



# Função social e procedimento recuperacional: a função social sob novo enfoque

## *Social function and judicial reorganization procedure: a social function under new approach*

VERA HELENA DE MELLO FRANCO<sup>a</sup>

### RESUMO

Retoma-se a análise da função social da empresa, partindo dos princípios acatados na Constituição Federal. No entremeio analisa-se alguns modelos políticos, assim o ordo liberalismo e o intervencionismo, para destrinchar os princípios constitucionalmente abrigados de molde a estabelecer a função social da empresa.

Para tanto parte-se daquela da propriedade, centrando a atenção no significado de função social, conforme as diversas tendências. Nesta tarefa são examinadas as posições doutrinárias tanto do direito alienígena, como nacional, para a final cair na análise da função social perante a propriedade dos bens de produção e, por final, aquela da empresa conforme sua utilidade social, para o que se invoca a lição de Coase.

**Palavras chaves:** Função social. Propriedade. Empresa. Falência e recuperação.

### ABSTRACT

The analysis of the enterprise social function takes into consideration the principles of the Brazilian Federal Constitution. Since 1988, some political models, as well as economic thoughts of liberalism and interventionism, have been analyzed in order to untangle the principles defended constitutionally to establish the social function of the enterprise.

Based on that, focus is directed to the social function, discussing according to several doctrinal tendencies. The positions are examined, both as from the comparative law perspective, as well as from the national law, to demonstrate that the social function of the enterprise, according to the public interest, may be understood according to Coase's lessons.

**Keywords:** Social function. Property. Enterprise. Bankruptcy and reorganization.

## 1 A NOVA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL NA CF DE 1988

A Constituição de 1988 acatou a livre iniciativa e a valoração social do trabalho humano, dentre os princípios fundamentais do Estado brasileiro e pilares da ordem econômica, condicionados à uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e tendo por meta a promoção da dignidade humana.

Tem este teor a norma do seu art. 1<sup>o</sup>, IV que encontra ressonância naquilo que dispõe aquela do seu art. 170<sup>1</sup>.

Paralelamente garantiu-se, ainda como princípio constitucional, a propriedade privada não só de bens particulares como também dos meios de produção (arts. 5<sup>o</sup>, XXII e 170 II da CF), acompanhada da livre iniciativa ou liberdade de empresa (art. 170, único da CF), o que significa liberdade de associação, liberdade de contratar e liberdade de competição ou livre concorrência (art. 170, IV, CF). Assim fazendo acatou o modo capitalista de produção ou de economia de mercado (art. 219 CF), condicionado ao desenvolvimento cultural, tecnológico e sócio econômico, ademais do bem estar da população.

<sup>a</sup> Professora Doutora da Faculdade de Direito da USP. Professora Doutora da FADISP. Mestre e Doutora em Direito pela USP. (†)



O modelo acatado, na visão de Celso Bastos, traduzir-se-ia em um de economia mista, combinando elementos de postura liberal com elementos socializadores<sup>2</sup>.

Em outras palavras, neoliberalismo abrandado pelo solidarismo e concretizados numa postura ordoliberal, expressa, durante o governo de Fernando Henrique na formação do Novo Estado, via criação de agências especializadas, conforme o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995<sup>3</sup>.

## 2 ORDO LIBERALISMO

A Escola Ordo liberal tem gênese germânica, surgindo como um meio caminho entre o comunismo do leste europeu e o domínio liberalista dos Estados Unidos na Alemanha do pós guerra<sup>4</sup>. Começa<sup>5</sup> na Escola de Freiburg com Walter Eucken como seu maior expoente intelectual a partir dos anos trinta do século passado (1938).

Na sua raiz está a oposição ao nacional-socialismo e fundamentos das convicções cristãs, constituindo como sustentam alguns, “um compromisso histórico entre o capitalismo liberal do pós-guerra e as mais antigas forças equivalentes de inspiração cristã...”<sup>6</sup> democrata e social-democrata.

A atuação deste movimento entre 1948 e 1960, deu lugar ao chamado “Milagre Econômico” alemão da década de 1950<sup>7</sup> e ao que se convencionou denominar economia social de mercado (ESM).

É modelo intermediário que sanciona o respeito ao livre mercado, simultaneamente preconizando a interferência do Estado de molde a torná-lo mais eficiente, com baixo desemprego e inflação e tudo aliado a boas condições de trabalho e bem estar. Missão do Estado, perante o mercado, seria garantir seu bom funcionamento, preservando a livre concorrência e a estabilidade monetária.

Em síntese, admite-se que o Estado atue no mercado sanando suas falhas, mas nesta atuação submeter-se-ia às regras do próprio mercado, perseguindo o modelo da concorrência perfeita.

Licio da Costa Raimundo, enuncia dentre as metas características do ordoliberalismo alemão:

- política monetária independente;
- controle de cartéis e monopólios;
- abandono do protecionismo;
- política econômica estável e previsível;
- imposição redistributiva;
- a correção das reações anormais dos mercados por parte do Estado, em um tipo de intervencionismo no qual este deve responsabilizar-se por suavizar as flutuações conjunturais e facilitar as adaptações estruturais da economia de mercado; e

- em nenhum caso o Estado deveria habilitar-se a planificar ou dirigir o processo econômico<sup>8</sup>.

O modelo, todavia, com as dificuldades econômicas e conflitos sociais decorrentes do fim da guerra fria e mais proximamente da reunificação da Alemanha, com o esvaziamento do Estado de bem estar social, começou a perder terreno na década de 1990<sup>9</sup>. As crises econômicas que se seguiram durante a década de 2000 não atuaram no sentido de acentuar as políticas sociais. Ao contrário, exacerbaram a postura capitalista com o intuito de preservar o mercado salvando o que restara do caos econômico. De qualquer forma a base ordo liberal, embora atenuada na sua visão solidaríssima, permanece ainda como pano de fundo.

## 3 INTERVENCIONISMO

Outra é a postura do intervencionismo. Nele a intervenção estatal na economia é deliberada. O Estado passa a dirigir a economia conforme determinados objetivos. Assim foi, por exemplo, com Juscelino Kubitschek de Oliveira, com o intuito de acelerar o desenvolvimento econômico e a industrialização. Foi também a postura durante os governos militares brasileiro com a busca de resultados que tornassem o Brasil um país economicamente forte.

Diz Luiz Carlos Bresser-Pereira<sup>10</sup> que no modelo brasileiro acatado entre os anos 1930 e 1970 ( nacional-desenvolvimentismo), o desenvolvimentismo seria uma estratégia de desenvolvimento com o objetivo de promover o crescimento econômico, mediante os esforços conjugado de todos (“ a burocracia de estado, os empresários, a classe média e os trabalhadores”), os quais definiriam os meios a serem utilizados para isto ser alcançado dentro “dos quadros do sistema capitalista”, atribuindo o papel principal ao Estado como instrumento da ação coletiva.

## 4 OS PRINCÍPIOS TUTELADOS CONSTITUCIONALMENTE NA NOVA ORDEM ECONÔMICA E SEUS LIMITES

O reconhecimento da propriedade privada, livre iniciativa e, destarte, aquele do livre exercício de comércio ou profissão, liberdade de associação e de competição e daquela de contratar, garantidos constitucionalmente, a que se fez menção, todavia, não sem faz sem restrições ou limites.

Assim o uso do direito a propriedade privada e aquele dos bens de produção é cerceado por sua função social (art. 170, III, CF). Da mesma forma, liberdade de iniciativa, como afirmamos em outro trabalho

“significa livre acesso ao mercado de produção de bens e serviços, por conta, risco e iniciativa própria, porém condicionado à valorização do trabalho e da dignidade humana, apresentados como seus limites intransponíveis”. Acresce-se a isto a função social que deve cumprir, qualificada como função social da empresa<sup>11</sup>. A liberdade de contratar, em paralelo, encontra barreiras na função social do contrato, a que se associam dever de contratar e atuar de boa-fé, devidamente sancionados nas normas dos arts. 421 e 422 CC.

Quanto à liberdade de competição ou livre concorrência exige-se seja exercida lealmente, tal como adequado a um modelo econômico de mercado livre e de competição saudável. Esta a razão, pela qual a Lei 8.884 de 11.06.1994, alterada pela Lei 12.529 de 30.11.2011 regula seu exercício de molde a tentar modelar a estrutura da concorrência perfeita.

## 5 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA

### a) *Função social conteúdo meta jurídico*

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

Já nos manifestamos sobre o tema em diversos momentos<sup>12</sup>, denunciando que a noção de função social tem conteúdo meta jurídico, variável conforme as diferentes ideologias ou políticas em vigor num determinado momento para uma coletividade, igualmente determinada. Assim, pode ir desde uma abstenção (conforme as posições mais conservadoras), consistindo em não usar os bens de modo contrário ou nocivo ao interesse da coletividade, até um comportamento positivo, cujo significado é da mesma forma variável.

No entender de alguns estudiosos, consistiria no dever de organizar, explorar e dispor do modo mais favorável aos interesses da comunidade, e, simultaneamente, realizar interesses externos coletivos, com conteúdo e modo de execução igualmente diversificável.

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.

A história traz exemplos do seu significado em diferentes momentos e regimes.

Durante o fascismo, função social significava utilizar a propriedade dos meios de produção tendo em vista o interesse nacional<sup>13</sup>. Em outras palavras, obter o aumento da produtividade e o incremento da produção. Na Alemanha nazista a idéia de função social confundia-se com o realizar do bem comum da nação alemã, o qual, no caso, coincidia com a vontade do Führer (Führer Prinzip).

Já sob o princípio da solidariedade social, tal como se apresentou na Constituição de Weimar de 1919, correspondia ao dever de utilizar os meios de produção do modo mais útil a coletividade, i. é ao bem comum, o que se entendia como uma melhor distribuição de renda e ampla assistência às classes trabalhadoras.

### b) *A tese de Duguit e Comparato.*

Para os socialistas, função social seria o dever de atender às necessidades dos trabalhadores prejudicados pela usurpação da mais valia. Os adeptos do positivismo, influenciados por Duguit, vão mais além para enxergar a função social como um “poder –função”, cuja atribuição ao seu titular estaria condicionada à realização do interesse alheio, *in casu*, aquele da sociedade ou social.

Desta tese se aproxima a proposição de Fábio Konder Comparato ao qualificar o direito de propriedade, para tal fim, como um “poder-dever” do proprietário, consistente em “dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade...”. Vale dizer, dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos, momento em que ao o atribuir ao titular do poder de controle remete seu significado para aquele acatado na lei das sociedades anônimas, sob o que falaremos mais adiante<sup>14</sup>.

Neste momento, para o que interessa, o certo é que a tese proposta por Duguit, que se acreditava portar inspiração socialista, após o momento inicial, foi rejeitada por estes e assim, em primeiro lugar pelos socialistas soviéticos, sob a acusação final de trazer soluções “corporativas e paternalistas”<sup>15</sup>.

Já conforme a tradição católica remete-se a função social à ordem natural da economia, a qual não sanciona somente o direito de apropriação privada, mas o direito de todos ao uso comum dos bens<sup>16</sup>, devendo ainda

garantir a liberdade e a afirmação da pessoa como tal. Procurou-se, ainda, identificar a função social com a ideia de bem estar social, tendo em vista o custo social relativo à utilização e distribuição de riquezas e assim por diante<sup>17</sup>.

O que se conclui, num primeiro momento, é que a ideia de função social da propriedade permitiria ir além da imposição de limites externos ao seu exercício, passando a admitir, igualmente, a imposição de determinados comportamentos para atingir esta funcionalização com intuito social.

### c) *A doutrina perante o direito alienígena*

Alerta-se, todavia, que, conforme autorizada doutrina, assim Santoro Passarelli<sup>18</sup>, ensina que avaliar a ideia de funcionalização da propriedade privada, sob o postulado de que o proprietário no exercício do próprio direito deve levar em consideração também outros interesses diferentes do seu interesse pessoal, equivale repudiar a qualificação do direito de propriedade como direito subjetivo. E assim é, porque nesta concepção o único limite interno só pode ser o interesse específico que se visa satisfazer com o exercício do direito.

O que seria razoável admitir, conforme uma outra notável opinião, assim Rodotà e Constantino, seria reconhecer ao legislador a faculdade de opor limites à propriedade privada de molde a permitir o desenvolvimento de atividades produtivas, obtendo um bem estar econômico e de caráter geral. Vale dizer, uma melhor coordenação da atividade dos particulares de molde a lhe facultar melhor utilização dos recursos disponíveis<sup>19</sup>.

O problema, agora, seria determinar qual a natureza e extensão destes limites com o que se retorna à discussão inicial, pois a identificação de quais metas e como realizá-las estará ligada inexoravelmente à um determinado perfil, ideológico, econômico e político.

Ademais disto, como alerta mais uma vez Francesco Santoro-Passarelli, em outra passagem<sup>20</sup>, é necessário distinguir qual propriedade. Com este teor Francesco Macario, reportando-se a Giannini, (*Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1965, 473)<sup>21</sup> elucida:

*Indagando sulla questione della relazione tra struttura e funzione del diritto di proprietà, autorevole dottrina ha osservato che essa 'si pone non per un astratto diritto di proprietà privata, ma per i diritti di proprietà privata relativi ai tipi di bene: la funzione sociale del diritto di proprietà [...] non si può determinare come elemento positivamente regolato, ossia nei suoi tratti essenziali, se non con riferimento a tipi di beni'.*

Com isto a discussão deslocar-se-ia da disciplina do direito de propriedade para aquela dos bens, sobre os quais este direito incide, facultando manter “inalterável a natureza da estrutura de tal situação jurídica subjetiva”<sup>22</sup>.

Inicialmente, a questão teria lugar perante a propriedade privada que não se confunde com a propriedade pública ou aquela em mão pública. Fundamento da afirmação está no fato da sua natureza variar quando o titular for pessoa jurídica pública ou ente público com prevalente participação pública. As primeiras por estarem diretamente vinculadas à realização de interesses públicos, têm nestes interesses sua própria razão para existir. No último caso, embora não esteja diretamente vinculada à satisfação de interesses públicos; mas sim dirigida indiretamente à satisfação de um bem público, não pode ser mais considerada como propriedade privada, sendo melhor definida como “*proprietà in mano pubblica*”.

A propriedade a que se tem em vista, num primeiro plano, é aquela, anteriormente concebida (até o início do século passado), como um direito subjetivo de usar, gozar e fruir de modo absoluto. Vale dizer, e impedir que terceiros dela se apropriem ou usem, sem autorização. Mais especificamente, a propriedade privada dos particulares.

E é esta propriedade que, ainda na lição de Santoro Passarelli, passa ser objeto de limitações, mediante a imposição ao sujeito de um comportamento obrigatório decorrente em maior ou menor medida da sua valoração econômica e social. Tal fato vai colocar em jogo, inclusive, sua qualificação como direito subjetivo, transmutando-a em um interesse legítimo protegido condicionalmente<sup>23</sup>.

Considerando a variabilidade de bens, do ponto de vista do direito, que podem ser objeto da propriedade privada – moveis (singulares, coletivos, corpóreos, incorpóreos, fungíveis ou infungíveis), imóveis, de consumo ou de produção, é razoável compreender que a funcionalização não atinge na mesma medida e da mesma forma a propriedade nas suas diversas modalidades<sup>24</sup>.

Com este entendimento limita a funcionalização aos bens produtivos, dentre os quais inclui a propriedade fundiária, liberando aqueles de consumo ou de mera fruição. Afirma que tal distinção tem fundamento econômico sendo reconhecida no art. 42 da Constituição da República Italiana.

E esta norma, asseguraria sua função social<sup>25</sup>, a qual advém como próprio fundamento da tutela constitucional mas isto sem diferenciar. Vale dizer: o legislador tutelaria a propriedade privada enquanto vinculada a uma função social sem distinguir quanto

ao conteúdo desta propriedade (se de consumo ou de produção). Perante a letra da norma constitucional admitir-se-ia, destarte, que também a tutela da propriedade privada dos bens de consumo estaria subordinada à sua utilidade social, a qual igualmente deveria satisfazer<sup>26</sup>.

Mas enquanto o texto constitucional não distingue, a doutrina a diferencia caracterizando o setor de bens produtivos como submetido ao princípio funcional, enquanto atribui ao setor de bens de consumo uma maior proximidade com a direito clássico da propriedade.

Assim Andrea Fusaro<sup>27</sup> que, em outro ponto preleciona, enfatizando a importância da distinção:

*E questa è conseguenza di rilievo evidente, poiché ci si troverà in presenza di una distinzione tra i beni che va ben oltre la diversa valutazione di importanza economica e sociale che di essi può farsi: riguardata sotto un profilo strettamente giuridico, la distinzione comporta la contrapposizione di una categoria di beni (beni produttivi), gravati di funzione sociale e quindi particolarmente disciplinati in ciò che riguarda il fondamento dell'attribuzione e il contenuto del diritto su di essi, a una categoria di beni (beni di consumo) in cui l'attribuzione rimane incondizionata, con tutto quel che ciò può significare per il contenuto del diritto e l'esercizio dei poteri attribuito.*

Em linha semelhante segue Francesco Macário, invocando Galgano<sup>28</sup> para quem

*l'idea che la funzione sociale riguarda i beni e consegue il risultato da un lato di non modificare la struttura del diritto di proprietà, individuata e tutelata nel mero interesse del proprietario; dall'altro 'mettere in discussione la più intima essenza del concetto borghese della proprietà, quale unica forma giuridica di dominio sulle cose'.*

Outros todavia seguem um pouco mais longe<sup>29</sup>, sustentando que a estrutura do direito de propriedade deve ser delineada tendo em vista a natureza dos interesses tutelados e não aquela dos bens, objetos do direito de propriedade. A assim ser a individuação do regime aplicável justificar-se-ia com base no interesse tutelado (privado ou social), tendo em vista a natureza do objeto do direito ou do bem. Com este teor somente os bens produtivos seriam idôneos a satisfazer exigências coletivas e exercer a função social que constitui o pressuposto de tal cláusula<sup>30</sup>.

De qualquer forma se reconhece existirem diferentes propriedades, cada uma submetida a um regulamento próprio, com uma maior ou menor submissão ao princípio da função social.

#### **d) A posição da doutrina no direito nacional**

A discussão coloca-se igualmente no direito brasileiro como faz ver Gustavo Tepedino<sup>31</sup> que traz a lume a “despatrimonialização” do direito privado, elevando a produção e o consumo como valores, trazida a feito pela constituição de 1988, comentando: “Tal perspectiva, todavia, encontrou por muito tempo rígido obstáculo nos profissionais do direito. Grande parte dos civilistas brasileiros, ainda hoje reservam à norma ordinária o papel central no processo interpretativo, tendência que parece se intensificar diante da promulgação de um Novo Código Civil”. De qualquer forma, mesmo reconhecendo a variabilidade das modalidades atuais de propriedade, conclui que não somente os bens de produção, mas também aqueles de consumo, possuem função social, “sendo por estes conformados em seu conteúdo – modo de aquisição e de utilização”<sup>32</sup>.

E esta é, pelo menos, a orientação do Código Civil Brasileiro que na sua norma do art. 1228, § 1º, quando ordena que a função social da propriedade seja caracterizada “de conformidade com o estabelecido em lei especial”. Vale dizer, com a regulação particular, conforme a natureza dos bens, conteúdo deste direito de propriedade.

Mas para o que nos interessa, basta aventar que a nossa Constituição Federal de 1988 mantém a tutela da propriedade privada na norma do seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, igualmente condicionada à sua função social, a qual, a par disto, surge como um princípio em si mesmo naquela do art. 170, III. Também, mais adiante, na norma do seu art. 186 estabelece parâmetros para o que se poderia entender por função social da propriedade agrária, o que tem origem, como bem alertou Rachel Sztajn no corporativismo de Mussolini, o qual, aliás teve reflexos na nossa constituição de 1946, coerente com a postura intervencionista, acatada após os anos trinta<sup>33</sup>. Com este comportamento já indica reconhecer as diferentes “propriedades” digna, cada uma, de regulação particular com vistas à sua funcionalização.

A considerar que esta segunda menção (a do art. 170, III) advém dentre os princípios gerais da atividade econômica, é de se concluir que a função social que se tem em vista aqui é aquela dos bens de produção<sup>34</sup>, i.é, justamente aqueles que teriam aptidão para a “satisfação de interesses econômicos e coletivos, os quais constituem o pressuposto de fato da função social”<sup>35</sup> e será justamente desta que se extrairá o conceito de função social da empresa.

Esta, aliás, já era a posição de Fabio Konder Comparato inclusive antes da Constituição de 1988<sup>36</sup>.

Mas, em que pese o fascínio que o tema função social da propriedade, por sua riqueza, possa exercer, não é este o alvo deste trabalho, cujo fulcro é analisar o que se deve entender por função social perante a lei 11.101/05 e como o direito falimentar nacional gira em torno do binômio: empresa- empresário, a questão mais imediata é que entender por função social da empresa.

E a função social da empresa decorre, justamente, daquela da propriedade de bens de produção.

Bem clara sobre o ponto a preleção de Santoro Passarelli:

*L'importanza sociale dei beni produttivi richiede una proprietà attiva, e quindi l'intervento del lavoro, dello stesso proprietario o di altri con lui o invece di lui. La figura economicamente più importante della proprietà attiva è quella dell'impresa (v. Lucarelli, 1974, p. 230 ss.). E quella del proprietario imprenditore rimane l'ipotesi di base, anche se l'impresa, quando raggiunge certe dimensioni, tende ad assumere un'esistenza indipendente dalla proprietà, ad avere una ragione d'essere in se stessa*<sup>37</sup>.

A delimitação do campo de indagação, todavia, não facilita a tarefa. E não o faz porque, mesmo deixando de lado o conceito de empresa (o que induziria outra digressão infundável), resta em aberto aquele da sua função social e esta, como cláusula geral, somente poderá ser objeto de alguns parâmetros de avaliação.

Com isto retorna-se aos comentários acima esposados, invocando o caráter metajurídico do conceito apto a flutuar conforme as diversas tendências ideológicas, políticas, econômicas e temporais e sujeito às mais variadas concepções.

De qualquer forma a adoção do novo parâmetro permite acatar a sugestão que transporta a função da propriedade de bens de consumo para aquela da gestão produtiva<sup>38</sup>. A finalidade social, ínsita à mencionada função, agrega-se desta forma àquela da empresa em funcionamento, indo de acordo com a tese acatada por Fabio Konder Comparato quando, após restringir a qualificação de bens de produção, enquanto tal, somente enquanto abrangidos na universalidade de fato que definimos como estabelecimento comercial, constrói a tese do poder dever que atribui ao controlador<sup>39</sup>. Vale dizer, na tese, a finalidade social pertine à empresa e não à propriedade e com isto transfere-se a atribuição do sujeito individualmente considerado às relações jurídicas por ele criadas. Com esta objetivação, como a participação na relação depende da vontade do sujeito, sua submissão à realização de quaisquer fins será sempre voluntária. Com isto se reafirma a capacidade e liberdade das ações do homem singular, mas acrescida

de exigências que decorrem do ambiente e da sociedade em que vive.

E a restrição da qualificação dos bens de produção restrita à sua qualidade de elemento integrante do estabelecimento comercial ou industrial tem razão de ser, dado que, encerrado o círculo produtivo, como bem alerta, estes transmudam-se em bens de consumo<sup>40</sup>.

## 6 FUNÇÃO SOCIAL E UTILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

Melhim Namen Chalhub<sup>41</sup> esclarece que

A ideia de que o direito de propriedade está ligado a um dever perante a coletividade aparece com nitidez na Encíclica *Quadragesimo Anno*, pela qual se procura distinguir o *direito* de propriedade e o *uso* da propriedade, preconizando-se a atuação do legislador no sentido de regular o exercício do direito de propriedade de acordo com as exigências do bem comum.

E este é o critério acatado pela nossa Constituição de 1988 no título VII (Da ordem econômica e financeira), quando associa neste título a função social da propriedade à exploração dos bens de produção com o que, como já mencionado acima, caímos na função social da empresa.

Também na análise do estudioso em apreço, surge a função social como um poder dever do proprietário, posto impor-se ao titular da propriedade “o dever de utilizar a propriedade de acordo com o interesse coletivo”

Tal concepção, decorreria no seu entendimento, da convivência dos princípios constitucionais insertos nos incisos XXII e XXIII do art. 5º e nos incisos II e III do art. 170, que dispõem, “de uma parte, sobre a garantia individual da propriedade e, de outra parte, sobre a exigência de sua destinação social”, destinação esta que condicionaria a valoração individual deste direito de propriedade.

*Mutatis mutandis*, todas estas propriedades exigem do seu titular, destinação social conforme a natureza do bem, objeto da propriedade, negando ao proprietário o direito de não uso.

Tanto assim é que se admite a desapropriação da propriedade rural improdutiva para efeito de reforma agrária.

A conclusão a que se chega facilmente é que não se pode pensar em função social desligada da sua utilidade social.

Só que quando se fala em função social e utilidade social da empresa a questão merece outras ponderações.

É que empresa a par de ser fenômeno polifatorial, o que a faz comportar diversas acepções conforme o ângulo pelo qual seja analisada, tendo-se presente que o próprio conceito de empresa como fenômeno econômico social não é unívoco, quer do ponto de vista jurídico, quer daquele econômico.

Esta já era a lição clássica de Asquini quando assinalava, como observamos em outro trabalho<sup>42</sup>, se dever distinguir a empresa sob quatro perfis diferentes no plano jurídico:

- 1º em sentido subjetivo, como sinônimo de empresário;
- 2º em sentido funcional, como a atividade por ele exercida;
- 3º em sentido objetivo ou patrimonial, como o conjunto de bens, organizados pelo empresário para o seu exercício;
- 4º em sentido corporativo, como comunidade laboral.

A par disto, ela é visualizada ainda na sua relação perante as outras empresas e no ambiente institucional em que está inserida, o que, igualmente, altera o enfoque quanto aos bens juridicamente protegidos (v.g. a livre concorrência, meio ambiente, consumidor etc.). Em outros momentos, é vista como sujeito de direito, como o faz o art. 2º da CLT, personalizado, quando equipara a empresa individual à pessoa jurídica.

Já na visão dos economistas, assim Ronald H. Coase<sup>43</sup> a firma (empresa) seria uma organização dos fatores da produção criada com o fito de diminuir os custos da transação, custos estes decorrentes das imperfeições do mercado. Isto se tornaria possível por sua base em contratos de longo prazo, facultando maior estabilidade na produção de bens ou serviços e afastando os custos usuais nos contratos de curto prazo<sup>44</sup>.

Sob o ponto Raquel Sztajn<sup>45</sup> preleciona:

Firmas são organizações que transformam insumos (*inputs*) em bens (*outputs*). São feixes de contratos, mediante os quais se organizam a produção e a distribuição de bens no mercado. As firmas são necessárias para diminuir custos de contratação que recaem sobre o empreendedor por conta de imperfeições ou falhas de mercado. [...] Esses custos, que Coase denomina custos de transação, são fundamentais na discussão que levam à organização de firmas (ou seja empresas). [...] Supondo que a incerteza admita alguma forma de prevenção. A medida da incerteza é o risco aceito pelo empreendedor a cada momento. Não se trata apenas de deixar de auferir lucros, mas também de considerar que a produção ficaria onerosa a

ponto de comprometer a oferta de bens de forma economicamente competitiva, o que explica a especialização resultante da divisão de trabalho, aumenta-se a produtividade e a qualidade dos bens e serviços, o que, por sua vez, reduz custos.

Em síntese, conforme a perspectiva acatada o bem objeto do direito de propriedade terá outra estrutura e, consentaneamente, outra utilidade social para o efeito de dar lugar à função que aqui se analisa. Vale dizer, reduzir custos da transação, minimizando riscos e tornando a empresa rentável.

Com este teor as palavras dos estudiosos quando afirmam:

Logo, quando se analisa a função social da empresa, há de se delinear os conceitos que envolvem o instituto, já que a função social pode-se dar em relação à propriedade exercida pelo empresário no tocante aos bens que compõem o estabelecimento empresarial, ou, por outro lado, pode-se analisar a função social da empresa propriamente dita, enquanto atividade organizada pelo empresário, que visa otimizar a produção para o mercado<sup>46</sup>.

Sob o último modo de ver a empresa realiza sua função e tem utilidade social quando atua eficientemente possibilitando melhor locação de recursos e gerando riquezas. Com este teor a utilidade social está expressa no resultado da atividade criando postos de trabalho, tributos, riquezas e, desta forma, contribuindo para o bem estar coletivo.

## 7 FUNÇÃO SOCIAL E JUSTIÇA SOCIAL

Para o que nos interessa, momento importante na construção do conceito de justiça social, a ouvir Luis Fernando Barzotto<sup>47</sup>, está representado pela Encíclica *Quadragesima Anno* de Pio XI, quando no seu dizer:

... opera-se uma ‘fusão’ do aristotelismo com a ética cristã. Neste contexto, é absolutamente natural que a sua teoria da justiça universalize o ideal aristotélico do cidadão de uma sociedade escravocrata, o único beneficiário do ‘bem comum’, para alcançar toda pessoa humana, coerente com a verdade evangélica da igualdade universal do gênero humano e a dignidade eminente de todos os seus membros.

E é momento importante do ponto de vista do direito empresarial porque o conceito ali é analisado também do ponto de vista da economia (embora o conceito justiça social diga respeito à toda sociedade

e não somente ao campo econômico), avaliando a equânime distribuição da renda e da riqueza. Mais importante, não é examinado somente do ponto de vista dos trabalhadores como pretendem os socialistas, mas, na esteira da *Enciclica Rerum Novarum* de Leão XIII, acata uma posição de equilíbrio dentre as diversas classes participantes do processo produtivo, estabelecendo deveres e limites para todos<sup>48</sup>.

Assim, por um lado, enfatiza a importância da empresa na produção de bens úteis, ressalta o dever para os que tem sobras de não se apropriarem de toda renda livre. Praticando a liberalidade<sup>49</sup>.

Na sequência, ordena que para a fixação dos salários se verifique a situação real da empresa, condenando pretensões economicamente abusivas para o contexto<sup>50</sup>.

Assim, justiça social na ordem econômica, como bem observa teria concreção na produção de bens e serviços necessários para todos no mercado.

Sob este ponto de vista a noção de justiça social perante a função social da empresa, objeto do nosso tópico, comunga da ideia de gestão eficiente criando utilidades para o mercado e, destarte, contribuindo para o bem estar coletivo. Esta postura, é bom que se diga não destoa do apregoado por Rachel Sztajn quando da sua análise da teoria da firma, tal como proposta por Coase<sup>51</sup>.

## 8 O INTERESSE SOCIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: A ORIENTAÇÃO DA LEI 6.404/76 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A orientação acatada na Lei brasileira 6.404/76 segue nas pegadas da alemã AKTG -1937 – art. 101,3 que introduziu a clausula social, na linha da tendência institucionalista já nos anos oitocentos (1877), proposta por Gierke<sup>52</sup> no âmbito da pessoa jurídica<sup>53</sup> e acatada por Walther Ratenau na área econômica com fulcro na empresa, definida posteriormente como teoria da *Unternehmen an sich* (Empresa em si)<sup>54</sup>.

Com tal modo de ver facultou-se o ingresso de interesses externos (coletivo, geral ou social em sentido amplo), assim chamados de extra sociais, os quais encontraram abrigo nas normas dos arts. 116, único e 117 da Lei 6.404/1976.

A concepção extra societários decorre em oposição da visão contratualista característica das sociedades de pessoas, a qual reduz o interesse social àquele do sócio, enquanto sócio, consistente na produção de lucros por meio do exercício da atividade, descrita como objeto social, com sua conseqüente distribuição.

Não que Gierke negue a base contratual às sociedades estatutárias. Para ele, como elucida Mônica

Cossu<sup>55</sup>, “*la società nasce da contratto ma diviene istituzione, e quest’ultima assorbe il rapporto contrattuale che le há dato vita...*” e isto é possível na sociedade anônima, posto que pessoa jurídica em sentido próprio<sup>56</sup>.

Desta forma tem existência própria não se reduzindo a um mero liame obrigacional entre os sócios, como é a visão não corporativa das sociedades de pessoas. É necessário lembrar que as sociedades de pessoas no direito alemão não tinham personalidade jurídica (e ainda não tem em que pese tendência atual neste sentido).

Com personalidade e existência própria e possível falar-se em estatuto, destinado a regular os interesses abstratos da corporação e não aquele dos sócios, como ocorre com o contrato nas sociedades personalistas.

É por tal razão, igualmente, que se admite nesta modalidade a presença de interesses externos próprios da pessoa jurídica ou da corporação, que escapam ao âmbito daquele dos sócios enquanto sócios<sup>57</sup>.

E a realização destes interesses, ademais daquele comum a todas as sociedades de obtenção de lucros por meio da atividade, é impositiva tanto para o controlador (art. 116, único da Lei acionária), quanto para os administradores (art. 154, Lei 6.404/76).

Com este teor a função social insere-se, na qualidade de interesse social, como fim da sociedade, acompanhada de deveres não só para com a comunidade laboral que atua na empresa, como perante aquela aonde está inserida, ponto em que se faz menção àqueles chamados interesses difusos, dentre os quais o do consumidor e o do meio ambiente. A par disto tutela-se o interesse nacional e o da economia nacional (art. 117, § 1º, alínea a). A violação deste dever, dentre outros, constitui abuso de poder, responsabilizando, pessoalmente o acionista controlador.

A tutela do mercado, quando se cuida de companhia aberta, insere-se igualmente dentre estes interesses, como assinalam as normas das alíneas b e c no § 1º do art. 117.

E é neste âmbito que doutrina recente<sup>58</sup> insere o dever de transparência ressaltando

*l’obbligo di assicurare al pubblico, e quindi a una cerchia indeterminata di soggetti terzi rispetto al contratto sociale, un certo grado di informazione su determinati fatti della società 65, fra cui appunto gli assetti proprietari e l’esistenza, la composizione e l’oggetto dei patti parasociali.*

E cumprir com este dever de transparência, embora mais de ordem moral do que jurídica, insere-se dentre os interesses extrasocietários, no mesmo molde que



aqueles que decorrem das relações da sociedade com terceiros neste mercado, assim, como mais uma vez preleciona Monica Cossu,

*Il mancato rispetto degli interessi correlati di creditori, fornitori, clienti, dipendenti, e della stessa comunità statale che ospita la società, si rifletterebbe immediatamente nel minor valore riconosciuto alla società dal mercato: maltrattando queste varie constituencies l'ente provocherebbe nel mercato una reazione avversa, che a sua volta avrebbe come effetto una riduzione del valore aggregato delle partecipazioni sociali...<sup>59</sup>.*

A realização destes interesses todavia, não pode advir em detrimento daquele imediato (interesse social *stricto sensu*) da produção de lucros por meio do exercício da atividade descrita no objeto social. Como observamos em outro trabalho<sup>60</sup>: “A sociedade por ações, tendo em vista seus fins, finalidade de lucro (objetivo e subjetivo) e com estrutura adequada a tal finalidade, é dirigida necessariamente pelo critério de rentabilidade econômica como forma de prover a necessária auto-suficiência econômica da empresa.

É mediante o equilíbrio econômico-financeiro e também pela produção de lucros suficientes para atrair (tendo em vista o risco do negócio) os recursos físicos e financeiros necessários para o empreendimento que a empresa pode lograr o próprio financiamento<sup>61</sup>.

E é esta situação de equilíbrio econômico-financeiro que permite a continuidade da empresa e, no longo prazo, o ponto comum de encontro de todos os que têm interesse na continuidade da empresa, assim também, “os prestadores de trabalho e os consumidores”<sup>62</sup>, além, por óbvio, do Estado que arrecada tributos.”

Aceita-se que o controlador e os administradores adotem os meios e medidas necessárias para atender aos chamados interesses extra societários, ainda que em detrimento do lucro máximo. Isto todavia sem descurar aquela finalidade lucrativa expressamente acatada na norma do art. 2º da lei acionária e, de qualquer forma, como declara a melhor doutrina: “a obrigação de realizar interesses que transcendam o objeto social, somente pode advir de leis especiais”<sup>63</sup>.

Com tal modo de ver, a função social da empresa do posto de vista acionário somente tem lugar enquanto coerente com estas finalidades.

## 9 A FUNÇÃO SOCIAL NA LEI 11.101/05

A expressão foi acatada na norma do art. 47 da Lei 11.101/2005 e, embora cláusula aberta tal

como nos demais textos, deve ser entendida no contexto e conforme a finalidade assinalada nesta norma.

Quando a lei afirma que a recuperação tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico – financeira, permitindo a manutenção da fonte produtora do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, significa: garantir postos de trabalho, remunerar o capital investido e fazer frente às obrigações assumidas perante terceiros. Com este teor, a função social encontra concreção, como afirmado acima, quando a empresa é eficiente na criação de bens e serviços para o mercado, atuando conforme critérios de economicidade, i. é – produzindo lucros e desta forma garantindo empregos e gerando riquezas, com o que contribui para o bem estar coletivo. E esta, igualmente, é sua utilidade social.

Mas para tanto é necessário lembrar que nem toda empresa merece tal tratamento, pois a ideia de preservação deve ser entendida tendo em vista a situação da empresa no mercado. E aqui vale outro princípio. A saber – aquele da tutela do mercado.

A manutenção de empresas ineficientes no mercado pode acarretar, via descumprimento das obrigações assumidas, a contaminação de empresas sadias, com o que se alastra a e potencializa a ameaça de falência pelo mercado.

Destarte, para que possa merecer o favor legal a empresa deve ser viável, i. é ter base econômico financeira para tanto, sem o que ademais de se prostrar no tempo a quebra que se quer evitar, se mantém no mercado um fator de instabilidade, potencialmente danoso para as demais empresas.

## 10 PRINCÍPIOS ACATADOS: EXTENSÃO E ABRANGÊNCIA

A função social, como princípio orientador, não é o único acatado na lei falimentar. Outros existem com igual peso e que devem igualmente serem respeitados. Segue o conjunto:

### a) *Tradicionais*

- Responsabilidade patrimonial do devedor, segundo o qual Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, tal como acatado no art. 942 CC;
- Justiça distributiva – como convém a todo procedimento concursal provendo à distribuição proporcional das perdas, quando o patrimônio do devedor não for suficiente para satisfazer a todos;

- *Par conditio creditorum* que se coaduna com o princípio da justiça distributiva, provendo o tratamento equânime de todos os credores de uma mesma classe e que é regra fundamental do procedimento falimentar. A finalidade a satisfação proporcional dos credores, excluindo a “*prior in tempore potior in jure*” e é regra absoluta.

A consequência é a revogação dos atos de pagamento legítimo que impeçam o tratamento igualitário. Em seu reforço advém a sanção penal, punindo o falido que durante o procedimento falimentar favorecer um credor em detrimento de outro.

- Da unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo da falência (art. 76 LRE) – A unidade resulta da natureza coletiva do procedimento falimentar, para o qual concorrem todos os credores do devedor que devem ser tratados igualitariamente na mesma classe, ressalva quanto aqueles créditos expressamente afastados (art. 23, único). A universalidade (princípio que não é absoluto perante a recuperação judicial, notadamente com relação às micro e pequenas empresas somente créditos quirografários), torna o juízo da falência absorvente e unitário. Tem-se aqui a sua indivisibilidade, estabelecendo a regra básica da competência e ordenando centralização das ações num único juízo, com as exceções da lei (art. 6º, § 8º LRE). A saber aquele do estabelecimento principal (art. 3º LRE), quando não se tem varas especializadas em falência, o que não é o caso de São Paulo.
- Da universalidade dos bens do devedor – A universalidade dos bens do devedor como objeto do procedimento falimentar – é a segunda regra, consistindo a característica mais evidente que distingue o procedimento concursal daquele ordinário. Vale dizer, todos os bens, de qualquer natureza (salvo os juridicamente impenhoráveis) são atingidos pelo processo falimentar. Atinge-se todo o patrimônio do devedor.
- Da unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo da falência (art. 76 LRE). A unidade resulta da natureza coletiva do procedimento falimentar, para o qual concorrem todos os credores do devedor que devem ser tratados igualitariamente na mesma classe, ressalva quanto aqueles créditos expressamente afastados (art. 23, único). A universalidade (princípio que não é absoluto perante a recuperação judicial, notadamente com relação às micro e pequenas empresas somente créditos quirografários), torna o juízo da falência absorvente e unitário. Tem-se aqui a sua indivisibilidade, estabelecendo a regra

básica da competência e ordenando centralização das ações num único juízo (art. 6º, § 8º LRE), a saber aquele do estabelecimento principal (art. 3º LRE), quando não se tem varas especializadas em falência, o que não é o caso de S. Paulo aonde existem.

- Não só o existente, como o futuro e, inclusive, os bens que estiverem em mãos de terceiros.
- Da universalidade dos credores – não é elemento essencial. O procedimento falimentar, como executivo concursal, instaura-se e desenvolve-se no interesse de uma pluralidade de credores. Pressuposto subjetivo (atualmente) é, tão só o de que o devedor seja comerciante.
- Da publicidade do procedimento falimentar – segundo o qual todos os atos praticados devem ser públicos de molde a manter os diversos credores informados.
- Da precedência do procedimento falimentar (art. 79 LRE), que se justifica por cuidar-se de um procedimento coletivo, objeto de uma série de ações incidentais, cujo protelar o tornariam infundável.
- Da distribuição obrigatória.

#### b) *Novos princípios*

- Da celeridade e da economia processual (art. 75, único LRE) – se a finalidade é preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, a celeridade e economia dos atos processuais é essencial;
- Da preservação ou conservação da empresa (art. 47 LRE). Entenda-se daquela viável, sem o que não se pode invocar sua função social, já que de utilidade social zero, conforme o já exposto neste trabalho, e conseqüente retirada daquelas que não preenchem tal requisito;
- Da prevalência dos interesses dos credores (art. 47), com sua participação ativa, via assembleia dos credores;
- Da proteção aos trabalhadores (art. 47 LRE), aos quais se dá um tratamento especial, tal como ocorre nas normas dos arts. 41, I e § 1º, cc. Art. 45, § 2º, 83 I, e 151, todos da LRE.
- Da preservação e maximização do valor dos ativos do falido – que tem lugar via celeridade e economicidade dos atos falimentares,
- Do tratamento favorecido das empresas de pequeno porte, como se depreende do tratamento especial outorgado à sua recuperação judicial nas normas dos arts. 70-72 LRE.
- Do estímulo à atividade econômica – mediante a manutenção das empresas viáveis, expurgando o mercado daquelas que não o são.

## REFERÊNCIAS

- ALLEGRI, Vincenzo. *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*. Milano: Giuffrè, 1979.
- CHALHUB, Melhin Namen. Função Social da Propriedade, *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003.
- COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. Disponível em: <<http://www3.nccu.edu.tw/~jsfeng/CPEC11.pdf>>.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil*, v. 63, p. 71-79, 1986.
- COSTA, Carla. *O modelo alemão e a “economia social de mercado” num contexto de globalização*. Disponível em: <[http://www.dpp.pt/pages/files/infor\\_inter\\_1999\\_II\\_I.pdf](http://www.dpp.pt/pages/files/infor_inter_1999_II_I.pdf)>.
- DE MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 24. ed., 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.
- FRANCO, Vera Helena de Mello, Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas, In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 913, nov. 2011.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito Empresarial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. I.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, R. Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*, (São Paulo), v. 913, p. 177-191, 2011.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAIN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise – comparação com as posições do direito europeu*. São Paulo: Campus Elsevier, 2008.
- GIERKE, Otto von. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin: Weidmann, 1887. LIV, 1024 S.
- JAEGER, Pier Giusto. *L'Interesse sociale*. Milão: Giuffrè, 1972.
- KLEIN, Caroline Rippe de Mello. *O ordoliberalismo alemão expresso no ideário econômico de Roberto Campos*. Disponível em: <<http://www.historialivre.com/revistahistoriador/cinco/8caroline.pdf>>.
- MACARIO, Francesco. *Commentário del Código Civile – Direto da Enrico Gabrielli, Della Proprietà – a cura di Antonio Jannarelli e Francesco Macario*, art. 310-368, Milano: Wolters Kluwer, 2012. Libro III, Titolo II.
- MINERVINI, Gustavo. *Società, associazioni, gruppi organizzati*. Nápoles: Scientifiche italiane, 1973.

## NOTAS

- <sup>1</sup> “art. 1º A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamento ... IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”
- <sup>2</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (...).”
- <sup>3</sup> Apud. Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 24. ed., 2ª reimpr. São Paulo, Atlas, 2009, p. 219.
- <sup>4</sup> Cf. Escola Superior de Geopolítica e Estratégia, Mantenedora: Organização para Estudos Científicos (OEC), in: <<http://www.defesanet.com.br/esge/ordo-liberalismo.pdf>>, V, Tb. *A Volta do Estado*: as raízes do conservadorismo alemão frente à crise contemporânea de Lício da Costa Raimundo, in: <[http://www.sep.org.br/artigo/4\\_congresso/1450\\_1e0aee61a66669959658cd53b809e5d.pdf](http://www.sep.org.br/artigo/4_congresso/1450_1e0aee61a66669959658cd53b809e5d.pdf)>.
- <sup>5</sup> Lício da Costa Raimundo, *Alemanha: mitos, fatos e desafios para o século XXI*, in: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1413.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1413.pdf)>, p. 9.
- <sup>6</sup> Cf. Caroline Rippe de Mello Klein, *O ordoliberalismo alemão expresso no ideário econômico de Roberto Campos*, in: <<http://www.historialivre.com/revistahistoriador/cinco/8caroline.pdf>>, p. 103.
- <sup>7</sup> Carla Guapo Costa, *O modelo alemão e a “economia social de mercado” num contexto de globalização* in <[http://www.dpp.pt/pages/files/infor\\_inter\\_1999\\_II\\_I.pdf](http://www.dpp.pt/pages/files/infor_inter_1999_II_I.pdf)>, p. 13.
- <sup>8</sup> Idem, p. 105.
- <sup>9</sup> Aut. cit. In, op. cit. Alemanha: Mitos, fatos... p. 9.
- <sup>10</sup> Cf. Lício da Costa Raimundo, idem Alemanha: Mitos, fatos... <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4945](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4945)>, p. 27, 28.
- <sup>11</sup> *O novo desenvolvimentismo e a ortodoxia convencional*, in São Paulo em Perspectiva, v. 20, n. 3, p. 5-24, jul.-set. 2006, encontrável em: <[https://www.seade.gov.br/produtos/spp/v20n03/v20n03\\_01.pdf](https://www.seade.gov.br/produtos/spp/v20n03/v20n03_01.pdf)>.
- <sup>12</sup> Vera Helena de Mello Franco, *Direito Empresarial*, 1, 4. ed., RT, São Paulo, 2012, p. 46.
- <sup>13</sup> Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, *Falência e recuperação da empresa em crise – comparação com as posições do direito europeu*, Campus Elsevier, São Paulo, 2008, p. 271 e ss e *Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas*, in: *Revista dos Tribunais*, n. 913, São Paulo, p. 177-190, nov. 2011.
- <sup>14</sup> Conf. Francesco Macario, *Commentário del Código Civile – Direto da Enrico Gabrielli, Della Proprietà – a cura di Antonio Jannarelli e Francesco Macario*, arts. 310-368, Wolters Kluwer, Milano, 2012, – Libro III – Titolo II, p. 189-240, p. 196 “In un panorama giuridico caratterizzato da significativi eventi socio-politici, dall’affermarsi di un modello economico che valorizza l’iniziativa economica privata e favorisce l’interventismo produttivistico nella logica di garantire una costante presenza del potere pubblico nel sistema economico, e ancora dalla realizzazione di uno Stato sociale teso a garantire l’ordine e la pace tra i cittadini, la scienza giuridica italiana, intorno agli anni ‘30, avverte l’esigenza di avviare una riforma dell’istituto della proprietà [937]. La c.d. ‘legislazione di guerra’, d’altro canto, in quanto fortemente incisiva delle libertà e delle facoltà in ambito economico e imprenditoriale dei privati, aveva consentito a giuristi di rango di elaborare le idee per ripensare anche il diritto di proprietà privata, rispetto al necessario intervento dello Stato nell’economia, e più in generale, i ‘nuovi confini del diritto privato’...”
- <sup>15</sup> Aut. cit., *Função social da propriedade dos bens de produção*, in: RDM, São Paulo: Malheiros, v. 63, p. 71-79, jul.-set. 1986, p. 76.
- <sup>16</sup> Conf. Andrea Fusaro, op. cit., *Statuti Normativi del Diritto di Proprietà, Pubblici Poteri e Disciplina dei Beni*, in: <[http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/14959\\_Alpa-Bessone-Fusaro.pdf](http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/14959_Alpa-Bessone-Fusaro.pdf)>, p. 7, nos seguintes termos: “Vi furono ragioni contingenti che portarono, in un ristretto arco di tempo, dall’accettazione della formula, come capace di rimuovere la tradizione liberal-borghese dei diritti soggettivi, al rifiuto, motivato dal carattere meramente sociologico della formula e soprattutto dalla denuncia della ipocrisia che essa mirava a consumare nel diritto della società capitalista. Le ragioni contingenti furono l’adesione fervidamente ingenua prestata a Léon Duguit e alla sua idea dei diritti-funzione e, al termine della parabola, il giudizio negativo espresso da Duguit sui risultati della Rivoluzione socialista. Allora si scoprì nel concetto di diritto-funzione e nell’idea di sostituire il «codice dei gruppi» della tradizione borghese, non solo l’origine idealistica, ma altresì l’annuncio di soluzioni corporative e paternalistiche.”
- <sup>17</sup> Rescigno P, *Proprietà*, cit., p. 274, apud Francesco Macario, op. cit., p. 208.
- <sup>18</sup> Francesco Macário, op. cit., p. 209.
- <sup>19</sup> Apud Francesco Macário, op. cit., p. 211, nota 1044, nos seguintes termos: “Santoro Passarelli F., *Proprietà privata e funzione sociale*, p. 961, per il quale tale limite interno è desumibile dalla disciplina sul divieto degli atti emulativi (art. 833) e sarebbe riscontrabile ‘nel limite dell’autonomia privata (art. 1322, comma 2º, c.c.)’. Elaborando tale impostazione, l’Autore evidenzia l’importanza di distinguere «la proprietà intesa come istituto che è indirizzato dalla legge a fini sociali, in relazione alla diversa natura dei beni che ne costituiscono l’oggetto, e il diritto soggettivo di proprietà, spettante al singolo”
- <sup>20</sup> Idem, p. 213, 214, nota 1055, como a seguir: “Rodotà, *Proprietà*, cit., 135; Costantino M., *Il diritto di proprietà*, cit., 253, il quale, consapevole del fatto che il criterio della funzione sociale incide sulla ‘tradizionale riconosciuta alla proprietà’, evidenzia che il regime giuridico della proprietà deve informarsi all’esigenza di tutelare ‘gli interessi e i bisogni meritevoli di tutela dei soggetti, diversi dal proprietario, che sono e che possono entrare in rapporto con lui’, con l’effetto che nel testo costituzionale ‘la “funzione sociale” della proprietà ha acquistato il significato di determinazione positiva (e non solo negativa) in senso sociale (e non solo economico) dei modi di attribuzione e di uso dei beni

- a titolo di proprietà. Si considera che chi diventa proprietario entra in rapporto con altri soggetti e, in ultima analisi, con l'intera collettività. Da questo punto di vista non interessa tanto stabilire i criteri in base ai quali può individuarsi chi è 'signore della cosa' o, eventualmente, imporre limiti ai suoi poteri, ma valutare 'come' lo è diventato e 'come' può esercitare il diritto”
- <sup>20</sup> Aut. cit. verbete “Proprieta”, *Enciclopèdia del Novecento* (1980), in: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista24/revista24\\_305.pdf](http://www.treccani.it/enciclopedia/proprieta_(Enciclopedia-del-Novecento)/></a>, n. 5.</p>
<p><sup>21</sup> Aut. e op. cit., p. 217, nota 1071.</p>
<p><sup>22</sup> Idem, aut. op. e loc. cit., e nota 1073.</p>
<p><sup>23</sup> Idem, n. 4.</p>
<p><sup>24</sup> Cf. Andréa Fusaro, op. cit., (Norma Costituzionale...) da introdução.</p>
<p><sup>25</sup> Conf. Art. 42. “La proprietà è pubblica o privata. <b>I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.</b> La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.”</p>
<p><sup>26</sup> Andréa Fusaro, op. e loc. cit.</p>
<p><sup>27</sup> Idem, aut. e op. cit., p. 2.</p>
<p><sup>28</sup> Conf. Aut. cit. nota 1073 – Galgano, <i>Il diritto privato tra codice civile e Costituzione</i>, cit., p. 153, nota 80.</p>
<p><sup>29</sup> Assim Pugliatti, <i>La Proprietà e le Proprietà</i>, p. 301, apud Francesco Macário, op. cit., p. 217 e nota 1077.</p>
<p><sup>30</sup> Francesco Macário, op. cit., a p. 218.</p>
<p><sup>31</sup> Aut. cit., <i>Temas de Direito Civil</i>, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2004, p. 312 e ss., notadamente a p. 312.</p>
<p><sup>32</sup> Idem, aut. e op. cit., p. 320.</p>
<p><sup>33</sup> Gustavo Tepedino, op. cit., p. 5.</p>
<p><sup>34</sup> Tem este teor a interpretação que Andréa Fusaro (op. cit., <i>Statuti Normativi...</i>, p. 1) dá a disposição similar abrigada na Constituição da República da Itália. Confira-se os termos: “Ma come esplicitare il significato della formula ‘funzione sociale’? Si possono indicare solo alcuni parametri di valutazione, dal momento che si è in presenza di una clausola generale. È tuttavia comunque chiaro che con tale formula si vuole alludere alla somma dei poteri che sono concessi al legislatore per limitare, conformare, incidere la proprietà, pubblica e privata. Da ciò alcune importanti analisi di dottrina da considerare con la dovuta attenzione. <b>E l’indirizzio più convincente della clausola generale un uso tecnico visibilmente inteso a operare un <controllo> del modo di impiego dei <beni>. In ogni caso, si distingue tra proprietà dei beni produttivi e proprietà di beni di consumo.</b>”</p>
<p><sup>35</sup> Stefano Rodotà, apud Andréa Fusaro, op. e loc. cit. Confirma-se: “costituída dalla considerazione di quel particolare criterio di distinzione dei beni che porta a individuare una categoria di beni produttivi contrapposta ai beni di consumo. Beni produttivi, secondo la nozione corrente, sarebbero quelli tendenzialmente idonei alla produzione di altri beni, o comunque idonei a essere direttamente impiegati nel processo produttivo; beni di consumo, invece sarebbero quelli destinati a essere distrutti in occasione della soddisfazione del bisogno, o comunque destinati a una utilizzazione strettamente individualistica. Evidentemente, soltanto la prima categoria (beni produttivi) presenterà quelle attitudini alla soddisfazione di interessi economici e collettivi che costituisce il presupposto di fatto della funzione sociale.”</p>
<p><sup>36</sup> Aut. cit., <i>Função social da propriedade dos bens de produção</i>, in: RDM, n. 63, p. 71-79, notadamente, p. 72, 75, 76.</p>
<p><sup>37</sup> Aut. e op. cit., n. 16.</p>
<p><sup>38</sup> Conf. Andréa Fusaro, op. cit., p. 8.</p>
<p><sup>39</sup> Aut. e op. cit., p. 76. Conf. Andréa Fusaro, op. cit., p. 8.</p>
<p><sup>40</sup> Assim Fusaro, op. e loc. cit. e Comparato, op. e loc. cit.</p>
<p><sup>41</sup> Aut. cit., <i>Função Social da Propriedade, Revista da EMERJ</i>, v. 6, n. 24, 2003, p. 305-317, in: <<a href=)>, p. 305.
- <sup>42</sup> Cf. Vera Helena de Mello Franco, *Direito Empresarial*, I, cit., p. 64.
- <sup>43</sup> Aut. cit., *The Nature of the Firm*, in: <<http://www3.nccu.edu.tw/~jsfeng/CPEC11.pdf>>.
- <sup>44</sup> Aut. e op. cit., p. 4-5 realçando a p. 5 que “A firm is likely therefore to emerge in those cases where a very short-term contract would be unsatisfactory. It is obviously of more importance in the case of services-labor-than it is in the case of the buying of commodities. In the case of commodities, the main items can be stated in advance and the details which will be decided later will be of minor significance.”
- <sup>45</sup> Aut. cit., *Teoria Jurídica da Empresa*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 158, 159.
- <sup>46</sup> Conf. Chalhub, Melhin Namen – *Função Social da Propriedade, Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003, p. 305-317, in: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista24/revista24\\_305.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_305.pdf)>, p. 3.
- <sup>47</sup> Aut. cit. *Justiça Social – Gênesis, estrutura e aplicação de um conceito*, in: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_48/artigos/ART\\_LUIS.htm#II](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm#II)>, p. 4.
- <sup>48</sup> Cf. Carta Enciclica *Quadragesimo Anno de Su Santidad Pio XI* – in: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_sp.html)>, 57: “Ahora bien, no toda distribución de bienes y riquezas entre los hombres es idónea para conseguir, o en absoluto o con la perfección requerida, el fin establecido por Dios. Es necesario, por ello, que las riquezas, **que se van aumentando constantemente merced al desarrollo económico-social, se distribuyan entre cada una de las personas y clases de hombres, de modo que quede a salvo esa común utilidad de todos, tan alabada por León XIII, o, con otras palabras, que se conserve inmune el bien común de toda la sociedad.** Por consiguiente, no viola menos está ley la clase rica cuando, libre de preocupación por la abundancia de sus bienes, considera como justo orden de cosas aquel en que todo va a parar a ella y nada al trabajador; que la viola la clase proletaria cuando, enardecida por la conculcación de la justicia y dada en exceso a reivindicar inadecuadamente el único derecho que a ella le parece defendible, el suyo, lo reclama todo para sí en cuanto fruto de sus manos e impugna y trata de abolir; por ello, sin más razón que por se tales, el dominio y réditos o beneficios que no se deben al trabajo, cualquiera que sea el género de éstos y la función que desempeñen en la convivencia humana.”
- <sup>49</sup> Ibidem, tópico 50: “Tampoco quedan en absoluto al arbitrio del hombre los réditos libres, es decir, aquellos que no le son necesarios para el sostenimiento decoroso y conveniente de su vida, sino que, por el contrario, tanto la Sagrada Escritura como los Santos Padres de la Iglesia evidencian con un lenguaje de toda claridad que los ricos están obligados por el precepto gravísimo de practicar la limosna, la beneficencia y la liberalidad.”
- <sup>50</sup> Ibidem, tópico 72: “Para fijar la cuantía del salario deben tenerse en cuenta también las condiciones de la empresa y del empresario, pues sería injusto exigir unos salarios tan elevados que, sin la ruina propia y la consiguiente de todos los obreros, la empresa no podría soportar. No debe, sin embargo, reputarse como causa justa para disminuir a los obreros el salario el escaso rédito de la empresa cuando esto sea debido a incapacidad o abandono o a la despreocupación por el progreso técnico y económico. Y cuando los ingresos no son lo suficientemente elevados para poder atender a la equitativa remuneración de los obreros, porque las empresas se ven gravadas por cargas injustas o forzadas a vender los productos del trabajo a un precio no remunerador; quienes de tal modo las agobian son reos de un grave delito, ya que privan de su justo salario a los obreros, que, obligados por la necesidad, se ven compelidos a aceptar otro menor que el justo.”
- <sup>51</sup> Cf. Aut. cit., op. cit. (*Teoria Jurídica...*), p. 158-159.
- <sup>52</sup> GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1877, II, p. 261 ss, apud cf. Mônica Cossu, *Società aperte e interesse sociale*, G. Giappicheli Editore, Torino, 2006 in: <[https://www.google.com.br/?gfe\\_rd=cr&ei=ngV5U6HdO-aU8Qf014DICg#q=Societ%C3%A1+aperte+e+interesse+sociale%2](https://www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=ngV5U6HdO-aU8Qf014DICg#q=Societ%C3%A1+aperte+e+interesse+sociale%2)>, p. 19, nota 1.
- <sup>53</sup> Como elucida Mônica Cossu, op. cit., p. 20, nota 2: “In particolare si allude a RATHENAU, *La realtà della società per azioni. Riflessioni suggerite dall’esperienza degli affari*, trad. it. in *Riv. soc.*, 1960, p. 912 ss., ove l’A. enunciò la propria teoria, che (solo) in un secondo momento venne sinteticamente denominata dalla dottrina tedesca come teoria dell’*Unternehmen an sich*, o dell’*impresa in sé*; definizione che spesso, erroneamente, viene attribuita allo stesso Rathenau. Avendo constatato una vistosa spersonalizzazione della proprietà all’interno delle grandi società per azioni, Rathenau affermò l’avvenuta oggettivazione dell’*impresa e della società*, le quali esisterebbero di vita e fini propri. Il pensiero dell’A. è frutto di una riflessione non rigorosa sul piano dogmatico (del resto l’A. non fu giurista ma filosofo e uomo d’affari), giacché mostra spesso riferimenti indifferenziati all’*impresa e alla società*: lo osserva P.G. JAEGGER, op. cit., p. 17 ss. E mentre, difatti, la concezione di Rathenau si fondava su una imprecisata nozione di *impresa*, von Gierke fondò la propria teoria istituzionale-organica sul concetto di *persona giuridica*: *ivi*, p. 31.”
- <sup>54</sup> Conf. Pier Giusto Jaeger, *L’Interesse sociale*. Milão: Giuffrè, 1972, p. 24, n. 5, 21, 22 e 23 secondo quem a tese (teoria da empresa em si) em linhas gerais dava:

- “1. Relevo ao caráter publicista das grandes empresas, para o que concorrem distintos tipos de interesses:
- a) O do desenvolvimento da economia nacional;
  - b) O da empresa em si que concentra, na sua complexidade, ‘importância da própria estrutura e atividade, interesses de diversos gêneros, dentre os quais os dos acionistas, o dos trabalhadores e dependentes [...]’, além daquele dos consumidores.
2. Reconhecimento da existência de um interesse próprio à empresa, o qual não se identifica com a finalidade de maior proveito para o acionista, mas na maior eficiência produtiva da empresa.
  3. Subtração do controle aos acionistas dominados pelo objetivo egoístico de ganho pessoal, para atribuí-lo a uma administração estável, o mais possível independente das flutuações das mudanças da maioria dos acionistas;
  4. Redução de todos os direitos dos acionistas, condicionando-os ao interesse superior da empresa, perante a qual têm um dever de fidelidade; ...”
- <sup>55</sup> Aut. e op. cit., p. 20, nota 1.
- <sup>56</sup> Sobre o ponto, consulte-se ao nosso, *As sociedades de pessoas na atualidade. Uma visão comparativa crítica*, in Revista de Direito Mercantil Econômico e Financeiro, v. 146, p. 230-235, Malheiro Editores, notadamente, 1 a 7.

- <sup>57</sup> Em que pese o perfil corporativo das sociedades anônimas nega-se esta possibilidade às sociedades limitadas tendo em vista a sua qualificação como sociedade contratual. Discorda-se, desta forma, da tese proposta por João Luis Nogueira Matias na sua Tese de Doutorado – *A função social da empresa e a composição dos interesses na sociedade limitada*, em 2009, perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, disponível in: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-06052010-140746/pt-br.php>>.
- <sup>58</sup> Cf. Mônica Cossu, *Società aperte e interesse sociale*, G. Giappicheli Editore, Torino, 2006 in: <[file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Meus%20documentos/Downloads/SOCIETA%20APERTE%20E%20INTERESSE%20SOCIALE%20\(1\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Meus%20documentos/Downloads/SOCIETA%20APERTE%20E%20INTERESSE%20SOCIALE%20(1).pdf)>, p. 17.
- <sup>59</sup> Idem, aut. e op. cit., p. 24.
- <sup>60</sup> Vera Helena de Mello Franco, Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas, in: *Revista dos Tribunais*, p. 171-191, p. 186.
- <sup>61</sup> Conf. Gustavo Minervini, *Società, associazioni, gruppi organizzati*. Nápoles: Scientifiche italiane, 1973. p. 98, n. 7.
- <sup>62</sup> Idem, aut., loc. e op. cit.
- <sup>63</sup> Cf. Hans Würdinger, *Poteri pubblici ed impresa. Rivista delle società*. Milão: Giuffrè, 1976. fasc. 6, p. 1105-1119. Ver também: Vincenzo Allegri. *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 129-130.

---

Recebido em: 30/10/2014; aceito em: 04/11/2014.