

4.5 DIREITO EMPRESARIAL EM DESTAQUE

4.5.1 A preservação da empresa e sua função social

Bráulio Lisboa Lopes

Mestrando em Direito Empresarial. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Professor da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Ex-Coordenador Subseccional da Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais



Bráulio Lisboa Lopes

1- Introdução

A sociedade pós-moderna tem encontrado dificuldades em enfrentar os crescentes problemas surgidos no decorrer de sua evolução, principalmente no tocante às relações jurídicas. As normas até então vigentes, influenciadas pelo paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, não trazem respostas adequadas às demandas instauradas sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Nossa cultura jurídica foi extremamente influenciada pelo Direito Romano, que estabelecia uma nítida separação entre as esferas pública e privada, instituindo a *Summa Divisio* entre o Direito Público e o Direito Privado. Nos moldes estabelecidos por esta divisão, o Direito Público era entendido como o ramo

do Direito que regulamentava exclusivamente as atividades do Estado e o Direito Privado como o ramo do Direito que regulamentava exclusivamente as atividades dos particulares.

Nesse modelo, em que prevalecia a *Summa Divisio* entre as esferas pública e privada, o Código Civil (1804) e Comercial (1807) da França eram o centro do ordenamento jurídico da época, ao redor do qual gravitavam outras normas jurídicas que só eram aplicadas no caso de lacuna ou antinomia, não se admitindo uma exegese ampla, devendo o texto legal ser aplicado rigorosamente. A cultura jurídica moderna foi extremamente influenciada por esse pensamento, dando surgimento ao período das grandes codificações, a exemplo do nosso Código Civil de 1916 e Código Comercial de 1850.

Já na pós-modernidade, verificamos o deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, em que interesses particulares e públicos se entrelaçam, em face da grande complexidade das relações jurídicas. A Constituição incorporou

em seu texto normas que disciplinam as relações privadas de interesse público, incumbindo ao Estado o ônus de criar mecanismos delimitadores e reguladores dessas atividades. Nesse momento, os institutos jurídicos de Direito Privado deixam de ser de interesse exclusivamente individual para assumirem um *status* de interesse público, cumprindo sua função social. Esse fenômeno é denominado de publicização do Direito Privado. Por outro lado, os interesses que antes se situavam exclusivamente no âmbito do Direito Público passam a ser implementados pelos particulares, conscientes de sua responsabilidade social, ocasionando fenômeno inverso, que tem sido identificado como a privatização do Direito Público.

Analisando o texto da Constituição da República de 1988, verificamos que a *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado não é compatível com as diretrizes traçadas por suas normas, não mais subsistindo em nosso ordenamento jurídico, exceto para fins didáticos. No Estado Democrático de Direito, a tutela das liberdades individuais e coletivas são implementadas através de um conjunto de normas que não mais admitem a antiga dicotomia estabelecida pelo Estado Liberal, diante da pluralidade dos interesses tutelados.

2- Direito e desenvolvimento econômico

O desenvolvimento econômico do País está intimamente relacionado com a correta alocação de recursos a ser efetuada pela iniciativa privada, a qual tem sua atividade regulada em grande parte pelas normas de Direito. Com a transição da economia para uma produção em escala, observamos a expansão das atividades empresariais que exploram atividades nocivas ao meio ambiente e ao próprio ser humano. No desenvolvimento dessas atividades, os custos de transação devem ser suportados e neutralizados pela empresa, evitando a sua transferência para a coletividade, pois a atividade empresarial contemporânea deve estar atenta para o cumprimento da função social que lhe é peculiar. Segundo a definição de EIRIK FURUBOTN e RUDOLF RITCHER¹, os custos de transação podem ser definidos nos seguintes termos:

Os custos de transação incluem os custos dos recursos utilizados para a criação, manutenção, uso, troca e assim por diante de instituições e organizações (...) quando considerados em relação aos direitos de propriedade e contratuais existentes, os custos de transação consistem nos custos de definir e medir recursos ou títulos de propriedade (*claims*), mais os custos de utilizar e impor (*enforce*) os direitos especificados.

Diante dessa situação, o Estado passou a ter um papel preponderante na elaboração de normas de ordem pública visando à obtenção da correta alocação de recursos pelas empresas que exploram as referidas atividades, evitando que os custos de transação sejam transferidos para a sociedade. Essa atuação tem-se efetivado mais nitidamente no âmbito do Direito Ambiental, com a imposição de medidas tendentes a minimizar o impacto ambiental gerado pela exploração de determinada atividade econômica. Dessa forma, a atividade empresarial, antes regida exclusivamente por institutos de Direito Privado, passa a ser regida, também, por institutos de Direito Público, visando à proteção dos interesses coletivos.

Essa proteção é efetivada pelas normas de Direito Coletivo, que tem como fundamento a necessidade de implementar no Estado Democrático de Direito a tutela de interesses que fogem ao âmbito individual, no intuito de fazer cumprir as diretrizes

constitucionais da igualdade e justiça em uma sociedade pluralista, na qual os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento sustentável da sociedade devem ser protegidos.

3- A relação entre Direito e Economia

É nítida a relação entre o Direito e a Economia, ciências que até meados do século XX eram tratadas separadamente, sem que houvesse um aprofundamento em seu estudo interdisciplinar. O sistema político de um país tem íntima relação com as normas jurídicas e os fatos econômicos, motivo pelo qual o estudo das disciplinas deve ser tratado de forma conjunta. Esse estudo tem suas bases ampliadas com o surgimento da escola norte-americana de Direito e Economia (*Law & Economics*), formada por uma corrente acadêmica de juristas e economistas que procuram analisar o fenômeno jurídico sob a óptica dos princípios econômicos.

Na seara do Direito, as decisões jurídicas e a elaboração das normas devem ser pautadas por uma correta análise econômica, possibilitando o desenvolvimento sustentável do país e, simultaneamente, a tutela dos interesses jurídicos difusos e coletivos da sociedade. Assim, a análise econômica do Direito visa a permitir uma melhor eficiência na alocação dos recursos empregados na atividade econômica, levando em consideração o interesse jurídico na proteção e efetivação dos direitos difusos e coletivos.

No mundo globalizado, a atividade econômica está representada predominantemente por relações jurídicas entre empresas, responsáveis pela circulação de bens e serviços. Diante de tal fato, é de extrema importância a implementação de um sistema jurídico e econômico que permita o desenvolvimento das atividades empresariais e solucione eventuais crises econômica, financeira e patrimonial dessas empresas.

4- Preservação da empresa e sua função social

A Teoria da Empresa, adotada pelo Código Civil de 2002, surgiu na Itália por volta de 1942 e conceitua a empresa como sendo toda atividade econômica exercida de forma repetida e organizada, com vistas à produção ou à circulação de bens ou de serviços. O conceito adotado pela nossa legislação aproxima-se, pela ênfase na organização dos fatores de produção, do perfil funcional da empresa traçado por ASQUINI².

Sendo a sociedade empresária sujeito de direito, a atividade empresarial, que outrora visava apenas ao acréscimo de capital, deve ser exercida com responsabilidade e observância de aspectos outros que extrapolam o lucro, de forma a permitir que a empresa cumpra seu papel social, sem se desvencilhar de seus objetivos principais. A empresa tem uma importância significativa para a sociedade, visto que dela emana um complexo de relações jurídicas que interessam não apenas aos sócios, mas também ao Estado, aos seus empregados e aos consumidores. Ao Estado interessa a arrecadação de tributos, os quais serão revertidos em benefícios para a população. Aos empregados interessa o ingresso no mercado de trabalho, que possibilitará a eles a obtenção de meios de subsistência. E aos consumidores interessa a circulação de bens ou serviços de que necessitam.

A função social da empresa pode ser entendida como um subprincípio da função social da propriedade, inserida nos artigos

5º, inciso XXII, 182, §2º e 186 da Constituição da República de 1988. No dizer de COMPARATO³:

função é, em Direito, um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem (...) A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios (...) o poder dever do proprietário de dar a uma coisa 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.

Mesmo antes da promulgação da referida Carta Constitucional, a função social da empresa já tinha previsão legislativa, a exemplo do artigo 116, parágrafo único, e artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas, que preceituam, *in verbis*:

Lei 6.404/76

Art. 116. [...] omissis

Parágrafo Único - O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a 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.(grifo nosso)

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

5- A preservação da empresa e o Direito Concursal

Como ponto central dos esforços que visam à preservação da empresa, temos a legislação referente ao Direito Concursal, em que também encontramos referência à função social da empresa, que foi alçada a tema central da nova legislação falimentar e de recuperação de empresas, microsistema introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005.

Esse novo diploma legal introduziu em nosso ordenamento jurídico inovações que devem ser observadas à luz dos objetivos do Direito Concursal contemporâneo, ou seja, permitir a valorização da função social da empresa e sua reintegração no mercado. Assim, todos os esforços devem ser concentrados, em primeiro plano, na preservação da empresa, deixando para segundo plano o pagamento dos credores.

Para dar efetividade a estes objetivos determinados pela novel legislação falimentar, necessário que o intérprete tenha em mente a importância social representada pela instituição do processo concursal, que traz reflexos de ordem econômica para a sociedade. No desenvolver do processo de falência ou de recuperação de empresa, os interesses em jogo não são únicos e exclusivos dos credores e devedores, mas sim de toda a sociedade.

A credibilidade e eficiência do Direito Concursal influenciam diretamente na economia nacional, visto que a implementação de mecanismos eficazes e capazes de assegurar o direito

dos credores favorece a concessão de crédito e reduz as taxas de juros no mercado. Os empresários necessitam de crédito para otimizar e explorar com maior eficiência suas atividades econômicas, que, por sua vez, será obtido com maior facilidade se os agentes financeiros estiverem cientes de que a recuperação dos créditos eventualmente inadimplidos estará tutelada por uma legislação que lhes ofereça maior segurança. Sobre a correlação entre função social da empresa e eficiência econômica, RACHEL SZTAJN⁴ ensina que:

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá.

A doutrina nacional e estrangeira é uníssona em afirmar que, por vezes, um procedimento de liquidação eficiente traz mais benefícios sociais do que a manutenção de uma empresa ineficiente, que acarreta uma baixa produtividade e um elevado custo de manutenção. O objetivo da preservação da empresa, através da sua recuperação econômica, é permitir que ela retorne ao mercado em condições competitivas, e não apenas o prolongamento de sua atividade. Nas palavras de OLIVEIRA⁵:

(...) a preocupação com o papel social que a empresa exerce na sociedade é a base que justifica todos os esforços no sentido de dar à empresa uma oportunidade de recuperação quando esta se envolve numa situação de falta de liquidez econômica.

7- Conclusão

O Direito possui diversos mecanismos voltados para a preservação da empresa, em face da sua importância no cenário econômico e social. O Estado, através da legislação, tem procurado compatibilizar os interesses econômicos e sociais oriundos do exercício da atividade empresarial. A preservação da empresa é tema central do Direito contemporâneo, em que os interesses econômicos devem harmonizar-se com os interesses coletivos. Para que a função social da empresa seja efetivamente implementada em nossa sociedade, é necessário estabelecer uma conexão entre os diversos institutos jurídicos existentes, que hodiernamente se entrelaçam sob o manto da Constituição da República.

A antiga dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, representada pela *Summa Divisio* entre esses dois ramos do Direito está superada. O Direito contemporâneo tem como objetivo compatibilizar o desenvolvimento econômico da sociedade com a proteção de interesses sociais massificados. Para a consecução desse objetivo, é necessária a preservação da empresa economicamente viável e cumpridora de sua função social. No entanto, a correta avaliação desses atributos somente refletirá a realidade se levados em consideração aspectos jurídicos e econômicos, efetuando o que hoje denominamos de Análise Econômica do Direito.

8 – Referência Bibliográfica

- ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**. In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni. 1943, vol. XLI. Parte Prima.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 03. São Paulo. Saraiva:2005
- COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. Revista dos Tribunais. São Paulo. RT, ano 85, nº 732, out. 1996.
- _____. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FILHO, Roberto Freitas. **Crise do Direito e Juspositivismo – A exaustão de um paradigma** – Brasília: Brasília Jurídica,2003.

- LOBO, Jorge Joaquim. **Da Recuperação de Empresa no Direito Comparado**. São Paulo. Ed. Lúmen Júris, 1992.
- _____. **O Moderno Direito Concursal**. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. vol. 3. 1996
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo, RT, 1998
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. Ed. Thomson IOB. São Paulo. 2005.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). **Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latim, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar et al. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord.) et al. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Renovar:1999.
- TZIRULNICK, Luiz. **Direito falimentar**. São Paulo: RT, 2003.
- ZYLBERSZTAJN, Décio et al. **Direito e Economia – Análise Econômica do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Notas e referências

- ¹ RITCHER, Rudolf, et al. [S.i.] . [S.l]. Apud, PINHEIRO, Armando Castelar et al. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 62.
- ² ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**. In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni. 1943, vol. XLI. Parte Prima.
- O referido autor estabeleceu o conceito poliédrico da empresa, em que ela pode ser definida por quatro perfis, a saber: perfil Subjetivo (empresário), perfil Objetivo (estabelecimento), perfil Funcional (atividade) e perfil Corporativo (instituição).
- ³ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- ⁴ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro et al (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005. p.222.
- ⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. Ed. Thomson IOB. São Paulo. 2005. p.224.