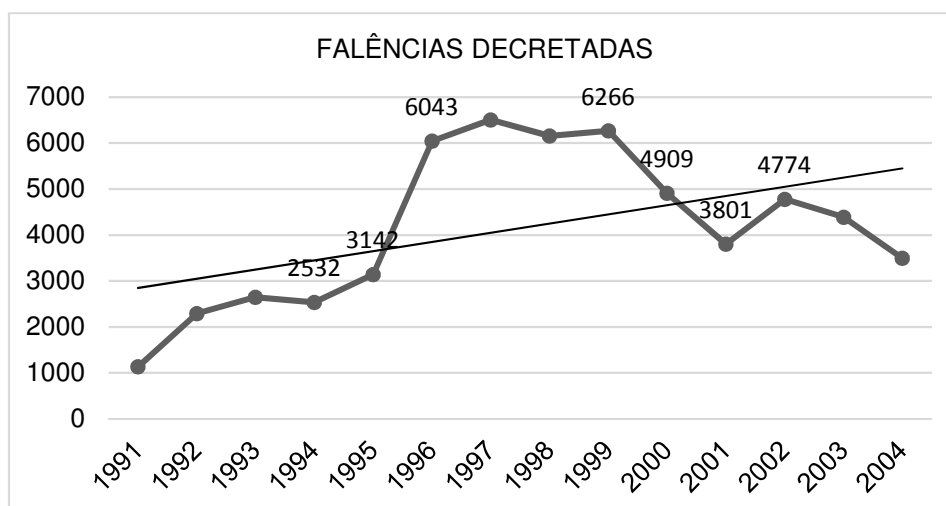


Os números, elevados em comparação com o volume de requerimentos no período posterior à reforma de 2005⁴⁹⁶, podem ser atribuídos à ausência de montante mínimo de débito para justificar o pedido. Nesta esteira, a ação de falência era comumente manejada como mecanismo de coação para o pagamento, ao invés do regular processo de execução.

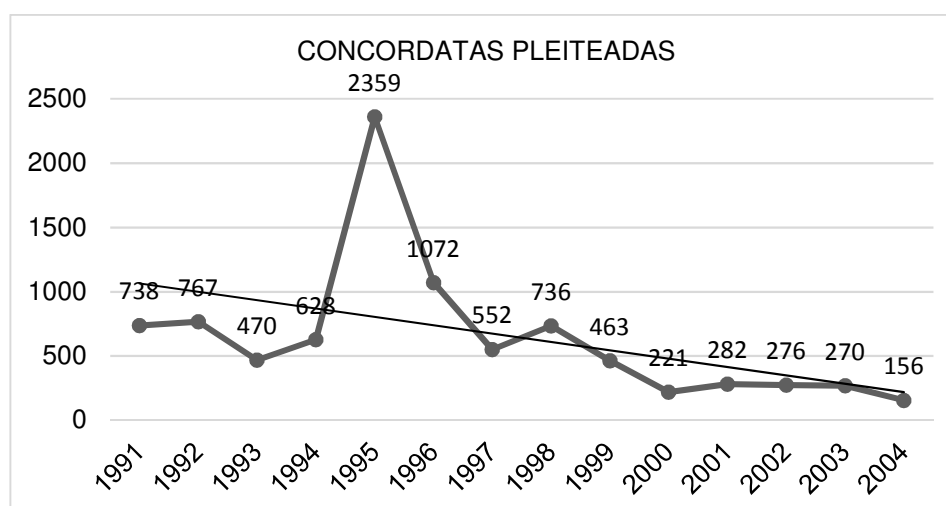
A circunstância fica clara quando se compara o número de pedidos com o número de decretações, estas explicitadas no gráfico abaixo:

⁴⁹⁵ Dados alicerçados em coleta divulgada pela Serasa Experian, iniciada em 1991.

⁴⁹⁶ A título de parâmetro, no ano de 2005, o período anterior ao início da vigência da Lei nº 11.101/2005 teve 6.289 pedidos de falência, enquanto que o período posterior se limitou a 3.309 pleitos. O ano subsequente (2006) teve apenas 4.192 pedidos.



Na mesma esteira, o número de concordatas preventivas interpostas no mesmo período reforça o argumento da malversação do instituto da falência, utilizada como alternativa à execução:



O número pouco significativo de requerimentos de concordatas preventivas em comparação com os de falência, aliado à diferença entre o número de falências pleiteadas e de falências decretadas, demonstra que, na maior parte dos casos o desfecho da demanda falimentar não foi sua decretação, nem tampouco o pedido de concordata, mas a extinção da demanda por alguma outra via (acordo entre partes, por exemplo).

Além do abuso do manejo da falência (que, destaque-se, é indesejável na medida em que representa fechamento de postos de trabalho, dentre outros – vide *infra*, no item 4.3.2, debate em torno do princípio da preservação da

empresa), os números apontados também podem ser interpretados sob outro viés: o da ineficiência da concordata preventiva como mecanismo para evitar a falência.

A percepção é marcante se considerada a queda consistente no período analisado, principalmente na série que vai de 1998 (736 pedidos) a 2004 (156 pedidos). Destaque-se a compatibilidade dos números com a percepção da doutrina da época, que já tratava o modelo como esgotado e extemporâneo, na medida em que desconsiderava a complexa teia de relações jurídicas formadas em torno das atividades econômicas privadas.

Não que fosse uníssono o desejo de reformulação da legislação, pois se encontrava, dentre os autores da época, posturas voltadas ao aproveitamento do conteúdo do Decreto. Considere-se, *e.g.*, a postura de Carlos Alberto Farracha de Castro, que entendia ser bastante interpretá-lo considerando a nova realidade econômica e o conteúdo da Constituição de 1988, ao invés de se estabelecer transformações em seu conteúdo, como aquelas propostas pelo Projeto de Lei nº 4.376/1993, à época em debate, na medida em que qualquer novo texto também envelheceria rapidamente⁴⁹⁷.

Não obstante, a literatura reformista predominava, cabendo destacar a produção de Jorge Lobo, autor do anteprojeto do que se alcunhou “Lei de Reorganização da Empresa”, de outubro de 1991.

A síntese do autor é ilustrativa da revisão das ideias motoras do modelo concursal no período⁴⁹⁸:

Esta ‘nova filosofia do Direito da insolvência’ e esse ‘novo Direito da empresa em crise’, além de estimularem a criação de procedimentos pré-concursais e pré-falimentares, de natureza extrajudicial e judicial, com vistas a sanear, reorganizar e superar a empresa em dificuldades, deixam ao largo teorias e ideologias já superadas e substituem o caráter privatístico e a concepção liberal do Direito concursal clássico por uma revolucionária concepção publicística e social, provocando uma sensível modificação na maneira de encará-lo, entendê-lo e aplicá-lo.

⁴⁹⁷ FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. Uma nova visão do Direito Falimentar – A obrigatoriedade de adequação e interpretação à luz da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 32, 1999, p. 120.

⁴⁹⁸ *Idem*, p. 8.

A redação do anteprojeto (assaz distinta do projeto aprovado e que ensejou a promulgação da Lei nº 11.101/2005, de que se tratará no próximo tópico) traz elementos que superam a tensão típica entre credores e devedores, presente nos diplomas anteriores e no próprio diploma vigente à época.

Incorporou-se elementos que projetam a empresa para além desta relação, sobretudo no contexto em que se trata da legitimação. Nesta esteira, para além do próprio titular da empresa⁴⁹⁹, eram extraordinariamente legitimados os empregados (reunidos em assembleia no estabelecimento), o próprio credor, a União, o Estado ou o Município da sede do principal estabelecimento, o Ministério Público e o próprio Juiz de Direito, de ofício⁵⁰⁰.

Aliás, embora não conste literalmente no anteprojeto, a função social da empresa não escapa à análise de Jorge Lobo, como se depreende do excerto abaixo⁵⁰¹:

Ao dar-se ênfase ao manifesto interesse público do processo de insolvência da empresa, impõe-se, como consequência inelutável: 1) observar à risca os preceitos constitucionais em matéria de (a) direito do trabalho, (b) direitos sociais, (c) princípios gerais da atividade e da organização econômica, e (d) função social da propriedade e da empresa; 2) fortalecer os poderes e aumentar as atribuições do juiz; 3) fortalecer os poderes e aumentar as atribuições do Ministério Público; 4) diminuir os poderes e atribuições das assembleias de credores. [...] Na reformulação do Direito Concursal, é indispensável ter em conta que, como acentuado na Lei das Sociedades por Anônimas, a empresa tem uma função social a cumprir e ela, tal como seus controladores, tem “deveres e responsabilidades para com os seus acionistas, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Nota-se, nesta esteira, remissão a um caráter quase-público, especialmente quando se tem em vista as companhias de maior porte⁵⁰². No entanto, o enquadramento em fase de transição para o paradigma dos princípios

⁴⁹⁹ Neste ponto é mister apontar que o anteprojeto tratava a empresa por seu perfil subjetivo, como se depreende do artigo 9º: “O processo de reorganização começa por iniciativa da própria empresa”. Dito perfil não foi incorporado à fórmula adotada no Código Civil de 2002, exigindo as adaptações de redação para a presente análise, em vista de que se tem por empresa *atividade* e que a *atividade* não tem capacidade postulatória, seja regular (na medida em que não é sujeito de direito), seja excepcional (na medida em que não há previsão de equiparação como se tem, *e.g.*, com o espólio).

⁵⁰⁰ Nos termos dos artigos 10 e 11 do anteprojeto.

⁵⁰¹ LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 19.

⁵⁰² Vide, *supra* (1.3 e 1.4), apontamentos no sentido da relevância das grandes sociedades anônimas para a análise da função social da empresa e dos institutos de direito falimentar ou recuperacional.

(com as características já vistas) é evidente, na medida em que, *e.g.*, a função social da empresa não é tomada como norma com natureza de princípio – é deles apartada, aliás, como se depreende do cotejo entre os itens *c* e *d* da citação.

O ciclo de transição, por sua vez, concluiu-se com a promulgação da Lei nº 11.101/2005, devidamente enquadrada no paradigma e que atende, em linhas gerais, ao ideário do anteprojeto. Dela se passa a tratar.

4.3.2 A Lei nº 11.101/2005, a recuperação judicial e a função social da empresa

Os horizontes do legislador quando da construção e posterior promulgação da Lei nº 11.101/2005 estão explícitos no parecer nº 534/2004 da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal: (i) preservação da empresa; (ii) separação dos conceitos de empresa e empresário; (iii) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; (iv) remoção do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (v) proteção aos trabalhadores; (vi) redução do custo do crédito; (vii) velocidade e eficiência nos processos judiciais; (viii) segurança jurídica; (ix) participação dos credores; (x) maximização o valor dos ativos do falido; (xi) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; (xii) punição rigorosa dos crimes vinculados às falências e às recuperações⁵⁰³.

Do anteprojeto apontado no tópico anterior para a lei, evidencia-se estruturação condizente com o paradigma dos princípios, guardando como norte a correlação entre a função social que a empresa desempenha e a necessidade de sua preservação.

Quanto à preservação, o parecer citado assim dispunha:

- 1) **Preservação da empresa:** em razão de sua função social a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de

⁵⁰³ BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 534/2004 da Comissão de Assuntos Econômicos. Diário do Senado Federal. Publicado em 10/06/2004, p. 29-31. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em: 09 de julho de 2017.

fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

Do excerto se pode depreender, portanto, que a *ratio* da recuperação é a função social adstrita ao exercício da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, à luz dos danos potenciais que sua extinção acarreta, ainda que em prejuízo dos credores que terão seus direitos alterados. Sobreleva o aspecto implícito⁵⁰⁴ da função social da empresa, dele derivando o princípio da preservação⁵⁰⁵.

A ideia encontra assentamento na doutrina de José da Silva Pacheco, para quem a empresa se apresenta “como geratriz de utilidades, um dínamo rotativo de energias variadas, absorvidas dos respectivos mercados, para a produção de bens e serviços em benefício do mercado consumidor”, pelo que condiciona “o desenvolvimento local, regional ou nacional”⁵⁰⁶.

A positivação deu-se no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005:

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

A menção à função social na redação do artigo aponta para visão moderna da organização da empresa, voltada a uma atuação responsável na ordem econômica. Não se pretende que o empresário substitua o Estado em suas obrigações típicas, mas que atue norteadada pela criação de empregos, pelo respeito ao meio ambiente, pelo respeito à coletividade, justificando que se busque preservar a empresa⁵⁰⁷.

Conforme preleciona Carlos Alberto da Purificação⁵⁰⁸:

⁵⁰⁴ “[...] a função social representa intrinsecamente o papel do empresário ou da sociedade empresária dentro da esfera social de um país [...]” (DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009, p. 80).

⁵⁰⁵ “Se, eventualmente, um empresário ou sociedade empresária entra em crise, com a momentânea alteração do curso de seus negócios, trazendo-lhe problemas de natureza econômica, financeira ou técnica, é razoável que a ordem jurídica lhe proporcione anteparos, visando não somente a sua estrutura jurídica ou econômica nem apenas o binômio credor-devedor, mas, sobretudo, a sua função social” (PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 143)

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ SZTAJN, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**, p. 223.

⁵⁰⁸ PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da. **Recuperação de empresa e falência comentada**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106. Prossegue o autor: “Com o advento do instrumento da recuperação, o legislador vem afastar a antiga imagem do verdugo que pairava com a foice sobre a cabeça da

[...] o resultado a ser alcançado e intuído pelo legislador é a preservação da vida produtiva da empresa, garantindo a manutenção do emprego e o interesse dos credores, de modo a poder assim cumprir a sua função social, estimulando a atividade econômica [...]

Fábio Ulhoa Coelho enfatiza que a falência não é necessariamente a pior solução, nem tampouco a recuperação um objetivo a ser perseguido a todo custo⁵⁰⁹. De fato, não há sentido em fazer com que o conjunto dos agentes que sofre impactos da atividade econômica seja submetido aos sacrifícios oriundos de uma recuperação judicial (deságios elevados e parcelamentos, por exemplo) caso se esteja diante de empresas tecnologicamente obsoletas ou sem perspectiva real de equilíbrio econômico-financeiro.

A tarefa de remover do mercado os agentes econômicos que não são mais aptos a desempenhar a finalidade a que se propunham pode e deve ser realizada no contexto do próprio mercado, ainda na visão do autor. Caso as estruturas de mercado funcionem adequadamente, eventual crise econômico-financeira pode perfeitamente ser superada a partir da percepção, por outros agentes, do potencial investimento representado pela atividade⁵¹⁰.

A intervenção estatal se justifica, porém, quando as estruturas do sistema econômico não funcionam adequadamente. É o que se tem nos quadros de disfunção representados, *e.g.*, pelo valor idiossincrático da empresa, que compromete a racionalidade das negociações⁵¹¹.

A hipótese refere-se ao cenário em que os investidores potenciais são afastados da decisão de investimento por conta de precificação equivocada do negócio, feita pelo próprio titular do negócio, que tende a acreditar que este tem valor superior ao estimado pelo mercado. Como a decisão afugenta investimentos, a tendência é que não se encontre solução na seara da livre iniciativa e, destarte, pode-se justificar intervenção estatal, mediante institutos

empresa endividada, pronta a abater-lhe, lançando-a por terra, permitindo a concessão ao empresário e à sociedade empresária de uma nova oportunidade de superação da fase de dificuldade em que se encontre, de modo a garantir a continuidade de suas operações, quando esta se apresentar viável” (idem, p. 107).

⁵⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 161.

⁵¹⁰ Idem, p. 162.

⁵¹¹ Idem, p. 163-5.

como a falência e a recuperação, a fim de evitar externalidades negativas associadas à quebra⁵¹².

Relembra Waldo Fazzio Júnior que a empresa é “unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social”, ou seja, a atividade econômica organizada amoldada ao conceito de empresa “desborda dos limites estritamente singulares para alcançar dimensão socioeconômica mais ampla”⁵¹³.

Sob estes pressupostos, justifica-se que o objetivo econômico da preservação da empresa prepondere sobre o objetivo da satisfação do crédito (sem descuidar de sua relevância), caso a satisfação do crédito seja tomada como interesse meramente singular⁵¹⁴, pois preservá-la representa “conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da função social da empresa, que, afinal de contas, é mandamento constitucional”⁵¹⁵.

Segundo Wilson Alexandre Barufaldi, “[...] o princípio da preservação da empresa deve ser compreendido e invocado como uma barreira capaz de redirecionar a eficácia dos direitos exercidos contra o empresário, a sociedade ou seus sócios” a fim de que a “concretização desses ocorra sem implicar, sempre que possível, o término da empresa”⁵¹⁶.

Em esteira semelhante, Marlon Tomazette assevera que “[c]omo corolário da função social da empresa surgiu o princípio da preservação da empresa”. Para o autor, o princípio é “o mais importante na interpretação da recuperação judicial”, na medida em que tradutor do objetivo mais relevante do instituto da recuperação: preservar a atividade permitindo-lhe a reorganização⁵¹⁷.

⁵¹² Há que se ponderar, porém, que na falência, o Estado pode intervir e decretar a dissolução e liquidação da empresa do devedor mesmo contra sua vontade, pois a falência pode ser decretada a pedido do credor (art. 94) ou do devedor (art.105). Já na recuperação judicial se pressupõe sempre uma iniciativa do devedor. Logo, a intervenção estatal na recuperação judicial é sempre a pedido, não se admitindo iniciativa de terceiros, ainda que se tenha dela cogitado, por exemplo, no anteprojeto de Jorge Lobo.

⁵¹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20.

⁵¹⁴ Idem, p. 21.

⁵¹⁵ Idem, p. 119.

⁵¹⁶ BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 71.

⁵¹⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 5.ed.rev.atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 53.

A positivação da preservação da empresa como princípio derivado da função social da empresa permitiu, aliás, a construção de anteparos até mesmo ao sistema de equilíbrio de interesses na aferição da viabilidade do plano de recuperação, caso do abuso do direito de voto do credor.

A autonomia dos credores é posta em tensão com o princípio da função social da empresa, explicitado no escopo de sua preservação. Embora se tenha como regra o domínio dos credores quanto aos destinos da recuperação, caos se compreenda que um destes exerceu abusivamente este direito, seu voto pode ser interpretado como abusivo e desconsiderado para todos os fins.

Em sentido contrário, destaque-se a posição de Gabriel Saad Kik, que aponta para as dificuldades práticas quando se pretende aplicar a função social da empresa em crise ao caso concreto. Em primeiro lugar por falta de dados disponíveis ao magistrado, que não dispõe de possibilidades concretas de precisa avaliação do impacto social da quebra sobre os diversos agentes econômicos. Em segundo lugar pelas dificuldades de ponderação dos interesses heterogêneos que se sobrepõem (“Quantos euros a mais para os credores vale um trabalhador demitido?”, indaga)⁵¹⁸.

Outra amenização da predominância dos interesses dos credores dá-se na hipótese de aprovação do plano de recuperação fora dos parâmetros do artigo 45 da Lei nº 11.101/2005.

O critério geral de aprovação exige a aprovação dos créditos pelo número de presentes (art. 45, §2º) dentre: (i) os credores empregados e frutos de relação de emprego (art. 41, I); os credores enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte (art. 41, IV). Outrossim, nas classes que albergam credores com garantia real (art. 41, II) e na classe dos privilegiados, quirografários e subordinados (art. 41, III), há que se dar, além da aprovação por cabeça, a aprovação por mais da metade dos créditos presentes (art. 45, §1º).

Ainda que sob o crivo dos critérios do artigo 45, caso a aprovação não seja alcançada, à luz do princípio da função social da empresa (e de sua preservação) foi positivada a hipótese legal de concessão, pelo magistrado, da recuperação (art. 58, §1º): (i) se presentes votos favoráveis de credores que

⁵¹⁸ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 70-71.

representem mais de cinquenta por cento do total de créditos presentes à assembleia, considerados em conjunto; (ii) tiver havido aprovação em duas classes, se presentes três ou quatro, ou em uma classe, se presentes duas, na forma do artigo 45; (iii) na classe ou nas classes de rejeição se houver aprovação por votos superiores a mais de um terço dos credores presentes, por cabeça e valor de crédito.

Visualiza-se, portanto, a irradiação do princípio da preservação da empresa em diversos dispositivos. Todavia, cabe ponderar que o anseio de preservação não toca qualquer empresa, mas apenas aquelas que atendam a um critério de viabilidade social, cumulado com a viabilidade econômica⁵¹⁹.

A análise da viabilidade social considera justamente o impacto da empresa na comunidade a que pertence, a ponto de se concluir que sua recuperação e consequente preservação atendam a interesses institucionais, considerados socialmente relevantes⁵²⁰. Do contrário, a socialização das perdas vinculadas ao risco da atividade⁵²¹ não se justifica.

Há que se estabelecer equilíbrio assim traduzido por Eduardo Goulart Pimenta⁵²²:

Viabilizar a preservação da empresa que passe por contingencial crise econômico-financeira reduz o risco do empresário no exercício de sua atividade. Por outro lado, tutelar o interesse dos credores diminui o risco inerente ao financiamento empresarial e facilita a obtenção de capital pelos agentes econômicos em geral. São, desta forma, dois objetivos que, embora a princípio contrapostos, não de ser conciliados na interpretação e na aplicação do instituto da recuperação de empresas.

Note-se que, em parte, a viabilidade econômica se conjuga com a social, razão pela qual incumbe a dupla análise, permitindo concluir que será racionalmente justificável a recuperação de uma empresa se e *somente se* os custos sociais da recuperação forem menores do que os custos sociais da falência⁵²³.

⁵¹⁹SANTOS, Roseli Rêgo. A Recuperação de Empresas e a Função Social da Empresa na Lei 11.101/05, **Revista de Direito Empresarial**. Curitiba: Juruá, n. 11, jan./jul. 2009, p. 165.

⁵²⁰Ibidem.

⁵²¹Idem, p. 170.

⁵²²PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites do direito de voto em recuperação de empresas. **Revista NEJ – Eletrônica**, vol. 18, n.1, p. 151-161. jan-abr. 2013, p. 155.

⁵²³Idem, p. 173.

O sistema construído pela Lei nº 11.101/2005 considera a viabilidade elemento essencial. Como afirma Wilson Alexandre Burafaldi, “[...] a viabilidade da atividade empresarial exercida pelo devedor é condição fática essencial para a concessão do pedido de recuperação judicial” cuja presença “[...] é avaliada pelo devedor, antes e depois de ajuizar a ação; pelos credores, quando tomam conhecimento do plano e, se houver, na assembleia geral; pelo juiz, antes de conceder o pedido”⁵²⁴.

Uma das consequências desta assertiva é que uma empresa, ainda com papel social relevantíssimo, por ter proporcionado uma ampla gama de postos de trabalho a uma comunidade, mas que evidentemente não tenha mais viabilidade econômica não merece preservação. A ausência de viabilidade, repita-se, torna-a dissonante de sua função social, pois essa é, também, econômica.

Noutras palavras, “o princípio da preservação da empresa não representa que toda e qualquer empresa deva ser preservada”, mas também ordena “a liquidação imediata de determinada empresa, como forma de preservar as demais que funcionam naquele sistema, evitando destarte, que todo o mercado fique abalado”⁵²⁵.

A liquidação imediata, aliás, pode representar em si mesma uma face do princípio da preservação da empresa e da realização de sua função social, “ao se favorecer a alienação ordenada dos ativos da empresa falida, incentivando seu aproveitamento produtivo por outro empresário”⁵²⁶.

Da possibilidade de preservação da atividade em mãos distintas daquelas do pretendente à recuperação deflui outro elemento característico do sistema recuperacional vigente: preservar a empresa não significa preservar o empresário.

⁵²⁴ BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial**: estrutura e aplicação de seus princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 188.

⁵²⁵ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do direito falimentar**. 2.ed.rev.atual. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55. No mesmo sentido: “A retirada do mercado daquelas empresas que não possuem mais condições de operação é medida necessária, eis que os custos da recuperação de uma empresa acabam por recair sobre toda a sociedade, devido a um encadeamento complexo de relações econômicas e sociais” (LUCAS, Laís Machado. 10 anos de recuperação judicial no Brasil: pode-se falar em (in)eficácia do instituto? In.: LUPION, Ricardo; ESTEVEZ, André Fernandes (org.). **Fronteiras do direito empresarial**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 165).

⁵²⁶ DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 45.

Além de ser expressão do *caput* do artigo 47, eis que trata de empresa, não de empresário ou sociedade empresária, o escopo é identificável em outros *loci* do diploma legal. Pode-se destacar, como exemplo, a liquidação dos ativos, que deve iniciar imediatamente após o encerramento da arrecadação, mesmo sem a publicação do quadro-geral de credores (arts. 139 e 140, § 2º).

Nesta esteira, o conteúdo do artigo 140, que fixa indigitada preferência ordenando, em primeiro lugar, a alienação em bloco dos estabelecimentos e, em segundo lugar, a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladamente. Apenas se for inviável a alienação em bloco dos bens componentes do estabelecimento, só em último caso os bens serão alienados isoladamente⁵²⁷.

Além disso, tanto no contexto falimentar quanto no contexto recuperacional, sempre à vista do anseio de preservação da empresa, ainda que regida por outro empresário, tem-se a transmissão do estabelecimento livre de ônus de qualquer natureza

Art. 141. [...] II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Art. 60. [...] Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Os dispositivos traduzem, por um lado, a maximização do valor dos ativos, visando o maior retorno aos credores, mas a isto não se limitam. Voltam-se a preservar a empresa em nome dos diversos interesses que em torno dela gravitam e merecem ser ponderados (para além dos credores, os investidores, os trabalhadores e os consumidores), em última análise tutelando valores de ordem constitucional, como a dignidade humana⁵²⁸.

Quanto à preservação dos interesses em torno dos quais gravitam a empresa, poder-se-ia apontar até mesmo o critério de fixação da competência

⁵²⁷ Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.

⁵²⁸ DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 45.

para apreciação do pleito de falência ou de recuperação. A determinação legal de que se processe a demanda perante o foro do principal estabelecimento⁵²⁹ permite ponderar com mais clareza os interesses comunitários envolvidos, assim como permite, por presunção, barateamento do acesso para o maior número de partes relacionadas.

Por fim, o escopo de preservação e sua predominância em face de interesses individualistas dos credores pode ser identificado também no artigo 94, I, da Lei nº 11.101/05. Esse dispositivo prevê que a obrigação líquida, inadimplida sem relevante razão de direito, deve estar materializada em título(s) executivo(s) protestado(s) cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência, inovando em relação aos modelos anteriores⁵³⁰.

É mister manter à vista, porém, que o interesse dos credores não pode ser desconsiderado, mas deve ser alvo de ponderação à luz dos demais interesses vinculados à empresa. Neste sentido, Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn⁵³¹:

A empresa exerce sua função social quando, a par de garantir postos de trabalho e gerar riquezas, remunera o capital investido, fazendo frente a obrigações assumidas com fornecedores, cujas atividades merecem igualmente ser preservadas. Inexistindo garantias de solvência do devedor, porque vender a crédito? E sem crédito, como incentivar a indústria e o comércio? A assim ser a garantia do interesse dos credores (inclusive a dos não empregados) é condição inarredável qualquer que seja a conotação a ser atribuída à função social. Se sem trabalho não há empresa, e isto sabendo-se que parte das atividades são executadas por máquinas, igualmente não há sem capital e sem fornecedores (crédito). Combinar de maneira equilibrada estes interesses, portanto, é de rigor.

Apesar da desafiadora combinação de interesses e da possibilidade de construção de juízos críticos em torno da construção do arcabouço legal, é mister destacar que enquanto a preservação da empresa economicamente viável “não

⁵²⁹ Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

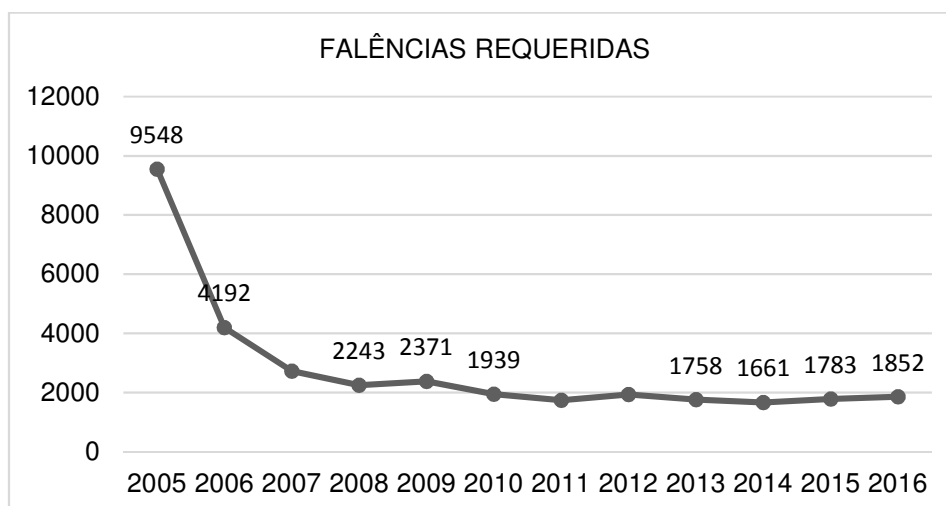
⁵³⁰ Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência.

⁵³¹ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. **Revista dos Tribunais**, vol. 913/2011, p. 184.

sensibilizou o legislador pátrio”⁵³² nos diplomas antecedentes, a Lei nº 11.101/2005 inverteu o sentido. Enquanto a normativa anterior era pensada tendo como horizonte a liquidação, a nova norma visa à recuperação e à preservação, como concretização do princípio da função social da empresa.

4.3.3 Impactos quantitativos da nova legislação nos pleitos de falência e recuperação judicial

O impacto da nova legislação no número de pleitos falimentares é significativo. Complementando os gráficos anteriores, tem-se evidência de queda significativa no número de pleitos, com posterior estabilização:



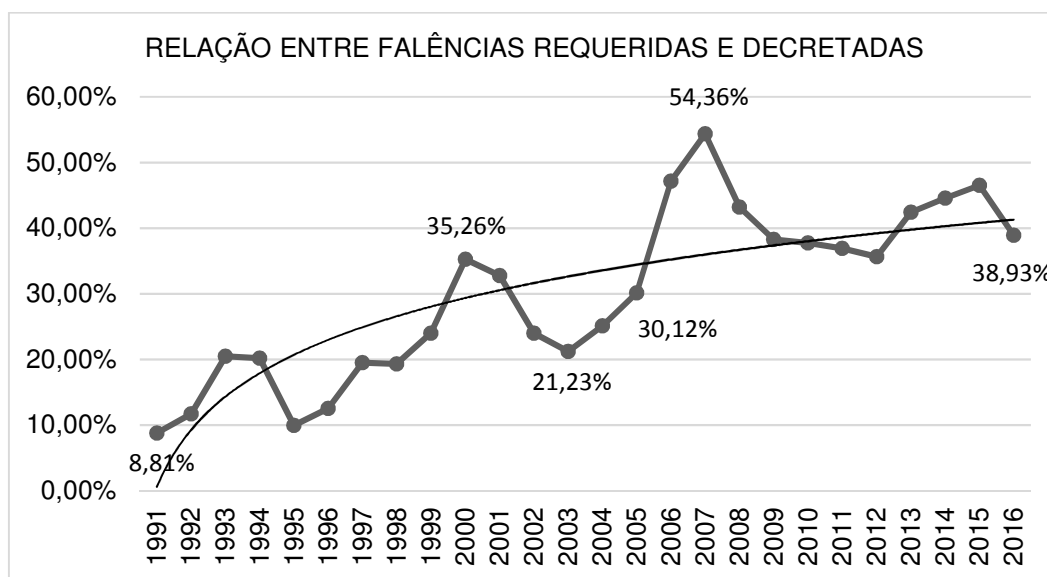
O número menor de pedidos indica redução na malversação do instituto⁵³³. Como afirmado infra (item 4.3.2), não havia dispositivo no Decreto-lei nº 7.661/45 exigindo valor mínimo para o pleito falimentar por impontualidade, situação superada pelo conteúdo do artigo 94, I, da nova legislação.

Milita igualmente no sentido da determinação de que a nova legislação foi eficaz na redução do número de demandas falimentares e de seu realismo, a

⁵³² FARRACHA DE CASTRO, Carlos Alberto. Uma nova visão do Direito Falimentar – A obrigatoriedade de adequação e interpretação à luz da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 32, 1999, p. 118.

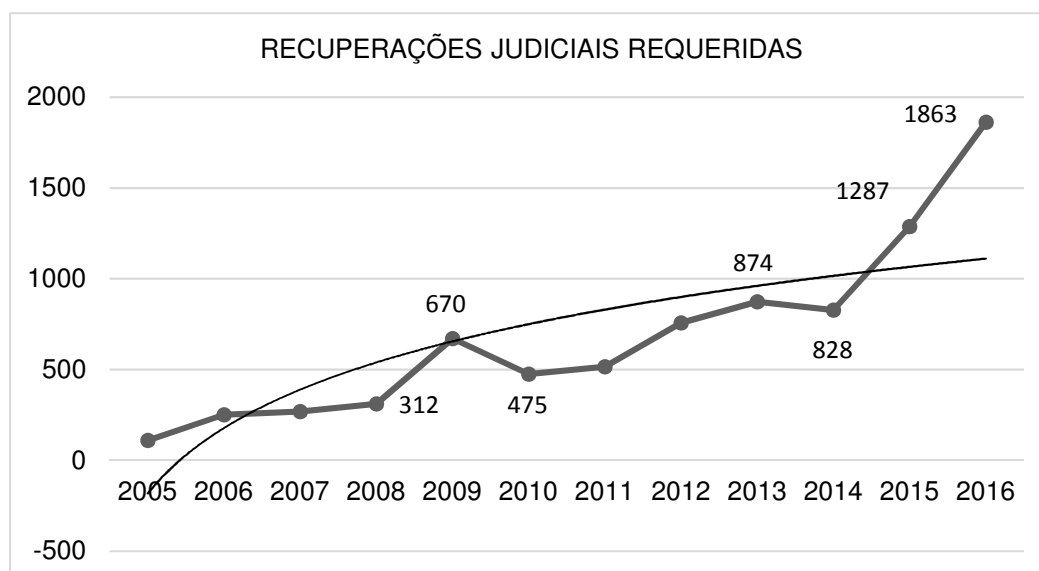
⁵³³ A conclusão fica ainda mais evidente se trazidos à colação os números de pedidos de falência de 2004 (13.925) e 2003 (20.671).

partir da correlação entre o número de falências requeridas e o número de decretadas:



O aumento do percentual médio de eficiência, traduzido pela linha de tendência, evidência o acréscimo de autenticidade do mecanismo. Noutros termos, tem-se indicativo de que os requerimentos de falência são mais enfaticamente pleitos de falência do que ações de execução ou cobrança travestidas de ações falimentares.

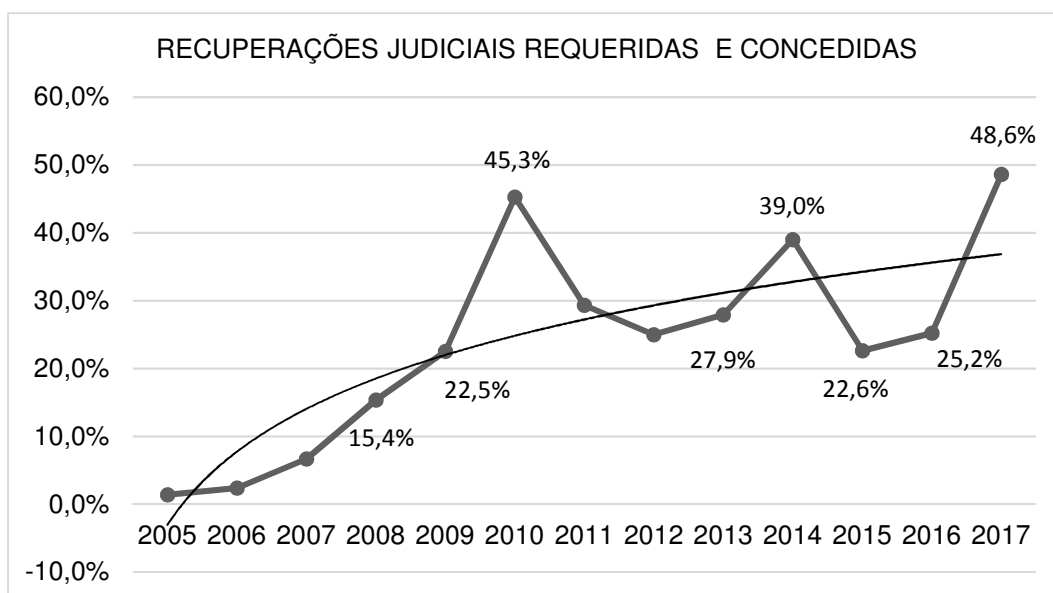
Os dados disponíveis permitem igualmente inferir a crença maior, pelos titulares de empresas, nos mecanismos de salvaguarda diante da falência. Vale reiterar, aliás, a evolução, em gráfico, do número de recuperações judiciais requeridas:



A linha de tendência apontada, de alta, contrasta com a linha de tendência de queda apontada no gráfico indicado no tópico anterior (4.3.1) no tocante aos requerimentos de concordata preventiva. Evidencia-se, também sob esta perspectiva, percepção mais positiva, pelos titulares de empresas em crise econômico-financeira, do mecanismo da recuperação em comparação com o sistema de concordatas.

Outra correlação relevante se dá entre o número de recuperações judiciais pleiteadas e o número de recuperações concedidas, expresso no gráfico abaixo, relevante antes por sua tendência que pelos percentuais nele explícitos⁵³⁴:

⁵³⁴ A relevância da linha de tendência e não, primeiramente, dos números, dá-se na medida em que o cômputo a partir da base de dados disponível (*Serasa Experian*) não permite associar o pleito individual de recuperação ao seu desfecho. Esta ressalva, somada ao fato de que a duração de um processo de recuperação judicial é comumente superior a um ano, torna a associação entre o número de pleitos e o número de concessões, no mesmo ano, frágil. No entanto, a tendência crescente persistente e expressa na linha de tendência segue racionalmente sustentável.



A tendência de alta pode ser interpretada como evidência de efetividade no sentido de que se teria, de fato, no instituto da recuperação judicial um eficiente mecanismo de composição de interesses. Tal mecanismo permitiria, *a priori*, a preservação da atividade equilibrada ao interesse dos credores, na medida em que a linha de tendência logarítmica é crescente.

No mesmo sentido, poder-se-ia vislumbrar *crença* na efetividade, no sentido de percepção da efetividade *em potência*. Ou seja: ainda que o mecanismo seja relativamente jovem (para um modelo legal), não permitindo estudos empíricos conclusivos, além das dificuldades de coleta de dados e sistematização, credores e devedores parecem crer, de maneira crescente, na eficiência da recuperação.

Por outro lado, pode-se atribuir o acréscimo no índice de aprovações de plano e concessões de recuperação a partir do surgimento de acréscimo de especialização na oferta dos serviços de assessoria voltados ao pleito de recuperação judicial, bem como a um progresso no domínio, quiçá fruto desta especialização, da utilização dos mecanismos pelas pleiteantes de recuperação judicial.

Esta interpretação está alinhada à concepção de que a eficiência na relação pleito-concessão se mostra crescente também na medida em que o decurso do tempo enseja acréscimo de segurança jurídica. Com isso, tornou-se estável a interpretação em torno de diversos dispositivos da lei, precipuamente de maneira favorável ao devedor em recuperação (vide no tópico subsequente

a análise de decisões), permitindo a realização de jogos com desfecho mais previsível, ensejando melhor planejamento e reduzindo o número de pedidos aventureiros.

As evidências empíricas apontam, portanto, para o novo signo: o arcabouço normativo voltado para a *falência* agora tem como norte a *recuperação*, pautada no escopo de preservação da empresa, derivado do princípio da função social, tomado em contexto de direito privado constitucionalizado, tudo à luz dos caracteres novo paradigma.

5 CRISE PARADIGMÁTICA: PROPOSIÇÕES PARA UMA REINTERPRETAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como visto, configurou-se paradigma que guardava como características principais: (i) aplicabilidade imediata das normas constitucionais; (ii) atribuição de caráter normativo aos princípios, como espécie de norma ao lado das regras; (iii) constitucionalização do direito privado, sobremaneira a partir da releitura de categorias do Direito Civil e projeção posterior sobre o Direito Empresarial.

O novo paradigma apreendeu a função social da empresa como elemento normativo, atribuindo-lhe natureza de princípio derivado da função social da propriedade, donde se extrai, igualmente, sua alocação em hierarquia constitucional. Da função social da empresa se extrai o (sub)princípio da preservação da empresa que, na mesma medida, ganha especial relevância no contexto das empresas em recuperação judicial.

A função social da empresa foi objeto de escrutínio por obras múltiplas e associada a diversos elementos da conduta empresarial. Da regulação da gestão dos administradores, passando pelas relações que gravitam em torno da empresa, como aquelas estabelecidas entre empregador e empregado, fornecedor e consumidor.

Foi, ainda, princípio informador da Lei nº 11.101/2005 no tocante à recuperação judicial que declaradamente visa a promover a preservação da empresa, decorrência de sua função social, bem como estimular a atividade econômica, nos termos do artigo 47.

A expansão da invocação do conceito para a resolução de problemas apreendidos pelo paradigma alcançou, igualmente, a jurisprudência. E, no acréscimo do número de decisões que tomam o princípio da função social da empresa como fundamento, identificam-se indícios de crise paradigmática, na forma conceitualmente proposta por Thomas Kuhn e que foi descrita acima, como se passa a demonstrar.

5.1. Função social e recuperação judicial na jurisprudência

A partir da construção doutrinária do novo paradigma, o conceito de função social da empresa em sentido amplo e, igualmente, sua formulação adaptada ao contexto das empresas em recuperação judicial alcançou a jurisprudência.

Visando a ilustrar a percepção que os tribunais passaram a ter do princípio, analisou-se base de dados correspondente a acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça⁵³⁵. Outros tribunais serão, eventualmente, considerados para verificação de se as tendências indicadas são peculiares aos tribunais analisados.

A concentração no eixo de decisões tomadas no Estado de São Paulo envolve recorte construído com vistas à relevância econômica daquele Estado. Destarte, as decisões analisadas serão em regra associadas àquela territorialidade, excepcionando-se unicamente aquelas derivadas do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que figura como *locus* por excelência da interpretação definitiva dos dispositivos da Lei nº 11.101/2005.

A análise será quantitativa e qualitativa. Sob o primeiro viés, pretende-se demonstrar a presença crescente, na fundamentação das decisões judiciais, da expressão *função social da empresa*. Sob o segundo, busca-se identificar os problemas jurídicos principais que cada um dos tribunais pesquisados decidiu à luz da função social da empresa, bem como tecer comentários acerca do método de composição das decisões.

O objetivo central é demonstrar o papel crescente da função social da empresa, moldada à luz das premissas do paradigma dos princípios, nas decisões judiciais, a fim de identificar, igualmente, elementos caracterizadores

⁵³⁵ A coleta de dados partiu da busca de acórdãos em cuja íntegra constasse a expressão “função social da empresa”, valendo-se dos sistemas de busca ofertados pelos endereços eletrônicos dos próprios tribunais (www.tjsp.jus.br; www.trt2.jus.br; www.trt14.jus.br; www.trt9.jus.br; www.trf3.jus.br; e www.stj.jus.br), com posterior verificação individual dos acórdãos a fim de aferir a fidedignidade das informações disponibilizadas pelos sistemas de busca.

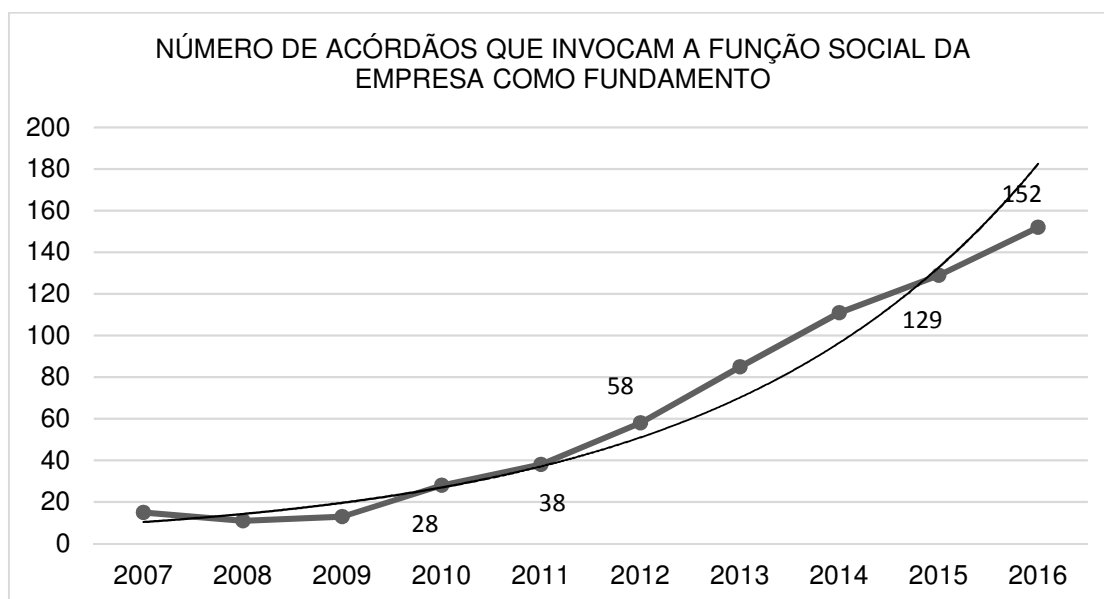
de crise paradigmática, como a excessiva expansão semântica e a desconsideração de elementos econômicos na aplicação.

Visando a atender ao recorte temático desta tese, inaugurar-se-á a análise com temas gerais atrelados à função social da empresa para, então, apontar aqueles diretamente coligados à empresa em recuperação judicial.

5.1.1 Análise das decisões da Justiça do Trabalho

O princípio da função social da empresa é invocado em maior variação de sentidos no âmbito da Justiça do Trabalho do que de qualquer outro dos órgãos judiciais pesquisados. Identifica-se, igualmente, tendência de crescimento no número de demandas julgadas pelos tribunais pesquisados que trazem a função social como um dos elementos componentes da fundamentação.

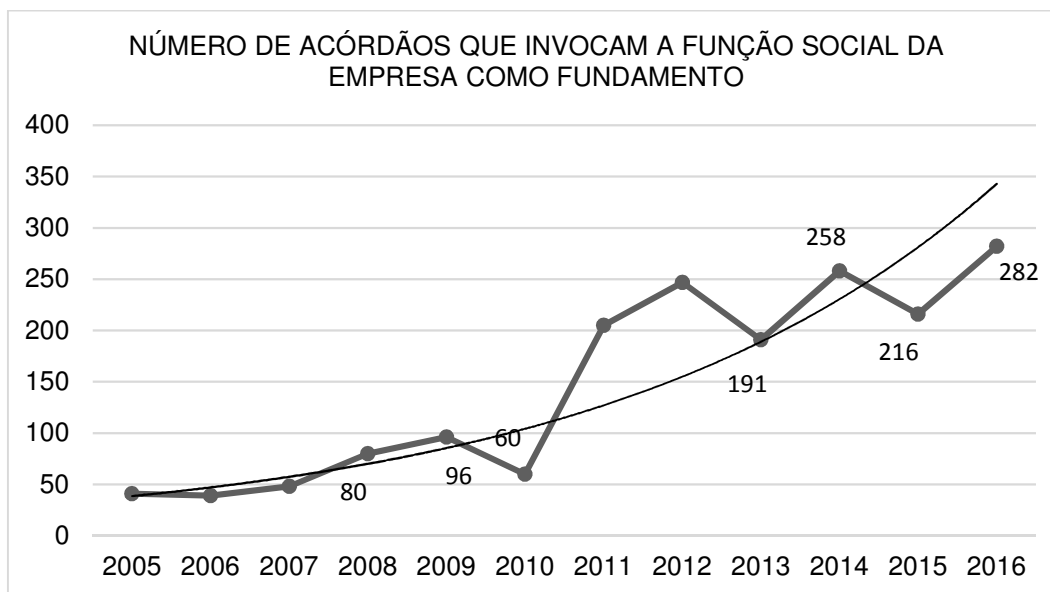
Tome-se, nesta esteira, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região⁵³⁶:



⁵³⁶ Deixou-se de analisar quantitativamente a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em vista da inconsistência dos dados emitidos pelo sistema de busca.

Outrossim, considerados os dados do ano de 2017, foram identificados, até o início de agosto, 100 acórdãos que invocam o princípio como fundamento, corroborando a tendência de crescimento explicitada.

A tendência é identificada igualmente no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, ora analisado para demonstrar que a tendência do tribunal anteriormente analisado não é isolada:



Assim como nos dados do TRT da 15ª Região, também os dados disponíveis de 2017 do TRT da 9ª Região demonstram a manutenção da tendência, com 200 acórdãos invocando a função social da empresa como fundamento.

Da leitura das decisões, conforme se passará a demonstrar, depreende-se tanto a percepção da função social da empresa derivada de sua simples existência (onde se ampara a argumentação voltada a sua preservação) quanto a imputação de deveres objetivos em nome do elemento funcional.

Desde já se esclarece que a leitura proposta volta-se não a uma crítica ao mérito alcançado pelas decisões. Algumas, a propósito, refletem percepção social relevante e necessária, sobretudo à luz de um sistema constitucional que tem dentre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

O escopo é relatar a ausência de consideração de elementos econômicos, traço caracterizador do paradigma dos princípios, em situações

fáticas que ensejarão externalidades positivas ou negativas e que, nesta seara, poderiam ser alvo de reformulação focada em eficiência socioeconômica.

Ou, na mesma medida, explicitar quanto a expansão das situações fáticas amoldáveis ao princípio da função social da empresa pode, em última análise, representar possíveis incrementos de custos sociais sem contrapartida, substituição do Estado pelas sociedades empresárias, dentre outros fenômenos que não poderiam prescindir de leitura econômica.

5.1.1.1 Assunção dos riscos da atividade

Na percepção justrabalhista, a atribuição de todos os riscos da atividade empresarial ao empresário, à sociedade empresária, aos sócios e aos administradores é derivação da função social da empresa.

Neste sentido, são recorrentes as decisões envolvendo a responsabilidade subsidiária por débitos vinculados à terceirização de mão-de-obra, em nome dos “objetivos maiores da função social da empresa e a dignidade do trabalhador”⁵³⁷. Igualmente, é dever positivo “escolher bem” as terceirizadas e fiscalizar sua atuação a fim de evitar que remanesçam débitos impagos, “não só é uma exigência ética, como também uma decorrência da abrangente função social da empresa”⁵³⁸.

Passando da escala da subsidiariedade para a da solidariedade alicerçada na insuficiência patrimonial do primeiro responsável pelo pagamento das verbas, encontra-se igualmente, sempre na visão da Justiça do Trabalho, a concretização da função social da empresa, normalmente carregada ao lado de outros princípios⁵³⁹:

Ressalte-se que a condenação solidária do sucedido na sucessão trabalhista possibilita a concretização de fundamentos constitucionais do Direito do Trabalho, tais como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a responsabilidade social da empresa e função social da empresa e do contrato.

⁵³⁷ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000019-43.2012.5.02.0242. Relator: Ricardo Apostólico Silva. São Paulo, 01 de abril de 2014.

⁵³⁸ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000051-78.2012.5.02.0232. Relator: Paulo Kim Barbosa. São Paulo, 05 de maio de 2014.

⁵³⁹ CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 0101900-11.2007.5.15.0140. Relator: Manuel Soares. Campinas, 16 de abril de 2010.

A extensão da assunção de risco é mitigada, porém, quando em face da administração pública no contexto de tomadora de serviços terceirizados. A responsabilidade não mais deflui do risco, mas da culpa. E, enquanto decorrência da culpa, igualmente é tomada como afirmação da função social da empresa⁵⁴⁰.

A par da subsidiariedade, outro âmbito de reiterada invocação do princípio da função social da empresa é o referente à desconsideração da personalidade jurídica, que ganha contornos peculiares na Justiça do Trabalho: de medida excepcional⁵⁴¹ na esfera cível, transforma-se em regra na seara trabalhista.

Nesta esfera, afirmando a necessidade de que se desconsidere a personalidade jurídica em nome da natureza das verbas a que fazem jus os empregados, conclui-se que alcançar o patrimônio dos sócios (como previsto no artigo 50 do Código Civil e no artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor) é medida impositiva “levando em conta a função social da empresa em detrimento do individualismo do antigo conceito de propriedade”⁵⁴².

A solução é fruto de colisão aparente de princípios como a liberdade de iniciativa e a função social da empresa, dando prevalência ao segundo em relação ao primeiro. Adequa-se, portanto, aos moldes do paradigma. Em determinada situação concreta, determinado princípio prevalece. No caso, a função social da empresa, como caminho para a expansão dos responsáveis por débitos trabalhistas.

Embora se a invoque, o debate não pondera incremento de riscos sociais. Pressupõe que a proteção das verbas trabalhistas é necessariamente superior, porque atrelada a elementos de dignidade humana, à proteção do investimento. Trata a questão como algo que não pode ser lido à luz da eficiência econômica, ainda que trate de cumprimento de sentença de pagamento de quantia certa.

⁵⁴⁰ Ainda que aliada a outros princípios: “Exegese em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador (artigo 1º, incisos III e IV, CF), da legalidade (artigo 5º, inciso II, CF) e da função social da empresa (artigo 170, CF). SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000034-15.2012.5.02.0241 (RO). São Paulo, Relator: Ricardo Verta Ludovice. São Paulo, 08 de abril de 2014.

⁵⁴¹ Vide *infra* a correlação entre a desconsideração e a função social da empresa na Justiça Comum Estadual.

⁵⁴² SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Agravo de Petição nº 1000240-68.2012.5.02.0422. Relatora: Cintia Taffari. São Paulo, [s.d.].

Todavia, a solução é indicativa de crise na extensão em que cresce custos de captação de investimentos e, sob a perspectiva do investimento estratégico, definível por ferramentas como a teoria dos jogos, favorece que se invista em atividades produtivas com menor empregabilidade ou, ainda, que se abduque do investimento produtivo em nome do investimento especulativo ou rentista.

Tornando a desconsideração e a subsidiariedade regra, foca-se, em nome do social, a situação de um único trabalhador, credor na demanda, sem se ponderar impactos em relação aos demais. Ainda que as decisões afirmem, portanto, que se valem da função *social* da empresa, a proteção é de direito *individual*.

Ainda que se pondere o social como soma das individualidades, ao se desconsiderar a extensão dos direitos protegidos (ou seja, incluindo desde verbas de fato alimentares até grandes remunerações), a afirmação de direito individual pode representar a negação de direitos semelhantes à coletividade dos empregados, por exemplo, potencialmente induzindo situação de crise econômico-financeira que pode dar azo a sacrifícios coletivos de grande escala, como numa recuperação judicial.

Mesmo em relação à Administração Pública, onde se tem na culpa o elemento fundante da subsidiariedade (que não é, portanto, objetiva como em face das demais), todas as decisões localizadas vislumbraram presença de culpa e conseqüente responsabilidade. Ou seja: fiscalizar ou não fiscalizar acaba por ser indiferente. A incapacidade de pagamento da terceirizada se torna culpa da Administração Pública que, no mínimo, “escolheu mal”.

Incrementa-se, sob esta ótica, os custos de transação, tornando mais onerosas as licitações públicas, na medida em que são impostos mecanismos de barreira à competitividade visando a equalizar riscos vinculados à responsabilidade trabalhista subsidiária⁵⁴³.

⁵⁴³Vide, nesta esteira, manifestação do Tribunal de Contas da União: “Constatou-se que, nos últimos anos, passaram a ocorrer com maior frequência problemas na execução desse tipo de contrato, com interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento aos funcionários de salários e outras verbas trabalhistas, trazendo prejuízos à administração [...]Dentre essas soluções, destaca-se a exigência de inúmeros documentos com a finalidade de verificar detalhadamente o cumprimento pelas empresas contratadas de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias. Para viabilizar a adoção desse procedimento, foram criadas unidades específicas, com custos excessivamente elevados, para conferência dessa documentação. A fiscalização, ao invés de se preocupar com o cumprimento do objeto do contrato, passou a utilizar

5.1.1.2 Imputação de deveres

O princípio da função social da empresa, na forma como lido pela Justiça do Trabalho, implica igualmente rol de deveres vinculados ao exercício da atividade empresarial no tocante à contratação (em respeito à diversidade), à remuneração, à dispensa e à subordinação (jornada, *e.g.*), dentre outros.

Em relação à contratação, a função social da empresa é afirmada, por exemplo, na obrigação de contratação de profissionais com necessidades especiais, ainda que em sociedades empresárias que tenham por objeto o fornecimento de mão de obra para trabalho temporário⁵⁴⁴, salvo demonstração cabal de inexistência de interessados⁵⁴⁵.

Quanto à remuneração, identificam-se deveres de: (i) manutenção de adicional de distribuição e coleta pagos a carteiro por longo período após atividade deixar de ser realizada⁵⁴⁶; (ii) manutenção do plano de saúde ao trabalhador inativo em parâmetros compatíveis com os do período na ativa⁵⁴⁷; e (iii) manutenção da responsabilidade do empregador pelo custeio dos salários

seu tempo para examinar documentos. Além disso, os servidores destacados para o exercício dessa função precisam de treinamento específico, já que não detêm a qualificação necessária” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 006.156/2011-8. Brasília, 22 de maio de 2013).

⁵⁴⁴“O Judiciário não está alheio às dificuldades das empresas de trabalho temporário na busca por trabalhadores com deficiência, mormente em razão da sazonalidade da demanda. Não obstante, mencionada dificuldade é inerente ao ramo de atividade explorado pelo empreendimento, bem como a sua responsabilidade decorre da função social da empresa (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000037-56.2013.5.02.0492. Relator: Carlos Roberto Husek. São Paulo, 18 de maio de 2016.).

⁵⁴⁵ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1003344-49.2013.5.02.0320. Relatora: Regina Duarte. São Paulo, 30 de setembro de 2015.

⁵⁴⁶ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1002561-51.2013.5.02.0322. Relator: Ivani Contini Bramante. São Paulo, 17 de fevereiro de 2016.

⁵⁴⁷ “[...] ainda o princípio da dignidade da pessoa humana previsto Constitucionalmente assim como a **função social da empresa** e o direito fundamental à saúde, todas normas Constitucionais, impõe-se a manutenção do plano de saúde em conformidade com os valores pagos pelo autor quando na ativa” (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000701-65.2013.5.02.0467. São Paulo, 2013, **g.n.**). Em sentido semelhante: “Ainda que se pensasse na concessão do plano de saúde como liberalidade por parte da reclamada, o que não é o caso, diante de seu nítido caráter contraprestacional face aos serviços prestados pelo obreiro, não parece razoável que a liberalidade se efetivasse em prejuízo do empregado que, ao revés de se beneficiar, restaria prejudicado com a impossibilidade de manter o plano de saúde após aposentado, momento em que, por certo, os serviços de saúde são mais necessários. Entendimento diverso importaria não só ir contra o **princípio da função social da empresa**, como desprezar a dimensão de seu papel na sociedade” (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000185-17.2014.5.02.0465. Relator: Luis Augusto Federighi. São Paulo, 13 de outubro de 2015).

do empregado, mesmo em vista de recusa do INSS e ausência de reintegração ao trabalho⁵⁴⁸.

Destaque-se excerto que opõe o elemento social e o elemento comercial da empresa⁵⁴⁹:

Não se olvide a função social da empresa, a qual a obriga em casos excepcionais, como o presente, a despir-se do intento meramente comercial para auxiliar a recuperação do empregado enfermo, além de não cortar-lhe a própria fonte de subsistência.

A função social da empresa aplicada ao direito de rescisão do contrato de trabalho (tido em regra como potestativo) implica adotar condutas como: (i) reintegração de trabalhador por conta de estabilidade por doença ocupacional, ainda que já tivesse outro emprego⁵⁵⁰; (ii) reversão de dispensa por justa causa de dependente químico⁵⁵¹; (iii) reintegração de empregado portador do vírus HIV⁵⁵²; e (iv) expansão do direito à estabilidade do empregado por analogia à doença estigmatizante⁵⁵³.

⁵⁴⁸ Em fenômeno que a Justiça do Trabalho alcunha “limbo previdenciário” (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Recurso Ordinário nº 1002136-66.2013.5.02.0502. Relator: Alvaro Alves Nôga. São Paulo, 18 de março de 2015).

⁵⁴⁹ CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 0000310-33.2010.5.15.0092. Relator: Fábio Prates da Fonseca. Campinas, 18 de março de 2015.

⁵⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000776-25.2013.5.02.0461. Relator: Mauricio de Paiva Dias. São Paulo, 30 de setembro de 2015.

⁵⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000866-24.2013.5.02.0464. Relatora: Sonia Maria de Oliveira Prince Rodrigues Franzini. São Paulo, 26 de agosto de 2015. Em sentido contrário e entendendo que a demissão atendeu à função social da empresa: “Comprovou a reclamada que possui programa de tratamento voltado para o tratamento de dependentes químicos, conforme consta do documento “Programa de Dependência Química”, Id. f9b24b3, e que o reclamante chegou a participar desse tratamento, mas ao que tudo indica não obteve sucesso. Desse modo, não tenho dúvidas que a reclamada ao fazê-lo observou o princípio da função social da empresa. Portanto, o argumento contido em razões recursais é vazio e não se sustenta diante dos que restou comprovado nos autos” (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000088-29.2014.5.02.0461, Relator: Daniel de Paula Guimarães. São Paulo, 01 de setembro de 2015).

⁵⁵² “Não obstante não exista norma legal prevendo a estabilidade do portador do vírus HIV, até porque em determinadas fases da doença o paciente pode não estar incapacitado para o trabalho, o presente caso deve ser analisado pela ótica da função social da empresa, o do direito à existência digna [...] Nesse passo, a dispensa sem justa causa do portador do vírus HIV importa negação do direito à vida, representando o desemprego e a conseqüente falta de recursos, com impossibilidade de tratamento eficaz, tanto físico, quanto psicológico” (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1001136-54.2013.5.02.0462. Relator: Marta Casadei Momezzo. São Paulo, 05 de novembro de 2014).

⁵⁵³ “[...] sendo portador de doença grave, a recolocação do obreiro no mercado de trabalho era muito reduzida, o que importaria em deixar o trabalhador desempregado e desamparado, atitude que não se compatibiliza com a **função social da empresa**. Assim, ainda que o tipo da doença não acarrete preconceito ou estigma, aplica-se, por analogia, a natureza discriminatória da dispensa” (CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº

Destaque, ainda, para a impossibilidade de demissão por justa causa por força de desídia do empregado, representada por reiteradas faltas ao trabalho, assim fundamentada⁵⁵⁴:

Mais do que a figura capitalista e empreendedora a que estão afetas as pessoas jurídicas empregadoras na atualidade, a norma consolidada, em uma interpretação teleológica, impõe-lhes obrigação das mais relevantes em um conceito social amplo, **a condução da vida profissional de seus subordinados, calcada na efetiva educação e promoção do bem-estar no ambiente laborativo**. Trata-se de **uma das vertentes do princípio da função social da empresa**. Assim, antes de se atingir a situação da quebra de confiança, cabe aos empregadores propiciar oportunidades de ressocialização profissional do empregado desorientado, principalmente quando a atitude imprópria deriva de atrasos e ausência ao trabalho. Nesse contexto, não se presume a desídia, nem se caracteriza a justa causa. (g.n.)

Por fim, em relação à subordinação, identifica-se assertivas como a de que a “ausência de fronteiras claras e precisas à duração do trabalho” que tenderia a gerar jornadas excessivas e extenuantes “esvazia o conteúdo da função social da empresa”⁵⁵⁵. Ou, ainda, que o combate ao assédio moral, como reflexo da tutela da dignidade do trabalhador, “insere-se na função social da empresa, que está obrigada a manter um ambiente de trabalho saudável, no qual deve ser observado o respeito à pessoa do trabalhador”⁵⁵⁶.

Na mesma esteira, vislumbra-se violação à função social da empresa na ausência do registro do empregado em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS)⁵⁵⁷ e no trabalho reiterado aos domingos, em vista da privação do empregado do convívio familiar (entendendo-se, portanto, ser parte da função social da empresa a promoção do convívio familiar)⁵⁵⁸.

0000834-20.2013.5.15.0126. Relator: Lorival Ferreira dos Santos. Campinas, 22 de julho de 2015).

⁵⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000297-60.2014.5.02.0602. Relator: Rovirso A. Boldo. São Paulo, [s.d.].

⁵⁵⁵ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 1000422-88.2013.5.02.0464. Relatora: Maria Isabel Cueva Moraes. São Paulo, 30 de julho de 2015.

⁵⁵⁶ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1002417-14.2014.5.02.0461. Relatora: Andréia Paola Nicolau Serpa. São Paulo, [s.d.].

⁵⁵⁷ “A falta de registro da CTPS, portanto, implica em ofensa à denominada função social da empresa [...]” (CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso ordinário nº 0011523-28.2014.5.15.0017. Relator: João Alberto Alves Machado. Campinas, 28 de abril de 2016).

⁵⁵⁸ CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 00019-2007-131-15-00-5. Campinas, 2008.

A derivação de deveres a partir do princípio da função social da empresa, ressalte-se, é típica da normatividade dos princípios. Alguns dos deveres positivos indicados nos arestos analisados, a propósito, permitem leitura para além das questões patrimoniais e têm conexão direta com a dignidade humana, como a contratação de portadores de necessidades especiais.

Todavia, é sempre mister que se pondere até que ponto ditas funções não poderiam ser melhor desempenhadas mediante o recolhimento de tributos e a devida alocação eficiente dos recursos. Critérios de eficiência voltados justamente ao atendimento do interesse primário da manutenção da empregabilidade poderiam, mediante demonstração econômica, mitigar as obrigações que se deriva comumente do princípio da função social. O instrumental, contudo, não é oferecido pelo paradigma.

Ademais, a expansão demasiada dos sentidos que se enquadram no enunciado normativo *função social da empresa* é sempre fator de risco, na medida em que abre canal para, ao lado de deveres louváveis e compatíveis com parâmetros constitucionais, impor-se ao exercício da atividade empresarial privada funções típicas de Estado.

5.1.1.3 Função social da empresa no direito coletivo do trabalho

Em relação ao direito coletivo do trabalho, destaque-se hipóteses de negativa de homologação de dissídios coletivos por se entender que, malgrado negociados entre os respectivos sindicatos, representariam violações do princípio da função social da empresa, bem como a necessidade de negociação coletiva como mitigação ao direito potestativo à dispensa, se em massa.

No primeiro caso, houve mitigação do direito à manutenção dos planos de assistência médico-hospitalar após o período de doze meses em caso de afastamento por auxílio doença ou acidente de trabalho, ambas hipóteses de suspensão do contrato, nos moldes dos artigos 471 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁵⁹:

O afastamento do empregado em razão de doença não interfere no seu direito à manutenção do plano de saúde, posto que a suspensão

⁵⁵⁹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Dissídio Coletivo nº 1000649-78.2014.5.02.0000. Relatora: Desa. Maria José Bighetti Ordoneo Rebello. São Paulo, 2015.

do contrato de trabalho ocorre tão somente com relação às obrigações principais, prestação do trabalho e salário, permanecendo íntegras a obrigação acessória referente ao plano de saúde, em respeito ao princípio constitucional da função social da empresa.

Impende destacar que o aresto desvela a descrença da Justiça do Trabalho na condução dos sindicatos como representantes efetivos dos interesses dos empregados.

Todavia, sob a perspectiva crítica e sem cogitar dos elementos éticos envolvidos, não se pode ignorar que a superação do conteúdo normativo estipulado em acordo coletivo potencialmente desconstrói seu equilíbrio econômico-financeiro.

Não se afere, assim, o impacto econômico da manutenção de um indivíduo em relação aos custos com o plano dos demais. Independentemente de componentes de justiça social envolvidos na decisão ou mesmo de questões associáveis à responsabilidade social da empresa, importa desvelar, neste ponto, que a decisão não comporta, por definição, análise social, mas individual.

No segundo caso, tem-se a configuração da obrigação de negociação coletiva caso o direito de dispensa seja exercido em massa. Em outras palavras, o direito potestativo de encerrar a relação laboral, normalmente outorgado ao empregador, cede ante o impacto potencial da demissão de um grupo amplo de empregados. Para tanto e visando a equalizar a capacidade fática das partes envolvidas, exige-se a negociação coletiva:

A Negociação coletiva é obrigatória para a dispensa coletiva, capaz de evitar o impacto social de ordem privada e coletiva, com o desvirtuamento da função social da empresa. Prevalência da função social da empresa contra o arbítrio de dispensas massivas e descarga dos seus efeitos na sociedade.⁵⁶⁰

Invocando, igualmente, a função social da empresa, outro aresto assevera que em situações que envolvam demissão massiva “deve-se atentar que, aos princípios do valor social do trabalho, da dignidade humana e da livre

⁵⁶⁰ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Dissídio de Natureza Coletiva nº 10004360420165020000. Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto. São Paulo, 22 de junho de 2016. O dissídio deu-se entre o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão no Estado de São Paulo e a Rádio e Televisão Record S/A.

iniciativa, soma-se a função social da propriedade, que abrange a ideia da função social da empresa”⁵⁶¹.

A questão que não encontra satisfação adequada no contexto do debate dos princípios, porém, é: obriga-se a negociar coletivamente. Negocia-se. Estabelece-se parâmetros para manutenção da empregabilidade, minimizando as demissões. Depois, não se reconhece a validade do acordado, em nome da prevalência, naquela situação concreta, de algum outro princípio, ou mesmo do elastecimento semântico do princípio da função social da empresa.

Nesta esteira, o novo equilíbrio econômico-financeiro da atividade empresarial que se construiu a partir do acordado resta comprometido. Evidencia-se falta de aferição das consequências econômicas da superação de cláusulas negociadas.

Não se trata de defesa cega da prevalência do negociado sobre o legislado (ou sobre a interpretação que se dá ao legislado – vide ponderações acerca de enunciados normativos e normas), mas da necessidade de inserção de elementos de método que permitam a aferição de impacto, até mesmo para melhor proteção social.

A ratio do direito coletivo do trabalho deve ser pensada no contexto das recuperações igualmente. Decisões lançadas coletivamente podem evitar a recuperação ou, no contexto da recuperação, ajustes coletivos podem minimizar custos operacionais, em nome da manutenção da função social da empresa. No entanto, é imperativa a superação da insegurança jurídica derivada da aplicação de princípios com elevadíssimo grau de abstração sem filtros de análise econômica.

5.1.1.4 Recuperação judicial e créditos trabalhistas

Da análise das decisões envolvendo função social da empresa (refletida como *preservação da empresa*) e recuperação judicial na esfera trabalhista, colheu-se em essência as seguintes questões: continuidade das execuções

⁵⁶¹ CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Dissídio Coletivo nº 0006724-22.2016.5.15.0000. Relator: Antonio Francisco Montanagna. Campinas, 19 de dezembro de 2016.

trabalhistas, sucessão na aquisição de unidades produtivas isoladas e expansão do polo passivo nas demandas executivas.

Ao tratar da continuidade das execuções trabalhistas, é comum o cotejo entre o interesse individual do empregado exequente e o interesse coletivo do conjunto dos credores, prevalecendo o segundo. É a *ratio* que se extrai, *e.g.*, do excerto abaixo, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região⁵⁶²:

Há que se observar, ainda, que o direito tem como princípio a prevalência do bem comum sobre o individual. E a adoção de tal procedimento, ou seja, prosseguimento da execução nesta Justiça Especializada, acabaria por inviabilizar o processo de recuperação judicial e, conseqüentemente, a atividade econômica em si, em franca ofensa ao disposto no art. 170 da Constituição Federal. Além disso, possibilitaria que um único credor executasse todos os bens da empresa em detrimento de todos os outros credores, de todas as espécies, que aguardam a percepção de seus créditos no Juízo Universal.

Raciocínio análogo é adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em linguagem de ponderação típica do paradigma dos princípios (ainda que se fale em valores, não em princípios)⁵⁶³:

Nessa esteira, como bem salientado nos julgados acima, são dois valores a serem ponderados: a manutenção ou tentativa de soerguimento da empresa em recuperação judicial, com todas as conseqüências sociais e econômicas decorrentes, inclusive a manutenção dos postos de trabalho e, de outro lado, o prestígio ao pagamento de um único crédito trabalhista em patente violação a todos os outros credores da mesma classe.

Superando a tendência ao reconhecimento da aplicabilidade da norma (assim entendida, igualmente, a interpretação do enunciado normativo) mais favorável ao empregado, assentou-se na jurisprudência trabalhista a posição de que sequer o transcurso do prazo de 180 dias previsto no artigo 6º, *caput* e §4º⁵⁶⁴, ensejaria a automática retomada das execuções individuais. Mesmo,

⁵⁶² SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Agravo de Petição nº 1000079-46.2012.5.02.0232. Relatora: Mércia Tomazinho. São Paulo, 27 de abril de 2016.

⁵⁶³ CAMPINAS. Tribunal Regional Federal da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 0156500-66.2008.5.15.0133. Relatora: Delaíde Miranda Arantes. São Paulo, 13 de janeiro de 2011.

⁵⁶⁴ Art. 6º. [...] § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o **caput** deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

destaque-se, em vista do uso do substantivo *improrrogabilidade* na redação do dispositivo⁵⁶⁵.

Encontra-se, igualmente, jurisprudência consolidada, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, prorrogando a competência do juízo da recuperação judicial à expropriação patrimonial derivada de créditos não sujeitos à recuperação judicial, tendo como norte evitar o risco de falência⁵⁶⁶:

[...] tendo sido deferido o pedido de recuperação judicial, o patrimônio da empresa não poderá ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso do universal, sob pena de comprometer o sucesso do plano recuperatório e de violar o princípio da continuidade da empresa. Desse modo, mesmo que se trate de crédito não concursal, a competência para prosseguir com a execução é do juízo da recuperação judicial. Tal entendimento decorre do pressuposto de que o retorno ou manutenção das execuções perante esta Especializada inviabilizaria a recuperação e precipitaria a falência, o que, de qualquer forma, resultaria na submissão da execução ao Juízo Universal.

Pontualmente, vislumbra-se decisões recentes que não reconhecem sequer a hipótese de expansão da execução ao grupo econômico, nem tampouco a desconsideração da personalidade jurídica, a partir da habilitação do crédito no juízo da recuperação judicial⁵⁶⁷:

[...] encontra-se preclusa a oportunidade para discussão dos temas propostos pela agravante, quais sejam, grupo econômico, sucessão empresarial e desconsideração da personalidade jurídica, pois o procedimento executório se esgotou a partir da determinação de habilitação do crédito no juízo da recuperação judicial, exaurindo-se a competência da Justiça do Trabalho, consoante dispõe o artigo 6º, § 2º, da Lei nº 11.101/2005.

Extrapolando a seara da determinação da competência para processamento da busca de créditos trabalhistas, pode-se apontar, agora em

⁵⁶⁵ “Deferida a recuperação judicial, suspendem-se as execuções individuais contra a empresa requerente por 180 dias (Lei nº 11.101/05, art. 6º, caput, e §4º). Contudo, de acordo com o princípio de preservação da empresa, e a finalidade da atual lei de recuperações e falências, a jurisprudência das cortes superiores, inclusive o Tribunal Superior do Trabalho em decisões recentes, firmou entendimento de que tal prazo comporta flexibilização e seu decurso não implica a retomada automática das execuções, mesmo trabalhistas, porquanto isso inviabilizaria a consolidação e o cumprimento do plano de recuperação judicial” (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso ordinário nº 1000159-73.2012.5.02.0502, Relator: Rafael E. Pugliese Ribeiro. São Paulo, 2016).

⁵⁶⁶ CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Agravo de Petição nº 0012254-90.2016.5.15.0037. Relator: Luiz Roberto Nunes, 02 de maio de 2017.

⁵⁶⁷ CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Agravo de Petição nº 0001462-48.2014.5.15.0037. Relator: José Carlos Abile. Campinas, 09 de agosto de 2016.

debate de mérito, a formação de jurisprudência pacífica quanto ao reconhecimento de que a unidade produtiva isolada alienada nos termos do artigo 60 da Lei nº 11.101/2005⁵⁶⁸ não enseja sucessão trabalhista⁵⁶⁹.

Destaque, neste ponto, para a decisão do E. STF que consolidou a matéria quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF, reconhecendo a constitucionalidade do dispositivo. O trecho do voto do relator é revelador da linguagem do paradigma dos princípios⁵⁷⁰:

[...] não vejo, no ponto, qualquer ofensa direta a valores implícita ou explicitamente protegidos pela Carta Política. No máximo, poder-se-ia flagrar, na espécie, uma colisão entre distintos princípios constitucionais. [...] No caso, o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igualmente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o qual se defrontou. [...] Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a inoccorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade - de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas - em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.

Vislumbra-se, portanto e em síntese, preocupação com a continuidade da atividade empresarial e com a efetiva afirmação de elementos de ordem social (no sentido de transindividual), raramente ponderados na esfera trabalhista quando se trata de empresários ou sociedades empresárias que não estejam em recuperação judicial.

A postura de não intromissão no procedimento, com lançamento da continuidade da execução ao crivo do juízo universal da recuperação judicial é,

⁵⁶⁸Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

⁵⁶⁹"[O] objeto da alienação estar livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor [...]" (SÃO PAULO, Tribunal Regional d Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1000015-88.2013.5.02.0462. Relatora: Thais Verrastro de Almeida. São Paulo, 23 de maio de 2016).

⁵⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 05 de novembro de 2009.

na mesma medida, percepção digna de nota da justiça especializada em questão, na medida em que notadamente pondera não ter condições, à luz de um único caso concreto, de aferir o impacto da alienação de um bem, por exemplo, na viabilidade da continuidade da atividade empresarial.

Em suma, embora não conste explicitamente dos arestos sob análise, resta implícita a identificação, pela Justiça do Trabalho, ao menos na esteira dos arestos analisados, a percepção de que a empresa em recuperação judicial assume uma função social peculiar.

Assim, condutas que em situação empresarial regular (ou seja, fora do contexto da recuperação) implicariam violação à função social da empresa, como o não pagamento imediato de verbas trabalhistas, deixam de ser exigíveis, também em respeito ao princípio, com prevalência de sua face preservacionista, quando perante empresa em recuperação judicial.

Vide que a adequação não está na decisão do mérito em si. Ou seja, na determinação de se alienar ou deixar de alienar bem penhora, por exemplo. Está, contudo, na admissão de que se está diante de fenômeno complexo em que não se sabe de antemão que consequências a decisão favorável à continuidade da execução poderia acarretar à coletividade. A decisão acerta, portanto, ao pressupor que não é conveniente decidir em demanda individual questão com potencial de impacto posta em demanda coletiva, como a recuperação judicial.

5.1.2 Análise das decisões da Justiça Federal

Por conta da competência, as decisões da Justiça Federal envolvendo a função social da empresa são esparsas, em pequeno número e normalmente vinculadas a questões de ordem tributária: possibilidade de penhora eletrônica de ativos monetários, penhora de faturamento, manutenção em parcelamento e, principalmente, a relação entre as execuções fiscais e a recuperação judicial.

5.1.2.1 Penhora online, de faturamento e parcelamentos tributários

Em relação à possibilidade de penhora *online*, prevista como defluência do artigo 655, I, do Código de Processo Civil de 1973 e de maneira explícita no artigo 835, I, do Código de Processo Civil vigente, a incidência do princípio da

função social da empresa foi afastada, entendendo-se desnecessário o esgotamento das demais diligências patrimoniais. O afastamento pautou-se em “ponderação de interesses relevantes, como a efetividade da tutela jurisdicional e o crédito”, na medida em que a “função social da empresa não goza de absolutismo no sistema jurídico e enfrenta a influência de outros valores constitucionais”⁵⁷¹.

Embora a decisão não explicita a fundamentação econômica, atraem imediata atenção a ponderação com valores outros como a efetividade da tutela jurisdicional, cara à calculabilidade e à previsibilidade, bem como a invocação do crédito (também objeto de função social relevante). Todavia, a interpretação da função social da empresa segue restritiva e atrelada unicamente à face de preservação. Toma-se como ínsita e não se pondera, *e.g.*, que o adimplemento às obrigações tributárias é igualmente faceta dela.

Quanto à penhora de faturamento, prevista na ordem preferencial de penhora no Código de Processo Civil de 1973 e no atual, o debate não tange a possibilidade (até por conta da positivação que não é alvo de debate em torno da constitucionalidade), mas a sua extensão.

A extensão tida como adequada, contudo, é variável nas decisões identificadas. Já se decidiu que: (i) “tendo em vista o princípio da função social da empresa, a viabilidade das atividades comerciais/industriais [...], mostra-se razoável a adoção de 10% (por cento) do faturamento líquido da executada”⁵⁷²; (ii) a penhora sobre o faturamento constitui medida excepcional, na medida em que “influi decisivamente no ritmo das disponibilidades financeiras do devedor e pode comprometer o custeio de despesas de primeira necessidade, como o pagamento de salários”, conduzindo à conclusão de que a “adoção do percentual de 5% é razoável e não viola a função social da empresa e o princípio da livre iniciativa”⁵⁷³; (iii) a adoção do percentual de 30% “excede os limites da

⁵⁷¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo Legal em Agravo de Instrumento nº 002932782.2011.4.03.0000/SP. Relator: Des. Antonio Cedenho. São Paulo, 10 de setembro de 2015.

⁵⁷² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo Legal em Agravo de Instrumento nº 000436638.2015.4.03.0000/SP. Relatora: Desa. Mônica Nobre. São Paulo, 22 de fevereiro de 2016.

⁵⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo Legal em Agravo de Instrumento nº 002208021.2009.4.03.0000/SP. Relator: Des. José Lunardelli. São Paulo, 10 de maio de 2012.

razoabilidade e está em discordância com a função social da empresa e o princípio da livre iniciativa”, ensejando-se a redução para 10%⁵⁷⁴.

Por conta da construção argumentativa em franca consonância com as características do paradigma dos princípios, cabe mencionar ainda o aresto abaixo⁵⁷⁵:

No caso concreto, impõe-se uma ponderação entre o princípio da efetividade da execução, o princípio da função social da empresa e o princípio da menor onerosidade. O faturamento se presta à satisfação de diversos passivos até que se chegue ao lucro e, dentre os créditos inclusos no passivo da empresa, encontram-se os salários dos empregados e o pagamento de outros prestadores de serviços que também necessitam dessa verba. Sendo assim, ao fixar o percentual a ser penhorado, o julgador deve ser cauteloso para não inviabilizar a execução da atividade empresarial a ponto de prejudicar terceiros e a própria sociedade de forma indireta.

Note-se que em todos os cenários as variáveis econômicas perpassem a decisão, na medida em que se fazem menção a pagamento de salários e outros credores. As decisões, ainda, valem-se de parâmetros metodológicos compatíveis com o paradigma dos princípios. No entanto, a eficiência da decisão sob perspectiva socioeconômica esbarra na não utilização de metodologia específica de aferição das consequências econômicas do que se decide, bem como de elementos peculiares, como a margem de lucro da atividade do devedor.

A exclusão ou manutenção de sociedades empresárias em parcelamentos também envolve o princípio da função social da empresa em análise de ponderação cuja conclusão foi no sentido de que a exclusão do devedor interessado na manutenção e que age de boa-fé representaria grave violação.

Tome-se⁵⁷⁶:

exclusão da impetrante do programa, com o prosseguimento da execução quanto aos créditos inscritos em dívida ativa, importaria não

⁵⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo Legal em Agravo de Instrumento nº 008437128.2007.4.03.0000/SP. Relator: Des. Antonio Cedenho. São Paulo, 15 de julho de 2011.

⁵⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento - Turma Espec. III - Administrativo e Cível nº 0003846-71.2016.4.02. São Paulo, 12 de fevereiro de 2016.

⁵⁷⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 000389564.2006.4.03.6102/SP. Relatora: Desa. Consuelo Yoshida. São Paulo, 08 de maio de 2014. Outros arestos localizados guardam literalmente a mesma linguagem e a mesma conclusão.

somente prejuízo a mesma, inviabilizando suas atividades, em grave ofensa à função social da empresa, como ao próprio Fisco, que abriria mão do ingresso certo das parcelas mensais, mesmo porque a impetrante demonstrou sua boa fé e a intenção de permanecer no programa quando recolheu as diferenças em atraso.

Prevalece, portanto, na jurisprudência daquela corte, o interesse do empresário, pela função social ínsita à empresa, em detrimento do interesse do fisco quanto à exclusão de programa de parcelamento quando o devedor atua de boa-fé e manifesta concretamente intenção de permanecer. A hipótese de exclusão, *regra*, cede em face da função social da empresa, *princípio*.

5.1.2.2. Execuções fiscais e recuperação judicial

Para além das questões suscitadas, guardam relevância especial para a análise da função social das empresas em crise as decisões que correlacionam as execuções fiscais com a recuperação judicial, sobremaneira em vista do disposto no artigo 6º, §7º⁵⁷⁷, da Lei de Recuperações e Falências, que explicita a sua não submissão aos efeitos do processo de recuperação.

Predomina, nesta esteira, a posição de que, de fato, as execuções fiscais não são suspensas. Todavia, consolidou-se interpretação no sentido de que atos que envolvam alienação de patrimônio da recuperanda são de análise exclusiva do juízo da recuperação.

Noutros termos, “na existência de plano de recuperação, o patrimônio da sociedade fica sujeito a tal plano”, cabendo ao juiz que concedeu a recuperação a avaliação de “quais medidas de constrição e expropriação de bens da executada comprometerão o cumprimento”⁵⁷⁸.

A *ratio* subjacente à decisão é o princípio da função social da empresa:

[...] as sociedades empresárias de forma geral estão submetidas ao princípio da função social da empresa, segundo o qual devem ser implementadas as políticas possíveis para a continuidade da atividade empresarial com vistas à garantir o desenvolvimento socioeconômico do país, bem como a ampla oferta de empregos e a própria existência de tributos.

⁵⁷⁷ Art. 6º [...] § 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

⁵⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0031415-88.2014.4.03.0000. Relatora: Des. Mônica Nobre. São Paulo, 17 de julho de 2017.

Reafirmando e expandindo a orientação, há decisões que negam a possibilidade de o juízo da execução fiscal obrigar o juízo universal a efetuar o depósito dos valores obtidos em eventual leilão judicial de bens junto a si, pois se teria apenas fórmula indireta de alienação por este que, como visto, é vedada⁵⁷⁹.

Destarte, assim como a Justiça do Trabalho, a Justiça Federal, tratando das execuções fiscais, firmou orientação no sentido de que não incumbe ao juízo executivo fiscal a promoção de atos de expropriação, em vista do intuito legal de promoção da recuperação da empresa e da impossibilidade de se aferir, em sede de execução individual, as consequências dos atos expropriatórios em face da pretensão de recuperação.

Em nome do princípio da função social da empresa, adota-se como medida preferencial a paralisação dos atos expropriatórios. A paralisação supera a literalidade do artigo 6º, §7º, da Lei nº 11.101/2005, já citado, na medida em que implica, ainda que por via reflexa, efetiva suspensão do procedimento executivo fiscal.

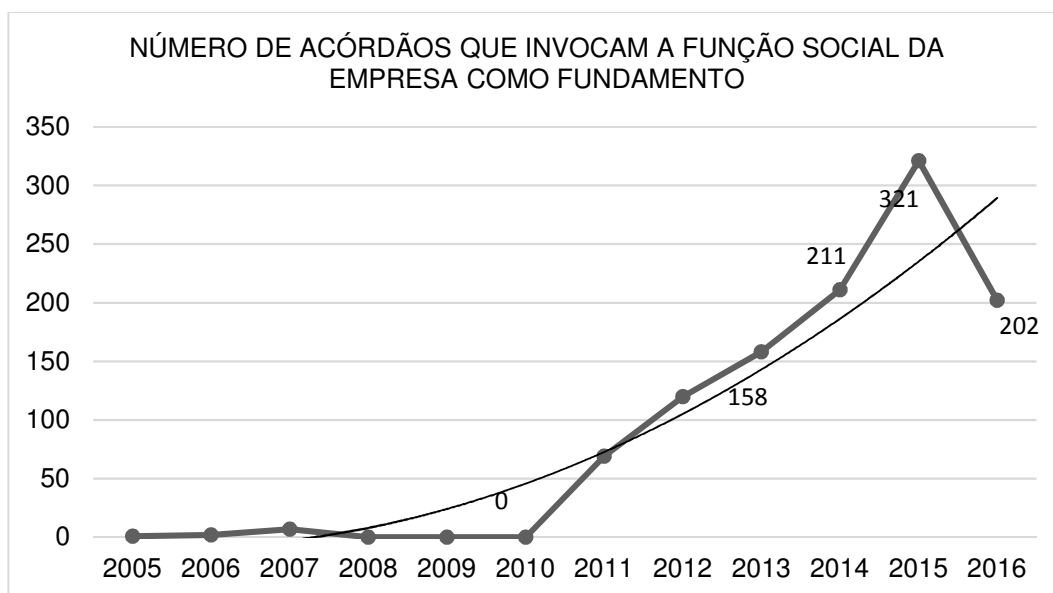
5.1.3 Análise das decisões da competência cível comum

Assumem especial relevância para fins desta análise as decisões oriundas dos tribunais estaduais, na medida em que são os órgãos competentes para a prolação de decisões em segundo grau envolvendo as empresas em recuperação judicial e sua função social.

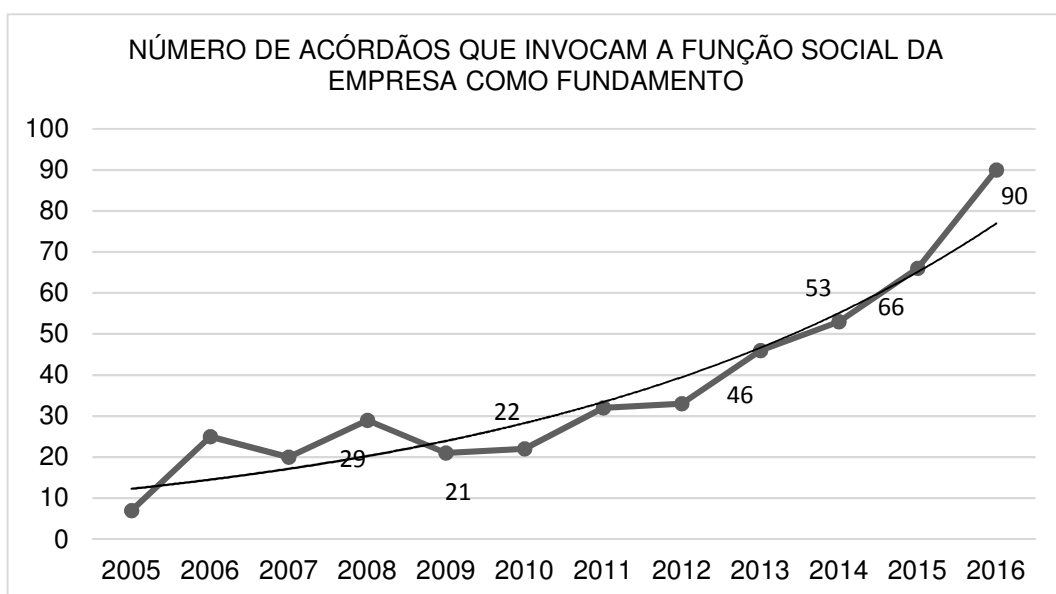
A análise proposta, contudo, não se limita aos julgados derivados de processos de recuperação judicial. Intui-se, a fim de demonstrar a presença de elementos de crise paradigmática, indicar padrões argumentativos na invocação da função social da empresa em múltiplos debates jurídicos, como aqueles envolvendo relações contratuais em geral, relações societárias, além, claro, daquelas que têm como protagonistas empresários ou sociedades empresárias em recuperação judicial.

⁵⁷⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0034171-12.2010.4.03.0000. Relator: Des. Antonio Cedenho. São Paulo, 06 de maio de 2016.

Antes da análise do conteúdo dos arestos, cabe indicar a ocorrência de um padrão crescente e consistente na invocação da função social da empresa como fundamento de decisões judiciais, perceptível no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:



A tendência se mantém nos arestos de 2017, totalizando-se 126 ocorrências até 04 de agosto de 2007 e, a título de grupo de controle, verifica-se igualmente no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, conforme se depreende do gráfico abaixo, com progressão ainda mais consistente:



A manutenção da tendência crescente, portanto, evidencia-se nos dois tribunais analisados, podendo-se destacar apenas a anterioridade, em números, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja leitura quantitativa dá conta de que o princípio da função social da empresa alcançou as decisões daquela Corte antes de alcançar aquelas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Passando à análise das questões decididas com fulcro na função social da empresa, especificamente no âmbito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por recorte metodológico, destaca-se, em primeiro plano, a ampla gama de temas decididos à luz do princípio, que se passa a indicar.

5.1.3.1 Decisões em matéria contratual

Em matéria contratual, para além da função social do contrato em si, a função social da empresa é invocada em múltiplos contextos, com padrões de decisão não necessariamente coerentes.

Nesta esteira, tem-se, em matéria de renovação de locação, quanto ao cumprimento do artigo 71, II, da Lei nº 8.245/1991⁵⁸⁰: (i) determinação de que pequenos inadimplementos, como a não contratação de seguro durante todo o período, por conta de elementos de crise, não impedem renovação contratual, à luz da função social da empresa⁵⁸¹; (ii) que a não contratação de seguro (contra incêndio, no caso) não seria falta leve que pudesse ser relevada à luz da função social da empresa⁵⁸².

Note-se: espécie de direito à existência da empresa é colocado em primeiro plano, averiguando-se qual escala de inadimplemento contratual (que se verificaria à luz do conteúdo do contrato e do artigo citado da Lei de Locações) permitiria que se desconsiderasse a função social da empresa e se permitisse a rescisão.

A aferição do *peso* da inadimplência, todavia, deu-se a partir de critérios que não aventaram elementos de ordem econômica, exceto na construção da

⁵⁸⁰ Art. 71. Além dos demais requisitos exigidos no art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial da ação renovatória deverá ser instruída com: [...] II - prova do exato cumprimento do contrato em curso.

⁵⁸¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento nº 857026-0/8. São Paulo, 04 de agosto de 2004.

⁵⁸² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 882044-0/0. Relator: Des. Manuel Justino Bezerra Filho. São Paulo, 20 de outubro de 2008.

fórmula crise-tolerância do primeiro evento citado: por se estar em hipotético momento de crise econômica (e em hipótese porque o texto do aresto não traz a especificação da crise, sua extensão ou o potencial de atingimento do ramo de atividade em debate), não contratar seguro se justificaria.

Igualmente, ao tratar da renovação ou rescisão de contratos de concessão comercial, a afirmação da função social da empresa já foi invocada para reconhecer abusividade em prazo de rescisão contratual, à vista de se tratar de contrato de prazo comumente duradouro e de relação jurídica complexa⁵⁸³. Por fim e ainda em matéria contratual, tem-se que a função social da empresa não bastaria para ilidir a mora em nome do risco de paralisação da empresa⁵⁸⁴. Em nenhuma das hipóteses, todavia, com efetiva análise de impactos econômicos.

Para além da não incorporação de elementos de leitura econômica nos julgados, identifica-se ainda um padrão em todas as decisões analisadas. Em nenhuma delas houve perscrutação do sentido da função social da empresa. Esta foi, apenas, colhida como ínsita ao exercício da atividade empresarial.

Assim, condutas que potencialmente prejudicariam a continuidade da atividade⁵⁸⁵ tendem a ser tolhidas pelas decisões judiciais, com exceção da última hipótese analisada, que entendeu que a mera invocação da função social da empresa não suplantaria a necessidade de cumprimento contratual (não elidiria a mora).

5.1.3.2 Decisões em matéria societária

Em relação à matéria societária, a função social da empresa ou, mais especificamente, sua violação, foi invocada predominantemente em arestos que debateram a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do ente à luz do artigo 50 do Código Civil⁵⁸⁶.

⁵⁸³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0027389-80.1998.8.26.0114. Relator: Des. Hamid Bdine. São Paulo, 04 de fevereiro de 2014.

⁵⁸⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0153377-11.2011.8.26.0000. Relator: Min. Pereira Calças. São Paulo, 10 de agosto de 2011.

⁵⁸⁵ Em alusão, portanto, à face preservacionista da função social da empresa.

⁵⁸⁶ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações

O predomínio, no período analisado, foi de decisões envolvendo a possibilidade de desconsideração quando presente dissolução irregular da sociedade, que “não seria fraude, mas desvio da função social da empresa”⁵⁸⁷. Ter-se-ia, portanto, na linguagem adotada pelos acórdãos, que a “[d]errocada administrativa e financeira” evidenciaria “notório desvio da função social da empresa”⁵⁸⁸.

Malgrado a posição tenha sido superada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵⁸⁹, a análise da fundamentação, sobretudo do excerto citado, é relevante e reveladora.

Isto porque nele se vincula a proteção da separação patrimonial entre a pessoa física e a pessoa jurídica ao sucesso do empreendimento, na medida em que o não atendimento à função social da empresa configurar-se-ia pela derrocada administrativa e financeira.

Embora a dissolução irregular não possa, em última análise, ser considerada lícita (cabendo igualmente ao Estado propiciar regulamentação que torne a extinção menos penosa do que é), a decisão desconsidera elementos de ordem socioeconômica quanto ao incremento do risco de investimento por se interpretar extensivamente norma restritiva de direitos (no caso, o artigo 50 do Código Civil). Novamente, o elemento de impacto econômico é posto em segundo plano.

Ainda tratando de desconsideração, cabe por fim mencionar contextos em que o princípio da função social da empresa é invocado como fundamento para a superação do princípio da separação de bens: “[p]rincípio da separação

de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁵⁸⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 991.09.055109-6. Relator: Des. Moura Ribeiro. São Paulo, 17 de dezembro de 2009.

⁵⁸⁸ *Ibidem*. A tese da violação da função social da empresa pela dissolução irregular repetiu-se em múltiplos julgados daquela corte, dos quais são exemplo, ano a ano, visando a retratar a constância do posicionamento: (i) Agravo de Instrumento n° 7366591-1, de 30 de julho de 2009; (ii) Agravo de Instrumento n° 990.09.340740-0, de 08 de abril de 2010; (iii) Agravo de Instrumento n° 0249360-37.2011.8.26.0000, de 27 de outubro de 2011; (iv) Agravo de Instrumento n° 0103104-91.2012.8.26.0000, de 13 de setembro de 2012; e (v) Agravo de Instrumento n° 0255706-67.2012.8.26.0000 São Paulo, 31 de janeiro de 2013.

⁵⁸⁹ “A mera insolvência da sociedade ou sua dissolução irregular sem a devida baixa na junta comercial e sem a regular liquidação dos ativos, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica, pois não se pode presumir o abuso da personalidade jurídica da verificação dessas circunstâncias” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1526287/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 26 de maio de 2017).

de bens que não pode se sobrepor ao abuso configurado, devendo-se prestigiar a boa-fé objetiva e a função social da empresa”⁵⁹⁰.

O contexto, embora não declarado, é típico do paradigma: determinado princípio em determinada circunstância concreta é afastado em nome da incidência de outro ou outros princípios, nos moldes já tratados. Há que se destacar, todavia, a ausência de indicação de critérios econômicos na definição da prevalência ou, ainda, a ausência de elaboração da colisão aparente de princípios e da justificação da prevalência de um ou alguns dentre eles.

O direito de retirada, na forma regulada pelo artigo 1.029 do Código Civil⁵⁹¹, também mereceu leitura à luz do princípio da função social da empresa. No contexto decidido, identificou-se que a ausência de notificação prévia impediria o sócio remanescente de tomar medidas voltadas à proteção da função social da empresa⁵⁹². Novamente, identifica-se a função como ínsita: proteger a função social da empresa seria preservar seu potencial de continuidade dando-se prazo razoável para os ajustes necessários pelo sócio que permanece.

A *affectio societatis* também foi objeto de reinterpretação alicerçada no princípio da função social da empresa, em fenômeno que se amolda à transição paradigmática como proposta por Thomas Kuhn. A *affectio* ganhou novo conteúdo porque se tornou elemento inserido em novo paradigma. O desejo de permanecer sócio deu lugar à ponderação de elementos de outras ordens e que extrapolam os interesses das partes que contrataram sociedade.

Nesta esteira, tem-se: “a moderna doutrina comercial, à luz da evolução do conceito de empresa e da releitura de sua função social, reformulou o instituto da *affectio societatis*, que não mais deve ser vista como simples comunhão de interesses privados”, o que justificaria sua superação em nome da manutenção do empreendimento e da preservação da empresa⁵⁹³.

⁵⁹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0016924-79.2012.8.26.0224. Relator: Des. Alexandre Lazzarini. São Paulo, 21 de março de 2013.

⁵⁹¹ Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

⁵⁹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0290868-60.2011.8.26.0000. Relator: Des. Enio Zuliani. São Paulo, 06 de dezembro de 2011.

⁵⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9088386-38.2009.8.26.0000. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. São Paulo, 11 de março de 2014.

A função social da empresa serviu de fundamento, igualmente, à análise de validade de assembleias⁵⁹⁴, asseverando-se que “o princípio da preservação da empresa e a função social desta devem reger não só as falências e as recuperações judiciais”, mas sim estender-se a “todas as circunstâncias empresariais, inclusive os pleitos de anulação de assembleias”⁵⁹⁵.

O aresto citado merece destaque igualmente por ponderar elementos de impacto social e econômico ao definir quanto à anulação ou não anulação da assembleia que aprovou a criação de subsidiária integral⁵⁹⁶:

[...] a empresa tem mais de 2.000 empregados, mantém negócios pendentes com terceiros, possuindo responsabilidades com prepostos. O impacto da anulação da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 31 de março de 2006 ensejaria, obviamente, grande repercussão na vida de todas essas pessoas e na economia local, quiçá, regional.

Todavia, embora digna de referência por se invocar o potencial de impacto social e econômico, bem como a escala possível, entre local e regional, é mister se ter em vista que não se identifica elementos de análise objetiva do impacto, que é invocado intuitivamente ou, quando muito, como máxima de experiência.

O princípio da função social da empresa também fundamental julgados que tratam do exercício da administração de sociedades empresárias. Considere-se: (i) manutenção da então sócia gerente (vigência do Decreto-Lei nº 3.708/1919) no posto em decisão “respaldada no desaparecimento da *affectio societatis*” e “na relevância da função social da empresa”⁵⁹⁷; e (ii) ainda em relação à manutenção de sócio, agora administrador (na vigência do Código Civil de 2002), “mantido o status quo para o bem da função social da empresa” diante

⁵⁹⁴ Com impacto sobre as regras dos artigos 135 e seguintes da Lei das Sociedades por Ações, dedicados às assembleias gerais extraordinárias das sociedades por ações. E, analogamente, em *ratio* que poderia ser aplicada aos artigos 1.072 e seguintes, que regulam as assembleias das sociedades limitadas.

⁵⁹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0001782-59.2008.8.26.0326. Relatora: Desa. Viviani Nicolau. São Paulo, 27 de novembro de 2012.

⁵⁹⁶ Ibidem. Destaque para o uso da empresa em seu perfil subjetivo (“[...] a empresa tem [...]”), colidente com a construção teórica que predominou no direito brasileiro.

⁵⁹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1.872.304/0. Rel. Des. Cesar Lacerda. São Paulo, 05 de março de 2001.

da crise administrativa instalada e considerado ser mais consentâneo com a preservação da empresa e viabilização das atividades a que se destina⁵⁹⁸.

5.1.3.3 Decisões em matéria processual

No tocante às normas processuais, o princípio da função social da empresa é identificado reiteradamente em decisões envolvendo possibilidade e extensão da penhora de bens, sendo mesmo invocado como princípio formatador do próprio direito à penhora⁵⁹⁹.

Quanto à possibilidade de penhora de determinados bens, o debate explora a face preservacionista do princípio da função social da empresa.

Assim, a identificação do risco de dano grave ou de difícil reparação “decorrente do perigo de atos expropriatórios de matéria prima essencial à manutenção das atividades da empresa, com consequentes reflexos econômicos”, bem como de a “inevitável demissão de grande número de funcionários” justificaria a reversão da penhora, em nome da do princípio da preservação da empresa, face do princípio da função social⁶⁰⁰.

Note-se, na lógica subjacente ao julgado, a desconsideração do elemento relevância do crédito para o credor na aferição do cumprimento da função social (implícita na ideia de preservação). Não se pondera o risco de geração de ou agravamento de crise econômica de uma sociedade empresária empresa em nome da preservação de outra⁶⁰¹.

Noutras palavras, desconstitui-se a penhora sem ponderação do impacto social do prejuízo de cada uma, exequente e executada. Não há leitura econômica, ao menos não consciente. Ignora-se, por exemplo, o efeito da

⁵⁹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0155021-52.2012.8.26.0000. Relator: Des. Enio Zuliani. São Paulo, 28 de agosto de 2012.

⁵⁹⁹ “[N]ão se olvidando, outrossim, o princípio informador da penhora vinculado à preservação e função social da empresa”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1280225-0/2. Relator: Des. Julio Vidal. São Paulo, 30 de junho de 2009.

⁶⁰⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 991.09.034991-2. Relator: Des. Soares Levada. São Paulo, 12 de novembro de 2009.

⁶⁰¹ Em sentido semelhante: “MONITÓRIA Cumprimento de sentença Arresto de numerário em conta corrente Inviabilidade, no caso Numerário que destinado ao pagamento de folha salarial e desempenho das atividades normais da devedora Função social da empresa que deve se sobrepôr ao interesse privado da credora” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0255228-93.2011.8.26.0000. Relatora: Desa. Lígia Araújo Bisogni. São Paulo, 14 de dezembro de 2011).

penhora na mentalidade dos sócios, que podem considerar aporte visando a liquidar o débito e, assim, favorecer a preservação da empresa. Logo, não há condições de aferição da eficiência da decisão, mas aplicação intuitiva do princípio. Na dúvida, lança-se os ônus da mora processual ao credor.

Em sentido contrário, porém, já se decidiu que a função social da propriedade e a função social da empresa não pode servir de “arremedo de alvará para o inadimplente atrasar indeterminadamente o cumprimento da obrigação”⁶⁰².

As regras atinentes à ordem legal de penhora, à época positivadas no artigo 655 do Código de Processo Civil de 1973, também podem ser superadas em nome do princípio da menor onerosidade (positivado no artigo 620 do diploma legal citado⁶⁰³), aliado ao princípio da função social da empresa⁶⁰⁴.

No tocante à extensão da penhora efetuada, são recorrentes debates envolvendo a extensão do alcance da penhora de faturamento prevista, que teve previsão legal no artigo 655, VII, do Código de Processo Civil de 1973⁶⁰⁵, replicada no artigo 835, X, do Código de Processo Civil vigente⁶⁰⁶.

Sob este prisma, já se decidiu: (i) ser correta a decisão de penhora sobre o equivalente a 10% do faturamento líquido, em nome do ideal de preservação empresarial derivado do princípio da função social da empresa⁶⁰⁷; e (ii) em sentido distinto que a “alegação de que a penhora coloca em risco a função social da empresa”, que não conseguiria manter-se no mercado, cede em face dos “princípios da efetividade da Justiça e resposta judicial célere no cumprimento de sentença”⁶⁰⁸.

Por um lado, a primeira decisão, que traz prefixação do faturamento alcançável pela penhora, não explicita raciocínio econômico em concreto sobre

⁶⁰² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 994.09.319939-7. Relator: Des. Costabile e Solimene. São Paulo, 25 de fevereiro de 2010.

⁶⁰³ Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

⁶⁰⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo Regimental nº 0214623-71.2012.8.26.0000. Relator: Des. Virgílio de Oliveira Júnior. São Paulo, 28 de janeiro de 2013

⁶⁰⁵ Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: [...] VII - percentual do faturamento de empresa devedora [...].

⁶⁰⁶ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: [...] X - percentual do faturamento de empresa devedora; [...].

⁶⁰⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0025801-64.2013.8.26.0000. Relator: Des. Moura Ribeiro. São Paulo, 14 de março de 2013.

⁶⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0191682-30.2012.8.26.0000. Relator: Des. Caetano Lagrasta. São Paulo, 20 de março de 2013.

a atividade e suas margens, por exemplo. Nem tampouco pondera o elemento social quando desconsidera qual a relevância do crédito frente à função social da empresa credora.

Por outro, a decisão que ignora o elemento de preservação e determina que o célere cumprimento da sentença deve prevalecer, independentemente dos riscos à continuidade da empresa derivados da penhora, desconsidera elementos de ordem socioeconômica e pode forçar movimentos defensivos por parte da devedora socialmente mais nefastos, como o pleito prematuro de recuperação judicial visando à suspensão das demandas executivas prevista no artigo 6º da Lei nº 11.101/2005.

As situações representam polarização, ora favorecendo o credor de maneira direta, ora enfatizando o devedor em nome da preservação da atividade econômica. Em nenhuma das hipóteses, porém, se afere o impacto econômico do inadimplemento.

A polarização do debate é semelhante àquela identificada quando se constrói um parâmetro para a recuperação de empresas. Privilegia-se credor ou devedor, sem efetiva análise de critérios de eficiência socioeconômica, imprescindíveis à luz dos custos derivados da recuperação, apontados no primeiro capítulo, atinentes aos credores, ao devedor e às partes relacionadas.

Destaque, ainda, para decisão atinente à determinação da competência territorial, objeto dos artigos 94 e seguintes do então Código de Processo Civil de 1973⁶⁰⁹:

Se o poupador sempre negociou sem entraves suas aplicações pecuniárias na agência do banco devedor, é ali que a instituição deve ser chamada a juízo, porque tentar exigir do cliente sua citação na sua sede fere a função social da empresa que não pode esquecer que na outra ponta da relação está um ser humano que precisa ser tratado com dignidade.

Sem tocar o mérito da decisão, o aresto é outro indicativo da extensão que se deu ao princípio da função social da empresa: a determinação do foro competente por foro de eleição violaria a função social da empresa.

⁶⁰⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0031441-19.2011.8.26.0000. Relator: Des. Moura Ribeiro. São Paulo, 27 de março de 2011.

O excerto inspira ao menos duas reflexões críticas. Em primeiro lugar, que a questão não dependeria da invocação do princípio, mas poderia ser dirimida à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Em segundo lugar, que questões como a determinação do foro onde devem fluir os litígios envolvendo determinados negócios jurídicos podem ser consideradas na precificação do negócio e sua violação pode ter potenciais efeitos deletérios em escala, perspectiva que a não consideração de elementos de leitura econômica não permite visualizar.

5.1.3.4 Outras matérias

Para além das esferas já analisadas individualmente, cabe indicar decisões atinentes a outras matérias, sempre visando a destacar a expansão de conteúdo do princípio da função social da empresa a partir de sua percepção como norma e da ocorrência dos fenômenos descritos no capítulo quarto.

Nesta esteira, tem-se a obrigação da manutenção de atividade bancária em posto de atendimento municipal, pleiteada pelo próprio município, ainda que deficitária a unidade, por ser a única, durante período preestabelecido, visando ao atendimento ao princípio da função social da empresa⁶¹⁰.

Igualmente, em debate atinente ao registro de endereços eletrônicos, “[o]bservância das regras da Lei de Propriedade Industrial para privilegiar que o comércio eletrônico se desenvolva de acordo com as funções sociais da empresa produtiva”⁶¹¹.

Na seara do Direito Administrativo, destaca-se decisões em relação ao instituto da desapropriação. Identifica-se em múltiplos arestos a aplicação do princípio da função social da empresa como fundamento legal para prévio depósito do valor correspondente ao fundo de comércio. Nesta esteira, a

⁶¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 657.926-5/0-00. Relator: Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. São Paulo, 14 de maio de 2007. Do acórdão se extrai: “Não se pode obrigar uma instituição bancária a manter posto de atendimento eventualmente deficitário operando em algum lugar, mas é razoável esperar dela que colabore com os usuários de seu serviço fixando um prazo que possibilite alguma alternativa e que não implique surpresa descabida e falta de tempo mínimo para alguma medida substitutiva”.

⁶¹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 551.500-4/0. Relator: Des. Enio Zuliani. São Paulo, 31 de janeiro de 2008. Do voto se extrai: “O endereço eletrônico correspondente a um serviço, a certa marca ou a um nome será defendido a quem dele faz jus, para que a função social do acesso eletrônico atinja o seu desiderato”.

desapropriação “deve atender a função social da empresa possibilitando que esta, essencial ao desenvolvimento da sociedade continue a gerar renda e emprego”, devendo o valor do depósito prévio ser determinado por estimativa⁶¹².

A mitigação da complexidade burocrática envolvendo a regularização de imóveis junto aos órgãos competentes visando a possibilitar o início do exercício da atividade econômica também é vista como forma de dar concretude à função social da empresa.

Sob esta ótica, determinou-se que a relativização das obrigações para regularização do estabelecimento representaria afirmação do “[p]rincípio constitucional da livre iniciativa que se sobrepõe ao desarrazoado exercício do poder de fiscalização”, ensejando a [n]ecessidade de observância do princípio da função social da empresa⁶¹³.

Guardam a mesma orientação de preponderância da função social da empresa em face da administração pública julgados que determinaram a flexibilização de exigências para fins de inscrição estadual em face de pendências tributárias de sócio, tudo em nome de “prestigiar-se a função social da empresa, geradora de riquezas, empregos e arrecadação, fundamental para o desenvolvimento econômico de uma nação capitalista”⁶¹⁴.

No tocante ao inadimplemento em contratos fornecimento de água, há decisões que afirmam não ser adequada a interrupção pelo não pagamento “uma vez que as normas legais e administrativas aplicáveis não podem ser consideradas sem observância do princípio da função social da empresa”⁶¹⁵.

⁶¹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 873.258-5/7. Relator: Des. Antonio Malheiros. São Paulo, 29 de setembro de 2009. A decisão encontra reiteração em outros arestos daquele tribunal, como os dos autos de: (i) Agravo de Instrumento nº 990.10.414615-1, de 26 de outubro de 2010; (ii) Agravo de instrumento nº 0281316-08.2010, de 01 de março de 2011; (iii) Agravo de Instrumento nº 0000450-26.2012.8.26.0000, de 19 de junho de 2012; e (iv) Agravo de Instrumento nº 2017114-64.2013.8.26.0000, de 1º de abril de 2014.

⁶¹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2003194-86.2014.8.26.0000. Relator: Des. Marrey Uint. São Paulo, 10 de junho de 2014.

⁶¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0198382-22.2012.8.26.0000. Relator: Des. Marrey Uint. São Paulo, 13 de novembro de 2012. A decisão foi reiterada em outros julgados, dos quais são exemplo: (i) Agravo de Instrumento nº 0255818-36.2012.8.26.0000, de 6 de fevereiro de 2013; (ii) Apelação nº 0017900-47.2012.8.26.0625, de 18 de agosto de 2015; e (iii) Apelação nº 1001672-76.2014.8.26.0053, de 03 de março de 2015.

⁶¹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0100878-50.2011.8.26.0000. Relator: Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. São Paulo, 25 de julho de 2011.

Quanto aos parcelamentos tributários, assim como a Justiça Federal, a Justiça Estadual traz arestos que favorecem a manutenção. Neste sentido, decidiu-se que o descumprimento de requisito tido como pouco relevante (adimplemento em parcelamento anterior) é desconsiderado por ser “bem menos importante, comparado os benefícios que advirão do parcelamento em questão, que propiciará a manutenção do impetrante e sua função social”, uma vez que assim se estaria “empregando pessoas e famílias”⁶¹⁶.

No âmbito da responsabilidade civil, mesmo em contexto consumerista, a redução do *quantum* de indenização representou efetivação do princípio da função social da empresa em aresto que compreendeu o montante fixado como exorbitante e determinou que “não pode ser entendida como quebra do exercício da atividade empresarial”, à vista da “função social da empresa que deve ser preservada”⁶¹⁷.

Embora não carregue fundamentação econômica, a decisão parametriza interesses de maneira ímpar, na medida em que se dá favoravelmente ao fornecedor (na medida em que a questão posta tratava de Direito do Consumidor), em detrimento do consumidor e ponderando impactos sociais da fixação de uma indenização em montante tido como vultoso em relação ao porte da empresária-fornecedora.

Por fim, em matéria concorrencial se pode identificar acórdão que explicita a complexidade que a expansão semântica trouxe ao princípio da função social da empresa, sobremaneira em contexto de questões que atraem a incidência de mais de um princípio.

Em debate envolvendo potencial violação a normas concorrenciais, declarou-se que “[t]êm as empresas uma função social, não devendo apenas concentrar-se nos lucros, mas visando contribuir com a vida em sociedade, proporcionando produtos que atendam às necessidades dos consumidores”. Nesta esteira, considerando que não haveria colisão com marca diversa, a oferta dos produtos deveria ser mantida, porque “visa ao bem comum (faz parte da

⁶¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0130235-07.2013.8.26.0000. Relator: Des. Francisco Bianco. São Paulo, 11 de novembro de 2013.

⁶¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1102762-83.2014.8.26.0100. Relatora: Desa. Rosangela Telles. São Paulo, 13 de setembro de 2016.

função social da empresa), princípio maior que convive e se sobrepõe à livre concorrência de mercado”⁶¹⁸.

Note-se que, ainda que à primeira vista a oferta majorada de produtos seja geradora de benefícios sociais, o princípio da livre concorrência foi afastado em nome da função social da empresa, tida como preponderante *prima facie* em face do primeiro, em juízo analítico incompatível com o paradigma dos princípios (que os considera horizontalmente, sem hierarquização apriorística) e sem efetivação de análise econômica, dando margem a comportamentos oportunistas.

5.1.3.5 Decisões envolvendo recuperação judicial

A análise de decisões da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal permitiu identificar que na esfera da recuperação judicial suas principais manifestações dão-se no sentido de remeter o mérito das decisões que tocam o patrimônio da recuperanda ao juízo universal da recuperação, em nome da função social da empresa. Portanto, a este incumbe perquirir o respeito ou desrespeito à função social, donde emana a relevância da análise de suas decisões.

Em relação à penhora de bens em contexto das execuções não suspensas, como as execuções fiscais, adota-se o parâmetro já descrito na jurisprudência da Justiça Federal. Nesta esteira, mitiga-se a ordem legal de penhora, a fim de evitar “atos constritivos capazes de obstar o plano de recuperação judicial em vigor”, o que impede medidas constritivas como “penhora ‘on line’, arresto de bens, penhora de ativos financeiros” porque “não se coadunam com o princípio da função social da empresa em recuperação judicial”⁶¹⁹.

⁶¹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0208774-17.2009.8.26.0100. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. São Paulo, 11 de fevereiro de 2015.

⁶¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2081354-28.2014.8.26.0000. Relator: Des. Marrey Uint. São Paulo, 4 de novembro de 2014. No mesmo sentido: “A qualidade de empresa em recuperação judicial não é, por si só, causa legal de suspensão. No entanto, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, pelo Juízo da execução, enquanto for mantida essa condição, submetendo-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o seu patrimônio social” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2194441-88.2016.8.26.0000. Relator: Des. Ponte Neto. São Paulo, 19 de outubro de 2016).

Também na esteira da *ratio* das decisões da Justiça Federal, os acórdãos analisados formaram jurisprudência quanto à inviabilidade de atos executivos, nas execuções fiscais, que reduzam o patrimônio da recuperanda, eis que de competência do juízo universal⁶²⁰:

A qualidade de empresa em recuperação judicial não é, por si só, causa legal de suspensão. No entanto, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, pelo Juízo da execução, enquanto for mantida essa condição, submetendo-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o seu patrimônio social.

Identifica-se, ainda, decisões que avaliam a hipótese de destituição de administradores da sociedade empresária em recuperação judicial, visando a um melhor atendimento à função social da empresa.

Nesta esteira, asseverou-se: “[a]utonomia empresarial excepcionada na recuperação judicial e falência, hipótese em que ganha destaque a função social da empresa, desde que presentes os requisitos necessários”⁶²¹.

Mesmo à luz da assertiva, a decisão fez prevalecer, em lógica de conflito de princípios, o que alcinhou princípio da intervenção mínima do Estado, na medida em que é permitido ao agente econômico “escolher seus administradores, pois são eles que escolherão as estratégias de mercado que conduzam ao resultado almejado, suportando igualmente eventuais prejuízos por suas decisões”⁶²².

A colisão entre os princípios da função social da empresa e da mínima intervenção do Estado aparece descrita igualmente no excerto abaixo⁶²³:

O princípio aparece assim descrito em outro aresto: Enfim, vige no direito empresarial o princípio da intervenção mínima do Estado, que está autorizado a agir de forma definitiva somente em situações extremas, tais como na recuperação judicial ou falência (Lei n. 11.101/05), hipótese em que ganha destaque o princípio da função social da empresa.

⁶²⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2171787-10.2016.8.26.0000. Relator: Des. Ponte Neto. São Paulo, 26 de outubro de 2016.

⁶²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2209617-44.2015.8.26.0000. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 11 de abril de 2016.

⁶²² Ibidem.

⁶²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0240465-87.2011.8.26.0000. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 15 de maio de 2012.

A racionalidade subjacente aos excertos citados explicita um ciclo de transição relevante para a identificação de função social distinta para a empresa em recuperação judicial.

Enquanto a situação empresarial é regular, assim entendida aquela da empresa que não se encontra em recuperação judicial, vale a mínima intervenção. Prevalece a liberdade de iniciativa quando em conflito aparente com a função social da empresa.

Quando, porém, o quadro se inverte e a sociedade empresária passa a estar sob os efeitos de um processo de recuperação judicial, a liberdade de iniciativa perderia densidade e a função social da empresa prevaleceria.

No entanto, ainda que o paradigma dos princípios permita a construção desta racionalidade, não dispõe de ferramental metodológico apto a identificar fórmulas econômicas eficazes de adensamento do princípio da função social da empresa. Afirmar sua prevalência sem cuidar de seu sentido é inócuo.

Seguindo a análise dos julgados, a preocupação com a preservação da empresa, antes que do empresário (vide ponderações acima), importou imposição de aceitação de condições por terceiros em situação de alienação de unidade produtiva isolada envolvendo companhia aérea, com fulcro no artigo 1.148 do Código Civil⁶²⁴, lido à luz da função social da empresa⁶²⁵:

Transferência dos contratos de concessão celebrados com a companhia aérea e os direitos relacionados com os "Slots" e "hotrans". Inteligência do art. 1.148, do Código Civil. Legalidade da previsão do plano que inclui a transferência dos "Slots" e "hotrans", que, apesar de não integrarem, na acepção técnica, os ativos da companhia, são relevantes para a obtenção de um maior valor na alienação do

⁶²⁴ Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

⁶²⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 994.09.316372-9. Relator: Des. Pereira Calças. São Paulo, 26 de janeiro de 2010. Dando mostras do potencial para decisões discrepantes, a ponderação entre o interesse público na recuperação e o interesse público dos usuários dos serviços aéreos ensejou decisão em sentido oposto pelo Superior Tribunal de Justiça: "A eventual alienação judicial de slots juntamente com parte da empresa Pantanal Linhas Aéreas S.A., em recuperação judicial, pode causar grave lesão à ordem e à economia públicas, afetando negativamente a competência da ANAC, a quem cabe gerir o transporte aéreo privado mediante o controle de linhas, horários de decolagem e de pouso, preços de passagens e outros, evitando monopólios e abusos de empresas e sempre preservando os direitos dos usuários do serviço de transporte aéreo" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Agravo Regimental na Suspensão Liminar de Sentença 1161/SP. Relator: Min Cesar Asfor Rocha. Brasília, 03 de março de 2010).

estabelecimento. União Federal e Anac devem cumprir o princípio constitucional da preservação da empresa que decorre da função social da empresa (art. 170, III, CF).

Impende salientar que a interpretação à luz do princípio da função social da empresa do disposto no artigo 1.148 mitigou o direito dos terceiros de rescisão dos contratos em questão (União Federal e Agência Nacional de Aviação Civil), tudo em nome da maximização dos ativos na alienação do estabelecimento.

O princípio também salvaguarda interpretação restritiva em relação ao período de supervisão previsto no artigo 61 da LRF⁶²⁶, no qual o descumprimento enseja a convalidação da recuperação em falência. Nesta esteira, em recuperação judicial que envolveu reiteradas modificações do plano posteriores à concessão, estas não teriam o condão de ampliar o período de supervisão, que deve ser contado da decisão concessiva.

Decidiu-se que, estando a recuperanda “em plena atividade”, o “princípio da função social da empresa deve ser observado”⁶²⁷, em benefício dos credores, da pleiteante da recuperação e de seus empregados. Restaria aos credores a adoção dos caminhos previstos nos artigos 62 e 94 da Lei nº 11.101/2005⁶²⁸, com a execução específica ou o pleito de falência em autos próprios, respectivamente.

A decisão pode ser criticada por sua artificialidade. Se o descumprimento se deu, remeter seu reconhecimento a novo pleito falimentar ou execução específica pode ser visto, em última análise, como mera postergação de uma falência inevitável.

Todavia, coaduna-se com a leitura que se faz do princípio da preservação da empresa no paradigma: havendo margem para sentidos

⁶²⁶ Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. § 1º Durante o período estabelecido no **caput** deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

⁶²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2070046-24.2016.8.26.0000. Relator: Des. José Roberto Furquim Cabella. São Paulo, 2 de dezembro de 2016.

⁶²⁸ Art. 62. Após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 desta Lei.

distintos, prestigia-se aquele que melhor atende à preservação da atividade, independentemente de leitura de longo prazo.

A racionalidade indigitada aplica-se igualmente à tolerância quanto à duração da recuperação, tornando letra morta o prazo de 180 dias do artigo 6º, §4º, da Lei nº 11.101/2005. O prazo que a literalidade dizia improrrogável se torna “prazo que admite prorrogação”, desde que não se esteja diante de “conduta desidiosa da empresa em recuperação judicial”⁶²⁹.

A decisão, que é representativa da jurisprudência daquele tribunal e que tem amparo igualmente nas cortes superiores, em certo sentido torna os ônus da mora processual⁶³⁰ imputáveis unicamente aos credores, sempre presumindo que prevalece a função social da empresa recuperanda e sem juízo de impacto da função social das demais.

A postura é reflexo da clássica polarização de interesses entre credores e devedores, sem foco em eficiência em sentido mais amplo. Parte da crítica que se fazia às antigas concordatas, aliás, era a própria duração demasiada. A prática tem demonstrado que a interpretação prevalecente do princípio da função social da empresa, consubstanciada em evitar a falência a todo custo, tem feito com que os processos se prolonguem por anos e o chamado *stay period* se estenda igualmente.

No entanto, o "*stay period* que visa à preservação da unidade produtiva, em benefício dos credores e das recuperandas"⁶³¹, prolongado indefinidamente ou, ainda que encerrado formalmente, arrastado de forma velada mediante a impossibilidade de expropriação de bens em nome da organização da recuperação, acaba por gerar potencial desvalorização dos ativos da recuperanda, ainda que em discurso se proponha a protegê-los.

Por fim, cabe tratar das decisões que indicam que, malgrado reconhecida a incidência do princípio da função social da empresa, este não pode ser invocado “para justificar de forma ampla, abstrata e ilimitada, a

⁶²⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 2052520-10.2017.8.26.0000. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. São Paulo, 18 de agosto de 2017.

⁶³⁰ Não raro favorecida pela existência do processo de recuperação judicial, como se apontou acima quando da análise de impacto de procedimentos de alta complexidade em varas com menor estrutura, sobremaneira de entrâncias iniciais e intermediárias ou até mesmo finais em localidades sem vara especializada em falências e recuperações.

⁶³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 2044405-97.2017.8.26.0000. Relator: Des. Cesar Ciampolini. São Paulo, 16 de agosto de 2017.

manutenção da empresa que, em recuperação judicial, ostensivamente não cumpre as obrigações assumidas no plano”⁶³².

Neste contexto, ainda que a Assembleia Geral de Credores decida por oportunizar modificações ao plano, na *ratio decidendi* adotada, a falência é medida que se impõe como obrigação do magistrado, se a ocorrência se der no biênio da supervisão judicial. Faz-se prevalecer o direito do credor individual em detrimento da empresa e em detrimento da própria decisão da coletividade dos credores.

A racionalidade subjacente vem literalmente descrita em outro aresto⁶³³:

O princípio da preservação da empresa, pedra angular da Lei nº 11.101/2005, que decorre do princípio constitucional da função social da propriedade e dos meios de produção, denominado pela doutrina de "função social da empresa", não pode ser invocado para justificar de forma ampla, abstrata e ilimitada, a manutenção da empresa que, em recuperação judicial, ostensivamente, não cumpre as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial ou sequer encontra-se em atividade.

Explicitando, igualmente, as limitações à invocação do princípio da preservação da empresa, identificou-se aresto que destaca que o “instituto da recuperação judicial, criado à luz do princípio da função social da propriedade e dos meios de produção (função social da empresa)” guarda como escopo “propiciar à empresa em momentânea dificuldade financeira meios para continuar a atividade empresarial, e, por consequência, a geração de empregos, manutenção de salários e circulação de bens e serviços”. Todavia, não permite ao devedor “ludibriar seu credor”, nem pretende “institucionalizar o calote”⁶³⁴.

Todavia, prevalecem orientações no sentido da soberania dos credores, em assembleia, para a determinação da extensão da novação das obrigações

⁶³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0114685-06.2012.8.26.0000. Relator: Des. Pereira Calças. São Paulo, 30 de outubro de 2012.

⁶³³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0113984-45.2012.8.26.0000. Relator: Des. Pereira Calças. São Paulo, 30 de outubro de 2012. Foi igualmente a orientação literal do aresto que denegou a reversão da falência da VASP, em 2009 (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 601.295.4/1-00. Relator: Des. Pereira Calças. São Paulo, 05 de maio de 2009).

⁶³⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0075616-64.2012.8.26.0000. Relator: Des. Teixeira Leite. São Paulo, 13 de novembro de 2012.

submetidas aos efeitos da recuperação, não cabendo controle de legalidade em face do deságio, do prazo de pagamento ou da forma de correção⁶³⁵.

Considerando os julgados citados em conjunto, a função social atrelada à recuperação judicial tem como discurso mais presente aquele que a toma como ínsita à atividade empresarial. O exercício da atividade econômica organizada, nesta toada, representa o desempenho de uma função social e esta função social enseja a preferência pela preservação da empresa.

Para tanto, tende-se a relativizar o sentido de normas tidas como restritivas dos direitos da recuperanda. Assim, evitou-se a destituição de administradores e expandiu-se o prazo de suspensão das ações propostas em face da sociedade empresária em estado de recuperação judicial, sempre promovendo releitura da regra a partir dos princípios, isoladamente ou em conflito.

As diversas análises de conflito de princípios indicadas, porém, mesmo decidindo questões com amplo potencial de impacto econômico, não se valem de ferramentas de análise econômica, limitando-se aos instrumentais proporcionados pela linguagem jurídica tida como científica no âmbito do paradigma dos princípios.

Outrossim, a função social da empresa sempre é vista a partir da empresa em crise. Não se pondera a função social da empresa desempenhada pelas sociedades empresárias relacionadas.

Lance-se exemplificativamente a hipótese de empresa que tenha risco elevado de crédito vinculado à recuperação judicial que se alonga para muito além do prazo de 180 dias previsto no artigo 6º, §4º, da Lei nº 11.101/2005. De que forma o sistema protege sua função social? Como se delimitam os âmbitos da função social da empresa em recuperação e da empresa que não está em recuperação? Qual o fundamento da proteção preferencial de uma em detrimento da outra?

⁶³⁵ Por todos: “Aprovação pela maioria dos credores em assembleia designada para tal fim. Impugnação. Deságio (75%). Não obstante seja expressivo o deságio ajustado, não há restrição na Lei acerca do percentual e a jurisprudência do Tribunal mostra que deve ser garantida a soberania da deliberação dos credores manifestada em Assembleia” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 2241107-50.2016.8.26.0000. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. São Paulo, 18 de agosto de 2017).

A invocação do princípio da função social da empresa e a correlata necessidade de sua preservação não trazem elementos *a priori* que permitam aferir a eficiência socioeconômica das interpretações atribuídas aos dispositivos nas decisões analisadas. O paradigma dos princípios, com as características enunciadas, não é capaz de subsidiar respostas adequadas a partir de seus elementos.

A ponderação de princípios por si não permite determinar a adequação ou inadequação de decisões como a de nova prorrogação na suspensão das execuções individuais, o abuso de direito de voto, dentre outras e, nisto, configura-se a crise do paradigma no tocante ao sentido da função social da empresa aplicado à empresa em recuperação judicial.

5.1.4 Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça

Por fim e por conta da posição que ocupa no ordenamento jurídico, cabe analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que tange à função social da empresa.

Para além das questões atinentes à função social da empresa aplicada à empresa em recuperação judicial, destacam-se posições que afirmam a necessidade de respeito diferenciado à autonomia privada na esfera do Direito Empresarial, que tem também como fundamento a o princípio da função social.

Dispõe-se, nesta esteira que “[e]fetivamente, no Direito Empresarial, regido por princípios peculiares, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa” se verifica que “a presença do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado”⁶³⁶.

Na mesma esteira, já se decidiu que a intervenção judicial nos contratos regidos pelo Direito Empresarial sobre “eventuais cláusulas abusivas” é tido como “restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em

⁶³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.158.815 - RJ (2009/0195426-0). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 17 de fevereiro de 2012.

decorrência de prevalência da livre iniciativa, do *pacta sunt servanda*, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado”⁶³⁷.

A diretriz favorece a liberdade de iniciativa, na medida em que valoriza a autonomia privada, embora não traga conceituação específica da função social da empresa. Não fica claro em que extensão deriva do princípio da função social da empresa e não dos demais princípios a ela somados (a livre iniciativa, a livre concorrência e o *pacta sunt servanda*) a preferência pela manutenção intacta dos contratos empresariais.

Na seara societária, merece destaque aresto que põe em tela a interpretação focada na preservação da empresa quando da análise do texto do artigo 1.026 do Código Civil⁶³⁸.

Embora o dispositivo aparentemente traga alternativas, a incidência do princípio da função social da empresa, traduzido no escopo de sua preservação, indica a necessidade de restrição na “adoção de solução que possa provocar a dissolução da sociedade empresária e maior onerosidade da execução”, uma vez que “a liquidação parcial da sociedade empresária, por débito estranho à empresa, implica sua descapitalização, afetando os interesses dos demais sócios, empregados, fornecedores e credores”⁶³⁹.

Portanto, cabe ao credor sempre buscar em primeiro lugar a penhora do lucro que potencialmente couber ao sócio na sociedade para, tão somente na ausência deste, à luz dos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa, poder buscar a dissolução parcial⁶⁴⁰.

Fazem-se presentes igualmente decisões de confirmação, por conta da barreira à cognição recursal proposta pela Súmula 7 daquela Corte, em relação à extensão da penhora de faturamento, já tratada em sede de análise de arestos da Justiça Federal. Nesta seara, tem-se a confirmação de que tanto o percentual

⁶³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.535.727/RS. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 20 de junho de 2016.

⁶³⁸ Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação. Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.

⁶³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1284988/RS. Brasília, 09 de abril de 2015.

⁶⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1346712/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de março de 2017.

de 5%⁶⁴¹ quanto o de 10%⁶⁴² respeitam a função social da empresa, por não comprometer a continuidade de suas atividades⁶⁴³.

5.1.4.1 Função social da empresa e recuperação judicial no STJ

Por fim e por força da projeção nacional das decisões, muitas delas, aliás, alicerce de outros arestos citados nos tópicos anteriores, cabe analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça que analisam a função social da empresa em procedimentos de recuperação judicial.

Destaque inicial para as diversas decisões atinentes a conflitos de competência com a Justiça do Trabalho. Nesta esteira, uma das primeiras situações avaliadas pelo Superior Tribunal de Justiça foi a manutenção, pelo juízo trabalhista, dos atos expropriatórios mesmo após a aprovação do plano, por entender que os empregados não poderiam ficar reféns da recuperação judicial.

Ante a circunstância, a posição foi de prevalência das normas de recuperação, em nome do princípio da função social da empresa⁶⁴⁴:

O escopo da recuperação, como afirmado alhures, é a preservação da sociedade empresária, a manutenção da fonte produtora, em benefício dos trabalhadores não dispensados, da arrecadação de impostos, dos próprios credores, da manutenção de empregos indiretos e de outros beneficiados com a atividade econômica, em resumo, a busca de cumprimento da função social da empresa. Para tanto, se faz imprescindível que a *vis attractiva* do juízo universal, idealizada para os casos de falência, seja aplicável, em sua plenitude, também à recuperação judicial.

O julgado citado assume relevância especial por se tratar de uma das primeiras decisões daquela corte no contexto da Lei nº 11.101/2005, traduzindo verdadeiro voto de fé em face da nova legislação. É o que se depreende de excertos como:

⁶⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1659692/RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 30 de junho de 2017.

⁶⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1588496/SP. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 19 de dezembro de 2016.

⁶⁴³ Em relação a este ponto, remete-se às críticas apresentadas anteriormente quanto aos métodos de fixação tabelada dos percentuais de faturamento que podem ser atingidos pela penhora sem comprometimento da função social da empresa.

⁶⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 73.380 – SP. Relator: Min. Helio Quaglia Barbosa. Brasília, 21 de novembro de 2008.

“[e]nquanto não se atinja grau suficiente de segurança, com vista à factibilidade do equilíbrio entre os interesses em jogo, dentro da realidade do contexto judiciário, parece de rigor a opção pela confiabilidade do novel instituto da recuperação, não se lhe impondo embaraços, estorvos ou tribulações pontuais, que abstraíam o foco do objetivo central das novas regras, em prol do acoroçoamento de interesses particularizados, conquanto merecedores de guarida, todavia, a tempo e hora, em sintonia com o princípio maior da razoabilidade.

Sobreleva expender que as primeiras decisões que atingiram aquela Corte em matéria de conflito de competência ponderaram argumentação de ordem prática, normalmente não vinculada à formação dos discursos no paradigma dos princípios.

Foi sob esta ótica que se decidiu, *e.g.*, que a clareza dos dispositivos do artigo 6º, §4º e §5º, da Lei nº 11.101/2005, escondia elemento de ordem prática intransponível: “a incompatibilidade entre as várias execuções individuais e o cumprimento do plano de recuperação”⁶⁴⁵. Em outros termos, compreendeu-se que a “Lei nº 11.101, de 2005, não terá operacionalidade alguma se sua aplicação puder ser partilhada por juízes de direito e por juízes do trabalho”⁶⁴⁶.

Sempre guardando como norte a preservação da empresa em nome de sua função social, outras decisões asseveraram: (i) ser caso de preservar igualmente os interesses dos demais credores⁶⁴⁷; (ii) que a manutenção das execuções individuais trabalhistas seria incompatível com os princípios regentes da recuperação judicial, dentre eles o da preservação da empresa, que prevaleceria, mitigando a literalidade do artigo 6º, §5º, da Lei nº 11.101/2005⁶⁴⁸;

⁶⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 73.380/SP. Relator: Min. Helio Quaglia Barbosa. Brasília, 21 de novembro de 2008.

⁶⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 61.272/RJ. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 25 de junho de 2007.

⁶⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 105.215/MT. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 24 de junho de 2010.

⁶⁴⁸ “A manutenção de execuções trabalhistas individuais, aplicando-se isoladamente o disposto no art. 6º, §5º, da LF n. 11.101/05, afrontaria os princípios reitores da recuperação judicial. Prevalência do princípio da preservação da empresa (art 47). Competência do juízo universal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 111.074 – DF. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 04 de outubro de 2010).

A racionalidade não foi distinta nas decisões que trataram da fixação da competência em face dos atos expropriatórios derivados de medidas executivas fiscais. Assim⁶⁴⁹:

Vale destacar que o objetivo da recuperação judicial é a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, a teor do art. 47 da Lei 11.101/2005. Assim, ao se atribuir exclusividade ao juízo da recuperação para a prática de atos de execução, busca-se evitar medidas expropriatórias que possam prejudicar o cumprimento do plano de recuperação. Cumpre esclarecer que não se está impedindo a satisfação do crédito da Fazenda Pública, mas sim a submissão do mesmo à ordem legal.

Consolidou-se, portanto, entendimento naquela corte de que, “em homenagem ao princípio da preservação da empresa”⁶⁵⁰, todo ato de alienação que possa atingir o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação deve ser submetido ao crivo do juízo universal.

As decisões listadas, que cobrem o período inicial da apreciação de questões atinentes à Lei nº 11.101/2005 até agosto de 2017, dão conta da sustentação dada pelo Superior Tribunal de Justiça à prevalência do princípio da preservação da empresa. Destaque-se, ainda, que estas decisões deram forma, paulatinamente, as posturas assumidas pelo Justiça Comum Estadual, pela Justiça Federal e até mesmo pela Justiça do Trabalho, todas elas objeto de escrutínio em tópicos anteriores.

A jurisprudência daquela corte também se inclina quanto à necessidade de verificação da viabilidade como um dos requisitos para que se ampare judicialmente a preservação da empresa⁶⁵¹:

⁶⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1462032/PR. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 12 de maio de 2015. A decisão reflete a jurisprudência consolidada do E. STJ.

⁶⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 114.987/SP. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 23 de março de 2011. No mesmo sentido e indicando a consolidação: “A controvérsia posta nos autos encontra-se sedimentada no âmbito da Segunda Seção desta Corte, que reconhece ser o Juízo onde se processa a recuperação judicial o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda, inclusive para o prosseguimento dos atos de execução, relativa a fatos anteriores ao deferimento da recuperação judicial, devendo, portanto, se submeter ao plano, sob pena de inviabilizar a recuperação” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 129.226 – SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de abril de 2014).

⁶⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 110.250/DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 16 de setembro de 2010. A se destacar no texto da decisão a preocupação com evitar a protelação demasiada do procedimento de recuperação, caractere deletério das concordatas: “Em situações excepcionais, a serem

A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05. Nesse contexto, a suspensão, por prazo indeterminado, de ações e execuções contra a empresa, antes de colaborar com a função social da empresa, significa manter trabalhadores e demais credores sem ação, o que, na maioria das vezes, terá efeito inverso, contribuindo apenas para o aumento do passivo que originou o pedido de recuperação.

A orientação, embora louvável em seus termos, por revelar preocupação com os múltiplos interesses envolvidos no processo de recuperação (trabalhadores e demais credores, *e.g.*), também desvela limitação metodológica do paradigma dos princípios, que não propõe ferramentas para aferição do impacto socioeconômico dos interesses atingidos.

Outro tópico de elevado impacto decidido por aquela Corte diz respeito à preservação dos direitos em face dos coobrigados. A questão é indicativa do reconhecimento jurisprudencial de que a preservação da empresa não se confunde com a preservação do empresário.

O precedente firmado tem como excerto determinante o abaixo⁶⁵²:

Registre-se que, nessa hipótese, à luz do disposto nos arts. 6º e 49, § 1º c/c art. 59, caput, da Lei n. 11.101/2005, é relevante consignar que, evidentemente, a submissão limita-se à relação jurídica material existente entre o credor e o empresário ou sociedade empresária em recuperação, além do sócio solidário, não resultando, conforme expressa ressalva do caput do art. 59 da Lei n. 11.101/2005 em "prejuízo das garantias", de modo que, se na relação há coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra aqueles, não impedindo a recuperação judicial o curso das execuções, no tocante aos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

A análise da decisão expõe problema de difícil solução sob as lentes do paradigma dos princípios.

A decisão permite que um credor individualmente considerado busque judicialmente o reconhecimento da ilegalidade do plano aprovado, mesmo em

oportunamente enfrentadas por esta Corte, a regra pode comportar exceções. Todavia, o temperamento banalizado e desmedido do prazo de suspensão pode, desde já, importar retrocesso para o drama vivido na época das intermináveis concordatas, que o legislador procurou sepultar".

⁶⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.374.534/PE. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 05 de maio de 2014.

face da concessão da recuperação judicial⁶⁵³, à luz da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, com elevada probabilidade de sucesso, pondo em xeque o princípio majoritário, ainda que com quóruns qualificados, que rege a recuperação.

Outrossim, permite a formatação de espécie se credores com privilégios, na medida em que aptos a formular relações jurídicas com a confluência de coobrigados, possibilidade que a prática reserva essencialmente aos credores financeiros, que desta forma se esquivariam, quando cuidadosos na escolha dos avalistas, *e.g.*, dos efeitos da recuperação judicial.

Na mesma esteira, como é corriqueiro que os avalistas sejam escolhidos dentre sócios ou administradores com potencial econômico-financeiro, suprimir-se-ia a possibilidade de que seus ativos fossem dedicados à superação da crise econômico-financeira da empresa, conduta com potencial gerador de efeitos positivos a toda a coletividade de partes relacionadas.

Não se trata, *prima facie*, de apontar no sentido da adequação ou inadequação da decisão. Quer-se apenas trazer a lume que a leitura da situação à luz dos princípios, tratados metodologicamente como proposto pelo paradigma dos princípios, não oferece subsídios capazes de promover decisão economicamente eficiente em face da complexa teia de relações jurídicas que circundam a empresa e ganham especial relevância no contexto da recuperação.

Outra evidência da limitação do paradigma deflui da interpretação atribuída pelo Superior Tribunal de Justiça ao artigo 49, *caput* e §3º, associado ao artigo 6º, §4º, todos da Lei nº 11.101/2005⁶⁵⁴:

O mero decurso do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da LFRE não é bastante para, isoladamente, autorizar a retomada das demandas movidas contra o devedor, uma vez que a suspensão também encontra fundamento nos arts. 47 e 49 daquele diploma legal, cujo objetivo é garantir a preservação da empresa e a manutenção dos bens de capital essenciais à atividade na posse da recuperanda.

⁶⁵³ Art. 59. [...] § 2º Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público.

⁶⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1660893/MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 08 de agosto de 2017. Prossegue o *decisum*: “Apesar de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, o juízo universal é competente para avaliar se o bem é indispensável à atividade produtiva da recuperanda. Nessas hipóteses, não se permite a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial (art. 49, §3º, da Lei 11.101/05)”.

Noutras palavras, também o credor titular de créditos não submetidos à recuperação, como o fiduciário, fica adstrito às prorrogações múltiplas de um prazo que o enunciado normativo propagandeou “improrrogável”, assumindo a especialíssima condição de credor que sequer teria poder de voto em face das deliberações por suspensão e retomada de assembleia, *e.g.*, mas sofre seus efeitos assim igualmente.

É, ainda, questão representativa do reconhecimento jurisprudencial da função social da empresa enquanto elemento a ela ínsita (assim compreendido como derivado de sua simples existência, conforme indicado *supra*, item 4.2.5) a impossibilidade de pleito falimentar pela Fazenda Pública.

Sob este prisma, asseverou o Superior Tribunal de Justiça que “tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa”, na medida em que trazem previsão, “dentro da perspectiva de sua função social”, dos institutos da concordata e da recuperação judicial⁶⁵⁵.

A percepção do papel da empresa na ordem econômica capitalista e a inexistência de coincidência entre o interesse público e o interesse da Fazenda Pública merecem igualmente destaque:

O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública para requerer a falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a atividade econômico-capitalista.

⁶⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 363.206/MG. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 04 de maio de 2010.

Destaque-se, por fim, aresto que arrola a função social da empresa como hipótese de matéria de ordem pública⁶⁵⁶ na perspectiva do direito material, ao lado da função social do contrato, da função social da propriedade, da boa-fé objetiva e da simulação de ato ou negócio jurídico.

Permitir-se-ia, portanto, a partir da perspectiva processual, o reconhecimento de ofício de que determinada conduta seria violadora da função social da empresa, viabilizando a verificação e modificação em qualquer instância, independentemente de invocação pelas partes.

Por se tratar de decisão de Corte que tem como uma de suas missões constitucionais a uniformização da interpretação da legislação federal⁶⁵⁷ e à luz do que se dispôs quanto ao grau de abstração do princípio da função social da empresa, bem como a multiplicidade de fatos do cotidiano empresarial que se permite ler sob suas lentes, seu reconhecimento como matéria de ordem pública traz grande risco em potencial.

Note-se: não que o reconhecimento por si só traga consequências nefastas. Pelo contrário. A adequada atribuição de conteúdo ao princípio da função social da empresa, ponderando-se elementos de ordem econômica, convertendo-o em princípio da função socioeconômica da empresa, aliada à condição de elemento de ordem pública poderia ser elemento de acréscimo de eficiência sistêmica.

Todavia, no contexto da aplicação do princípio, que desvela os elementos de crise paradigmática até aqui expostos, permitir que qualquer tribunal a qualquer tempo o invoque para revisar contratos ou imputar deveres é temerário.

⁶⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1112524/DF. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**. Brasília, DF, 30 de setembro de 2010. A menção deu-se em citação à doutrina de Nelson Nery Júnior, associando a função social da empresa à função social da propriedade (CF 170), à função social do contrato (CC 421) e à constituição da sociedade empresária mediante contrato (CC 981).

⁶⁵⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] II - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

5.2 A crise paradigmática e o papel da Análise Econômica do Direito

Como indicado na análise das formulações doutrinárias em torno da função social da empresa e reforçado a partir da análise dos julgados, vislumbra-se instabilidades e inadequações na estrutura fechada do paradigma quando da averiguação dos sentidos atribuíveis ao princípio da função social da empresa, sobretudo a carência de fundamentação com suporte econômico⁶⁵⁸.

A percepção das limitações do paradigma vigente e a consequente necessidade de ruptura com a ciência normal brotam da percepção de fenômenos cuja explicação não se amolda à dogmática do paradigma.

Têm esse condão, sobretudo, as decisões que buscam fazer justiça distributiva no caso concreto e em face do direito privado, visando a neutralizar as desigualdades sociais, mas sem ter em vista seus impactos econômicos. Enquadra-se neste caractere o arcabouço de decisões analisadas que expande o sentido da função social.

Outrossim, cabe comparar a atribuição de sentido à função social em contexto anterior e posterior ao do pleito de recuperação judicial. Quando a atividade flui regularmente, a tendência é que as decisões pautadas na função social da empresa imputem obrigações, deveres⁶⁵⁹. Quando se alcança o cenário da recuperação, predomina a percepção de que a função social é atributo da empresa e, portanto, que se justifica o esforço do ordenamento para preservá-la.

O paradoxo aparente é relevante para estabelecer que tanto doutrina quanto jurisprudência parecem identificar uma função social peculiar da empresa em recuperação ou, sob outra perspectiva, a recuperação lhes permite perceber a função social que a empresa exerce e as deletérias consequências presumidas da falência, induzindo posturas voltadas à preservação.

⁶⁵⁸ A complexa relação entre a linguagem jurídica e a linguagem econômica vem bem expressão no excerto de Ana Frazão de Azevedo Lopes: “Outro ponto que precisa ser destacado é que, em um contexto de Estado democrático de direito, a economia não pode se fechar em um discurso técnico ininteligível e em esquemas matemáticos a respeito dos quais não existe nenhuma discussão. Pelo contrário, deve oferecer alternativas viáveis e compreensíveis não apenas para os juristas como também, e principalmente, para toda a sociedade” (LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 275).

⁶⁵⁹ Não apenas na jurisprudência, mas também sob a perspectiva da doutrina, conforme se indicou *supra* (4.2.2) no trato, *e.g.*, da função social nas relações de consumo, nas relações ambientais e nas relações trabalhistas.

Limitando a análise às demandas de recuperação judicial, o reflexo das posturas assentadas pelos Tribunais Superiores tem alongado a duração dos processos, com alongamento igualmente do período de suspensão das ações e execuções em face da recuperanda.

À luz das ferramentas que põe à disposição dos julgadores, o paradigma dos princípios usualmente faz prevalecer, como visto, a função social da empresa, encaminhando posições voltadas a sua preservação. Desconsidera, contudo, o impacto das medidas em relação a outras partes relacionadas.

O paradigma não dá ferramentas para que se pondere, *e.g.*, qual o impacto nas atividades empresariais dos credores afetados pela inviabilidade da continuidade do procedimento executivo e que passam a estar sujeitos às condições do plano de recuperação. E, assim atuando, deixa de levar em conta que, se a função social é implícita⁶⁶⁰, também são dotadas de função social aqueles empresários e sociedades empresárias que sofrem os impactos do alongamento cronologicamente ilimitado do processo de recuperação.

A crise potencialmente se espalha, como se contagiosa fosse, sobretudo nos agentes de menor porte. Em nome da preservação da empresa que se pretende recuperar, impõe-se às demais, em potência, crise ou agravamento de crises que podem lançá-las a novos pleitos de recuperação (se o porte permitir) ou à quebra.

A adequação dos impactos socioeconômicos, aferíveis a partir, *e.g.*, das externalidades positivas e negativas geradas, poderia se dar por intermédio de balizas econômicas que, por outro lado, não parecem encontrar espaço nas manifestações judiciais da linguagem do paradigma.

Não que tenha escapado à doutrina tradicional a percepção de que o componente social é positivado (vide artigo 47 da Lei nº 11.101/2005), mas não necessariamente reconhecido quando se delineia os procedimentos aplicáveis à recuperação ou mesmo quando se explicita a legitimidade ativa no processo.

⁶⁶⁰ Como predominantemente reconhecem as decisões judiciais atinentes à função social da empresa quando tratam de empresas em recuperação judicial. Cite-se ainda a situação dos credores detentores de créditos não submetidos, nos moldes do artigo 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, à luz da decisão do Superior Tribunal de Justiça de que se tratou em tópico próprio, que, de um lado, não podem exercer seus direitos de crédito por força da suspensão de que trata o artigo 6º, §4º e, do outro, não podem participar das deliberações que, *e.g.*, suspendem assembleias e ensejam ainda maior prorrogação dos prazos suspensivos.

Considere-se a hipótese aventada pela doutrina da modificação do plano de recuperação pelos credores. Ainda que os interesses gravitantes em torno da atividade econômica organizada exercida profissionalmente pela sociedade transcendam aqueles dos sócios e gestores, atingindo diversos outros agentes econômicos, a estes não é dado construir plano de recuperação alternativo.

Se o fizerem, ainda que dito plano conte com seu massivo apoio, mesmo com lastro técnico de viabilidade econômica adequadamente aferido por profissionais competentes, há que se contar com a aquiescência da recuperanda, nos termos do artigo 56, § 3º, da Lei nº 11.101/2005⁶⁶¹.

Neste sentido, critica a doutrina:

Ao vedar essa possibilidade de forma absoluta, exigindo que o plano eventualmente modificado pela assembléia geral conte necessariamente com a anuência do devedor, a lei brasileira pode levar a soluções incompatíveis com a função social da empresa. Assim, entre proteger o interesse pessoal do empresário (sócios ou administradores do devedor) e salvar a empresa (havida como centro de múltiplos interesses), a lei brasileira preferiu a primeira solução.⁶⁶²

Não que se considere a necessidade de transformação legislativa prevendo o explicitado no excerto citado. A hipótese, sobremaneira a partir de tudo o que já se identificou quanto à tendência à ampliação semântica da função social da empresa, é, *prima facie*, de duvidosa eficiência e constitucionalidade, caracterizando espécie de captura privada, por maioria, das relações jurídicas da recuperanda⁶⁶³.

A análise é relevante para explicitar que, não obstante a lei vigente tenha eleito a empresa como figura a que dedica preservação (no artigo 47), em nome de sua função social, os dispositivos se inclinam comumente à preservação do empresário e à interpretação que deles se fez indubitavelmente seguiu este viés.

Noutras palavras, a título de função social da empresa, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços,

⁶⁶¹ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. [...] § 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

⁶⁶² TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Op. cit.**, p. 278.

⁶⁶³ Vale dizer, aliás, que a hipótese guardava previsão no anteprojeto de Jorge Lobo, que dava legitimidade ativa a outros agentes para pleitear a recuperação judicial de determinada empresa.

interpretou-se dispositivos favorecendo a preservação da manutenção do empresário no controle da atividade, sem análise econômica dos custos dessa manutenção.

Tome-se a hipótese do artigo 50, IV, da Lei nº 11.101/2005⁶⁶⁴ no rol não exaustivo de meios de recuperação judicial, que propõe a hipótese de substituição total ou parcial dos administradores da recuperanda. Analisou-se *supra* (5.1.3.2) julgados que indicaram inviável, em regra, a substituição pleiteada pelos credores, em nome do princípio da intervenção mínima do Estado na atividade econômica, nalguma medida ponderado em conflito aparente com a função social da empresa.

Ainda, a partir da doutrina analisada e sobretudo dos julgados, identifica-se um padrão revelador de uma transição da recuperação à falência, na empresa em crise.

Durante o primeiro ciclo, isto é, na fase da recuperação, o componente social é relevante, mas a ponderação com a autonomia privada do devedor (e sua livre iniciativa), dão a seus interesses diretos certa preponderância. Esta se esvai quando o contexto deixa de ser recuperacional e se torna falimentar.

No contexto da falência, aí sim, poder-se-ia preservar a empresa e desconsiderar por completo a autonomia privada, a livre iniciativa do empresário, eis que seu fracasso delas o privaria, se presente adequação no marco institucional e agilidade nos mecanismos de ordem processual.

Contudo, se for mesmo inviável alcançar este *status* com a falência, cabe questionar se estaria justificado o decréscimo de poder do empresário em face da empresa, mesmo no cenário da recuperação judicial, se a preservação da empresa assim ditasse.

Ou, ainda, questionar qual seria este estado de coisas, se estaria presente em todas as empresas ou se seria possível imaginar um contexto especial a partir das externalidades que a hipótese de quebra engendraria. Por fim, aventar se há elementos “quase públicos” em determinadas empresas a ponto de justificar algum nível diferenciado de intervenção.

⁶⁶⁴ Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...]IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos [...].

Independentemente das respostas que se possa construir a partir da correlação entre princípios como a livre iniciativa e a função social da empresa, por si ou em suas derivações⁶⁶⁵, o fator mais relevante, para os fins desta crítica, é que as respostas que o paradigma dos princípios permite dar são antes intuitivas do que científicas.

E o fator limitante é exatamente a sua rejeição à invocação de metodologia econômica para analisar fenômenos com reflexos econômicos, a título de preservação da autonomia do Direito em face da Economia, do conhecimento jurídico em face do conhecimento econômico.

Remete-se, igualmente, à insistência na separação entre o que é *social* do que é *econômico*. Concentra-se o foco em componentes de proteção social imediata (de postos de trabalho, por exemplo) e desconsideram-se efeitos *sociais* de médio e longo prazo sentidos por força das inexoráveis influências do *econômico*.

O paradigma vigente, alicerçado em categorias como a constitucionalização e a invocação reiterada de conceitos jurídicos indeterminados (com a natureza de princípios e como fórmula para dar novo sentido às regras postas), demonstra a insuficiência da ciência normal ao não incorporar elementos econômicos na tomada de decisão.

Nesta esteira, a análise da jurisprudência permitiu demonstrar indícios de necessidade de ruptura paradigmática, na medida em que o que prevalece nas decisões é uma posição ideológica – ora favorável ao credor, ora ao devedor – e não uma escolha socioeconomicamente eficiente.

Impende salientar não se estar diante de atribuição da inaptidão do paradigma dos princípios como um todo. O Direito Civil, responsável pelas mediações entre a Constituição e o Direito Privado, dele se serve perfeitamente. Importa, contudo, pontuar enfaticamente os efeitos deletérios que os mecanismos por ele propostos engendram na esfera das relações patrimoniais de cunho empresarial.

A complexidade não pode ser ignorada. Como visto *supra* (2.5) no trato das mediações para a aplicação da teoria dos paradigmas ao Direito, é preciso

⁶⁶⁵ Ou seja, outros princípios explícitos e implícitos que opõem liberdade de atuação do empresário e cerceamento dela em nome de elementos de cunho social, como a vontade das partes relacionadas, os impactos na comunidade de inserção da atividade empresarial *et cetera*.

considerar tanto a produção de conteúdo jurídico como ramo de conhecimento quanto aquela que deflui dos tribunais. Também é imperativo reconhecer que as decisões preconizadas pelos tribunais são mais impactantes⁶⁶⁶ do que a produção da academia e, por sê-lo, merecem atenção especial.

Mais: é imperativo reconhecer que o que preconizam os tribunais é mais impactante⁶⁶⁷ do que o que se produz na academia e, por sê-lo, merece atenção especial.

Tomada esta premissa e submetida ao contexto da aplicação das normas de Direito Empresarial a partir de métodos próprios do paradigma dos princípios, não se pode perder de vista o elemento de *adesão* vinculado à formação de um paradigma como concebido por Thomas Kuhn.

Sob esta ótica, quando se assevera que o Direito Privado deve ser constitucionalizado e as normas constitucionais, dentre elas e com mais ênfase os princípios, devem ser aplicadas às relações privadas, não há um filtro antecedente que coloque em cenários distintos o Direito Empresarial e os outros ramos.

Assim, a rejeição aos métodos emprestados da Economia acaba por atingir também as relações econômicas por sua própria natureza, como aquelas que constituem a empresa, configurando-se, ainda nesta extensão, outro elemento de crise paradigmática, que será melhor explorado na sequência.

5.2.1 Função social da empresa e autonomia do Direito Empresarial

A crise paradigmática desvela, ainda, o equívoco de soluções que desconsideram a autonomia principiológica e a necessária autonomia metodológica do Direito Empresarial, por força do perfil das relações jurídicas que se propõe a regular.

⁶⁶⁶ Ressalte-se: o juízo é de impacto e, sobretudo, de impacto econômico. Não se trata de assertiva apriorística quanto a qualidade ou relevância acadêmica, mas de mera constatação de que a posição dos tribunais tem o condão de moldar as relações econômicas privadas mais enfaticamente do que a produção acadêmica.

⁶⁶⁷ Ressalte-se: o juízo é de impacto e, sobretudo, de impacto econômico. Não se trata de assertiva apriorística quanto a qualidade ou relevância acadêmica, mas de mera constatação de que a posição dos tribunais tem o condão de moldar as relações econômicas privadas mais enfaticamente do que a produção acadêmica.

Identifica-se na ciência normal do paradigma dos princípios apontamentos no sentido de uma unificação valorativa do direito privado, lançando o Código Civil como diploma privatístico central, como se depreende, e.g., da observação de Fábio Murilo Nazar⁶⁶⁸:

O direito privado, cujo Código Civil de 2002 é o principal instrumento jurídico, sofre cada vez mais a influência do Direito Constitucional, seja em razão da hierarquia normativa, seja em face da constante presença de valores fundamentais a serem perseguidos de modo comum pelo direito particular e pelo direito voltado para o Estado. A máxima da preservação da dignidade humana, valor-fonte do direito contemporâneo, trouxe o fenômeno da unificação de valores, representando uma aproximação entre os dois grandes grupos jurídicos.

Partindo desta premissa e analisando ao contexto da aplicação das normas de Direito Empresarial a partir de métodos próprios do paradigma dos princípios, não se pode ignorar o elemento de *adesão* vinculado à formação de um paradigma como concebido por Thomas Kuhn.

Assim, quando se assevera que o Direito Privado deve ser constitucionalizado e as normas constitucionais, dentre elas e com mais ênfase os princípios, devem ser aplicadas às relações privadas, não há um filtro antecedente que coloque em cenário distinto o Direito Empresarial.

A autonomia principiológica do Direito Empresarial e a necessidade de aplicação de métodos com ela compatíveis passa usualmente despercebida na construção da jurisprudência, sobretudo quando se está em contexto de não especialização dos órgãos julgadores.

A separação assume complexidade especial, na medida em que, conforme aventado no trato das mediações necessárias à aplicação da teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn ao conhecimento jurídico, neste se tem prevalência ainda maior do elemento *adesão*, principalmente em relação aos órgãos julgadores.

Noutros termos, a produção do conhecimento jurídico encontra limite concreto na aplicação do conhecimento produzido. Entenda-se: em certo sentido, direito é aquilo que o juiz diz ser. Não que o conhecimento jurídico deva

⁶⁶⁸NAZAR, Fábio Murilo. A unificação do direito privado vista a partir da constitucionalização do direito civil. **Direito Público**: Rev. Jurídica da Advocacia-Geral do Estado MG. Belo Horizonte, v.8, n.1/2, jan./dez. 2011, p. 99.

se render à decisão judicial, mas não pode, igualmente, ignorá-la. O trajeto do deontológico ao ontológico não vem da pena da doutrina, mas do conteúdo das decisões judiciais.

Neste contexto, a aplicação da função social da empresa pensada como função social da propriedade *cível* representa sincretismo metodológico que desconsidera elementos peculiares do Direito Empresarial como ramo do conhecimento jurídico, como a especial suscetibilidade à insegurança jurídica.

A álea e, com ela, o risco, são elementos que não se dissociam da atividade empresarial na economia de confissão capitalista, que tem na liberdade de iniciativa um de seus fundamentos (CF, 1º, IV e 170, *caput*). Riscos são inerentes a qualquer negócio, escapam da previsibilidade até dos mais hábeis administradores⁶⁶⁹ e não se rendem à mais refinada modelagem econômica. Aliás, se há livre a iniciativa, também há livre concorrência e deste embate se tem como natural o sucesso de alguns empreendimentos e o insucesso doutros.

Ditas liberdades compõem dois dos vértices do triângulo de princípios comuns ao Direito Empresarial, completados pela função social da empresa⁶⁷⁰. Todos eles têm como pressuposto de hierarquia constitucional a opção sistêmica pelo modo de produção capitalista com todas as suas nuances.

Não há que se confundir, porém, os riscos típicos do exercício privado da atividade econômica organizada para produção e circulação de bens ou serviços com aqueles derivados da insegurança jurídica promovida pelo perfil de decisões que se analisou. Nesta esteira, vale asseverar: nenhum ramo é tão sensível à insegurança jurídica quanto o Direito Empresarial⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Neste sentido a doutrina externaliza preocupação em construções jurídicas visando ao adequado balizamento da possibilidade revisão das decisões de negócio, como se depreende de regras como a *business judgment rule*, ao instituir que, ausentes a má-fé, a fraude ou a quebra de um dever fiduciário, a decisão do administrador é conclusiva e não pode ser revista judicialmente. Como enuncia Alexandre Couto Silva, a regra “estatui que as decisões ou julgamentos do negócio honestos e tomados de boa-fé e com base em investigações razoáveis não serão questionadas judicialmente, ainda que a decisão seja enganada, infeliz, ou até mesmo desastrosa” (SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos administradores de S/A: business judgment rule**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 143).

⁶⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Os desafios do Direito Comercial**: com anotações ao Projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

⁶⁷¹ Sobre a relevância da confiança no mecanismo judiciário e na estabilidade do sistema normativo, são pertinentes as ponderações de John N. Drobak e Douglass C. North: “Confidence of the market participants in the judiciary and the bureaucracy is crucial to the smooth running of a market system and to economic growth. All of these legal institutions, and the means of enforcement, make up the ‘rule of law’, an essential component of sustained economic growth. Real economies cannot operate without these legal underpinnings. Likewise, realistic economic analysis has to incorporate legal institutions” (DROBAK, John N.; NORTH, Douglass C. Legal

Nesta medida, como a decisão do agente econômico que empreende é pautada em busca de resultados economicamente verificáveis, a aplicação de metodologia econômica é medida que se impõe.

A alocação racional de recursos visando ao exercício da empresa perpassa, por exemplo, a escolha de um tipo societário que atenda às pretensões dos sócios, constituindo um quadro de verdadeira limitação de responsabilidade, sem margem para aplicação aleatória de institutos como a desconsideração da personalidade jurídica como espécie de reflexo da função social da empresa (como visto *supra*, 5.1.3.2)⁶⁷².

Na mesma esteira, as relações da sociedade empresária ou do empresário em contexto de crise com outros agentes econômicos exige previsibilidade, na medida em que a insegurança jurídica desencoraja a realização de negócios e pode potencializar a emergência das crises.

Ademais, o arcabouço normativo precisa viabilizar, na acepção de norma de facilitação de Norberto Bobbio de que se tratou *supra* (1.1.2), saída ágil da crise. Seja permitindo o rearranjo que conduz à aprovação e homologação do plano, seja reconhecendo a inviabilidade do empreendimento e liberando o empreendedor para o próximo empreendimento, além de livrar os credores do contexto de imprevisibilidade no recebimento dos créditos.

Isto posto, considere-se novamente posição de Humberto Ávila⁶⁷³:

[...] o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como permanente, “trinta dias” como mais de trinta dias, “todos os recursos” como alguns recursos, “ampla defesa” como restrita defesa, “manifestação concreta da capacidade econômica” como manifestação provável de capacidade econômica, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos.

change in economic analysis. In: BACKHAUS, Jürgen G. **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 56).

⁶⁷² Um caso emblemático que ilustra o texto é o veto ao parágrafo 4º do art. 980-A do Código Civil. Tal dispositivo previa que somente o patrimônio social da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) responderia pelas suas dívidas, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constituísse, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente. O texto foi vetado pela Presidenta da República com a justificativa de que a expressão 'em qualquer situação' poderia gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil.

⁶⁷³ ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 34.

Se nalguma medida posturas como a descrita no excerto são naturalizadas e interpretadas até mesmo como positivas em alguns ramos do Direito, no Direito Empresarial a necessidade de atenção especial à segurança jurídica as torna perniciosas por definição.

Aflora, portanto, a necessidade de ponderar todos os riscos inerentes ao debate das questões empresariais na seara judicial, tanto sob a ótica do desfecho (atendendo ou não à clareza do contratualmente disposto, cogitando ou não os impactos econômicos do conteúdo da decisão para além da lide posta).

Além disso, há que se ter em vista as dificuldades naturais dos julgadores em matérias negociais, corolário da própria construção da carreira da magistratura no Brasil, voltada à generalidade nas fases iniciais e com rara especialização, ao menos em primeira instância, em prejuízo à calculabilidade e à previsibilidade, justamente nos moldes e pelas razões que se enunciou anteriormente na crítica ao paradigma dos princípios aplicado ao Direito Empresarial.

Remete-se, ainda, a Armando Castelar Pinheiro que, em estudo sobre os magistrados, o Judiciário e a economia no Brasil, verificou que a politização do Judiciário, no sentido do transpasse das visões políticas do magistrado ao conteúdo das normas Trata-se de fenômeno frequente e uma das explicações razoáveis para as variações entre as decisões de casos semelhantes submetidos a juízes diversos⁶⁷⁴.

Essa politização costuma resultar na atuação dos magistrados no sentido de favorecer determinados grupos sociais que possam ser considerados como as partes mais fracas na disputa judicial, atuando como promotores sociais⁶⁷⁵. A pesquisa citada, a propósito, verificou que 73,1% dos magistrados

⁶⁷⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, Raquel. **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 264.

⁶⁷⁵ Nesse sentido, é patente a atuação política da maioria dos ministros da Terceira Turma, em 2003, quando se decidiu que “o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica”. A decisão considerou que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica às relações de consumo ocorre de forma objetiva, ou seja, independe da prova do abuso da personalidade jurídica (BRASIL. Superior Tribunal de

consultados optaria por tomar decisões que violem os contratos em nome da busca da justiça social⁶⁷⁶.

A conclusão extraída é precisa e merece citação integral⁶⁷⁷:

A não-neutralidade do magistrado tem duas conseqüências negativas do ponto de vista da Economia. Primeiro, os contratos se tornam mais incertos, pois podem ou não ser respeitados pelos magistrados, dependendo da forma com que ele encare a não-neutralidade e a posição relativa das partes. Isso significa que as transações econômicas ficam mais arriscadas, já que não necessariamente 'vale o escrito', o que faz com que se introduzam prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguéis e preços em geral (...) Isso faz com que, nos casos em que essa não-neutralidade é clara e sistemática, esses segmentos menos privilegiados sejam particularmente penalizados com prêmios de risco (isto é, preços) mais altos, ou então apenas aliados do mercado, pois a outra parte sabe que o dito e assinado na hora do contrato dificilmente será respeitado pelo magistrado, que buscará redefinir *ex post* os termos da troca contratada. Isso significa que são exatamente as partes que o magistrado busca favorecer que se tornam as mais prejudicadas por essa não-neutralidade.

No contexto das recuperações e invocando o princípio da função social da empresa, a recuperanda em certa medida ocupa justamente esta posição, com propensão a decisões que invocam a necessidade de preservação, nos moldes já analisados.

Quando se pondera que a função social da empresa justifica a prorrogação do "improrrogável" à luz da releitura de uma regra por força de um princípio, o agente que comumente realiza operações de alienação fiduciária com sociedades empresárias pela segurança que teria mesmo em face da recuperação judicial passa a ter o incentivo invertido.

Especialmente em contexto de crise de crédito, a remoção do incentivo terá a possibilidade de: (i) inviabilizar a conclusão do mútuo ou financiamento; ou (ii) submeter-se a contraprestação mais elevada, dentro da lógica atuarial que informa as operações financeiras em escala.

As conseqüências podem perfeitamente não ser sentidas pelo agente econômico que buscou a recuperação judicial (embora possam sê-lo na retomada da normalidade das suas atividades), mas certamente será projetada

Justiça. REsp 279273-SP. Relatora p/ acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 de dezembro de 2003).

⁶⁷⁶ Idem, p. 270.

⁶⁷⁷ Ibidem.

como externalidade negativa pelo sistema como um todo, em vista do componente aleatório representado pelo atropelamento do sentido literal da norma.

A aleatoriedade dos resultados não só diminui o apetite pelo investimento conservador, como aumenta o apetite pelo litígio, na medida em que a possibilidade de vantagens excessivas ao devedor tende a induzir o pleito por recuperação, impondo sacrifícios severos às partes relacionadas⁶⁷⁸.

Pondere-se, ainda, que o paradigma dos princípios estabeleceu correlação norma-texto, tornando proeminente o papel da interpretação, outrora desprezada, quando a perspectiva dominante era exegética. Nesta esteira, Eros Roberto Grau assevera que:

*Texto e norma não se identificam: o texto é o sinal lingüístico; a norma é o que se revela, designa. [...] A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser - a interpretação - uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. As normas, portanto, resultam da interpretação.*⁶⁷⁹

Arremata o autor asseverando que: “as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem - elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem”⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ Mesmo em relação ao controle de legalidade do plano, que poderia ser mecanismo de acréscimo de segurança jurídica, há dificuldades inerentes à atuação do magistrado, como pontuam Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Matheus Azevedo Bastos de Oliveira: “O plano de recuperação judicial contém, via de regra, matérias de interesse público que, por sua natureza, são imperativas, ao lado de normas dispositivas, que traduzem interesses eminentemente privados e flexíveis. Assim, a diferenciação da natureza das normas tratadas no plano de recuperação evidencia-se como ponto de partida à constatação de eventual necessidade de controlo material de legalidade. Diante das especificidades de cada sociedade empresária e da liberdade de conteúdo atribuída ao plano de recuperação judicial, o julgador nem sempre encontrará seguro abrigo no ordenamento apto a atribuir inequívoca legalidade a um dispositivo contido no plano. Expressos ou implícitos, formais ou materiais, cogentes ou dispositivos, as exigências legais ao plano de recuperação judicial permanecem vagas carregadas de insegurança jurídica” (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; OLIVEIRA, Matheus Azevedo Bastos de A recuperação judicial e o controlo judicial sobre o plano de recuperação judicial no Brasil. **Revista Electrónica de Direito**, v. 1, 2016, p. 23).

⁶⁷⁹ GRAU, Eros. **Op. cit.**, p. 84-85.

⁶⁸⁰ Idem, p. 86.

Dita orientação é compatível com as posturas assumidas pela jurisprudência que são alvos das críticas centrais aqui postadas quanto à inadequação do paradigma para o Direito Empresarial.

Identifica-se alguns esforços que tentam amenizar impactos potenciais do paradigma sem, contudo, configurar uma sorte de ruptura. Nesta esteira, por exemplo, o disposto no artigo 8º do Projeto de Código Comercial: Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei.

Não obstante, à luz do paradigma dos princípios, a técnica é falha, na medida em que norma interpretativa infraconstitucional não tem o condão de limitar a aplicabilidade de norma constitucional (como a função social da empresa) que não contenha em si mesma a hipótese de limitação legal. É improvável um contexto de assimilação do dispositivo, portanto, pelas cortes brasileiras.

O Direito Empresarial, à luz desses caracteres, não encontra no paradigma dos princípios, na forma como posta, a necessária compatibilidade com o perfil das relações jurídicas que regula, nem tampouco encontra desfechos eficientes na aplicação de alguns ferramentais hermenêuticos próprios do paradigma, como a invocação de princípios como razoabilidade e proporcionalidade, sem balizas claras⁶⁸¹.

Qualquer decisão racional de investimento, como aquelas que o Direito Empresarial se propõe a regular, depende da possibilidade de se identificar com razoável grau de probabilidade os riscos a que se expõe o investidor. E a identificação passa inexoravelmente pela identificação, de antemão, de normas previsíveis a que se expõe o empreendimento.

Neste contexto, a insegurança constitui um desvalor em si mesma, na medida em que priva o sistema jurídico de calculabilidade. Ante o alto risco de

⁶⁸¹ Registre crítica de Gustavo Tepedino: “[...] a aplicação dos princípios e cláusulas gerais, de fundamental importância na construção da solução do caso concreto, deve atentar para a unidade axiológica indispensável à compreensão do ordenamento como sistema. Dessa forma, a fragmentação da casuística, tão rica quanto pode ser a criatividade humana, não autoriza o subjetivismo do intérprete. A razoabilidade deverá guiar a atividade hermenêutica na individuação dos interesses merecedores de tutela de modo visceralmente fundado e inserido no sistema jurídico e em seus valores normativos” (TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeito. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 8, abr-jun/2016).

quebra de expectativas, o potencial investidor foge do investimento produtivo ou, ao menos, repensa seu destinatário⁶⁸².

Sobre ela, cabe trazer à colação a dupla face indicada por Fábio Ulhoa Coelho⁶⁸³. Em primeiro lugar, a identificação de menores níveis de segurança jurídica afasta investidores, que acabam optando por países cujos ordenamentos tenham mais claras as regras do jogo (e mais evidente seu respeito a elas)⁶⁸⁴. Em segundo lugar ocorre o que se alcunha *modulação* pelos agentes econômicos das deficiências dos marcos regulatórios, com potencial para implicações deletérias para a economia e ao universo de consumidores.

Em outras palavras e ainda perfilhando o pensamento do autor: quando o investidor, apesar da insegurança, toma a decisão de investir, tende a adotar posturas menos ortodoxas, aplicando taxas de risco mais substanciais ao precificar suas mercadorias ou seus serviços, em respeito à proporcionalidade direta entre o risco que se assume e o retorno que se espera. Aumenta, *e.g.*, a taxa de juros aplicada às operações que realiza com sociedades empresárias com risco potencial de recuperação judicial, diminui prazos, busca avais e reforça garantias.

Destarte, mais que a definição das categorias gerais que inspiram o pensamento jurídico, o microsistema do Direito Empresarial depende da pré-configuração da norma, para além do texto normativo. Há que se ter, desde o momento em que se firma negócio jurídico ou se inova regime jurídico, caso do regime jurídico da recuperação judicial, a percepção clara das regras do jogo.

A determinação posterior é necessariamente uma fórmula nociva; é um acréscimo injustificável de custos de transação. Todo agente econômico envolvido em operação empresarial, para fazê-lo com a eficiência esperada nas

⁶⁸² O cenário assume contornos especialmente relevantes quando se tem em vista um contexto global de livre fluxo de capitais. Ambientes com menores níveis de segurança jurídica tenderão a ser preteridos na tomada de decisões de investimento produtivo (ainda que permaneçam atraente para investimentos de outra ordem, sobremaneira de capital especulativo, com consequências potencialmente deletérias), sobretudo ao se ter em vista que o investidor hodierno não está adstrito a sua própria base territorial.

⁶⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Op. cit.**, p. 25.

⁶⁸⁴ É lapidar ao texto o desinteresse pelos maiores investidores da indústria do petróleo no leilão do bloco de Libra (área do Pré-Sal), em outubro de 2013, diante das incertezas quanto ao novo marco regulatório desse setor após a mudança do modelo de concessão pelo de partilha de produção, concentrado na apropriação pelo Estado do produto da lavra. No leilão realizado pela ANP, um único consórcio formado pela Petrobrás, Total, Shell e pelas chinesas CNPC e CNOOC apresentou proposta e essa, naturalmente, ficou no lance mínimo, sem nenhum ágio.

transações, só o fará de maneira otimizada se puder, com clareza, predeterminar as regras aplicáveis.

Por fim, cabe rememorar que tudo aquilo que o Direito Empresarial regulou, regula, pretende ou deve regular tem conexão com elementos econômicos, na medida em que tem como núcleo a *atividade econômica organizada*.

Destarte, o Direito Empresarial não pode estar metodologicamente atado a um discurso jurídico puro, que não permita o ingresso de fatores de outras esferas de conhecimento afeitas aos fenômenos econômicos.

A assertiva cresce em pertinência sobretudo, no contexto das empresas em recuperação judicial, como destacam Oksandro Osdival Gonçalves e Felipe de Poli de Siqueira⁶⁸⁵:

[...] é imprescindível ter em mente que a preservação da empresa através da sua recuperação não pode ficar adstrita a critérios jurídicos, é necessário que haja um prévio estudo econômico, pois os custos com a sua conservação não podem ser superiores aos custos com sua liquidação. Isso quer dizer que a aplicação generalizada do princípio da preservação da empresa pode significar um aumento dos custos sociais. Por isso, se os custos associados à recuperação forem superiores ao da liquidação não resta dúvida que a conduta mais eficiente é a falência e a otimização dos ativos produtivos a resposta mais adequada para a preservação da empresa

Destarte, a natureza peculiar do Direito Empresarial, pelo perfil das relações jurídicas que rege, demanda a construção de um paradigma que lhe seja peculiar e que compreenda mecanismos de leitura econômica, como aqueles trazidos pela Análise Econômica do Direito, como se passa a expender.

5.2.2 A crise no paradigma e a potencial contribuição da Análise Econômica do Direito

A resistência dos juristas à adoção de métodos nascidos nas ciências econômicas não é novidade teórica. Considere-se o excerto abaixo, de 1955, de Orlando Gomes:

⁶⁸⁵ GONÇALVES, Oksandro Osdival; SIQUEIRA, Felipe de Poli de. Questões Tributárias no âmbito da Recuperação Judicial: enfoque no princípio da preservação da empresa. **Economic Analysis of Law Review**, V. 7, nº 2, Jul-Dez, 2016, p. 674.

Controvérsias intermináveis lavram sobre a valorização do fim das convenções, porque os juristas hesitam em reconhecer que todo contrato tem função econômica específica, que é a sua causa final. Presunções arbitrárias de vontade e de intenção são criadas para encaixar situações jurídicas na moldura do contrato, porque as novas categorias não encontram a necessária armadura técnica⁶⁸⁶

Apesar de pertencente à metade do século XX, o texto, que trata originariamente da crise da técnica jurídica, mostra-se atual sobretudo na extensão em que identifica a função econômica e a hesitação dos juristas no seu reconhecimento. O cenário traduz paralelo eficiente com a resistência ainda identificada no contexto da produção do conhecimento jurídico no paradigma dos princípios.

Vide excerto da lavra de Ana Frazão de Azevedo Lopes⁶⁸⁷:

Mais grave ainda é a pretensão da análise econômica, que consiste na submissão do direito a pressupostos epistemológicos que lhes são incompatíveis, sob o falso argumento da cientificidade ou neutralidade do critério da eficiência, o que só revela a aceitação irrefletida do utilitarismo.

A correlação entre Direito e Economia remete ao menos a Adam Smith, em *A Riqueza das Nações (The Wealth of Nations)*⁶⁸⁸. Todavia, é com Ronald Coase e sobretudo a partir da publicação, em 1960, do artigo *O Problema do Custo Social (The Problem of Social Cost)*⁶⁸⁹, que se tem a formatação do primeiro arcabouço da versão moderna do que se entende por *law and economics*, a Análise Econômica do Direito.

Ronald Coase toma por objeto os empreendimentos cujas atividades geram danos ao entorno, tendo-se como exemplo a atividade das fábricas cuja

⁶⁸⁶ GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 1, n. 1, mai. 2005, p. 129. Destaque merecido, ainda, a excerto antecedente: “O jurista que acompanha a evolução do Direito privado no período compreendido entre a promulgação do Código Civil francês, em 1804, e os nossos dias, verifica que as profundas transformações ocorridas atingiram, de cheio, a dogmática jurídica, impondo inadiável revisão da técnica. A análise desse processo evolutivo revela duas tendências que não condizem. De um lado, intensifica-se o esforço desenvolvido pelos juristas, a partir da última década do século XIX, no sentido de assinalar o desgaste do instrumental jurídico. Do outro, a sua incapacidade para substituí-lo por outra aparelhagem adequada ao novo estilo da produção” (idem, p. 121).

⁶⁸⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 24.

⁶⁸⁸ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

⁶⁸⁹ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, v. 3, out./1960, pp. 1-44.

fumaça afeta os proprietários de áreas adjacentes⁶⁹⁰. A hipótese enseja uma situação de conflito que tem por norte o direito de propriedade, tanto quanto as consequências, também chamadas externalidades, decorrentes do exercício da atividade empresarial.

O conflito dos interesses dos proprietários dos imóveis e do empresário conduzirá a litígios que deverão ser resolvidos, de forma a se restabelecer o que se alcunha paz social. Mas, quando se pensa a respeito de uma proposta de solução, passa-se por ao menos duas visões: a do economista e a do jurista.

A solução típica, indicava Ronald Coase, era coincidente entre as lentes jurídicas e econômicas: como é a fábrica que emite os poluentes, deve ser considerada responsável pelos danos ocasionados aos proprietários limítrofes, devendo arcar com os ônus respectivos⁶⁹¹. Outras soluções potenciais incluiriam elevação da tributação ou simples vedação da instalação de fábricas emissoras de poluentes quando causassem danos a terceiros.

Porém, o que se propõe é que as soluções clássicas, ainda que chanceladas pela Economia e pelo Direito, não têm a eficiência como norte. O autor conduz à percepção que a solução de problemas desta ordem pode ser considerada a partir de uma visão totalizadora, na qual o Direito promoverá os arranjos sociais capazes de, tomando como premissa a busca do melhor custo-benefício, conduzir à otimização na alocação de recursos.

Para além de Ronald Coase, os primeiros passos da versão contemporânea da Análise Econômica do Direito contaram com o amparo de Guido Calabresi, que teve como trabalho pioneiro *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*⁶⁹², e Richard Posner, que apresentou uma concepção pessoal acerca da relação entre Economia e Direito na obra *A Análise Econômica do Direito (The Economic Analysis of Law)*⁶⁹³.

Ainda que posições mais radicais, como as de Richard Posner, tenham ensejado resistência para com a análise econômica dos fenômenos jurídicos, o

⁶⁹⁰ COASE, Ronald H. **Op. cit.**, p. 1.

⁶⁹¹ A solução indigitada se assemelha à lógica que pauta a teoria do risco integral do empresário, invocada sobretudo nas esferas consumerista e trabalhista.

⁶⁹² CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, mar./1961, n. 4, pp. 499-553.

⁶⁹³ POSNER, Richard. **The Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1973.

movimento ganhou corpo especialmente nos países de tradição da *Common Law*, com reflexos mais lentos na esfera do *Civil Law*⁶⁹⁴.

A construção de uma leitura econômica do Direito nasce conjuntamente com a renovação, no âmbito da Economia, do interesse pelas instituições (caso da corrente denominada de Nova Economia Institucional), que deriva da premissa de que as instituições importam e são suscetíveis de análise pelas ferramentas da economia teórica⁶⁹⁵.

Aponta-se, ainda, com Oliver Williamson que correntes de pensamento econômico incapazes de produzir resultados empiricamente aferíveis devem dar espaço àquelas que são reiteradamente corroboradas pelos dados empíricos, tudo para asseverar que a Nova Economia Institucional é “uma história de sucesso empírico”⁶⁹⁶.

As instituições impactam na economia. Instituições que funcionam de forma a induzir ou reprimir condutas, criando o ambiente no qual as organizações irão operar. Sejam elas formais, como a Constituição e as Leis, ou informais, na modalidade dos códigos de conduta, costumes e outros, podem em determinadas circunstâncias funcionar como um agente redutor dos custos de transação. Ao inserir as leis no rol das instituições, a Nova Economia Institucional reconhece a importância e o impacto do Direito na Economia e vice-versa.

Nesta esteira, a relevância da aplicação da metodologia econômica na construção das bases institucionais não pode sair da vista. Há riscos socioeconômicos severos atrelados a soluções jurídicas simplistas em projeções de médio e longo prazo. Dentre os múltiplos exemplos, indica-se dois, um nacional e outro internacional, das consequências que a má formatação institucional pode engendrar.

⁶⁹⁴ Sobre a absorção mais lenta da Análise Econômica no contexto do Civil Law: “Common and civil lawyers alike repeatedly portray civil law jurisdictions as the province of abstract, doctrinal scholarship, with law students being instructed early in their careers to reason about the law exclusively in terms of the broad principles that it presupposes, rather than in terms of the consequences that it entails” (PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno M. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. **Stanford Law and Economics**, n. 471, 2014, p. 2).

⁶⁹⁵ WILLIAMSON, Oliver E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. **Journal of Economic Literature**, vol. XXXVIII, set/2000, p. 595.

⁶⁹⁶ Idem, p. 607.

Na esfera nacional, considere-se o Plano Sarney (1986) e o enfrentamento normativo das variáveis econômicas, em clássica hipótese de desconexão entre os discursos⁶⁹⁷:

O plano teve um efeito impressionante sobre a economia. Num primeiro momento, os preços chegaram a recuar, registrando, pouco após a sua vigência, uma deflação. Com o passar do tempo, contudo, as incontáveis variáveis do custo da produção, que determinam que os preços oscilem de forma diferente em cada setor da economia e em cada produto, impuseram uma enorme pressão sobre a regra de uniformidade de preços num período tão longo. O artificialismo da solução jurídica se manifestou na escassez de produtos básicos nas prateleiras dos supermercados.

Como exemplo internacional, a crise econômica deflagrada em meados de setembro de 2008 a partir de determinadas modificações no arcabouço normativo estadunidense que acabaram por tornar o mercado mais propenso a riscos sistêmicos.

Assim, como aponta Lynn Stout⁶⁹⁸, foi promulgado o *Commodities Futures Modernization Act of 2000* (CFMA), que tinha por fulcro trazer certeza jurídica a determinados instrumentos financeiros, como os contratos referentes a derivativos financeiros. A medida objetivava a diminuição dos riscos sistêmicos a partir do aumento da segurança jurídica frente a mecanismos contratuais com potencial para a administração de riscos. Presumia-se que tais mecanismos seriam utilizados principalmente para fins de proteção contra riscos (*hedging*) e não com intuito especulativo.

A modificação no sistema legal fez com que o mercado de derivativos, especificamente o de derivativos de balcão (*over-the-counter derivatives* - OTC)⁶⁹⁹, crescesse de aproximadamente 88 trilhões de dólares em 1999 para aproximadamente 670 trilhões de dólares em 2008⁷⁰⁰, ano da eclosão da crise.

A grandeza do montante expressa, de pronto, que a expectativa de que os derivativos serviriam primariamente à causa da diminuição de riscos (*hedging*)

⁶⁹⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 180.

⁶⁹⁸ STOUT, Lynn H. Derivatives and the Legal Origin of the 2008 Credit Crisis. *Harvard Business Law Review*, v. 1, n. 1 (1-317), 2011, p. 21-22.

⁶⁹⁹ *Over-the-counter derivatives* são contratos negociados diretamente entre as partes, muitas vezes em privado, o que dificulta sua mensuração e, por conseguinte, quando considerados em rede, dificulta a própria mensuração dos riscos sistêmicos presentes.

⁷⁰⁰ Dados disponibilizados pelo *Bank for International Settlements* e disponíveis em: <<http://www.bis.org/statistics/derstats.htm>>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

frustrou-se. O valor envolvido nas transações superava em diversas vezes o valor das operações que visava a assegurar na economia real⁷⁰¹.

Como alcançou a casa das centenas de trilhões de dólares, é inverossímil a suposição de que se trate apenas de securitização de risco. Ademais, é de se ter em vista que o aumento significativo só se deu depois da promulgação do CFMA, ou seja, depois que se pavimentou com segurança jurídica o caminho da ação especulativa. Por fim, tem-se que a maior parte das movimentações se deu por organizações normalmente voltadas à especulação, como bancos de investimento e fundos com determinados perfis⁷⁰².

Lembra Lynn Stout, que não se pode atribuir em todo ao CFMA a deflagração da crise. Mas não se pode negar sua ingerência, nem tampouco a capacidade de um movimento especulativo crescente com derivativos ser capaz de, por si só, servir-lhe de gatilho.

Ademais, ainda que, por suposição, a crise tivesse ocorrido independentemente da modificação legislativa produzida em 2000 (apenas oito anos antes da eclosão em 2008), indubitavelmente a mudança *determinou* a magnitude que a crise atingiu, dando-lhe abrangência muito maior do que atingiria frente a uma crise de mercado específico, como do petróleo. Sobretudo porque é muito mais simples, fácil e barato especular com derivativos do que, *e.g.*, com *commodities*⁷⁰³.

A relação causal entre a crise e o direito vigente, aliás, parece se colocar de forma ainda mais clara considerando-se que não se demorou a reagir normativamente, com a discussão e posterior promulgação do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010 (*Dodd-Frank Act*), com o escopo de minimizar as fraquezas estruturais que levaram o sistema à beira do colapso⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Para a compreensão da diferença entre os derivativos financeiros dedicados a proteção contra riscos (*hedge*) e aqueles voltados a propostas especulativas, vale tomar o exemplo das sociedades exportadoras. Nestas, a distinção é claramente quantitativa: há *hedge* até o momento em que o montante assegurado por derivativos no mercado futuro se igualar ao volume de exportações previsto para o período, sendo especulativo o volume de recursos destinados a derivativos que extrapolar a previsão (FARHI, Maryse; BORGHI, Roberto Alexandre Zanchetta. Operações com derivativos financeiros das corporações de economias emergentes. **Estudos Avançados**, 2009, vol.23, n. 66, p. 173).

⁷⁰² STOUT, Lynn A. **Op. cit.**, p. 24-25.

⁷⁰³ *Idem*, p. 28.

⁷⁰⁴ A reforma teve por escopo limitar o risco das finanças contemporâneas, em especial do *shadow banking system*, concentrando-se na regulação dos derivativos, além de limitar o dano

Os exemplos são propositadamente abrangentes, mas a escala dos impactos socioeconômicos das recuperações judiciais, conforme dados de custo e portes indicados anteriormente, pode ser igualmente ampla, sobremaneira em contextos econômicos específicos.

Visando a formatar o melhor cenário institucional para a diminuição das externalidades produzidas pela gestão jurídica da empresa em crise, a superação da linguagem do paradigma dos princípios é medida que se impõe, permitindo abertura para a utilização de ferramental metodológico importado da Economia.

O ferramental auxilia, ademais, o intuito de construir pontes entre as teorias estruturalistas e funcionalistas do Direito. Ademais, permite construir normas promocionais a partir de técnicas de facilitação lastreadas em critérios de previsibilidade de comportamento demonstráveis, sobremaneira no contexto da racionalidade econômica que permeia a atividade empresarial.

O Direito atua visando a induzir a ação humana a um padrão de conduta aceito por uma sociedade inserida em determinado espaço, em determinado tempo e em determinada cultura. Projeta-se, portanto, no *dever-ser*.

O *dever-ser* jurídico que é tomado formalmente, para os positivistas, ou como fruto da natureza humana, para as correntes jusnaturalistas. Todavia, a transição da norma para o contexto dos fatos que pretende regular não foi a preocupação primordial das grandes escolas do pensamento jurídico na tradição em que se insere o direito brasileiro. A base segue sendo, como citado, não muito mais que a “intuição e quaisquer fatos que estivessem disponíveis”⁷⁰⁵.

Tenha-se em mente a análise de princípios em colisão aparente que inspira a prevalência da função social da empresa nos julgados analisados. A conjugação do conteúdo dos princípios, maleáveis (ou pouco densos) por definição, quando em aparente colisão rende desfechos que desconsideram critérios de efetividade.

causado por eventuais quebras de grandes instituições financeiras, neste caso permitindo que os reguladores, ao terem indícios de que uma instituição financeira importante corre risco de quebra, possam peticionar nas cortes federais de Washington, D.C., dando início a um processo de tomada da gestão pelo *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) para fins de liquidação, como ocorre com os bancos comerciais (SKEEL, David A. *The New Financial Deal: Understanding the Dodd-Frank Act and its (Unintended) Consequences*. **University of Pennsylvania, Institute for Law & Economics Research**, nº 10-21).

⁷⁰⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 25.

Presume-se, se muito, que a preservação da empresa em nome dos empregados, da renda, de não dar vantagens aos grandes atores financeiros, seja a melhor decisão. Invoca-se, destarte, a função social da empresa como a linha-mestra que lhe pretende dar sentido.

A Análise Econômica do Direito permite superar o elemento de crise metodológica do paradigma, quando toca o Direito Empresarial e, nele, a função social da empresa. Para tanto, vale-se de ferramentas da ciência econômica para antever o comportamento dos atores frente ao sistema de normas e sanções, ou mesmo para estabelecer parâmetros que servirão ao desejo de eficácia (aqui tomada em acepção distinta daquela da Teoria do Direito) pretendida pelo legislador e pelo julgador.

Como afirmado à luz de Robert Cooter e Thomas Ulen, uma das faces da economia “fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis”⁷⁰⁶. Tomando o Direito Empresarial e os agentes vinculados ao exercício da atividade econômica como foco, a aposta no método se torna ainda mais segura.

De toda forma, comportamentos pautados em variáveis econômicas comporão o *Leitmotiv* da conduta dos agentes. Ignorá-los na leitura comportamental ou desconsiderá-los na construção dos parâmetros de comportamento é cegueira deliberada, com efeitos deletérios, que se pode superar pela incorporação da Análise Econômica do Direito, entendida como aplicação do método da ciência econômica à análise dos fenômenos jurídicos.

Ademais, é essencial ter em vista que a inserção metodológica da Análise Econômica do Direito aqui proposta não implica sugerir a monetarização de todos os fenômenos jurídicos, independentemente do âmbito. Não se pretende inseri-las no âmbito da análise do comportamento familiar, nem tampouco a toda e qualquer esfera do direito de propriedade.

Sua inserção metodológica no Direito Empresarial, contudo, traz, com precisão que nenhuma outra área de conhecimento tem condições de trazer de forma tão direta, dados relevantes acerca da reação potencial dos indivíduos perante determinado sistema de prêmios e sanções, na forma apontada *supra* (item 1.1.2) com supedâneo em Norberto Bobbio.

⁷⁰⁶ Idem, p. 341.

Sob o enfoque da racionalidade, esta é condição especial subjacente à conduta do condutor da atividade empresarial.

A identidade do homem racional dada pela Economia vem bem enunciada no excerto de Anthony Downs⁷⁰⁷:

[...] todas as vezes que os economistas se referem a um 'homem racional', eles não estão designando um homem cujos processos de pensamento consistem exclusivamente de proposições lógicas, ou um homem se preconceitos, ou um homem cujas emoções são inoperantes. No uso normal, todos esses poderiam ser considerados homens racionais. Mas a definição econômica se refere unicamente ao homem que se move em direção a suas metas de um modo que, ao que lhe é dado saber, usa o mínimo insumo possível de recursos escassos por unidade de produto valorizado.

Se à primeira vista se infere margens múltiplas de questionamento do comportamento humano a partir do enquadramento do excerto citado, na esfera do Direito Empresarial ele se põe com majorada probabilidade de eficácia. Isto porque, na esfera empresarial, o condutor da atividade econômica está adstrito também ao dever de diligência.

Nas sociedades por ações, o dever de diligência está consubstanciado no artigo 153 da Lei nº 6.404/1976, cujo *caput* prevê que “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”⁷⁰⁸. Pode, ainda, ser dissociado em cinco deveres: (i) qualificação para o exercício do cargo; (ii) administrar bem; (iii) informar-se; (iv) investigação; e (v) vigilância⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 27. Complementa o autor: “Um homem racional é aquele que se comporta como se segue: (1) ele consegue sempre tomar uma decisão quando confrontado com uma gama de alternativas; (2) ele classifica todas as alternativas diante de si em ordem de preferência de tal modo que cada uma é ou preferida, indiferente, ou inferior a cada uma das outras; (3) seu *ranking* de preferência é transitivo; (4) ele sempre escolhe, dentre todas as alternativas possíveis, aquela que fica em primeiro lugar em seu *ranking* de preferência; e (5) ele sempre toma a mesma decisão cada vez que é confrontado com as mesmas alternativas” (idem, p. 28).

⁷⁰⁸ Em relação às sociedades limitadas e enquanto matéria geral de direito societário, o dever é lançado nos mesmos termos pelo artigo 1.011 do Código Civil: O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

⁷⁰⁹ O rol é de PARENTE, Flávia. **O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 101-102.

Ademais, como adverte Rubens Requião, a administração das empresas alcançou dignidade universitária, não havendo mais campo para empirismo e improvisação⁷¹⁰. Não é razoável comparar o administrador de empresa com um indivíduo médio, uma “pessoa comum”⁷¹¹, uma vez que a gestão de negócios envolve a assunção de riscos e a lida com temas de alta complexidade, com impacto potencial tanto para os investidores quanto para a comunidade em que se insere a companhia.

Assim, dentro das possibilidades de um arco de racionalidade limitada, é perfeitamente possível adotar o comportamento racional na alocação de recursos pelo condutor de atividade empresarial. Na mesma medida, é perfeitamente possível puni-lo pelo não atendimento a critérios racionais economicamente verificáveis. É, portanto, especialmente suscetível ao ferramental da Análise Econômica do Direito.

As respostas da Economia partem de um sistema variado de ferramentas aplicáveis à leitura do comportamento dos agentes, a partir de métodos de análise comportamental como a teoria dos jogos, todos relevantes para a compreensão do impacto das normas jurídicas nas relações sociais, ainda mais quando empresariais.

Quanto à teoria dos jogos, apresentada primeiramente por John Von Neuman e Oscar Morgenstern, em seu Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico (*Theory of Games and Economic Behavior*)⁷¹², trata da interação entre sujeitos racionais (*players*), a partir do recorte de suas condutas sucessivas (*plays*), com jogos simétricos ou assimétricos, de soma zero ou diferente de zero, de informação perfeita ou imperfeita, dentre outras distinções tipicamente utilizadas.

Sua manifestação mais conhecida refere-se ao chamado Dilema do Prisioneiro⁷¹³, mas sua abrangência aplicada à leitura de institutos jurídicos dá

⁷¹⁰ REQUIÃO, Rubens. **Op. cit.**, p. 218.

⁷¹¹ PARENTE, Flávia. **Op. Cit.**, p. 66.

⁷¹² NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oscar. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton University Press, Princeton, 1972.

⁷¹³ O *jogo*, em síntese, parte da existência de dois partícipes-jogadores, aos quais são apresentadas as opções de permanecer em silêncio, livrando o cúmplice, ou confessar, traíndo o cúmplice. Se apenas um dos jogadores confessar, livrar-se-á e renderá ao outro condenação a pena mais alta. Se a confissão partir de, a ambos será atribuída pena média. No entanto, se os dois jogadores se calarem, serão condenados a uma pena mais leve. Embora reste claro ao observador externo que o melhor resultado, de um ponto de vista coletivo, dar-se-ia se ambos

pistas do comportamento a ser adotado pelos agentes em múltiplas searas⁷¹⁴, especialmente aquelas afeitas à calculabilidade e previsibilidade, cujos sujeitos são dotados de racionalidade própria, como o Direito Empresarial.

A partir da teoria dos jogos é possível render novo olhar a realidades que o paradigma dos princípios não permite equacionar. O comportamento dos credores e do devedor em relação à construção e a deliberação acerca do plano de recuperação judicial é uma delas.

Nesta esteira, a síntese de Oksandro Osdival Gonçalves e Felipe de Poli de Siqueira⁷¹⁵, que apontam para a potencial ocorrência de jogo cooperativo:

[...] na perspectiva da deliberação do plano de recuperação da empresa em crise, há o envolvimento de dois ou mais agentes (jogo) que, obrigatoriamente, coloca todos os grupos de interesses a ela vinculados (jogadores) para decidirem pela aprovação ou rejeição do plano (estratégias). A escolha de aderir ou não ao plano é uma estratégia que será adotada pelos credores em razão das informações e dos benefícios que vislumbrarem, fatores estes que dão subsídios a uma decisão racional. O plano de recuperação, neste prisma, tende a ser um jogo cooperativo, no qual os jogadores podem maximizar seus interesses se colaborarem uns com os outros.

Também sob o prisma da teoria dos jogos é possível analisar os impactos de decisões judiciais que desconstroem as regras do jogo postas têm sobre as condutas dos credores e do devedor, como a protelação do prazo de suspensão das ações e execuções, dentre outras medidas, explicitando o novo mecanismo de incentivos e desincentivos que tende a impactar as jogadas subsequentes.

Importa reconhecer que ler o Direito economicamente ainda gera resistências racionais e irracionais entre os juristas. Tal ocorre, em regra, pela própria dificuldade dos operadores e estudiosos do Direito em lidar com quantificação, em enfrentar uma reciclagem que lhes permita adotar uma

ficassem em silêncio, em vista de que os prisioneiros não têm condições de combinar suas estratégias, passa a existir uma estratégia dominante, do ponto de vista racional: confessar.

⁷¹⁴ Na esfera dos contratos, por exemplo, permite conclusões como a de Nicolas Postel, para quem a teoria dos jogos demonstraria que “na ausência da instituição coletiva, os indivíduos simplesmente racionais não podem chegar ao resultado ótimo pelo simples jogo da negociação bilateral” (POSTEL, Nicolas. *Contrat, Coercition et Institution: un regard d'économiste*. In: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David (org.). **Approche critique de la contractualisation**. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 83).

⁷¹⁵ GONÇALVES, Oksandro Osdival; SIQUEIRA, Felipe de Poli de. A aprovação do plano de recuperação de empresas: uma questão de escolha à luz da teoria dos jogos. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, mar./2014, p. 383.

linguagem não coincidente com a jurídica e de elevada complexidade, como é a econômica.

Como qualquer outra vertente teórica, a Análise Econômica do Direito conta com limitações internas e não dá conta de toda a problemática envolvida com a aplicação das normas jurídicas. A racionalidade dos sujeitos é constantemente questionada, por exemplo, objetando-se que “não se pode conservar o modelo de racionalidade *standard*, em que o *homo economicus* é uma imperturbável máquina de calcular o interesse individual”⁷¹⁶.

O fato de a Análise Econômica do Direito ter sido desenvolvida no seio do *common law* também exige atenção. Devem ser consideradas as necessárias adaptações para transmutar institutos jurídicos ou mesmo modelos teóricos instituídos em sistema jurídico de inspiração diversa do *civil law* europeu continental. No entanto, a impossibilidade de se conduzir uma leitura econômica precisa na totalidade das relações humanas não muda o fato de que esta é imprescindível para aqueles ramos do Direito voltados às atividades econômicas, como o Direito Empresarial.

Adotar a Economia como ferramenta de compreensão e planejamento jurídico, como diretriz para políticas públicas instituídas normativamente, não significa filiar-se cegamente a uma ou outra corrente ideológica. Significa, isto sim, um compromisso com a efetividade, uma visão da norma jurídica que vá além dos critérios formais de validade e eficácia, uma busca constante de conexão real entre o *dever-ser* normativo e o *ser* que àquele se pretende amoldar.

A adoção, porém, permite a superação das limitações do paradigma dos princípios e a leitura de princípios como o da função social da empresa, em contexto normal e sobretudo em recuperação judicial, extrapolando os lindes da intuição e garantindo respostas seguras, socioeconomicamente eficientes. Justifica-se, nesta troca de paradigma, a transição da função social para a função social da empresa.

⁷¹⁶ FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie. In: **Droit et Économie des Contrats**. Cristophe Jamin (org.). Paris: L.G.D.J., 2008, p. 37.

5.2.3 Função socioeconômica da empresa em recuperação judicial

A implantação de metodologia econômica para fins de aferição do sentido da função social da empresa em geral e da função social da empresa em recuperação judicial em especial permite, ainda, que se supere a costumeira separação entre o elemento social e o elemento econômico da atividade empresarial.

Como indicado *supra* (5.2.1) no trato da autonomia do Direito Empresarial e da enunciação dos seus caracteres peculiares, ao Direito Empresarial não interessa a regulação de eventos jurídicos que não tenham cunho econômico.

Não se trata de afirmar que estes eventos não tenham serventia ou não devam ser tutelados e preservados a partir do Direito. Trata-se, isto sim, de asseverar que não são nem podem ser objeto de um ramo forjado para regular em essência as estruturas básicas do exercício profissional da atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços. No contexto do Direito Empresarial, portanto e à luz da necessidade de alinhamento paradigmático, a função social da empresa merece ser compreendida como função socioeconômica da empresa.

Para além de uma simples variação terminológica, a adoção da nomenclatura função socioeconômica da empresa traduz com maior precisão a perspectiva de que quem diz *empresa* diz *atividade econômica organizada*, consoante conceituação positivada no art. 966, *caput*, do Código Civil tendo como paradigma a figura do empresário. Portanto, neste específico contexto de regulação pela via do Direito Empresarial não há margem para a separação entre o econômico e o social. À atividade econômica não pode ser atribuída função social que negue o elemento econômico, na medida em que este está ínsito à sua natureza.

Impende, ainda, desconstruir a percepção de que a função social da empresa seja derivação apenas do princípio da função social da propriedade, indicada em diversas oportunidades, sob o manto do paradigma dos princípios.

A confluência de dispositivos constitucionais que toca a empresa é muito mais abrangente do que a função social da propriedade. Esta é apenas um de seus componentes, seja em sua invocação no artigo 5º, XXII e XXIII, como

garantia do direito de propriedade e exigência de atendimento à função social, seja nos moldes do artigo 170, II.

O emaranhado de dispositivos que toca a empresa vai desde considerações de ordem geral atreladas à liberdade de iniciativa, com forte conexão com a autonomia privada, até aqueles destinados à proteção ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), proteção ao nome empresarial e outros signos distintivos da empresa (art. 5º, XXIX), valorização do trabalho humano e livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*).

Estão albergados na regulamentação da ordem econômica, igualmente, dispositivos que indicam a necessidade de repressão do abuso de poder econômico voltado à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º).

A Constituição trata, também, da função social da empresa, literalmente, ainda que se restrinja ao trato da empresa pública (enquanto perfil subjetivo) e da sociedade de economia mista, ditando que a lei estabelecerá seus estatutos jurídicos dispondo sobre *sua função social*⁷¹⁷.

Portanto, a função social da empresa transborda a esfera da função social da propriedade. Aliá-la à propriedade dos bens de produção é limitar o alcance e a complexidade que a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços alcançou.

A função social da propriedade remete a contexto de valorização demasiada da propriedade imobiliária ou, se muito, ainda se alicerça em contexto de produção industrial, com propriedade de maquinário, de complexos fabris. Não obstante, a função social e suas conexões econômicas, em contexto amplo, envolve operações financeiras de vulto, moedas eletrônicas, fluxo internacional de capitais, casas bancárias, derivativos, dentre outros itens de alta relevância no contexto da atividade econômica nacional e internacional.

Função social da empresa não se limita à função social da propriedade, pois vai além dos meios de produção, sendo também função social da atividade

⁷¹⁷ Art. 173. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; [...].

econômica privada. Nesta esteira, ela nasce adstrita à concepção econômica, na medida em que representa princípio *geral* da ordem econômica, que condensa liberdade de iniciativa, livre concorrência, dentre outros. Não é apenas social, mas socioeconômica, na medida em que é econômica para efetivamente poder ser social⁷¹⁸.

Merece atenção especial a regulamentação legal das empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos da Lei nº 13.303/2016. Nela, o componente econômico aflora como parte indissociável do elemento social, quando se assevera que a realização do interesse coletivo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico, bem como atender a critérios de alocação socialmente eficiente dos recursos (econômicos)⁷¹⁹:

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A **realização do interesse coletivo** de que trata este artigo **deverá ser orientada** para o alcance do bem-estar econômico e **para a alocação socialmente eficiente dos recursos** geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte [g.n.]

Ademais, ao ditar o legislador a preferência pelo desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira como elemento da realização da função social, deixa-o adstrito a que se dê *sempre de maneira economicamente justificada*:

[...] II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, **sempre de maneira economicamente justificada. (g.n.)**

Os dispositivos legais citados, ao atrelarem a realização de objetivos sociais à racionalidade econômica, são evidências de transição paradigmática, com absorção crescente da racionalidade econômica na atribuição de sentido a

⁷¹⁸ Noutras palavras, sem a percepção dos impactos econômicos, qualquer pretensão de atendimento a uma função social tende a se limitar à justiça no caso concreto, normalmente com externalidades negativas, como já se analisou.

⁷¹⁹ Ressalte-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, por força do artigo 2º, I, da Lei nº 11.101/2005, não podem ter aplicado a si o regime da recuperação judicial. Considerada a relevância que detêm no contexto brasileiro, bem como os impactos socioeconômicos que sua desarticulação engendra, é caso de reflexão a construção de um regime de recuperação que lhes seja próprio.

institutos que com ela rendiam colisão aparente, como a funcionalização da atividade econômica.

Não se diga tratar-se de hipótese adstrita às empresas públicas e sociedades de economia mista. Se a racionalidade econômica se impõe à gestão de recursos envolvendo o capital público, impõe-se com ainda maior razão à gestão do capital privado.

Os dispositivos representam indicativo positivado de superação paradigmática, nos moldes esboçados por Thomas Kuhn, visando a uma funcionalização social pensada sem se dissociar da racionalidade própria da economia, voltada à alocação eficiente de recursos escassos.

Não que o enunciado normativo atinente à função social das empresas públicas e sociedades de economia mista represente, em si, a superação do paradigma. Para que o paradigma seja superado, dada sua natureza *adesiva*, depende ainda de esforço continuado no sentido da explicitação de que a incorporação de instrumentais econômicos engendra também maior eficiência social na alocação de recursos.

Como é possível atribuir uma conotação não econômica à função social da propriedade, fato comum fora das fronteiras do Direito Empresarial, a função social da empresa é social e econômica por natureza, daí ser melhor traduzida como função socioeconômica da empresa. Sob esta nova premissa, aflora a questão da função socioeconômica peculiar da empresa em recuperação judicial.

Resgatando o pensamento de Norberto Bobbio, pode-se concluir que normas atreladas à recuperação de empresas, no contexto dado pelo artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, têm função promocional voltada a permitir que as atividades econômicas reestabeleçam sua normalidade.

A assertiva deriva do enunciado normativo do dispositivo, no qual se identifica que a recuperação judicial tem por objetivo dar viabilidade à superação da situação de crise econômico-financeira do empresário individual ou sociedade empresária, em vista de sua função social e, neste contexto, sua função socioeconômica.

Se tem por objetivo dar viabilidade à superação da crise, amolda-se como técnica de facilitação, no sentido de conjunto de expedientes adotados por

um grupo social visando a permitir que a realização de determinada conduta se torne mais fácil ou menos difícil⁷²⁰, na forma de normas de encorajamento.

Outrossim, a Lei de Recuperações e Falências, de difícil enquadramento no contexto das sanções positivas e negativas, pode ser considerada como um conjunto de normas que visariam à facilitação da recuperação e da preservação da função socioeconômica da empresa. Trata-se, portanto, de uma manifestação da *técnica de facilitação* de Norberto Bobbio, mediante a construção de um ambiente institucional ensejador da negociação entre os credores e o devedor pleiteante.

A técnica de facilitação no paradigma dos princípios acabava por se resumir à racionalidade da interpretação favorável à preservação, sem maiores indagações. Todavia, em novo paradigma ela se abre à análise econômica e com isso permite a realização do cunho promocional (recuperar a empresa) de forma melhor estruturada e eficiente, conjugando a análise estrutural com a análise funcional do Direito, na forma preconizada por Norberto Bobbio.

Reitere-se que, conforme preconizado por Thomas Kuhn, a transição não muda o objeto, nem exclui totalmente todo o conhecimento previamente produzido. O ordenamento seguirá inevitavelmente composto de normas que se traduzem em princípios e regras. Os princípios seguirão menos densos do que as regras; no entanto, a atribuição de conteúdo aos princípios dependerá da aplicação de metodologia econômica, quando aplicados a questões de ordem empresarial.

Não mudam, igualmente, os fenômenos que o produtor de conhecimento observa. Após a transição paradigmática, seguem sendo objeto de reflexão os fenômenos que eram antes dela⁷²¹. Seguir-se-á diante de empresas em contexto de recuperação judicial regida pela Lei nº 11.101/2005.

⁷²⁰ BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, p. 30. Rememore-se a definição literal do autor: “Consiste no conjunto de expedientes com os quais um grupo social organizado exerce um determinado tipo de controle sobre os comportamentos de seus membros [...] não pelo estabelecimento de uma recompensa à ação desejada, depois que esta tenha sido realizada, mas atuando de modo que a sua realização se torna mais fácil ou menos difícil. Note-se a diferença: a recompensa vem depois, enquanto a facilitação precede ou acompanha a ação que se pretende encorajar” (ibidem).

⁷²¹ A mudança de marco legislativo pode servir a propósito avesso ao que se pretende ao incluir metodologia econômica à apreciação de fenômenos jurídicos. Noticie-se, neste sentido, a crítica de José Carlos Moreira Alves à promulgação de novo Código Comercial: Ademais, a insegurança jurídica alegada quanto à disciplina da atividade negocial do Código Civil advirá, sim, das soluções apressadas ou tecnicamente imperfeitas que determinaram a redução de mais de quatrocentos artigos da transposição da “minuta de Código Comercial” para o atual Projeto dessa

Preserva-se, igualmente, grande parte da linguagem e mesmo a maior parte do instrumental teórico anterior, ainda que varie a forma de utilização e que se acrescentem outros ferramentais, como o teorema de Coase, noções de externalidades, sistemas de equilíbrio e a teoria dos jogos.

Não que se apague todo o conhecimento prévio e se faça da ciência anterior *tabula rasa*. Este conhecimento outrora produzido passa a ser reinterpretado a partir da nova coloração⁷²², no caso, a da Análise Econômica do Direito, no âmbito específico do Direito Empresarial e nas demais searas quando se debruçam sobre a empresa.

Perseveram elementos essenciais do paradigma dos princípios: (i) aplicabilidade imediata das normas constitucionais; (ii) atribuição de caráter normativo aos princípios, como espécie de norma ao lado das regras; (iii) constitucionalização do direito privado. No entanto, acrescenta-se a (iv) submissão da atribuição de sentido às normas jurídicas a critérios de racionalidade econômica calcados em ferramentas fornecidas pela Análise Econômica do Direito.

Neste novo cenário, pode-se propor a releitura da função socioeconômica da empresa em recuperação judicial a partir da teoria dos custos de transação, pautada nas construções teóricas de Ronald Coase e Oliver Williamson.

Para Ronald Coase, a empresa é uma estrutura de governança que junto com o mercado e com os contratos relacionais, está à disposição do empresário na sua atividade organizacional. Ele optaria pela empresa quando esta for a forma mais eficiente. Sendo eficiente reduz custos, reduzindo custos amplia o acesso da sociedade humana às externalidades positivas criadas pela empresa.

O intuito do autor é demonstrar como organizações com uma estrutura de governança emergem como mecanismos de redução de custos de transação num contexto negocial caracterizado por cognição limitada antes da formação do contrato e potencial de conduta oportunista durante sua execução.

codificação, sendo ainda de espantar-se que, em nome da segurança jurídica, que tanto depende da estabilidade das normas legais, se pretenda revogar parte substancial do Código Civil promulgado há cerca de dez anos (MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, ano 17, n. 34, jul./dez.-2014, p. 228).

⁷²² KUHN, Thomas. **Op. cit.**, p. 165-166.

Neste sentido, no artigo A Natureza da Firma (*The Nature of the Firm*), Ronald Coase, na forma como interpretado por Oliver Williamson, supera a concepção da firma como função-produção (construção tecnológica) e considera-a estrutura de governança (construção organizacional), na qual a estrutura interna tem efeitos e propósito econômicos⁷²³ e à luz da qual a “existência da empresa se confunde com sua justificação”⁷²⁴.

Pelo critério da eficiência, o direito deve ser alocado à parte que mais o valoriza, o que pode implicar dano à eficiência caso as partes adotem solução não cooperativa e a regra jurídica dê solução prévia que não é a mais eficiente. A solução cooperativa, porém, pressupõe *custos de transação*, isto é, custos de relacionamento⁷²⁵ (e.g. referentes ao grau de informação das partes, o número de partes e a especificidade do objeto a ser negociado). A negociação será mais eficiente sempre que os custos de transação sejam tendentes a zero.

Considerando as vantagens que se pode ter com a cooperação entre as partes, pode-se depreender que o papel do Direito é promover a remoção dos impedimentos aos acordos privados⁷²⁶, com que, indiretamente, contribuir-se-á para o alcance das soluções mais eficientes, alocando-se os recursos conforme a valoração que as partes deles fazem⁷²⁷.

Do arrazoado se extrai a proximidade com a recuperação judicial. Na fase imediatamente antecedente e no contexto da própria recuperação, os custos de transação tendem a crescer, haja vista os riscos envolvendo a formação e renegociação de contratos ante a iminência da cessação no cumprimento das avenças.

Neste contexto, está-se diante do potencial comportamento oportunista de diversos dos agentes, credores ou devedor. O princípio da função socioeconômica da empresa em recuperação judicial pode ser invocado e

⁷²³ WILLIAMSON, Oliver E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. **Journal of Economic Literature**, vol. XXXVIII, set/2000, p. 602.

⁷²⁴ “A existência da empresa se confunde com sua justificação. A empresa só existe e só deve existir caso tenha capacidade de reduzir os custos de transação vigentes no mercado, associados a determinada atividade econômica.” (KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo, 05 de maio de 2009, p. 32).

⁷²⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 102.

⁷²⁶ Idem, p. 110.

⁷²⁷ Registre-se que, a despeito da possibilidade de o devedor empresário apresentar e negociar com seus credores plano de recuperação extrajudicial, a Lei nº 11.101/2005 autoriza em seu art. 167 a realização de outras modalidades de acordo privado entre ele e seus credores.

interpretado com o fito de proporcionar estruturas de governança capazes de mitigar comportamentos oportunistas⁷²⁸ e permitir a reorganização da empresa economicamente viável.

Nesta medida, a função socioeconômica da empresa aplicada à recuperação judicial é capaz de reduzir os custos de transação que permitam, caso a manutenção da empresa se justifique (sob a ótica de Ronald Coase), sua reorganização, mantendo-a ou não sob a direção do mesmo empresário.

Considere-se a venda judicial de ativos nos moldes da Lei nº 11.101/2005. O adquirente da unidade produtiva o faz por eficiência, na medida em que pode comprar a unidade desonerada de ônus reais ou obrigações do alienante perante terceiros (art. 60, parágrafo único⁷²⁹). Fora do contexto das estruturas de governança da Lei nº 11.101/2005, a transação dar-se-ia a mercado e se teria completo desinteresse ou diminuição significativa de preço, em prejuízo ao conjunto de credores.

Evitar-se-ia, no mesmo sentido, que ativos de elevado valor ficassem indefinidamente presos a uma estrutura ineficiente cuja preservação não se justificaria.

A postura, aliás, coaduna-se com o que indicam Douglas Baird e Robert Rasmussen acerca do direito recuperacional no contexto estadunidense, no qual as reorganizações de corporações alicerçadas em mecanismo equivalente ao da Lei nº 11.101/2005 desapareceram, dando lugar a uma fórmula de venda de ativos⁷³⁰. Avaliam, assim, que a era dos fóruns de negociações entre credores e o devedor comum visando a preservar a empresa terminou⁷³¹.

⁷²⁸ “Os custos de transação podem levar a comportamentos estratégicos ou oportunistas dos agentes, uns contra os outros” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 221.

⁷²⁹ Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

⁷³⁰ BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. **Stanford Law Review**, n. 55, 2002, p. 751. Justificam, lançando evidências empíricas: “TWA filed only to consummate the sale of its planes and landing gates to American Airlines. Enron’s principal assets, including its trading operation and its most valuable pipelines, were sold within a few months of its bankruptcy petition. Within weeks of filing for Chapter 11, Budget sold most of its assets to the parent company of Avis. Similarly, Polaroid entered Chapter 11 and sold most of its assets to the private equity group at BankOne” (idem, p. 752).

⁷³¹ Idem, p. 753.

Sob outra perspectiva, poder-se-ia inferir a função socioeconômica da empresa em recuperação judicial a partir das externalidades⁷³².

Tomando a empresa como feixe das relações jurídicas mantidas pelo empresário com partes relacionadas, a função socioeconômica da empresa em recuperação judicial pode ser tomada como a diminuição das externalidades derivadas do estado de crise econômico-financeira, derivada do aumento dos custos de transação e dos impactos consequentes nos ativos. Na mesma medida, a baliza das externalidades permite seja atendida a função socioeconômica da empresa ponderando-se as positivas e negativas. Outrossim, é justificável a preservação da empresa na medida em que as externalidades positivas sejam superiores às negativas na projeção do processo de recuperação no tempo.

Tomem-se por base decisões como: (i) o impedimento por tempo indefinido da venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial (art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005); (ii) a prorrogação da suspensão geral das medidas constritivas, mesmo tendo o legislador determinado sua improrrogabilidade (art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005); (iii) reconhecimento do abuso do direito de voto pelo credor (art. 187 do Código Civil aplicado às recuperações judiciais); (iv) o acolhimento ou negação da alienação de ativos penhorados em execuções fiscais (art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005); (v) a possibilidade de concessão da recuperação judicial pelo juiz, mesmo na ausência de aprovação do plano por todas as classes de credores presentes à assembleia (art. 45, cc. 58, § 1º, da Lei nº 11.101/2005).

Em todas as decisões mencionadas invocou-se o princípio da função social da empresa na construção da fundamentação. Independentemente do critério que se atribua, dentro ou fora do rol propositivo aqui listado, em todos os contextos a incorporação da Análise Econômica do Direito ao paradigma, engendrando sua reformulação no tocante ao Direito Empresarial, permitirá que as respostas dadas a todas elas tenham algum patamar de verificação.

⁷³² Tome-se por externalidades os “efeitos das atividades de produção e consumo que não se refletem diretamente no mercado” (PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 7ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010, p. 575).

Nenhuma das questões postas, em parâmetro interpretativo que envolva leitura econômica, fica fadada ao engessamento. Não se pressupõe aprioristicamente a inviabilidade da prorrogação. O que se tem, isto sim, é um subsídio à prorrogação alicerçado em critérios com um mínimo de cientificidade e não atribuindo sentido abstrato à função social da empresa.

A flexibilidade interpretativa não se perde. Não obstante, a interpretação tem um alicerce efetivo, econômico, que pondera de fato os interesses das partes relacionadas. A delonga processual pode ser pensada a partir dos impactos da mora nos ativos e na conduta dos agentes econômicos, bem como a viabilidade econômica a partir das estruturas de governança.

Em todas as hipóteses, vale dizer, os desfechos não serão necessariamente distintos daqueles que se identificou na análise de jurisprudência. Todavia, a atribuição de sentido à função social da empresa, quando lida como função socioeconômica por ferramental da Análise Econômica do Direito, ainda que à luz das complexidades envoltas nas recuperações judiciais em concreto, garantirá desfechos mais previsíveis e socialmente mais eficientes do que aqueles proporcionados pelos critérios do paradigma anterior.

CONCLUSÃO

À luz da proposta de averiguar a aplicabilidade do princípio da função social da empresa no contexto da empresa em crise, revisitou-se as raízes do funcionalismo no discurso jurídico, com ênfase nas construções de Léon Duguit e Norberto Bobbio. Disto se extraiu a posição da função social e da função social da empresa no discurso jurídico.

Indicou-se, por igual, o papel relevante ocupado pelas sociedades empresárias no contexto atual, sobretudo o das grandes companhias, tanto quando em funcionamento regular, quanto em situação de crise econômico-financeira que exija a utilização de algum mecanismo legal de reorganização.

Analisando cenários de crise econômico-financeira, indicou-se os custos relevantes atrelados a um processo de recuperação judicial ou mecanismo equivalente, sobretudo a partir da análise da literatura estadunidense, sem embargo da indicação de elementos de custo identificáveis a partir do marco legal brasileiro vigente, instituído pela Lei nº 11.101/2005.

A partir da instituição da substituição do modelo de concordata pelo de recuperação judicial, os dados disponíveis permitiram concluir que o instituto tem sido invocado por um número crescente de empresários e sociedades empresárias.

A utilização crescente dos mecanismos de recuperação judicial, associada a custos sociais significativos e que tem como centro o princípio da função social da empresa, refletida no escopo de promover-lhe a preservação, indicou a premência da necessidade de reflexão sobre seu conteúdo.

Para tanto, partiu-se da descrição do ferramental conceitual de Thomas Kuhn, alicerçado em quatro conceitos principais: (i) paradigma; (ii) ciência normal; (iii) crise da ciência normal; e (iv) mudança de paradigma. À luz das proposições teóricas de Thomas Kuhn, inaugurou-se análise dos marcos legislativos que regeram o Direito Falimentar brasileiro antes da Lei nº 11.101/2005. Dentre eles, com relevo, o Decreto-Lei nº 7.661/1945, de longa vigência, com o instituto da concordata, pensada para o comerciante individual e inadequada para a complexa teia de relações envoltas na empresa moderna.

Na mesma esteira, verificou-se que, no período antecedente à Constituição de 1988, a função social da empresa figurava explicitamente no

parágrafo único do artigo 116 e no *caput* do artigo 153, todos da Lei nº 6.404/1976. Contudo, não havia, na doutrina de época analisada nesta tese o grau necessário de convergência para que se a pudesse tomar como incorporada e interpretada por um paradigma, ainda que já se colhesse, nas produções com proximidade cronológica com a Constituição de 1988, traços próximos àqueles que se daria ao instituto no período sucessivo ao novo texto constitucional.

Demonstrou-se, assim, a hipótese de formação paulatina de um paradigma, a partir da Constituição de 1988, com reflexos na percepção do princípio da função social da empresa, que a partir da literatura se pode alcunhar paradigma dos princípios. Como traços do paradigma, identificou-se: (i) a aplicabilidade imediata das normas constitucionais; (ii) a atribuição de caráter normativo aos princípios, como espécie de norma ao lado das regras; (iii) a constitucionalização do direito privado, especialmente a partir da releitura de categorias do Direito Civil e projeção posterior sobre o Direito Empresarial; (iv) a rejeição de metodologias econômicas para a resolução de questões jurídicas, traduzidas metaforicamente na passagem do *ter* para o *ser* ou no viés antipatrominialista declarado.

Sob o signo do paradigma, à função social da empresa foi atribuída a natureza de norma, da espécie *princípio*. Em vista da característica de maior abstração associada aos princípios pela literatura de, dentre outros, Ronald Dworkin e Robert Alexy, inaugurou-se processo de expansão dos sentidos albergados pelo agora princípio da função social da empresa.

O princípio da função social da empresa irradiou-se, a partir da literatura analisada na tese, dentre outros: (i) na interpretação da conduta dos controladores e administradores; (ii) na análise do papel desempenhado pela empresa frente ao Fisco, aos consumidores, aos trabalhadores e ao meio ambiente; (iii) na atribuição de responsabilidade social de caráter cogente; (iv) como legitimadora da intervenção estatal na atividade empresarial titularizada por agentes privados; (v) como elemento que restringiria o lucro como escopo do exercício profissional da atividade econômica organizada.

Alçada ao contexto da recuperação judicial, a função social da empresa é percebida predominantemente pela literatura como caractere implícito à empresa. Noutras palavras, está presente onde estiver presente o exercício da

atividade empresarial. Assim, serve de justificativa ao princípio da preservação da empresa, derivado do princípio da função social, ambos explícitos no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005.

A análise dos impactos quantitativos do novo diploma falimentar permitiu aferir, de imediato, a redução na malversação dos pleitos de falência, outrora recorrentes como fórmula alternativa de execução, caiu significativamente.

No tocante à recuperação, para além da tendência crescente no número de pleitos, há indícios de acréscimo no uso eficiente (sob a perspectiva do devedor que busca recuperação), atribuíveis a: (i) aumento na confiança que os devedores dedicam ao instituto paralelamente ao que dedicavam à concordata; (ii) aumento na oferta de serviços especializados na reestruturação empresarial pela via do processo de recuperação judicial; (iii) estabilização de posições da jurisprudência interpretando dispositivos de maneira favorável ao devedor em recuperação judicial, à luz do princípio da função social da empresa.

As evidências empíricas apontaram, portanto, que o arcabouço normativo outrora voltado para a *falência* agora tem como norte a *recuperação*, pautada no escopo de preservação da empresa, derivado do princípio da função social, tomado em contexto de direito privado constitucionalizado, tudo à luz dos caracteres do paradigma dos princípios.

Demonstrou-se, ainda, com esteio em múltiplos julgados que invocaram o princípio da função social da empresa como fundamento, que há um uso indiscriminado do princípio, tanto sob a perspectiva do volume de decisões, notado como crescente, quanto na expansão semântica. Este fenômeno, por sua vez, mostra conexões diretas com o paradigma dos princípios, tanto por coincidir cronologicamente com sua ascensão, quanto a partir da análise da linguagem dos julgados, compatível com os caracteres enunciados do paradigma.

Tomado isoladamente o contexto das decisões prolatadas em ou com relação a processos de recuperação judicial, identificou-se a prevalência do entendimento, em todas as especialidades judiciárias analisadas, de que a função social é característica ínsita ao exercício da empresa que justificaria a sua preservação.

A análise das decisões em concreto demonstra a presença de elementos de crise no paradigma, ditados pela ausência de aferição de impactos econômicos na construção das decisões ou sua invocação sem rigor metódico.

O paradigma não dá ferramentas para que se pondere, *e.g.*, qual o impacto nas atividades empresariais dos credores afetados pela inviabilidade da continuidade do procedimento executivo. Assim atuando, deixa de levar em conta que, se a função social é implícita, também são dotadas de função social aquelas empresas que sofrem os impactos do alongamento cronologicamente ilimitado do processo de recuperação.

A adequação a partir dos impactos socioeconômicos, aferíveis a partir, *e.g.*, das externalidades positivas e negativas geradas, poderia se dar a partir de balizas econômicas que, por outro lado, não encontram espaço nas manifestações judiciais da linguagem do paradigma.

Reforça o exposto a consideração dos caracteres que dão especificidade ao Direito Empresarial em face de outros ramos do conhecimento jurídico. A especialidade se dá, sobretudo, pela especial relevância que tem para si a segurança jurídica, assim compreendida como a previsibilidade do conteúdo normativo, elemento indissociável da calculabilidade própria da racionalidade econômica que informa o ramo.

A autonomia principiológica do Direito Empresarial e a necessidade de aplicação de métodos com ela compatíveis passam predominantemente despercebidas na construção da jurisprudência, sobretudo quando se está em contexto de não especialização dos órgãos julgadores. É, ainda, incompatível com o discurso jurídico predominante à luz do paradigma dos princípios.

Para o Direito Empresarial, a insegurança jurídica constitui um desvalor em si. Mais que a definição das categorias gerais que inspiram o pensamento jurídico, seu microssistema depende da configuração *a priori* da norma, para além do texto normativo. A determinação posterior de conteúdo normativo distinto do conteúdo original é necessariamente uma fórmula deletéria e um acréscimo injustificável de custos de transação.

Outrossim, o que o Direito Empresarial regulou, regula, pretende ou deve regular tem conexão com elementos econômicos, na medida em que tem como núcleo a *atividade econômica organizada*. Não pode, portanto, estar metodologicamente adstrito a um discurso jurídico puro, que não permita o ingresso de fatores de outras esferas de conhecimento afeitas aos fenômenos econômicos.

O paradigma vigente, ao sustentar a invocação reiterada de conceitos jurídicos indeterminados, com a natureza de princípios, ensejando a construção de sentidos distantes da literalidade dos enunciados normativos, e ao não incorporar elementos econômicos em sua construção, evidencia a insuficiência da ciência normal para o Direito Empresarial.

Pondere-se, ainda, que embora se faça menção a impactos econômicos associados à quebra, o silêncio quanto à metodologia para sua aferição é eloquente na extensão em que evidencia as limitações do paradigma dos princípios para a solução de questões jurídicas relativas ao Direito Empresarial.

Assim, se por um lado o marco legal da recuperação judicial caracteriza norma de facilitação, na acepção dada por Norberto Bobbio, é mister que engendre a conclusão cronologicamente adequada do regime especial que introduz, seja permitindo o rearranjo que conduz à aprovação e homologação do plano, seja reconhecendo a inviabilidade do empreendimento e liberando o empreendedor para o próximo empreendimento, além de livrar os credores do contexto de imprevisibilidade no recebimento dos créditos.

Retomando Thomas Kuhn em seu paralelo entre as revoluções políticas e as transformações científicas, está-se diante da percepção crescente de funcionamento defeituoso do paradigma dos princípios naquilo que toca o Direito Empresarial e na aplicação que enseja do princípio da função social da empresa em contexto geral e no contexto da recuperação judicial.

A percepção do funcionamento defeituoso do paradigma no trato de questões com reflexos econômicos, com relevância especial para aquelas atinentes a empresários em recuperação judicial, é tanto fruto de uma leitura econômica quanto pode por ela ser suprida.

Demonstrou-se, destarte, a hipótese de que a incorporação de ferramentas de Análise Econômica do Direito permite a identificação destes elementos de crise na leitura doutrinária e jurisprudencial do princípio da função social da empresa, assim como a proposição de balizas que permitam uma funcionalização que não descuide da segurança jurídica e da eficiência necessárias, em última análise, ao alcance do desiderato original da função social da empresa. Demonstrada, assim, a necessidade de mudança no paradigma do Direito Empresarial, adotando-se o ferramental da Análise Econômica do Direito para a determinação de seus conteúdos.

Perseveram elementos essenciais do paradigma dos princípios: (i) aplicabilidade imediata das normas constitucionais; (ii) atribuição de caráter normativo aos princípios, como espécie de norma ao lado das regras; (iii) constitucionalização do direito privado. No entanto, acrescenta-se a (iv) submissão da atribuição de sentido às normas jurídicas a critérios de racionalidade econômica calcados em ferramentas fornecidas pela Análise Econômica do Direito.

No paradigma proposto, o conteúdo do princípio da função social da empresa não se subsume a mera derivação do princípio da função social da propriedade, mas a uma conjugação mais complexa de fatores melhor descrita pela expressão função socioeconômica da empresa.

No novo cenário, pode-se propor a releitura da função socioeconômica da empresa em recuperação judicial a partir da teoria dos custos de transação, pautada nas construções teóricas acerca de estruturas de governança de Ronald Coase e Oliver Williamson, além de projeções atreladas à mensuração de externalidades positivas e negativas como critérios definidores da extensão da aplicabilidade do princípio da preservação.

Ressalte-se que a adoção de racionalidade econômica não implica supressão da normatividade dos princípios, mas sua afirmação. Vai além. Permite que ao se decidir invocando *social* se pondere os impactos socioeconômicos da decisão e se evite a armadilha de se dar benefícios individuais invocando princípios que propõe respeito ao alcance social, como a função social da empresa. Isto sempre à vista de que a leitura econômica dos fenômenos jurídicos não pode significar a submissão do Direito aos ditames da Economia.

A autonomia do Direito como ramo de conhecimento não é o que se põe em xeque, mas não parece igualmente razoável o afastamento pleno da leitura econômica, sobremaneira quando se tem em vista conceito que, em última análise, debate a função social da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de mercadorias ou serviços, em vista do conceito de empresa proposto pelo artigo 966 do Código Civil.

Impende salientar, à guisa de implicações das conclusões indicadas nesta tese, que a incorporação do ferramental da Análise Econômica do Direito

à literatura do Direito Empresarial é inócua se não for capaz de extrapolar os muros da academia e alcançar os tribunais.

Como apontado, no contexto das ciências duras é inverossímil que se sustente velhas proposições quando as novas dão explicações mais convincentes aos fenômenos sob análise, em vista da verificabilidade típica daqueles ramos do conhecimento. Todavia, no contexto da produção do conhecimento jurídico, mostra-se necessário um esforço de convencimento em que fatores políticos têm relevância semelhante aos científicos.

Não basta demonstrar, é preciso convencer. E convencer implica desconstruir dogmas que alicerçam cátedras, que fundam escolas de pensamento e informam decisões judiciais. Para além das implicações teóricas, a construção conceitual da função socioeconômica da empresa perpassa, necessariamente, a revisão metodológica da forma de decidir.

É imperativo transformar – e fazer transformar – as lentes com que se lê fenômenos jurídicos empresariais, abdicando de fórmulas de máxima abstração e perfilhando ferramental capaz de aferir, empiricamente, que resultados efetivos e em potencial cada enunciado normativo tem.

Sob esta perspectiva, o que aqui se construiu é antes ponto de partida que ponto de chegada e não pretende ser mais do que singela contribuição no sentido de reafirmar, sempre, a necessidade de que se foque, conforme preconiza a Análise Econômica do Direito, insistentemente as consequências que as normas jurídicas têm no mundo real, especialmente quando se tem em mira questões relacionadas ao Direito Empresarial.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; BASTOS FILHO, Cláudio Luiz de Miranda. A função social da empresa: sustentabilidade ambiental como diferencial competitivo entre as companhias abertas. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; FREITAS, Juarez, SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Napolini. (Org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. 1.ed.Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 186-212.

_____; OLIVEIRA, Matheus Azevedo Bastos de A recuperação judicial e o controlo judicial sobre o plano de recuperação judicial no Brasil. *Revista Electrónica de Direito*, v. 1, p. 1-41, 2016.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A função social da empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008.

ANG, James; CHUA, Jess H.; MCCONNELL, John J. The Administrative Costs of Corporate Bankruptcy: A Note. **The Journal Of Finance**, vol. XXXVII, n. 1, março de 1982.

ANTUNES, Marcelo Piazzetta; PINHEIRO, R. F. **Função social e boa-fé objetiva: a análise jurisprudencial dos princípios no direito dos contratos**. In: CORTIANO JUNIOR, E.; MEIRELLES, Jussara; FACHIN, Luiz Edson e NALIN, Paulo (coordenadores). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo II: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico**. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 293-316

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

ASSIS, Jesus de Paula. Kuhn e as ciências sociais. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 7, n. 19, p. 133-164, Dec. 1993 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141993000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02/02/2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. The end of bankruptcy. **Stanford Law Review**, n. 55, 2002.

BARBOZA, Maria Teresa de Souza. **Função social da empresa e a diversidade dos trabalhadores no ambiente de trabalho**. Disponível em:

http://www.codigoslex.com.br/doutrina_27126078_FUNCAO_SOCIAL_DA_EMPRESA_E_A_DIVERSIDADE_DE_TRABALHADORES_NO_AMBIENTE_DE_TRABALHO.aspx. Acesso em 11/01/2017.

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. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 02 Jul. 2017.

BARUFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação judicial**: estrutura e aplicação de seus princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro e GANDRA MARTINS, Ives. **Comentários à Constituição do Brasil: 2º volume (Arts. 5º a 17)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil: 7º volume (Arts. 170 a 192)**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BECKER, Gary S.; POSNER, Richard A. **Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

BERLE, Adolf. A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BERTONCINI, Mateus e PORTELLA JUNIOR, José Carlos. A responsabilidade social da empresa e a erradicação do trabalho escravo. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 1, jan./abr. 2013, p. 190-209.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 534/2004 da Comissão de Assuntos Econômicos**. Diário do Senado Federal. Publicado em 10/06/2004, p. 29-31. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em: 09 de julho de 2017.

BRITO, Armando A. de Sousa e. “FLOGISTO”, “CALÓRICO” & “ÉTER”, **Ciência & Tecnologia dos Materiais**, Vol. 20, n.º 3/4, 2008, p. 51-63.

BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no direito empresarial? **Revista de Direito Empresarial**, vol. 11/2015, p. 19-53.

BONOMO, Carla; FERREIRA DE CAMPOS, Vitor. A classificação dos créditos falimentares e a função social da empresa na falência. **Semina: Ciências sociais e humanas**, Londrina, vol. 32, n. 2, jul./dez. 2011 p. 183-200.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1986.

BOTREL, Sergio. **O direito das sociedades anônimas e a teoria dos direitos fundamentais: uma proposta de leitura constitucional do direito societário**. Tese (doutorado), PUC-MG, 2008, 176f.

BULGARELLI, Waldirio. **A proteção às minorias na sociedade anônima**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1977.

_____. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Manual das sociedades anônimas**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 1980.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CADBURY, Adrian. Corporate social responsibility. **21stCenturySociety**, vol. 1, no. 1, 2006, p. 5-21.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, mar./1961, n. 4, pp. 499-553.

CANO, Wilson. Crise e industrialização no Brasil entre 1929 e 1954: a reconstrução do Estado Nacional e a política nacional de desenvolvimento. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 444-460, Set. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572015000300444&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 de junho de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. In: SARLET, Ingo W. (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2ª ed. (rev. e amp.). Porto Alegre, 2006, pp. 341-359.

CARMO, Patricia Santos de Sousa. Trabalho: valor ou mercadoria? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 58, n. 89, jan/jun 2014, p. 165-177.

CARVALHOSA, Modesto. **A nova lei das sociedades anônimas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Uma nova visão do Direito Falimentar – A obrigatoriedade de adequação e interpretação à luz da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 32, 1999.

_____. **Fundamentos do direito falimentar**. 2.ed.rev.atual. Curitiba: Juruá, 2009.

CAVALCANTI, Humberto. Função social e a concentração econômica vertical da empresa privada. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, v. 6, n. 1, Jan.-Jun. 2011, p. 72-92.

CAVALLI, Cássio. **A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro**. Disponível em <https://works.bepress.com/cassiocavalli/3/>. Acesso em 11/01/2017.

_____. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico**. Tese (doutorado), Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2012, 304f.

CINTRA, Marcos Antonio Macedo; FARHI, Maryse. A crise financeira e o global shadow banking system. **Novos estud. - CEBRAP** [online]. 2008, n.82, pp. 35-55.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, v. 3, out./1960, pp. 1-44.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Os desafios do direito comercial: com anotações ao projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. As duas limitadas. **Revista do advogado**, v. 23, n. 71, p. 26-31, ago. 2003.

_____. O projeto do novo código comercial. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 29, 2012, Jan/Jun-2012, p. 201-207.

_____. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, v. 63, jun/set de 1986, p. 71-79.

_____. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, Ano XXII, n. 50, abr.-jun./1983.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. A propriedade privada na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 2, p. 30-44, 2014.

COSTA, Moacyr Lobo da. O direito público subjetivo e a doutrina de Duguit. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 47, 1952, p. 491-502.

_____. A propriedade na doutrina de Duguit. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 49, 1954, 373-394.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo W. (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. (rev. e amp.). Porto Alegre, 2006, pp. 405-429.

COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito de empresa no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 613/1986, p. 21-31.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988 (vol. 1, Art. 1º ao 5º, LXVII)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **Curso de Direito Romano**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRISTIANO, Romano. **A nova estrutura da sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

DANTAS, Renata Marques Lima. Princípio da preservação da função social da empresa no contexto da lei de falências e recuperação de empresas. **Revista dos Tribunais Nordeste**, vol. 2/2013, p. 71-98

DAVIS, Keith. Five propositions for social responsibility. **Business Horizons**, vol. 13, 1975, p. 19-24.

DE PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan. A dimensão constitucional da atividade empresarial. In: Sandra Mara Maciel de Lima; Fernando Antonio de Carvalho Dantas; Lídia Maria Ribas. (Org.). **Sustentabilidade econômica e social em face à ética e ao Direito**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 60-74.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

DROBAK, John N.; NORTH, Douglass C. Legal change in economic analysis. In: BACKHAUS, Jürgen G. **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

DUBUGRAS, R. M. V. A função social da empresa e a dimensão de seu papel na sociedade– fim social do trabalho. **Revista do TRT da 2ª Região**, São Paulo, n. 5/2010, p. 83-164.

DUBBINK, Wim e VAN DER PUTTEN, Frans. Is competition law an impediment to CSR? **Journal of Business Ethics**, 83, 2008, p. 381-395.

DWORKIN, Ronald M. Does Law Have a Function? A Comment on the Two-Level Theory of Decision (1965). **Faculty Scholarship Series**, p. 640.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Beira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELHAUGE, Einer. Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest. Trabalho apresentado à conferência **Environmental Protection And The Social Responsibility Of Firms**. Massachusetts: Harvard University, 2003. Disponível em: http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/Events/Papers/RPP_2-12-04_Elhaug.pdf. Acesso em 23/01/2017.

ENDERLE, Georges. How can business ethics strengthen the social cohesion of a society? **Journal of Business Ethics**, 2016.

ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do Direito Falimentar à Lei nº 11.101/2005. **Revista Jurídica Empresarial**, nº 15, jul.-ago./2010, p. 1-50.

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

_____. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo W. (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. (rev. e amp.). Porto Alegre, 2006, pp. 89-106.

FARHI, Maryse; BORGHI, Roberto Alexandre Zanchetta. Operações com derivativos financeiros das corporações de economias emergentes. **Estudos Avançados**, 2009, v. 23, n. 66, p. 169-188.

FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie. In: **Droit et Économie des Contrats**. Cristophe Jamin (org.). Paris: L.G.D.J., 2008.

FECCHIO, Rosana Maria. **A atividade empresarial em consonância com os princípios e direitos fundamentais sociais e da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (mestrado). Centro Universitário Curitiba, 2007, p. 133

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Cassia Bianca Lebrão Cavalari. **A responsabilidade social empresarial e o direito**. Dissertação (mestrado), PUC-SP, 2006, 186f.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. **Revista Jurídica da Unifil**, Ano II, - nº 2, p. 67-85.

FERREIRA, Leandro Taques; TEIXEIRA, Tarcísio. Função social da empresa: conceito e aplicação. **Revista de Direito Empresarial**, v. 15, p. 19-39, maio/jun/2016.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. Campinas: Julex, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988: volume 1 (Arts. 1º a 43)**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIORAVANTI, Maurizio. Público e privado: os princípios fundamentais da constituição democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 7-24, 2013.

FORGIONI, Paula. **Teoria geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FORJAZ, Maria Cecília Spina. Industrialização, estado e sociedade no Brasil (1930-1945). **Revista de administração de empresas**, São Paulo, v.24, n. 3, p. 35-46, Set. 1984. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901984000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23/06/2017.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. **Revista dos Tribunais**, vol. 913/2011, p. 177-191.

_____. Função social e procedimento recuperacional: a função social sob novo enfoque. **Direito & Justiça**, v. 41, n. 2, p. 225-237, jul.-dez. 2015.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, n. 857, 2007, p. 11-28.

GASPAR, Gisele L. Friso S. **A funcionalização da responsabilidade da empresa no âmbito das relações de consumo: uma análise sob a ótica da teoria dos danos punitivos**. 1.ed. Florianópolis, 2013, v. 01, p. 237-262.

GOMES, Daniela Vasconcellos, **Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo**. **Desenvolvimento e Questão**, ano 4, nº 7, jan/jun 2006, p. 127-152.

GOMES, Orlando. **A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955)**. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 121-134, mai. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; SIQUEIRA, Felipe de Poli de. **Questões Tributárias no âmbito da Recuperação Judicial: enfoque no princípio da preservação da empresa**. **Economic Analysis of Law Review**, V. 7, nº 2, p.664-678, Jul-Dez, 2016.

_____. **A aprovação do plano de recuperação de empresas: uma questão de escolha à luz da teoria dos jogos**. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, mar./2014.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA, Corinna; CAPITELLI, Mario; LONGO, Savino. **The Role of Paradigms in Science: A Historical Perspective**. In L'ABATE, Luciano (org.). **Paradigms in theory construction**. Nova Iorque: Springer, 2012.

GUERRA, Rogéria Gladys Sales. **O direito fundamental ao trabalho e o papel da empresa na sociedade pós-moderna**, 12p.. Disponível em: <http://www.asces.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/gladys-novo.pdf>. Acesso em 11/01/2017.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Boitempo, 1990.

HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n.56, p.13-21, 2012.

JUNG, Heung-Jun e KIM, Dong-One. **Good neighbors but bad employers: two faces of corporate social responsibility programs**, in *Journal of Business Ethics*, 138, 2016, p. 295-310.

KAPTEIN, M..The battle for business ethics: a struggle theory. **Journal of Business Ethics**, 2015.

KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo, 05 de maio de 2009.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 193-213.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LANDES, Elisabeth M.; POSNER, Richard A. The Economics of the Baby Shortage. In: WITTMAN, Donald A (ed.). **Economics and Law** [s.l.] Blackwell Editions, 2003, p. 225-230.

LAZZARINI, Alexandre A.; KODAMA, Thais; CALHEIROS, Paulo (coord.). **Recuperação de empresas e falência: aspectos práticos e relevantes da Lei nº 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LAUTENSCHLEGER JR., Nilson. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra: “A Teoria da Empresa em Si”. **Revista de Direito Mercantil**, Ano XLI, n. 128, p. 199-202.

LEAL JÚNIOR, João Carlos. Da relevância da atividade empresarial no cenário social e jurídico brasileiro. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 124, 09/2011, p. 48-56.

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

LINDGREEN, Adam e SWAEN, Valérie. Corporate social responsibility. **International Journal of Management Reviews**, 2010, p. 1-7.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Rescisão da Concordata** - *ex vi* do inciso II, do art. 150, da LF. [s.l.] [s.e], 2000. Disponível em: <<http://www.jlobo.com.br/wp-content/uploads/2017/04/rescisao.pdf>>. Acesso em: 20/06/2017.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; SOUZA, Eduardo Nunes de (Org.); MENEZES, J. B. (Org.); EHRHARDT JUNIOR, M. (Org.); TEPEDINO, Gustavo (Org.); FACHIN, L. E. (Org.); LOBO, P. L. N. (Org.). **Direito civil constitucional: a ressignificação dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, pp. 19-27.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar.-1999, p. 99-109.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUCAS, Laís Machado. 10 anos de recuperação judicial no Brasil: pode-se falar em (in)eficácia do instituto? In.: LUPION, Ricardo; ESTEVEZ, André Fernandes (org.). **Fronteiras do direito empresarial**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, 161-179.

LUDWIG, Celso. A transformação jurídica na ótica da filosofia transmoderna: a legitimidade dos novos direitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, V. 41, N. 0 (2004).

MACHADO, Fabrício Jorge; DENZIN, Rafael Augusto Jacob; HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso. A mudança de paradigma da empresa: da maximização dos lucros à nova empresa social. **Revista de Direito (Itatiba)**, v. 13, p. 123-134, 2010.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **A nova lei das Sociedades por ações comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MAIA, Luiz Felipe Horta. **O desvio da função social da empresa como pressuposto para descon sideração da personalidade jurídica**. Dissertação (mestrado), UFPE, Recife, 2011, 121f.

MARTINS, Adriano de Oliveira. **A função social da empresa como instrumento de efetividade da recuperação empresarial**. UNIVEM, Marília, 2013, 159f.

MARTINS-COSTA, J. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo W. (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. (rev. e amp.). Porto Alegre, 2006, pp. 63-87.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Direito societário: estudos e pareceres.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARTOS, Frederico Thales de Araújo. **Direito Empresarial Moderno: a função social da empresa contemporânea.** São Paulo: Lemos & Cruz, 2015.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 87-112.

MELO, Marcelo Barbosa de. A função social da empresa e o inter-relacionamento com o terceiro setor. **Revista FMU Direito**, São Paulo, 2010, ano 24, n. 32, p. 82-92.

MENDONÇA, João José Walmor de. A função social da empresa vs a função social da propriedade – esgotamento e satisfação do direito de propriedade na atuação do empresário? **Revista Nucleus**, vol. 6, n. 1, abr. 2009, p. 137-158.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Função social da empresa. Análise pragmática. **Revista de Estudos Jurídicos**, a. 16, n. 23, 2012, p. 61-75.

MÉO, Leticia Caroline. Empresas sociais, função social da empresa e responsabilidade empresarial social. **Revista de Direito Privado**, vol. 59/2014, p. 193-230.

MILANI, Mario Sergio. **Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v. 1, 1991.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n.29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MORAIS JÚNIOR, K. M. L.A função social das empresas de importação e exportação no contexto da livre iniciativa. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa**, v. 7, 2014.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A unificação do direito privado brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, ano 17, n. 34, jul./dez.-2014.

MOTA, Paulo Henrique da. **Função social da empresa e valorização do trabalho humano em face da demissão coletiva: o papel da negociação coletiva de trabalho.** Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2013, 159f.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NAZAR, Fábio Murilo. A unificação do direito privado vista a partir da constitucionalização do direito civil. **Direito Público**: Rev. Jurídica da Advocacia-Geral do Estado MG. Belo Horizonte, v.8, n.1/2, jan./dez. 2011, p. 99-108.

NEVES, Sergio Luiz Barbosa. Função Social do estado na Administração das Empresas Privadas. **Revista de Direito Empresarial**, n. 11, jan./jul. 2009.

NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oscar. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton University Press, Princeton, 1972.

NONES, Nelson. A função social da empresa: sentido e alcance. **Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII, n. 14, abril/2002, p. 113-136.

NORTH, Douglas. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, Vol. 84, No. 3 (Jun., 1994), p. 359-368. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2118057>>. Acesso em: 02/05/2009.

OLIVEIRA, Marcella Gomes de; VASCONCELLOS, Amarílio Hermes Leal de. A compatibilização do princípio da função social da empresa e a obtenção de lucro na atividade empresária. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira *et alii* (coord.) **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**, v. 1, p. 9-23, 2013.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **Fundamentos jurídicos da função social da empresa**. Dissertação (mestrado), UFBA, 2008, 130f.

OTTO, Samara. Responsabilidade social do empresário: a co-gestão dos riscos, **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 42/2008, p. 144-155.

PASTRE, Daniel Fernando. Da função social aplicada ao controle dos atos de concentração empresarial. **Revista USCS**, ano XI, n. 18, jan./jun. 2010, p. 183-208.

PAIVA, A. M. S. F. **Para além da filantropia: a responsabilidade social corporativa como integrante da função social da empresa**. In: CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara; coordenadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara; Gustavo Assed Ferreira; Susana Camargo Vieira. (Org.). **Direito, economia e desenvolvimento sustentável I**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. I, p. 150-167.

PARENTE, Flávia. **O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PARENTE, Norma Jonssen. A lei das sociedades anônimas sob a ótica dos princípios constitucionais. **Revista de Direito Mercantil**, n. 134, ano XLIII (nova série), abr-jun/2004.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno M. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. **Stanford Law and Economics**, n. 471, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2514577>>. Acesso em 13/08/2017.

PAZ JUNIOR, Anselmo Domingos. **A função social da empresa como um princípio do direito do trabalho pós-moderno**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, 225f.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Debora. O paradigma pós-positivista do direito privado e a centralidade do objetivo lucrativo da empresa. **Revista Brasileira de Direito**, n. 12(1): 53-61, jan.-jun. 2016.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa**. Dissertação (mestrado), PUC-MG, Belo Horizonte, 2010, 123f.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Os limites do direito de voto em recuperação de empresas. **Revista NEJ – Eletrônica**, vol. 18, n.1, p. 151-161. jan-abr. 2013. Disponível em:<<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4490>>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 7ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, Raquel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição brasileira: 6º volume (Arts. 163 a 192)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PONTES, Daniele R.; CORDEIRO, N. P. F. M. Posse: conteúdo mínimo da função social da propriedade. In: CORTIANO JUNIOR, E.; MEIRELLES, Jussara; FACHIN, Luiz Edson e NALIN, Paulo (coordenadores). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo II: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico**. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 39-56.

POSNER, Richard. **The Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1973.

POSTEL, Nicolas. Contrat, Coercition et Institution: un regard d'économiste. In: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David (org.). **Approche critique de la contractualisation**. Paris: L.G.D.J., 2007.

PRADO, Martha Asunción Enriques e SILVA, Aldimar Alves V. A “onda” função social da empresa e sua imbricação com o direito fundamental à segurança jurídica no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, 2006, p. 25-38

PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da Purificação. **Recuperação de empresa e falência comentada**. São Paulo: Atlas, 2011.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 3-29.

_____. Os princípios gerais do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 22, 1985, p. 272-284.

RATHENAU, Walter. Do sistema acionário – uma análise negocial. **Revista de Direito Mercantil**, Ano XLI, nº 128.

REQUIÃO, Rubens. **As tendências atuais da responsabilidade dos sócios nas sociedades comerciais**, in Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, vol. 2, p. 279-293

_____. **Curso de direito comercial**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Curso de Direito Falimentar**. V. 2. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. A Co-Gestão (a função social da empresa e o estado de direito). **Revista Forense**, Ano LXXIV, n. 262, abr.-jun./1978.

_____. A função social da empresa no estado de direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 19, n. 19, p. 263-280, 1978-1980.

_____. A sociedade anônima como “instituição”. **Revista de Direito Mercantil**, Ano XIV, Nova Série, n. 18, 1975.

RIBEIRO, Isolda Lins. **A responsabilidade social corporativa sob a ótica da análise econômica do direito e das organizações**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo11.pdf>. Acesso em 11/01/2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____; VIANNA, Guilherme Borba. Titularidade patrimonial na empresa frente à ordem civil-constitucional e o papel empresarial para a dignidade humana: primeiras anotações. **Scientia Iuris**, v. 12, Londrina, 2008, p. 71-93.

_____. **Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada: Estrutura e Função**. 1ª ed. (3ª tir.). Curitiba: Juruá, 2009.

_____; CAMPOS, Diego. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)**, v. 11, p. 304-329, 2012.

_____. (org.); KLEIN, Vinícius (org.). O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. v. 1. 182f.

RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité de droit commercial – Les sociétés commerciales**. Tomo 1. V. 2. 19.ed. Paris: L.G.D.J., 2009.

ROBIN, D. **Toward an applied meaning for ethics in business**, in Journal of Business Ethics, 89, 2009, p. 139-50.

RODRIGUES, Cristiano Lourenço e SIQUEROLO, Rafael Veríssimo, **O valor social do trabalho e a função social da empresa à luz do positivismo e do pós-positivismo**, in MARCO, Christian Marcos de. e MACHADO, Carlos Augusto Alcântara (org.). Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais, Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 480-506.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Função social do contrato: primeiras anotações, **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 132, 2003.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, abr. 2016, p. 119-143.

_____; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Empresa, sustentabilidade e responsabilidade social: origens, motivações, críticas e aspectos práticos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 1, n. 2, jul.-dez./2015, p. 95-118.

_____; PAYÃO, Jordana Viana. A função social e solidária da empresa no âmbito das relações de trabalho. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 08, no 3. pp.1120-1136.

SANTOS, Roseli Rêgo. **O atual regime brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa**. Dissertação (mestrado), UFBA, Salvador, 2009, 25f.

SCANDOLARA, R. P.. **A função social da empresa e a competitividade empresarial no direito brasileiro**. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/785/1/artigo2_II_CICJE.pdf>. Acesso em 11/01/2017.

SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 255-272.

SETTI, M. E. L. G. O princípio da função social do contrato: conteúdo, alcance e a análise econômica do direito. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010, p. 416-428.

SILVA, Carlos Eduardo Lins da. A crise e a nova configuração do poder nas relações internacionais. **Rev. USP** [online]. 2010, n.85, pp. 30-39.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMM, Camila Beatriz. Desafios e alternativas do estado indutor no contexto do federalismo cooperativo: o caso dos incentivos fiscais de ICMS. In: PERUSSOLO, Guilherme; PRIGOL, Natália Munhoz Machado (org.). **Direito Econômico e desenvolvimento**. Curitiba: Editora Íthala, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STOUT, Lynn H. Derivatives and the Legal Origin of the 2008 Credit Crisis. **Harvard Business Law Review**, v. 1, n. 1 (1-317), 2011.

SZTAJN, Rachel. Ronald H. Coase e a importância de perguntar. **Revista de Direito Empresarial**, vol. 1/2014, p. 201-208.

_____. Propriedade, contrato, empresa e função social. **Revista de Direito Recuperacional e de Empresa**, vol. 1/2016.

SACCHELLI, R. C. A livre iniciativa e o princípio da função social nas atividades empresariais no contexto globalizado. **Revista da AJURIS**, vol. 40, n. 129, Março 2013, p. 250-278

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos administradores de S/A: business judgment rule**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, Robinson da. A realização dos interesses societários e não societários na sociedade anônima (shareholders e stakeholders). **Revista Brasileira de**

Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação, vol. 1, n. 2, São Paulo, 2014, p. 224-282.

SILVA, Rodrigo Daniel Félix da. A formação do direito civil pelo capitalismo: uma análise crítica marxista. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 3, p. 55-83, 2014.

SILVEIRA, L. S. **O real sentido da função social da empresa e as limitações aplicadas ao seu exercício através da responsabilidade social**, in: CONPEDI. (Org.). O REAL SENTIDO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E AS LIMITAÇÕES APLICADAS AO SEU EXERCÍCIO ATRAVÉS DA RESPONSABILIDADE SOCIAL. 21ed. FLORIANÓPOLIS: FUNDAÇÃO BOITEUX, 2012, v. 21, p. 5808-5829.

SKEEL, David A. The New Financial Deal: Understanding the Dodd-Frank Act and its (Unintended) Consequences. **University of Pennsylvania - Institute for Law & Economics Research**, nº 10-21. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1690979>>. Acesso em 12/08/2017.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

STAUT, Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 42, 2005.

TAYER NETO, Pedro Felipe; GONÇALVES NETO, João da Cruz. Função social da propriedade rural: uma regra constitucional. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 57, p. 181-201, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª ed. rev. São Paulo: Renovar, 2007, pp. XV-XXXIII.

_____. A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeitão. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 8, abr-jun/2016.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 367-382

_____; ORLEANS, H. C. L. L. **A Tutela da Autonomia Privada e a Utilização Atécnica dos Novos Princípios Contratuais**. In: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; SOUZA, Eduardo Nunes de (Org.); MENEZES, J. B. (Org.); EHRHARDT JUNIOR, M. (Org.); TEPEDINO, Gustavo (Org.); FACHIN, L. E. (Org.); LOBO, P. L. N. (Org.). Direito civil constitucional: a ressignificação dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, pp. 121-136.

TIMM, Luciano Benetti; CAOVIALLA, Renato Vieira. Propriedade e Desenvolvimento: Análise Pragmática da Função Social. **Revista de Direito Empresarial**, n. 14, jul.-dez/2010, p. 11-33.

_____. Direito, Economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 9, nº 33, jul./set. 2006.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOMASIVECUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, vol. 946/2014, p. 129-156.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 5.ed.rev.atual. São Paulo: Atlas, 2017.

TORRES, Claudia Vecchi e FONTES SILVA, Maria dos Remédios. **A repercussão da função social da empresa nas relações da empresa com o consumidor e com o meio ambiente**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de07edeeba9f475c>. Acesso em 11/01/2017.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Direito contratual como redutor das falhas de mercado**. Tese (doutorado), Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2013, 211f.

TURRO, Nicholas J. Paradigms Lost and Paradigms Found: Examples of Science Extraordinary and Science Pathological And How To Tell the Difference. **Angew. Chem. Int.**, Ed. 2000, 39, No. 13, p. 2255.

WICKERT, C., VACCARO, A.; CORNELLISEN, J. "Buying" corporate social responsibility: organizational identity orientation as a determinant of practice adoption. **Journal of Business Ethics**, 2015, p. 1-18.

WILLIAMSON, Oliver E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. **Journal of Economic Literature**, vol. XXXVIII, set/2000, p. 595-613.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

_____. **Comentários à Lei de Falências**. V. 4. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

VATICANO. Papa (1931: Pio XI). **Carta encíclica *Quadragesimo Anno***: aos veneráveis irmãos, patriarcas, primazes, arcebispos, bispos e demais ordinários em paz e comunhão com a sé apostólica bem como a todos os fiéis do orbe católico sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social em

conformidade com a lei evangélica no xl aniversário da encíclica de Leão XIII «*Rerum Novarum*». Roma: [s.e.] 1931. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragésimo-anno.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2016

VIDIGAL, Geraldo de Camargo e SILVA MARTINS, Ives Gandra (coord.). **Comentários à lei das sociedades por ações**. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo e Resenha Universitária, 1978.

VITA NETO, José Virgílio. A Sociedade Limitada no Novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. ANO XLII, nº 130, abril-junho/2003.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na Ordem Econômica – Princípios e Função Social**. Curitiba: Juruá, 2009.