XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

JOÃO COSTA RIBEIRO NETO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; João Costa Ribeiro Neto; Otavio Luiz Rodrigues Junior - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-423-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Contemporaneidade. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Civil Contemporâneo" durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: "Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas", em parceria com os Cursos de Pós-Graduação "stricto sensu" em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense do Direito Público (IDP).

Na presente coletânea, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas brasileiros de Pós-graduação "stricto sensu" em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos surgidos de pesquisas em todas as regiões do país, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

O número de artigos (21 ao todo) demonstra que o Direito Civil tem sido objeto de intensas e numerosas discussões Brasil afora. Os temas são plúrimos e abrangem problemas assaz interessantes. Durante o encontro, os trabalhos suscitaram diversos debates, tendo diversos pesquisadores – de variegadas regiões do país – interagido em torno das questões teóricas e práticas contidas nos textos.

Espera-se que o leitor possa vivenciar uma parte desta discussão por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza (PUC/MG)

Prof. Dr. João Costa Neto (UnB)

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA E SEU FUNDAMENTO ESTRUTURANTE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

THE PRESERVATION OF THE COMPANY SOCIETY PRINCIPLE AND ITS STRUCTURING FOUNDATION IN THE CIVIL CODE OF 2002

Deilton Ribeiro Brasil [1]
Henrique Rodrigues Lelis [2]

Resumo

Este artigo analisa o princípio da preservação da sociedade empresária sob a ótica da função social e solidária como fundamento estruturante no Código Civil de 2002. O objetivo da lei é o de permitir a adoção de mecanismos que, pondo em relevo os aspectos inequivocadamente institucionais das empresas, busquem sua reorganização e recuperação econômica, com a consequente preservação de empregos, sem prejuízo da produção e circulação de mercadorias e riqueza. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise da legislação, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Princípio da preservação da sociedade empresária, Função social, Função solidária, Fundamento estruturante, Código civil de 2002

Abstract/Resumen/Résumé

It aims to analyze the pursuit of preserving company society principle in the view of social and solidarity function as the foundation of the Civil Code of 2002. It's to allow the adoption of mechanisms that emphasizes the various aspects unequivocally institutional of the companies societies, it seeks its reorganization and economic recovery with the consequent maintenance of jobs, without the impairment of the production and circulation of goods and fullness. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by a descriptive-analytical method which had instructed the analysis of legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The preserving company society principle, Social function, Solidary function, Structuring foundation, Civil code of 2002

---

[1] Pós-Doutorando em Direito pela University of Ljubljana-SI e Università di Pisa-IT. Professor do PPGD Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-UIT e Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves-UNIPTAN.

[2] Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-UIT. Advogado.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, a atividade econômica da sociedade empresária vem passando por evoluções, passando da marcante fase da *teoria dos atos de comércio*, vista como instrumento de objetivação do tratamento jurídico da atividade mercantil. Isto é, com ela, o Direito de Empresa deixou de ser apenas o Direito de certa categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos, que, em princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão (COELHO, 2000, p. 12), (CAVALLAZZI FILHO, 2006, p. 51); para a fase da *teoria da sociedade empresária* que possui o acento tônico da comercialidade, em consequência do progresso da técnica e da economia de massa, deslocando-se da noção de *ato* para a noção de atividade. O exercício profissional da atividade intermediária entre a produção e o consumo de bens impõe uma crescente especialização e a criação de organismos econômicos cada vez mais complexos. Chega-se, assim, ao cabo dessa evolução, numa síntese dos elementos descritos, ao conceito de atividade econômica organizada, e, portanto, à noção de sociedade empresária (BARRETO FILHO, 1988, p. 22).

Para Souza (2003, p. 288), o ponto referencial dessa evolução consiste em situar a sociedade empresária na vida econômica, como ente determinante ou como agente executivo da política econômica, e, como tal, empenhada no cumprimento dos princípios ideológicos que norteiam toda a ordem jurídico-econômica de uma nação. Da leitura do artigo 170, III da Constituição Federal conclui-se que a sociedade empresária está ali contemplada como ente integrante de ordem econômica nacional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, desde que observados os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade (CAVALLAZZI FILHO, 2006, p. 53).

Constata-se, portanto, que o legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social (SARLET, 2001, p. 60). Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a sociedade empresária e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para violação do projeto constitucional (TEPEDINO, 2003, P. 118).

A dignidade é valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, especialmente no contexto do convívio na comunidade, como sujeito moral. Não há dúvida de que todos os interesses têm como centro a pessoa humana, a qual é o foco

principal de qualquer política pública ou pensamento, sendo imperioso harmonizar a dignidade da pessoa humana ao desenvolvimento da sociedade e, consequentemente, do progresso científico e tecnológico, porquanto este deve tender sempre a aprimorar e melhorar as condições e a qualidade de vida das pessoas humanas, e não o inverso (GAMA; CIDAD, 2007, p. 25).

Tem-se, assim, que a Constituição Federal pode ser considerada o que a doutrina denomina de Constituição Econômica, justamente por empreender um conjunto de normas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, estabelece os princípios fundamentais de determinada forma de organização e funcionamento da economia e constitui, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica (SILVA, 2004, p. 771).

Essa ordem econômica e financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição Federal, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da ordem econômica e financeira às disposições do texto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição Federal. A ordem econômica e financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa. A ordem econômica e financeira é, por isso, instrumento para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É a fonte das normas e decisões que permitirão à República garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (HORTA, 1995, 301).

Eventual conflito ou mesmo incompatibilidade, ainda que transitória entre o lucro (compatível com a livre iniciativa da atividade empresária) e a concretização dos Direitos Sociais, a solução jurídica adequada para dirimi-lo deverá privilegiar, ao final, os objetivos sociais (CAVALLAZZI FILHO, 2006, p. 40).

Em consequência, resulta lógico sustentar que a ordem econômica brasileira, a partir da Constituição Federal, defende a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, para que auxiliem – em caráter preferencial – na proteção da dignidade da pessoa humana, afastando, portanto, qualquer possibilidade de desprezá-la. Em outras palavras, a Constituição Federal quando trata da ordem econômica funcionaliza a

atividade econômica para que auxilie na proteção da dignidade da pessoa humana. Conclui-se, portanto, que a Constituição de 1988, fundada no trabalho valorizado e na liberdade de iniciativa, insere a função social como um dos princípios da ordem econômica. Com isso, visou alcançar existência digna para todos (CAVALLAZZI FILHO, 2006, p. 40-41).

Diante desse contexto constitucional, há que se defender que a preservação da sociedade empresária foi erigida a princípio constitucional, sob pena de não atingir os objetivos pretendidos, dentre os quais, repita-se, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, artigo 3º, I), mesmo porque nem todos os princípios constitucionais estão escritos (CAVALLAZZI FILHO, 2006, p. 41). A solidariedade ou socialidade é um dos princípios basilares do Estado, e deve ser entendida, em primeira colocação, como um elemento essencial de interpretação, na forma de interpretação conforme a Constituição, irradiada pelo princípio maior da democracia social e econômica (CANOTILHO, 1996, p. 340). A circunstância de o legislador constituinte haver incluído no texto constitucional vários princípios e regras tipicamente de Direito Privado impõe que todas as normas infraconstitucionais de Direito Civil devam ser interpretadas em conformidade com a Constituição (FACCHINI NETO, 2003, p. 38).

Na verdade, a solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais (SARMENTO, 2004, p. 338).

Conforme Ávila (2006, p. 35) e Sarlet (1998, p. 85), a comprovação da existência de princípios constitucionais não escritos está no próprio texto constitucional, que, ao tratar dos Direitos Fundamentais, estabelece em seu artigo 5º, §§ 1º e 2º, que as normas definidoras dos Direitos e Garantias Fundamentais têm aplicação imediata e que os Direitos e Garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Não se pode falar, portanto, na concretização dos Direitos Fundamentais e, por conseguinte, na construção de uma sociedade mais justa e solidária sem enfrentar e destacar o papel desempenhado pelas sociedades empresárias na sociedade

contemporânea. Afinal, o exercício dessa atividade econômica não gera apenas deveres e obrigações estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como também interesses econômicos para a subsistência dos envolvidos direta e indiretamente, cujo desenvolvimento dessa cadeia produtiva alcança o Estado como um todo, uma vez que é por intermédio da atividade econômica que arrecada os tributos, indispensáveis para que possa honrar suas despesas e obrigações (CAVALLAZZI FILHO, 2006, p. 136).

2. DA METODOLOGIA UTILIZADA

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema - como o arcabouço jurídico que pavimenta o princípio da preservação da sociedade empresária e seu fundamento estruturante no Código Civil de 2002. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

3. DA FUNÇÃO SOCIAL À FUNÇÃO SOLIDÁRIA DA EMPRESA

Comparato (1990) entende a função social como um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresária, em poder-dever do titular do controle de dirigir a sociedade empresária para a realização dos interesses coletivos.

Estas considerações explicam a inserção da função social da propriedade no âmbito constitucional, bem como a da sociedade empresária que, por sua vez, encontrou respaldo no artigo 170, III, da Constituição Federal, que o instituiu como princípio da ordem econômica, vez que a sociedade empresária atua não apenas para atender aos interesses dos sócios, mas de toda a coletividade e principalmente dos empregados (CAVALLAZZI FILHO, 2006, p. 153), (COMPARATO, 1990).

A função social da sociedade empresária se vincula, pois, de sorte imediata, à atividade empresária desenvolvida e pode ser dividida em duas espécies: endógena e exógena, de acordo com os fatores envolvidos (AMARAL, 2008, p. 119).

A função social de caráter endógeno diz respeito aos fatores empregados na atividade empresária no interior da produção. Assim, fazem parte dessa espécie as relações trabalhistas desenvolvidas no âmbito empresário; o ambiente no qual o trabalho é exercido; os interesses dos sócios da sociedade empresária não implícitos na relação administradores-sócios etc (AMARAL, 2008, p. 119).

A função social da sociedade empresária em seu perfil exógeno leva em conta os fatores externos à atividade desenvolvida pela sociedade empresária. Nesse sentido, são compreendidos nessa espécie de incidência da função social da sociedade empresária: concorrentes, consumidores; e, o meio ambiente (AMARAL, 2008, p. 119).

Nesse contexto, Amaral (2008, p. 120), a título de demonstração de que tanto o perfil exógeno quando o endógeno foram levados em conta pelo legislador constituinte, faz-se imprescindível a transcrição do texto do artigo 170 da Constituição Federal, asseverando-se que tal preceito abre as disposições constitucionais acerca da ordem econômica no Estado brasileiro.

> 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, observados os seguintes princípios:
> I. Soberania nacional;
> II. Propriedade privada;
> III. Função social da propriedade;
> IV. Livre concorrência;
> V. Defesa do consumidor;
> VI. Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
> VII. Redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII. Busca do pleno emprego;

> IX. Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A transcrição do preceito não só demonstra a preocupação do constituinte com a construção de uma sociedade justa e igualitária, como traz à baila o fato de que, ao serem previstos diversos princípios aplicáveis à ordem econômica, cada um deles deverá ter a mesma importância, mas poderá se moldar mais adequadamente à determinado caso concreto (AMARAL, 2008, p. 120-121).

Da mesma forma, o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal traça os limites que deverão ser obedecidos na aplicação dos princípios que integram seu rol, ao delimitar objetivo relativo à existência digna de todos os brasileiros, devendo ser levados em conta os ditames da justiça social, isto é, de uma justa organização social dos componentes da sociedade, numa expressa referência ao Direito como instrumento social (AMARAL, 2008, p. 121).

Também há que se afirmar que a ordem econômica deve ser explicitamente fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Verifica-se, pois, que os fatores exógenos e endógenos da atividade empresária estão presentes em tal artigo. Afinal, a valorização do trabalho humano, sob o ponto de vista empresário, encontra-se dentre os fatores endógenos da função exercida pela sociedade empresária. No que se refere ao meio ambiente, aos consumidores etc., tem-se expressa preocupação do legislador constituinte com fatores exógenos à função social da sociedade empresária, vez que voltados à coletividade na qual a mesma exerce suas atividades (AMARAL, 2008, p. 121).

Nesse sentido, a sociedade empresária tem uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. Por consequência, existem três principais funções sociais da sociedade empresária: a primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados; a segunda volta-se ao interesse dos consumidores; a terceira volta-se ao interesse dos concorrentes. E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica urbana e ambiental da comunidade em que a sociedade empresária atua (CARVALHOSA, 1977, p. 237).

Quanto às outras importantes atuações da função social da sociedade empresária, Brevidelli (2000, p. 5) explica que seus reflexos sobre o contrato de trabalho que também são evidentes; neles, impõe-se a incidência de outro princípio a reger o contrato: a boa-fé objetiva que, por sua vez, pode ser entendida sob dois enfoques: o subjetivo e o objetivo.

A boa-fé subjetiva refere-se a um estado de consciência que consiste em ignorar que se está prejudicando interesse alheio, protegido ou tutelado pelo Direito. A boa-fé objetiva impõe um dever e um padrão de comportamento baseados em lealdade, probidade e confiança recíprocas. Assim, ela permite a concreção de normas impondo que os sujeitos de uma relação se conduzam de forma honesta, leal e correta (COUTO E SILVA, 1976, p. 29-31).

Tem-se ainda que a boa-fé objetiva incide em três fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual. Os deveres de respeito e lealdade, devidos pelo empregador, no contrato de trabalho, então se desdobram em: 1. Fase pré-contratual: respeito à privacidade durante a seleção de pessoal, deveres de informação clara e precisa das tarefas a serem desempenhadas e das cláusulas contratuais em questão, respeito às expectativas criadas no candidato; 2. Fase contratual: respeito às cláusulas contratuais, deveres de cuidados com a saúde física e mental do trabalhador (devendo os conceitos de insalubridade ser estendido ao nível psicológico); 3. Fase pós-contratual: respeito estrito ao Direito Constitucional ao trabalho, inscrito no artigo 6º da Constituição Federal, com a consequente proibição de fornecer más referências a novos empregadores potenciais (COUTO E SILVA, 1976, p. 29-31).

Toda a essência da relação de trabalho e a proteção do trabalhador pode ter uma nova dimensão e parâmetro dentro desse novo pensar da sociedade empresária. A questão do trabalho e até mesmo da efetividade do processo do trabalho, perpassa a maneira como se estruturam as sociedades empresárias, como o Direito as conforma e como permite ou não *brechas* para que as obrigações empresárias contraídas e os deveres contratuais não sejam cumpridos, favorecendo a instabilidade social, a concentração de riquezas e aumentando o fosso da injustiça social (BREVIDELLI, 2000, p. 6).

A função social da sociedade empresária, portanto, acarreta a superação do caráter eminentemente individualista, devendo o Direito Individual do seu titular coexistir com a funcionalização do instituto, desempenhando, pois, um papel produtivo em benefício de toda a coletividade. A atividade empresária, então, apresenta um caráter

dúplice, uma vez que serve não só ao sujeito proprietário, como também às necessidades sociais (CASTRO, 2007, p. 138).

Registra-se que a função social significa um paliativo retórico aos efeitos concretos de nossas políticas econômicas, ou seja, traduz uma válvula de escape psicossocial, a qual pode ser definida como instrumento de aparente conquista social que, na realidade, acaba por atuar exatamente de forma oposta, mantendo privilégios ou impedindo a real conquista dos interesses sociais (TOKARS, 2002, p. 77-96).

Tem-se, então, que a busca da concretização de uma sociedade mais justa e solidária, com a efetiva participação da sociedade, exige a preservação das sociedades empresárias que adotem uma postura positiva no tocante à concretização dos Direitos Sociais. Essa responsabilidade e dever social das sociedades empresárias, por sua vez, não afastam os deveres inerentes ao Estado. Ao contrário, incumbe ao Estado não só concretizar políticas públicas destinadas à moradia, segurança, saúde e educação, como também, evitar práticas anticoncorrenciais de determinados grupos de sociedades empresárias. Estado e sociedade empresária, portanto, não mais atuam em setores distintos. Na verdade se completam (CASTRO, 2007, p. 143). A função social do Direito Civil, como uma das exigências fundamentais do Estado brasileiro, é um aspecto componente do aparato de proteção que se dá ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de viabilizar a consolidação efetiva dos princípios de igualdade material e justiça social (GAMA; CIDAD, 2007, p. 28), (BARCELLOS, 2002, p. 110-113).

Assim, aumentando o horizonte da função social, encontra-se a função solidária, pela qual se exige por parte da atividade empresária a adoção de operações e interferências na vida social afinadas aos valores éticos, valorizando os princípios dos direitos fundamentais relacionados ao trabalho. Ademais, pela função solidária, as empresas determinam suas ações pelo uso racional dos recursos naturais, na transparência de relações e no cuidado com a coisa pública e com os direitos e deveres que deste espaço decorrem.

Dessa forma, foi a partir da nova dimensão dos Direitos Humanos, a terceira, que se possibilitou uma subsunção dos direitos de primeira e segunda dimensão, ou seja, os individuais de liberdade e os sociais de igualdade, com os direitos de solidariedade, cujo sujeito é difuso.

Nesse sentido:

> O fundamento dos direitos de solidariedade está numa nova concepção de Estado, de ordem internacional e de relacionamento entre os povos, mas também - e principalmente – na realização efetiva dos direitos anteriores, a que se somam novos direitos não mais individuais ou coletivos, mas difusos. Nesta ótica, o respeito à soberania de um Estado deve compatibilizar-se com seu dever de cooperar com os demais, o que implica admitir como válidos direitos reconhecidos pela comunidade internacional – leia-se, pela consciência humana (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 177 *apud* SANCHES; SILVEIRA, 2013, p. 114)

E explicam os autores

> Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos e desenvolvimento econômico. O direito ao meio ambiente e ao desenvolvimento econômico são unificados por muitos autores como direito ao desenvolvimento sustentável. O direito ao meio ambiente sadio e ao desenvolvimento econômico foram unificados, por muitos autores, como direito ao desenvolvimento sustentável. Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações e condutas humanas que exigem do Estado ações de proteção e de prestação. (SANCHES; SILVEIRA, 2013, p. 114).

Portanto, não basta para a atividade empresarial o cumprimento das leis. A sociedade exige mais das empresas: exige ao exercício pautado na função solidária, para enfrentar, combater ou minimizar as consequências sociais do poder das empresas, especialmente em relação aos impactos que suas atividades acarretam nas esferas políticas, econômicas, sociais e ambientais.

Quer dizer que a atividade empresarial deve efetivas ações sustentáveis, solidárias, em vista do maior bem coletivo possível. Na leitura constitucional dos princípios que regem a empresa, é fundamental destacar que a empresa seja promotora de atividades benéficas e extremamente garantidoras de direitos dos cidadãos, especialmente assegurando a dignidade de vida e a promoção de sadias relações sociais.

> Em nosso país (...) as funções sociais e solidárias das empresas orienta para que elas não sejam aceitas simplesmente como entidades focadas na "maximização autointeressada do lucro, mas que sejam estruturas cujas atividades sejam projetadas para promover e beneficiar as sociedades e os indivíduos com quem interagem (SANCHES; SILVEIRA, 2013, p. 124).

No Direito Brasileiro, especialmente com o Código Civil atual, a empresa é entendida como uma atividade profissional, organizada em elementos econômicos, na produção e circulação de bens e serviços. Mas, efetivamente, a empresa é vista como

um sistema em que se desenvolvem diversas atividades que extrapolam o âmbito econômico. De fato, a empresa cumpre relevante papel social e econômico, produzindo bens e serviços, fazendo circular o capital e gerando a arrecadação tributária para o Estado. Especialmente, a atividade empresária cria empregos, diretos ou indiretos, tão importantes para que as demais atividades sejam executadas satisfatoriamente.

4. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA COMO FUNDAMENTO ESTRUTURANTE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Bastos (2000, p. 115) e Castro (2007, p. 43) prelecionam que, na busca da concretização da livre iniciativa como um dos fins de nossa estrutura política, é dizer, um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, desde que valorizado o trabalho humano, a Constituição Federal, também, elege como princípios da ordem econômica, dentre outros, a função social da propriedade, a livre concorrência, a busca do pleno emprego.

Postular a livre iniciativa quer dizer precisamente que a Constituição Federal consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista (SILVA, 2004, p. 742).

Significa também dizer que a consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, traduz que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem estar social (FERREIRA FILHO, 1995, p. 3).

A preservação da sociedade empresária como princípio constitucional, porém, não deriva exclusivamente do princípio da busca do pleno emprego (CF/88, artigo 170, VIII), mas também, do fato de que a Constituição Federal, dentre os princípios gerais da atividade econômica, estabelece a função social da propriedade (CF/88, artigo 170, III), o que não tolera a extinção de sociedades empresárias produtivas, sob pena de não atender aos interesses coletivos, mas, tão-somente, aos individuais e patrimoniais dos seus titulares (CASTRO, 2007, p. 43).

Dessa forma, se a sociedade empresária consubstancia a noção contemporânea da propriedade, ela, por força de princípio constitucional, deve atender a uma função social, isto é, gerar benefícios não só aos seus titulares, mas também a terceiros, isto é, aos trabalhadores, fornecedores, consumidores e ao próprio Estado (em razão do

interesse de recolher tributos do exercício daquela atividade econômica organizada), (CASTRO, 2007, p. 43).

Assim procedendo, a Constituição Federal levou em conta a propriedade, considerada sob o aspecto econômico, mas com evidentes reflexos sociais, que abrangem, primordialmente, a sociedade empresária, como atividade organizadora que é da propriedade em fase dinâmica, nesta reconhecida como meio de produção (SOUSA, 2006, p. 176).

Depreende-se, dessa maneira, que o legislador constituinte defende a preservação da sociedade empresária; em caso contrário, não existirá função social concreta e, muito menos, haverá o desenvolvimento de atividade produtiva, com reflexos sociais, como a geração de empregos. Aliás, impossível esquecer-se de que a Constituição Federal eleva a função social da propriedade e a busca do pleno emprego à condição de princípios da atividade econômica (artigo 170, III e VIII), e não será destruindo centros de produção que essas normas serão observadas (TEPEDINO, 2002, p. 167).

Analisando a questão da sociedade empresária em dificuldade econômico-financeira transitória, a doutrina sustenta que para sua recuperação e preservação, naquele momento exclusivamente, há que se privilegiar a preservação da sociedade empresária em detrimento de outros princípios, como por exemplo, os Direitos Trabalhistas (CASTRO, 2007, p. 47).

No caso de recuperação judicial, a assembleia geral de credor e o juiz da causa deverão entregar-se à *ponderação de fins* - salvar a sociedade empresária, manter os empregos e garantir os créditos -, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o *sacrifício*, *verbi gratia*: a) do interesse da sociedade empresária e de seus sócios e acionistas em benefício de empregados e credores ou b) dos Direitos de empregados e credores em prol da sociedade empresária (LOBO, 2005, p. 110).

A preservação da sociedade empresária como princípio constitucional, ainda que não escrito, é necessário para se evitar que a eficácia da recuperação judicial venha a ser abalada, vez que não se reconhece ao sócio de sociedade empresária em recuperação judicial o Direito de recorrer ao recesso, uma vez que nessas condições o instituto do direito de recesso é contrário ao sistema e, portanto, inaceitável.

Melhor explicando, não há como reconhecer ao sócio de sociedade empresária em recuperação judicial o direito de recorrer ao recesso, pois a admissão desta

possibilidade afetaria a eficácia da recuperação almejada não somente pelos credores, mas pelos empregados, pelos demais sócios e pela comunidade em geral na qual determinada sociedade empresária atua. De um lado estaria um indivíduo ou um grupo de pessoas objetivando um benefício particular, de outro, uma comunidade diferenciada a ser negativamente afetada pelo insucesso definitivo da sociedade empresária (VERÇOSA, 2006, p. 106-107).

Portanto, a defesa da preservação da sociedade empresária não autoriza sua aplicação generalizada, isto é, padronizada, com sacrifício habitual dos credores. Há que se efetuar uma análise específica do caso concreto e, por conseguinte, dos interesses envolvidos, de modo a decidir se naquela situação prepondera a manutenção da unidade produtiva em detrimento dos seus credores (crédito) ou a liquidação imediata, evitando que seu estado de insolvência permaneça indefinido, abalando não só a comunidade envolvida, mas também a credibilidade do mercado, essencial para o seu funcionamento.

O Código Civil de 2002 demonstra a importância em propiciar meios para a preservação e continuidade da atividade exercida pela sociedade empresária, uma vez que é fonte de tributos, empregos e divisas, propiciando, pois, benefícios à sociedade em geral. Exemplo disso deriva da norma positivada no artigo 974 [1] do mesmo diploma que trata da pessoa do incapaz. Com efeito, o Código Civil de 2002 permite que o incapaz, devidamente assistido por meio de representante, possa continuar o exercício da atividade empresária (até então administrada sozinha por ele enquanto capaz), ainda que mediante autorização judicial, admitindo dessa forma que o incapaz continue a atividade empresária, ainda que sujeito a restrições.

Em outras palavras, antes do advento do Código Civil de 2002 caso o sócio administrador de uma sociedade empresária viesse a se tornar incapaz (como, por exemplo, em decorrência de acidente de trânsito ou mesmo sério abalo emocional), inexoravelmente, a sociedade empresária era dissolvida, com o encerramento de suas atividades, causando, pois, consequências nefastas a toda a coletividade envolvida. Afinal, os funcionários ficavam desempregados. O Estado deixava de recolher tributos derivados daquela atividade econômica organizada. Os fornecedores ficavam impossibilitados de fornecer matéria-prima e assim sucessivamente ocorria com os demais envolvidos na cadeia empresária.

[1] CC/2002, artigo 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

Depreende-se, pois, que do texto do artigo 974 do Código Civil de 2002 extrai-se o princípio da preservação da sociedade empresária, uma vez que o legislador optou pela separação da sorte da sociedade empresária e da do empresário, sem, contudo, olvidar de continuar tutelando o patrimônio particular do incapaz, uma vez que esse patrimônio específico não se sujeita aos riscos inerentes do exercício da atividade empresária, [2] ou seja, não serve como garantia ao pagamento de eventuais débitos (CASTRO, 2007, p. 112-113).

A preservação da sociedade empresária, na verdade, impregna todo o Título II do Livro II do Direito de Empresa, denominado *Da Sociedade*. Para sustentar essa alegação, basta se socorrer à regra positivada no artigo 1.033, inciso IV: *dissolve-se a sociedade quando ocorrer: (...) a falta da pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias*, sepultando em definitivo a possibilidade de extinção de sociedade empresária composta por apenas dois sócios, na hipótese de afastamento de um deles (CASTRO, 2007, p. 113), (FRONTINI, 2001, p. 178).

Outro exemplo, que enfatiza o princípio da preservação da sociedade empresária como fio condutor do Código Civil de 2002, reside na regra positivada no artigo 1.085[3], que permite a exclusão do sócio que está pondo em risco a continuidade da sociedade empresária, ainda que observado previamente o exercício do Direito de defesa em assembleia. O próprio artigo 1.029 [4] do mesmo diploma estabelece a faculdade de que qualquer sócio pode retirar-se da sociedade, sem prejuízo de sua continuidade. Reflete, também, a função social dos contratos, corolário da função social da propriedade, sendo que para compreender o desenvolvimento desse novo paradigma, basta ver a construção do princípio da preservação da sociedade empresária (FORGIONI, 2003, p. 34).

---

[2] CC/2002, artigo 974, § 2º. Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

[3] CC/2002, artigo 1.085. Ressalvado o disposto no artigo 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

[4] CC/2002, artigo 1.029. Além dos casos previstos na lei ou contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

CONCLUSÕES

A atividade empresária possui especial relevância para o desenvolvimento das sociedades contemporâneas vez que fonte geradora de empregos e de recolhimento de impostos e contribuições sociais, organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Ao desempenhar essa atividade, funciona como mecanismo de inclusão social, de promoção da dignidade da pessoa humana e de inserção no mercado de trabalho de todos aqueles que são aptos a trabalhar e estão dispostos a fazê-lo para encontrar trabalho remunerado competindo ao Estado promover condições macroeconômicas de pleno emprego, mediante a manipulação das políticas fiscal e monetária.

Depreende-se, portanto, que o princípio da preservação da sociedade empresária tem se constituído a principal preocupação do Direito de Empresa contemporâneo, diante do inegável abalo social produzido por uma quebra. No caso, ausente prejuízo a qualquer dos interessados, não há razão para declarar a nulidade de arrematação que não seguiu os estritos comandos do Código de Processo Civil. Valorização, no caso, da preservação da atividade empresária em detrimento do formalismo procedimental. A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.

A atividade judicial, portanto, não se exaure em desvendar o significado da lei ou mesmo a intenção do legislador, com cunho meramente declaratório. Na verdade, possui caráter constitutivo, ou seja, o juiz ao decidir, cria uma norma jurídica renovando o sistema jurídico. Desta forma, na medida em que se busca demonstrar que o princípio da preservação da sociedade empresária se constitui no pilar do Direito de Empresa no Código Civil de 2002, há que se esclarecer que esse pensamento implica visualizar o Código como um sistema aberto que integra a unidade do sistema jurídico, cuja leitura deve ser feita a partir da Constituição Federal, cuja concretização dos valores e princípios constitucionais não se exaure com a promulgação da Constituição Federal e, muito menos, com o advento da vigência do Código Civil de 2002 (CASTRO, 2007, p. 131-133).

Assim, é possível reler o texto legal à luz dos princípios da função social e solidária bem como o da preservação da sociedade empresária. Ao propor uma intervenção estrutural na atividade empresarial, de modo a mantê-la produtiva, procura

o legislador salientar a importância das atividades empresariais para a manutenção e poderio econômicos de todos os cidadãos, de outras empresas e do próprio Estado, além, evidentemente, da preservação e desenvolvimento da própria atividade empresária.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Fernando de Carmo Prudente. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: IBDC, 2000.

BREVIDELLI, Sheilla Regina. **A função social da empresa:** alargamento das fronteiras éticas nas relações de trabalho. São Paulo: USP, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. III.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha. **Preservação da empresa no código civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. **A função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial:** estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. In: **Revista de Direito Mercantil**. Nova Série. vol. 42, n° 130, abr./jun., São Paulo: Malheiros, 2003.

FRONTINI, Paulo Salvador. Sociedade por quota - morte de um dos sócios - herdeiros pretendendo a dissolução parcial - dissolução total requerida pela maioria social - continuidade da empresa. In: **Revista de Direito Mercantil**, n° 116, jul./set., 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e Constituição. In: **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LOBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Direitos humanos e empresa privada no Brasil. In: COUTO, Mônica Bonetti. (Org); MAILLART, Adriana Silva (Org); MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Org); MEZZAROBA, Orides (Coord); NASPOLINI SANCHES, Samyra. H. D. F.(Org); SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (Coord). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. São Paulo: Editora Livraria dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F; COUTO, Mônica Bonetti. (Orgs). In: **Direito e Desenvolvimento**. Brasília: IPEA, 2013.

SOUSA, Sueli Baptista. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/45. In: **Revista de Direito Mercantil**, n° 128, out./dez., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167.

TOKARS, Fábio Leandro. Função social da empresa. In: **Direito civil constitucional:** situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito de retirada: tratamento legal na falência e na recuperação. In: **Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.