

MESTRADO PUC/SP – 2016

PROF. LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO

TEORIA GERAL DO DIREITO – A IGUALDADE COMO VETOR DE INTERPRETAÇÃO

ALUNO: JOÃO ROBERTO FERREIRA FRANCO

**PROJETO: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA**

1. Introdução

O capítulo tratará de um dos princípios mais importantes para o desenvolvimento social e econômico das sociedades modernas, o princípio da preservação da empresa. O estudo do referido princípio é importante para o trabalho, por ser norteador do conceito de que a empresa é essencial para a sociedade e Estado.

De início, o conceito de princípio será abordado para que fique claro a sua importância para o mundo jurídico e para criação e aplicabilidade das leis. Serão trazidos conceitos modernos de princípio utilizando-se da doutrina de autores brasileiros que de forma clara e objetiva expõem seus entendimentos sobre o tema. Tais conceitos serão desmembrados para que seja possível identificar princípios gerais de direito e princípios constitucionais.

Na sequência será necessário estudar sobre os princípios implícitos e explícitos presentes na constituição de modo a identificar os principais princípios de cada categoria, sua importância e sua equivalência no mundo jurídico. Partindo do conceito de princípio implícito dentro da carta magna abordar-se-á a questão econômica e os princípios que a ela são afetos na constituição.

Estudar-se-á a ordem econômica como motor do desenvolvimento econômico e social tendo como impacto direto os direitos a saúde, educação, moradia, segurança, trabalho entre outros. O modelo da carta magna privilegiou tratar do tema positivando a questão em seu texto solidificando o conceito de que a atividade privada beneficia diretamente a economia que beneficia o desenvolvimento, tanto o é que como será visto a indústria nacional é considerada patrimônio nacional.

Sendo a ordem econômica base do desenvolvimento do país, são as empresas os pilares dessa base. Desse modo, tratar-se-á da importância das empresas, sua função social e conseqüentemente a necessidade de preservação de sua atividade que corrobora com a proposta do capítulo de demonstrar a importância do princípio implícito da preservação da empresa presente na constituição federal de 1988.

Por fim, identificar-se-á o princípio da preservação da empresa na constituição, seus conceitos, origem, aplicabilidade no mundo jurídico e importância econômica e social. Neste contexto o capítulo introduzirá o princípio da preservação da empresa na Lei 11.101/05 – Lei de Recuperação e Falências de modo a contextualizar com toda a dissertação e seu tema.

2. Conceito de princípios e princípios constitucionais

O conceito de princípio passa ao longo dos anos por uma reformulação até chegar ao conceito moderno, utilizado hoje na constituição brasileira. Na doutrina contemporânea o conceito de princípio fugiu da ideia original de ideal ou inspiração para as normas positivadas, para ele próprio (princípio) se tornar um elemento normatizador positivado.

Assim sendo, ao longo dos anos o conceito de princípio passou por três fases a saber:

- a) Fase jusnaturalista, os princípios existem apenas de forma abstrata e sua normatividade é nula ou duvidosa;
- b) Fase juspositivista, onde os princípios passam a fazer parte dos Códigos e leis infraconstitucionais como fonte normativa subsidiária;
- c) Pós-positivismo, os princípios passam a ser constitucionalizados e se tornam os pilares de todo o ordenamento jurídico.

Para o estudo tratar-se-á apenas do conceito de principio moderno, ou seja, da fase pós-positivismo. Nesta fase os princípios já integram o maior grau normativo de todo um sistema jurídico: a constituição, possuindo uma função interpretativa e integrativa das demais normas do ordenamento e das normas existentes na própria carta magna.

Acentua esse conceito Bonavides: *“Partindo-se da função interpretativa e integrativa dos princípios – cristalizada no conceito de sua fecundidade – é possível chegar, numa escala de densidade normativa, ao grau mais alto a que eles já subiram na própria esfera do Direito Positivo: o grau constitucional”*. (1)

Complementa o autor que na esfera constitucional, os princípios passaram por duas fases: fase programática, com normatividade mínima e fase não programática, com normatividade máxima, onde é possível discutir sobre princípios gerais, constitucionais e disposições de princípios.

Estando os princípios no mais alto grau normativo do sistema jurídico deve-se identificar a diferença entre principio e regra de modo que não é só de princípios que se consagra a carta magna, mas sim de um conjunto de normas em alto grau de hierarquia jurídica composto de princípios e regras. Tais normas balizam e ordenam todo o resto do sistema.

Seguindo os ensinamentos de Alexy, o ilustre jurista alemão se posiciona no sentido de que princípios também são normas, porque ambos se formulam com amparo em expressões básicas, como mandamento permissão e proibição. Completa afirmando que os princípios e as regras são fundamentos para concepção de juízos de dever, porém de espécies diferentes. (2)

Seguindo essa linha, Alexy afirma que a diferença entre princípios e regras é a diferença entre espécies de uma mesma ordem, as normas. Pondera que um dos principais critérios para diferenciar um e outro é o da generalidade. Enquanto os princípios são normas com alto grau de generalidade, as regras são normas com baixo grau de generalidade. Como exemplo, pode-se dizer que a norma

(1) BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 30° ed., São Paulo: Malheiros, 2015, pg. 280.

(2) ALEXY, Robert, Teoria de Los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002, pg. 105.

relativa ao direito a liberdade religiosa ou de crença, possui um alto grau de generalidade, enquanto que a norma relativa ao direito que o religioso possui de convencer as pessoas a seguir sua religião possui um baixo grau de generalidade. Portanto, completa Alexy, seria possível distinguir princípio de regra pelo grau de generalidade. (3)

Diversos autores (Esser, Canaris Larenz) desenvolveram outros critérios para tentar estabelecer a diferença entre regras e princípios, mas é na doutrina de Alexy que se encontra uma diferenciação até hoje estudada quando o tema é a diferença entre princípio e regra, a teoria dos valores oriunda da colisão dos princípios e do conflito de regras.

Para Alexy, quando se está diante de um conflito entre normas, se essa se tratar de um princípio, deve prevalecer aquele que tem o maior valor jurídico, social, moral sobre o de menor valor, na análise do caso concreto, enquanto que no conflito de norma que se tratar de regra, a maneira de resolução é diferente, uma das normas (regras) devem ter uma cláusula de exceção ou ser declarada inválida quando da aplicação ao caso concreto, uma vez que, no mundo jurídico uma regra é válida ou inválida, não podendo duas regras conflitantes conviver em harmonia.

Para ilustrar os ensinamentos do mestre alemão, em um caso onde se está diante de um conflito entre o princípio do “*pacta sunt servanda*” e o princípio do direito a vida, em um caso concreto de discussão sobre a obrigatoriedade de o convenio médico arcar com as despesas de um determinado procedimento, o direito a vida deve prevalecer, pois de maior valor na análise do caso concreto, sem que, no entanto, seja necessário a nulidade do princípio relativo ao pacto contratado, que prevalecerá em outra situação.

Pode-se dizer que princípios são normas com alto grau de generalidade, positivadas na constituição e que quando em conflito, devem ser aplicadas seguindo um critério de valoração. Essa valoração terá como base as funções que os princípios exercem dentro do ordenamento jurídico. Bonavides elabora uma classificação das funções dos princípios: (4)

(3) ALEXY, Robert, Teoria de Los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002, pg. 106.

(4) BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 30° ed., São Paulo: Malheiros, 2015, pgs. 254 e 255.

a) Função fundamentadora da ordem jurídica, os princípios possuem eficácia derogatória e diretiva. Em outras palavras, normas de hierarquia inferior devem ser criadas ou aplicadas obedecendo o estabelecido pelos princípios de nível superior;

b) Função interpretativa, os princípios cumprem papel de vetores para orientarem as soluções jurídicas que devem ser estabelecidas quando da aplicação ao caso concreto;

c) Função supletiva, tem como papel integrar o Direito suplementando o vazio que outras normas não são capazes de preencher, ou seja, na ausência de regras regulatórias, os princípios devem ser capazes de preencher tais lacunas.

Depois de analisada a questão da teoria moderna dos princípios, importante para delimitar os reflexos deste capítulo no trabalho é entender a importância dessa teoria no Direito positivo, especialmente no Direito Constitucional. Ruy Samuel Espíndola em seu trabalho demonstra a importância dos princípios como fundamento do sistema jurídico e os princípios constitucionais:

“Tendo em conta a ideia de sistema jurídico como ordem global, e de subsistemas, como ordens parciais, podemos dizer que os princípios, enquanto normas, desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa. Aqui se entende sistema como a totalidade do Direito Positivo, e subsistemas, como suas ramificações estrutural-normativas, exemplo: Direito Privado, o Direito Civil, o Direito das Obrigações, o Direito Administrativo e etc.” (5)

Seguindo a teoria do ilustre doutrinador acerca dos princípios, especialmente na Constituição, pode-se dizer que dentro do sistema jurídico como ordem global, a carta magna ocupa o topo desse sistema e serve de máxima para as demais normas dos subsistemas. Estando no topo, a Constituição não só é o modelo de norma a seguir, mas dentro desse conceito eleva os princípios nela presente ao mesmo status, tendo implicações direta nas normas e subsistemas hierarquicamente inferiores.

Delimitando a extensão do estudo dos princípios para aplicação no tema

(5) ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, Conceito de Principios Constitucionais, 2 ed. Rev. Ampl. E atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pg. 73.

desse trabalho, extrai-se com base no que foi exposto o conceito de princípio de Celso Antonio Bandeira de Mello, da doutrina de ESPÍNDOLA:

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (...). Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”. (6)

Destaca-se o conceito de Bandeira de Mello como sendo o mais usual conceito nos estudos referentes a princípios no direito brasileiro. Além de refletir com exatidão toda a teoria acerca dos princípios expõe para sequencia do trabalho o conceito que se quer estudar.

3. Princípios Constitucionais Implícitos e Princípios Constitucionais Explícitos

Admitir na concepção moderna que os princípios estão positivados dentro do ordenamento jurídico, especialmente na Constituição Federal, não significa dizer que existam somente princípios explícitos, uma vez que ao ordenamento é permitido a existência de normas implícitas de aplicabilidade e importância equivalentes que

(6) ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, Conceito de Princípios Constitucionais, 2 ed. Rev. Ampl. E atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pg. 113

atendam e completam todo o sistema.

Assim, os princípios podem se apresentar explícitos, com maior nitidez e segurança, porém implicados pela literalidade, ou implícitos exercendo idêntica importância sistemática e axiológica. Rothenburg discorre em sua obra sobre princípios implícitos e sua importância:

“Como afirma Ferrara – refere Perrini (1996:131) -, ‘o direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema.’”. Eros Roberto Grau (1990:125-6) aponta a relatividade da distinção entre os “princípios positivos do Direito” (que “reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas”) e os “princípios gerais do Direito” (“não expressamente enunciados em normas explícitas, descobertos no ordenamento positivo, (que) também configuram norma jurídica...”). Carlos Ari Sundfeld (1992:144) sintetiza: “Os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.”. Ricardo Luis Lorenzetti (1998:320) alerta que a “pertinência jurídica (dos princípios) não se intensifica com um reconhecimento expresse. Há princípios escritos e outros cuja existência se deduz pela via hermenêutica. Isto permite falar de princípios codificados e outros provenientes de tradição.”. (7)

Extraí-se dos ensinamentos apontados a existência consolidada dos princípios implícitos de mesma equivalência dos princípios explícitos. Pelo próprio critério da generalidade, não se observa a existência de obrigatoriedade de classificar os princípios implícitos de modo que eles podem se encontrar de forma expressa ou não. Assim, por exemplo, o princípio da justiça encontra-se consagrado como princípio geral de direito e também está presente em diversos momentos no ordenamento ou até mesmo nas decisões judiciais e/ou jurisprudências. Como princípio geral de direito presente de forma implícita na constituição funciona como base para o julgador que se decidir de forma a privilegiar a injustiça, sua decisão será inconstitucional e terá de ser declarada sua inconstitucionalidade.

(7) ROTHENBURG, Walter Claudius, *Princípios Constitucionais*, 2 tir. Com acréscimos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 2003, pg. 54-55.

Se é evidente e claro que por ser implícito, o princípio não se desveste de importância, função, conceito e aplicabilidade, consolidados pela doutrina, pode-se destacar no sistema jurídico brasileiro alguns princípios implícitos.

O princípio da motivação dos atos administrativos, presente na Constituição, no artigo 93, X, que determina que *“as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”*. Extrai-se, daí, que a motivação é necessária em qualquer tipo de ato administrativo, seja vinculado ou discricionário. Outro princípio implícito de destaque presente na Constituição, o da segurança jurídica, é extraído de princípios explícitos, quais sejam, da legalidade (art. 5, II), irretroatividade das leis e à proteção a coisa julgada (art. 5, XXXVI), do juiz natural (art. 5, XXXVII), do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5, XXXV), da anterioridade tributária (art. 5, III, b) e outros.

Ao analisar esses princípios implícitos percebe-se que apesar de *“implícitos”*, estes não se apresentam de forma desorganizada e sem qualquer ligação com o direito constitucional explícito. Ao contrario, existem porque existe a norma ou o conceito do qual se deriva não podendo ser inventado pelo interprete ou operador do direito.

Sobre isso, Rothenberg assevera: *“de toda sorte, parece ser tendência atual buscar princípios mestres do Direito no interior do próprio ordenamento jurídico, ou deste inferi-los diretamente. Carlos A. Sundfeld (1992:143) destaca: “Fundamental notar que todos os princípios jurídicos, inclusive os implícitos, têm sede direta no ordenamento jurídico. Não cabe ao jurista inventar os “seus princípios”, isto é, aqueles que gostaria de ver consagrados; o que faz, em relação aos princípios jurídicos implícitos, é sacá-los do ordenamento, não inseri-los nele”*.(8)

Destaca-se, portanto, que os princípios implícitos têm a mesma importância e equivalência dos princípios explícitos não só porque o conceito de princípio não se limitou a existência apenas de princípios expressos, mas porque não existem no ordenamento jurídico ao bel prazer do jurista e derivam do próprio ordenamento que, no caso do escopo do trabalho, deriva da Constituição.

Na constituição estão presentes diversos princípios implícitos derivados das normas e de outros princípios nela constantes. Como o trabalho se limita a

(8) ROTHENBURG, Walter Claudius, Principios Consitucionais, 2 tir. Com acréscimos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 2003, pg. 57.

dissertar sobre “A Incoerência entre a Aprovação do Plano e a Concessão de Crédito para Empresas em Recuperação Judicial”, fundamental determinar e delimitar o estudo a existência do princípio da preservação da empresa.

4. Importância da Ordem Econômica na Constituição de 1988

A ordem econômica vem consagrada na constituição brasileira como pilar fundamental do crescimento econômico e social. Fez questão o legislador de incluir no texto constitucional princípios explícitos e implícitos essenciais para a República que junto com outros princípios formam o conceito de atividade econômica e sua importância.

Eros Grau aponta a importância da ordem econômica no sistema constitucional: *“É que, de um lado, não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma certa ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se ao texto constitucional”.* (9)

Como estrutura ideológica, pode-se dizer que a ordem econômica tem papel de direcionar os interesses do povo (já que a Constituição reflete através da assembleia constituinte os interesses e desejos de sua população através do poder que essa outorga a seus representantes) no que diz respeito ao desenvolvimento econômico e social de modo que é impossível o estudo de ordem econômica sem o estudo dos princípios que a ela são afetos.

Isso porque, não que a ordem econômica seja mais importante que outras normas constitucionais, é o conceito de ordem econômica e sua importância sustentação para aplicação do princípio que pode ser considerado talvez o mais importante de todos, o princípio do direito a vida. Sim, porque a vida moderna em sociedade só é possível se uma nação é capaz de, através do desenvolvimento de sua economia, propiciar condições para que sua população possa se desenvolver social e economicamente.

Nos dias atuais, a ordem econômica é tão importante, que os problemas

(9) GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 9 ed., São Paulo: Malheiros: 2004, pg. 193.

sociais são menos evidentes e impactantes em países que têm economias fortes e de grande desenvolvimento. Através da bonança econômica, a China foi capaz de tirar grande parte de sua população da miséria e ainda de quebra se tornou um dos países mais modernos e desenvolvidos do mundo.

Não é a toa que os países com baixo índice de desenvolvimento social são também países com baixos ou nenhum índice econômico. A falta de empresas, indústrias, mercado forte e economia estruturada que favoreça a livre iniciativa, o trabalho e a mínima interferência do Estado no setor privada, geram nações apáticas que vivem penduradas no Estado que é incapaz por si só de resolver todos os problemas sociais. O Estado depende de tributos para sobreviver e exercer seu papel social, não é capaz de gerar suas próprias receitas, portanto, depende da iniciativa privada, que só se desenvolverá através de uma economia forte. (10)

Dada à consolidada importância da ordem econômica e seu conjunto de normas, é que, essas normas, não poderiam ser outras em sua base, senão

(10) No início do século passado, o Brasil ainda patinava economicamente e não conseguia emplacar o desenvolvimento econômico alcançado por alguns países que como a Inglaterra se industrializaram. O país era predominantemente agrícola e mesmo com os esforços do governo no sentido de convencer os grandes empresários da época a investir em novos negócios, como comércio ou indústria, via suas tentativas fracassar sob o argumento dos agricultores de que não iriam se arriscar em novos negócios e investir todo o seu patrimônio de anos em algo que desconheciam. Isso porque, na época a legislação vigente responsabilizava o empresário (sócio) pelos fracassos da empresa, assim, os empresários agricultores não iriam expor suas riquezas acumuladas ao longo dos anos sem um incentivo. Foi então que em 1919, embasado nas legislações dos países mais desenvolvidos, o governo brasileiro resolveu editar o Decreto 3.708/19 que introduziu no Brasil a sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Tal legislação foi um avanço e também um incentivo ao empreendedorismo, já que agora o empreendedor perderia apenas o valor investido no negócio e não todo o seu patrimônio acumulado em anos. Essa regulação econômica foi fundamental para o desenvolvimento e crescimento do país que viu florescer comércio e indústrias nos anos subsequentes a ela. Curioso destacar que a África no mesmo período vivia o mesmo dilema e resolveu apostar na agricultura e manter os negócios já existentes, ao invés de favorecer a diversidade econômica, o que atrasou o desenvolvimento econômico que só ocorreu após a edição de leis equivalentes a brasileira. Esse exemplo é claro para demonstrar a importância da ordem econômica e seu conjunto de normas no contexto social, favorecendo e desenvolvendo a sociedade do mesmo modo que fortalece o Estado.

princípios. Eros Grau em sua interpretação principiológica da ordem econômica enumera os princípios explícitos e implícitos que considera estar presentes na constituição: *“Assim, enunciando-os, teremos: - a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1, IV) e – valorização do trabalho humano e livre iniciativa – como fundamento da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); - a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3, I); - o garantir o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3, II); - a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3, III) – a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII); a liberdade de associação profissional ou sindical (Art. 8); - a garantia do direito de greve (art. 9); - a sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos ditames da justiça social (art. 170, caput); a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, todos os princípios enunciados nos incisos do art. 170; - a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219). (11)*

Veja-se que a lista de princípios afetos a questão da ordem econômica é grande e são importantes para todo o contexto de modo a serem estudados de modo global, não podendo de forma isolada ser interpretados, pois definem uma parte do sistema jurídico constitucional. Neste sentido, não se analisam os princípios no contexto da ordem econômica em tiras ou pedaços, mas sim em conjunto, pois, todos, de um modo geral fundamentam a própria ordem econômica.

Portanto, para desenhar toda a ordem econômica é preciso estudar cada princípio que ela compreende. Para o trabalho estudaremos apenas aqueles que se

(11) GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 9 ed., São Paulo: Malheiros: 2004, pg. 194.

considera importantes para compreensão do princípio da preservação da empresa. Eros Grau em seu texto, tratou de todos, mas iniciar-se-á com o princípio da dignidade da pessoa humana na ordem econômica: *“significa que a ordem econômica mencionada pelo art. 170, caput do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar”*. (12)

O ilustre jurista afirma que a ordem econômica deve por primazia favorecer o sistema para que as pessoas tenham acesso a uma vida digna. Em outras palavras, é através da ordem econômica e sua capacidade de prover empregos, empreendedorismo e riqueza que as pessoas passam a ter condições de viver de forma digna.

Ainda Emprestando o conhecimento de Eros Grau, explica-se o princípio relativo a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, observando-se a ordem econômica: *“Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição diligente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias”*. (13)

Nota-se que a ordem econômica ao esculpir em seu conteúdo como princípio a erradicação da pobreza e das desigualdades a faz em complemento com o da dignidade, porquanto o fim das diferenças sociais significa uma condição de uma sociedade mais digna para seus cidadãos, que, repisa-se, só será possível, dentro de um sistema constitucional forte que favoreça o desenvolvimento econômico, dada a importância do princípio para toda a nação.

Complementa os princípios da dignidade e da erradicação da pobreza e desigualdades o princípio da justiça. Isso porque, a ordem econômica ao privilegiar a igualdade social e digna deflui para uma consciência de justiça social. Justiça social como conceito é a superação das injustiças, a nível pessoal, da divisão do produto econômico, ou seja, é o senso comum de que todos têm direito a uma condição que

(12) GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 9 ed., São Paulo: Malheiros: 2004, pg. 196.

(13) Op. Cit. Pg. 218.

lhe propicie viver em igualdade econômica com seus pares.

Por óbvio, que sempre existirão pessoas com maior ou menor poder econômico, mas quando se trata de justiça adjetivada da palavra social, deve-se entender que não se trata de igualdade econômica, mas sim de igualdade mínima apta a inserir a pessoa dentro de um padrão de dignidade, sem pobreza.

O último princípio a ser analisado com base nos estudos do ilustre doutrinador Eros Grau e que sem dúvida nenhuma é o mais importante para compreensão do que se quer tratar neste capítulo da dissertação é o princípio da função social da propriedade. Eros Grau analisa em sua obra em conjunto tanto o princípio da função social da propriedade como o princípio da propriedade privada, o trabalho seguirá o professor e tratará dos dois em conjunto.

A análise em conjunto feita por Eros Grau demonstra que não só a propriedade privada e individual deve ser por determinação constitucional utilizada para atender os fins sociais, como também a propriedade privada dos meios de produção deve atender esse fim. Isso porque, conforme já ilustrado neste trabalho, o princípio da propriedade privada e da função social da propriedade não devem ser analisados de forma restritiva a mera posse de um bem material, mas sim a posse de qualquer bem que possa contribuir para sociedade, por exemplo, os meios de produção.

Eros Grau assim disserta sobre a questão: *“O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade, impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade”*. (14)

Veja-se que o conceito de função social da propriedade, na ordem econômica e no direito comercial é ampliado, tomando dimensões muito maiores daquelas previstas no ordenamento civil brasileiro, que também é garantido por um princípio o da propriedade privada. A combinação dos dois princípios nesta seara do direito (comercial) é a base para o que se conhece como função social da empresa.

(14) GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 9 ed., São Paulo: Malheiros: 2004, pg. 245.

Mais uma vez, emprestamos o conhecimento de Eros Grau para tratar sobre o tema: *“A função social da empresa – que suponho já estivesse embrionariamente postulada na contribuição de Courcelle-Seneuil, na afirmação da função social do comerciante, do proprietário e do capitalista – aparece indiretamente no art. 42 da Constituição Italiana: “É livre a iniciativa econômica privada. Não pode, todavia, desenvolver-se em contraste com a utilidade social de modo a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de fiscalização destinados à direção e coordenação da atividade econômica, pública e privada, para fins sociais”.* (15)

No Brasil, nossa constituição também consagrou a função social da empresa justamente de forma implícita dentro do próprio princípio da função social da propriedade explícito no artigo 170, inciso III da carta magna. Em outros artigos da lei maior, principalmente dentro do capítulo da ordem econômica, destaca-se o referido princípio conforme pondera novamente Eros Grau: *“A consagração do princípio da função social da propriedade em si, tomada isoladamente, pouco significa, ao para de instrumentar a implementação de uma aspiração autenticamente capitalista: a de preservação da propriedade privada dos bens de produção – à função social está assujeitada porque é privada. Sua maior relevância se manifesta em sua concreção nas regras do § 2º do art. 182 – política urbana – e do art. 184 – reforma agrária, esta, seguramente, tão indispensável à realização do fim da ordem econômica quanto à integração e modernização do capitalismo nacional”.* (16)

Percebe-se que o nobre jurista já vislumbra a necessidade de manutenção dos meios de produção para atingimento da função social da propriedade e da empresa. Isso porque, é evidente que não basta só a constituição determinar que a propriedade privada (empresa) deve obedecer a função social, deve também o Estado por meio de políticas e normas estabelecer condições para que essa propriedade seja preservada, ou seja, não basta que as empresas gerem empregos, desenvolvimento, distribuição de riqueza, tributos e outros benefícios afetos a função social, esses benefícios devem ser preservados, preservando-se a fonte geradora, a

(15) GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 9 ed., São Paulo: Malheiros: 2004, pg. 237.

(16) Op. Cit. Pg. 247.

empresa.

5. Importância social das empresas na Constituição de 1988

Em que pese o conceito de função social das empresas ser novo no Brasil e estar presente, como visto, somente na constituição de 1988, esse debate não é novo e já integra grande rol de discussões nos EUA e Europa desde a década de 60. Por serem as empresas as responsáveis pelo crescimento de uma nação, a elas, além da função social, outras responsabilidades sociais ganharam força e foram sendo agregadas ao rol de importância que uma empresa tem para o país.

Essa consciência não só se manifestou nas constituições e leis que qualificam a empresa como agente principal do desenvolvimento social e econômico, mas as próprias instituições privadas (empresas) passaram a reconhecer sua importância e instituir políticas internas de responsabilidade social com fins de atender a meta legal da função social.

Em trabalho realizado na Universidade de Fortaleza, Nathalie de Paula Carvalho destaca essa importância: *“A responsabilidade social das empresas no Brasil pode ser definida como um modelo de comportamento ético e responsável na gestão das mesmas, que, em suas decisões e ações, resgatam valores e direitos humanos universais, preservando e respeitando interesses de todas as partes direta ou indiretamente envolvidas no negócio, assim como os de toda a sociedade, em uma relação na qual todos obtêm vantagens. (REIS, 2007, p. 301)”*. (17)

Nesse sentido, surgem no cenário mundial políticas de *“compliance”* (18) dentro das empresas com a finalidade de observar as normas legais de uma determinada região ou país, preservação os interesses sociais da mesma e atingir a função social. É o caso, por exemplo, de empresas que possuem regras internas de

(17) POMPEU, Gina Vidal Marcílio (organizadora), Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI, Fortaleza: Universidade de Fortaleza: 2009, pg. 236.

(18) O termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *to comply*, que significa agir de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido, ou seja, estar em *“compliance”* é estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos. Portanto, manter a empresa em conformidade significa atender aos normativos dos órgãos reguladores, de acordo com as atividades desenvolvidas pela sua empresa, bem como dos regulamentos internos, principalmente aqueles inerentes ao seu controle interno.

não executar contratos provenientes de corrupção, não degradar o meio ambiente, melhorar a qualidade de vida dos funcionários, contribuir com políticas sociais e de desenvolvimento, educação, esporte entre outras.

Essas empresas passaram a não só ver com outros olhos sua função social, como também terceiros que com ela interagem passaram a privilegiar quem na condução dos seus negócios observa esse princípio. São clientes e fornecedores que privilegiam negociar ou comprar produtos e serviços de empresas que respeitam a sociedade em que estão inseridas. Surgiram, inclusive, selos de qualidade para empresas que respeitam o meio ambiente, contribuem com a questão social, dizem não a corrupção e etc.

Corroborando com essa afirmação continua em sua obra Nathalie:

“Responsabilidade social é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais. A responsabilidade social é focada na cadeia de negócios da empresa e engloba preocupações com um público maior (acionistas, funcionários, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores, governo e meio ambiente), cuja a demanda e necessidade a empresa deve buscar entender e incorporar aos negócios. Assim, a responsabilidade social trata diretamente dos negócios da empresa e de como ela os conduz. (2008, online)”.

A dimensão para que a função social da empresa se desloca no mundo moderno, principalmente na última década e, agora nesta, fica mais evidente quando analisamos as grandes crises econômicas globais. Em 2008 o mundo foi pego quase que de surpresa quando uma crise econômica e financeira abalou os alicerces da maior economia global, os EUA. Para se ter uma ideia da importância e da função social do setor privado na economia americana, Detroit (considerada

(17) POMPEU, Gina Vidal Marcílio (organizadora), Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI, Fortaleza: Universidade de Fortaleza: 2009, pg. 237.

símbolo mundial da indústria automobilística) teve que pedir concordata (o equivalente a recuperação judicial daqui, onde lá é permitido ao Estado utilizar-se desse expediente) para superar sua crise financeira, que foi vertiginosamente agravada por conta da falência e destruição de seu parque industrial e suas empresas. (18)

Lá, onde a teoria da função social é mais presente, Detroit se revela um exemplo claro de que sem empresas o Estado flerta coma falência. Por aqui também não é diferente, estamos em um momento delicado de nossa historia com uma crise politica, econômica e social sem precedentes que é agravada cada dia com a decorada do setor privado e o fechamento de empresas. O retorno de grande parcela da população as condições de pobreza é agravado pelo desemprego e pela falta de recursos do Estado para manutença dos serviços básicos. Por aqui, um dos principais fatores dessa destruição da economia brasileira vivida nestes anos (2014, 2015 e 2016) é a corrupção, que também tem correlação com a função social da empresa, quando há o desvio de finalidade do Estado que cria raízes em todos os ramos da atividade privada impedindo que ela progrida sem sustentar (de forma ilegal através da corrupção e não com pagamento de impostos) aqueles que se encontram à frente do Estado. Neste cenário surge uma teoria que de nova não tem nada que é a teoria do liberalismo econômico.

(18) Em noticia extraída do site do Estadão no link: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-destruicao-do-sonho-americano-de-detroit,174417e> pode-se observar o impacto que a não existência da função social da empresa, em uma determinada sociedade ou região, pode causar por conta de crises que obrigam a essas empresas fecharem as portas: *"[...] Mas em Detroit o movimento foi especialmente perverso. Entre 1970 e 2007, a cidade perdeu 80% de suas fabricas e 78% das lojas de varejo. O êxodo deixou para trás casas desabitadas, edifícios vazios, escritórios desertos, escolas obsoletas e levou à redução cada vez maior da receita de uma prefeitura obrigada a administrar uma área geográfica que não encolheu com a população. [...] As estatísticas apontadas no pedido de concordata revelam uma cidade incapaz de prover serviços básicos aos moradores, imersos em alguns dos piores indicadores sociais dos Estados Unidos. O percentual de pessoas que vive abaixo da linha da pobreza é de 36%, mais que o dobro da média de 15,7% do Estado de Michigan. Apenas 12,2% da população concluiu a faculdade, comparado aos 25,3% do Estado. O índice de desemprego é de 16,2%, quase dez pontos percentuais acima dos 7% registrados nacionalmente. Mas é na estrutura urbana que a decadência se revela a olho nu. O governo estima que há pelo menos 78 mil casas e edifícios vazios na cidade. Números oficiais mostram que 40% dos postes de iluminação não funcionam".*

Sobre isso, o trabalho de Nathalie também traz contribuições: *“que o papel do Estado estava restrito a três funções principais: defender a nação; promover a justiça, bem como a segurança dos cidadãos; e empreender obras sociais necessárias que a iniciativa privada não conseguisse concretizar”*. (19)

Ora, ao Estado caberia a atuação enquanto que a iniciativa privada cabe exercer sua função social. Alguns autores, como Fabio Konder Comparato, criticam a ideia do liberalismo econômico por entender que isso reduziria a sociedade a busca incessante pelo capital acima de qualquer coisa. Diverge-se dessa posição, principalmente porque vemos atualmente uma classe empresaria cada vez mais preocupada com sua responsabilidade e função social, como nunca visto antes. O próprio autor, utilizando-se do trecho extraído da obra de Nathalie, reconhece que a empresa deve atender a função social:

“A vida econômica, antes de mais nada, já não será submetida ao interesse supremo de acumulação ilimitada do capital privado, mas organizar-se-á no sentido do serviço à coletividade e do atendimento prioritário das necessidades e utilidades públicas. Em particular, as células do organismo econômico – as empresas – devem ser estruturadas de forma a afastar a soberania do capital sobre os demais agentes de produção. A atividade empresarial há de ser direcionada, por meio de estímulos e sanções adequadas, à produção de bens e serviços de interesse coletivo, conforme as diretrizes programáticas estabelecidas pelas autoridades governamentais, com a devida aprovação popular (COMPARATO, 2001, p.464)”. (20)

Veja-se que o que se discute não é a liberação econômica, mas sim a atuação do Estado na atividade privada que deve limitar-se a regular e dar condições ao desenvolvimento econômico, possibilitando às empresas exercer sua função social. Em suma, tudo parece intimamente ligado ao princípio que, na ótica desta dissertação é um dos mais importantes princípios presentes na Constituição

(19) POMPEU, Gina Vidal Marcílio (organizadora), Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI, Fortaleza: Universidade de Fortaleza: 2009, pg. 239.

(20) Op. Cit. Pg. 243.

Federal de 1988, o da função social da empresa, sem ele, como visto, não seria possível ao Estado, manter sua própria atividade e função. Em outras palavras, sem a atividade econômica privada não seria possível a criação de empregos, o desenvolvimento econômico e social, a distribuição de riqueza, o pagamento de tributos, os programas de saúde e educação, a preservação do meio ambiente dentre outros benefícios sociais.

Pois bem, se está evidente e claro por tudo o que foi construído aqui neste trabalho que as empresas e por consequência, o princípio constitucional da função social da empresa são importantes para a República Federativa do Brasil como nação, não restam dúvidas de que o Estado brasileiro deve instituir políticas e normas que privilegiem e favoreçam a atividade econômica, privada e empresarial como um todo. Não só meios para seu desenvolvimento como também instrumentos para sua manutenção em tempos difíceis.

Se de um lado parece que não há controvérsias quanto à existência do princípio da função social da empresa extraído do art. 170, inciso III da CF/88, dada sua importância para a sociedade, de outro não se pode negar que exista também como derivado deste o princípio da preservação da empresa, uma vez que um não pode existir sem o outro. Como dito, alguns princípios são implícitos e, por conta, de seus mandamentos e importância são extraídos do próprio texto constitucional de modo a orientar e dimensionar a interpretação e a criação das normas.

Neste sentido a preservação da empresa como princípio, deflui da necessidade e da importância de existir outro princípio, o da função social da empresa. Ora, se a empresa exerce papel social fundamental na sociedade, o Estado deve trabalhar para preservar essa função social da empresa e, só o faz, através de normas que por sua vez são construídas observados princípios básicos do sistema jurídico.

É cristalino e claro, que dentro do ordenamento jurídico o princípio da preservação da empresa já se consolidou em normas infraconstitucionais, como por exemplo, a lei 11.101/05, Lei de Recuperação e Falências, mas essa existência dentro do sistema também existe na carta magna e ocupa o mesmo espaço,

(19) POMPEU, Gina Vidal Marcílio (organizadora), Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI, Fortaleza: Universidade de Fortaleza: 2009, pg. 239.

(20) Op. Cit. Pg. 243.

importância, reflexo, aplicabilidade e etc. que outros princípios, inclusive o próprio princípio da função social da empresa.

6. Princípio da Preservação da Empresa implícito na Constituição de 1988

Retomando a ideia do conceito de princípio implícito, o trabalho focará na existência do princípio implícito da preservação da empresa. Conforme já dito, a Constituição Federal previu não só princípios de forma explícita (constantes do texto constitucional), como também aqueles derivados da compreensão e do estudo das normas e dos princípios existentes de forma textual, ou seja, os princípios implícitos derivam do próprio texto constitucional e não são criados pelo operador do direito.

Utilizando-se a doutrina de Carlos Alberto Farracha de Castro, pode-se visualizar por suas palavras a existência do princípio da preservação da empresa de forma implícita na CF/88 extraído de outros princípios ou normas constitucionais:

“Embora tal princípio não esteja expresso no Texto Constitucional, podemos extrair sua formulação a partir dos princípios explícitos, como, v.g., o princípio da legalidade (art. 5º, II), a irretroatividade das leis e a proteção à coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI), o princípio do Juiz Natural (art. 5º, inc. XXXVII), o livre acesso ao Poder Judiciário (5º, inc. XXXV), o princípio da anterioridade tributária (art. 150, inc. III, “b”), entre outros. Da análise sistêmica dos dispositivos citados podemos sentir a preocupação do constituinte em garantir a estabilidade e seguranças jurídicas. Assim, o indivíduo somente estará submetido ao comando da lei, preexistente ao tempo da conduta. Caso este direito seja violado, poderá pleitear junto ao Poder Judiciário a resolução da lide, tendo certeza de que será julgado por um magistrado imparcial e que a sentença, após adquirir os tributos da definitividade e imutabilidade, nos termos da lei processual, terá posto fim à controvérsia que o afligiu. Nota-se, pois, que todo o sistema jurídico-constitucional será voltado para a realização desse princípio que, embora implícito, se reveste de capital importância para a estrutura do Estado de Direito” (21)

(21) CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação de empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007, pg. 42.

Portanto, não se trata de nenhum absurdo reconhecer o princípio da preservação da empresa de forma implícita na constituição federal derivado de outras normas e princípios conforme já exposto, principalmente aqueles afetos a ordem econômica.

Em que pese não se reconheça de forma clara o princípio da preservação da empresa na constituição, ele existe e está tanto presente de forma material como de forma fática. Através da análise dos objetivos constitucionais, dos objetivos do próprio princípio, seus fundamentos e finalidade, aliado a toda a importância e contexto social da ordem econômica, é evidente a preocupação do legislador constituinte com a preservação das empresas.

Embora se trate a concepção jurídica brasileira de sistemas de normas e regras materiais a influência da realidade fática na interpretação de todo o conjunto de normas é evidente. Não é a toa que recentemente foi concedido pelo Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos, deveres e obrigações nas relações homoafetivas, contrariando o entendimento até então constitucional de que não se reconhecia a união entre pessoas do mesmo sexo.

Na seara econômica, principalmente em se tratando de preservar as empresas, a importância da ordem econômica aliada a função social das empresas torna a realidade fática uma realidade material, qual seja, um dos pilares da sociedade moderna são as empresas e seu papel social onde estão inseridas, neste sentido essencial sua preservação.

A influência que o universo econômico exerce sob o universo fático-social é explícito. Quando uma empresa se encontra em crise, com a possibilidade de “quebrar”, a sociedade sofre as consequências do infortúnio experimentado pelo empreendedor. Muito mais está em “jogo” do que a simples relação existente entre a empresa e seu mercado, eis que essa crise pode significar coisas distintas. Utilizado a sistematização do Mestre Fabio Ulhoa Coelho (22), essa crise pode ser distinguida como econômica, financeira e patrimonial, sendo que uma, em um sistema complexo e em suas relações econômicas, poderá desencadear na outra. Sem adentrar nos tipos de crises elencados pelo autor, esse sistema complexo pode ser fatal, gerando prejuízo não só para os empresários e investidores que empregaram

(22) COELHO, Fabio Ulhoa, Curso de Direito Comercial, vol. 3, 12^o ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 435.

o seu capital no desenvolvimento, como para credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos.

Mas não é só esse, o impacto que a crise em uma empresa causa na sociedade, outros mais e muito piores existem. Pode-se citar inúmeras consequências da falência das empresas, como a perda de postos de trabalho, êxodo de pessoas, fechamento de outras empresas dependendo do tamanho e da importância daquela empresa, perda de postos de trabalho indiretos, queda nas arrecadações municipal, estadual e federal, problemas no setor imobiliário, automobilístico e bancário (as pessoas desempregadas deixam de pagar prestações de imóveis, veículos e empréstimos), queda nas vendas do comércio, desestímulo do investimento em infraestrutura, fim dos programas sociais mantidos pela sociedade entre outros.

Seria incompatível com a finalidade da República Federativa imaginar que a constituição não trouxe em seu bojo a ideia de preservação da empresa, trazendo apenas a ideia da função social. O objetivo de qualquer nação moderna é o seu crescimento econômico, social e cultural e isso só é possível com o fortalecimento de suas empresas e de sua economia privada.

Ao verificar com os princípios elencados no art. 170, I-IX da Constituição Federal de 1988, facilmente encher-se os princípios da função social da propriedade, princípio da livre concorrência e busca do pleno emprego. Com o embasamento nos ensinamentos de Carlos Farracha de Castro, “não se pode falar em busca do pleno emprego, sem propiciar a preservação da empresa (...). Afinal, o exercício da atividade empresarial é a fonte de tributos e empregos. Ou seja, sem a preservação da atividade empresarial inexistente emprego, razão pela qual não há como valorizar o trabalho, motivo por que a pretensão do legislador constituinte ficaria reservada ao seu emprego” (23). Parafrazeando Luiz Edson Fachin, a busca pelo pleno emprego corresponde à preservação da empresa, de modo que, quando das dúvidas de emprego de regra que implique paralisação empresarial e regras que se destina a aplicar solução jurídica sem a paralisação, por óbvio dever-se-á aplicar esta última, sem sacrifícios de outros direitos dignos da regra jurídica. (24)

(23) CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação de empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007, pg. 43.

(24) FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. R. Janeiro: Renovar, 2001, pg.99.

Diante de toda essa importância e benefício para a sociedade é que o princípio da preservação da empresa existe e está presente na constituição federal que de um modo geral tem por objetivo o bem comum social. Por óbvio, que não se defende a extensão do princípio de maneira aleatória sem que haja um sistema organizado para preservação da empresa que realmente se encontre em crise, mas não por desmandos ou atitudes ilegais ou em desacordo com a ordem econômica daqueles que a controlam.

O que se pretende preservar não é o empresário ou controlador, mas sim a empresa, que tem papel importante na sociedade, portanto, importantíssima a análise do cumprimento da função social para que a empresa tenha direito a sua preservação. Pode-se utilizar como exemplo, as das montadoras de veículos, que em razão de sua atividade fim, da geração de empregos diretos e indiretos, no recolhimento de tributos e demais interações com a sociedade, não é de seu interesse o fechamento, a liquidação imediata de uma dessas fábricas, de modo que, na maioria das vezes, o Estado aplica capital público, na qualidade de empréstimos e ressalvas legais, com o intuito da preservação daquela entidade privada. Ou seja, o simples fechamento daquela instituição acarretaria prejuízos de difícil reparação no seio da sociedade.

Aliás, o empresário ou controlador que se utiliza da empresa em benefício próprio, desrespeitando os comandos legais, deve ser punido rigorosamente se a empresa vier a falir e, a depender do caso (a empresa exerce fortemente a função social) se utilizado o princípio da preservação da empresa para preservar a atividade produtiva, esse empresário ou controlador deve ser afastado do controle da sociedade e deve ser punido pela lei.

Em verdade, deve-se ter a ideia de que assim como o Estado, a empresa tem vida própria e não está a mercê de seus cotistas ou acionistas. Nos EUA, por exemplo, existem empresas que tem suas ações tão pulverizadas no mercado que fica difícil identificar o controlador, são geridas por conselhos, presidentes e diretorias que se renovam e possuem alto grau de responsabilidade em suas atitudes. Partindo dessa realidade americana, pode-se dizer que mesmo aqui, havendo comando, a empresa deve sempre buscar seu objetivo maior, a função social e não o enriquecimento injusto de quem a comanda. Claro, que a todo acionista ou sócio é reservado o direito a receber os resultados, mas que esses

resultados, sejam fruto do sucesso da empresa e não de sua gestão voltada para interesses que não outros, que o fim social.

Não se trata também de dizer que a empresa deve se sacrificar e aos seus acionistas e cotistas para privilegiar sua função social, é ilógico. Promovendo a função social, a empresa gera mais empregos, tributos, desenvolvimento e etc. o que conseqüentemente acarreta em maiores faturamentos e maiores distribuições entre seus sócios ou acionistas. É a roda da economia que precisa do Estado, não para interferir de modo direto, mas para dar condições para que se instalem novas empresas (investindo em infraestrutura e revisando suas leis) e para que elas possam se manter e se preservar em momentos de dificuldade.

A prova mais contundente da observância do princípio da preservação da empresa é justamente a lei 11.101/05, lei de Recuperação e Falências onde o legislador entendeu a importância de se manter a atividade produtiva e manobrou meios para que as empresas em momento de crise, não fechem suas portas. Alias, diga-se de passagem, esse expediente vem sendo utilizado muito atualmente tendo em vista a já citada crise brasileira que se estende desde meados de 2014.

Portanto, quando de uma empresa que, diga de passagem, cumpre com sua função social não é de interesse do Estado sua liquidação, mas sim sua manutenção, recuperação e preservação que deverá ocorrer de forma imediata. Nesse contexto, com a aplicação imediata do princípio constitucional da preservação da empresa, o legislador ao redigir o artigo 1º e 47 da Lei n. 11.101/05, assim expôs:

“Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referida simplesmente como devedora. (...)”

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores,

promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (25)

Veja-se que dentro do ordenamento já é possível identificar a aplicação do princípio na referida lei, que tem como objetivo a preservação da atividade empresarial. A construção do artigo 47 da lei 11.101/05 não se deu quando da edição da lei, mas sim de uma interpretação dos preceitos constitucionais e do que se propõe todo o sistema jurídico constitucional para o Estado Brasileiro, observando principalmente os objetivos previstos na ordem econômica.

Mesmo no caso de falência, este princípio também se aplica quando é o caso da preservação dos demais bens e meios de produção que funcionam naquele sistema, sob essa perspectiva Paulo Penalva Santos, esclareceu que nada poderia ser mais nocivo ao interesse público do que a preservação e manutenção das empresas ineficientes, visto que nem mesmo os interesses dos trabalhadores devem prevalecer em detrimento dos interesses dos demais contribuintes que pagam subvenções, e do conjunto da sociedade que sofrem com o desenvolvimento daquela atividade empresarial. (26) Ou seja, percebe-se que o instituto da falência propriamente dito, desempenha seu papel social ao tirar de circulação àquelas instituições privadas inescrupulosas e incompetentes, preservando as demais instituições da cadeia produtiva que preservem a manutenção dos empregos, dos interesses dos credores, do recolhimento de tributos e outros, atingindo, portanto, sua função social.

O princípio da preservação da empresa ganha tantos contornos sociais quando da aplicação da referida lei de recuperação judicial que podemos ver no bojo do diploma legal, vários dispositivos que envolvem não só a empresa ou o empresário no procedimento, mas sim toda a sociedade em prol de um benefício maior que é a manutenção da atividade produtiva. Não são apenas comandos para o empresário ou a empresa seguir em prol da recuperação, mas sim todo um conjunto de atos que envolvem todos os agentes sociais, inclusive o Estado.

(25) COELHO, Fabio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 9º ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

(26) SANTOS, Paulo Penalva. *Nota aos Comentários à Lei de Falências (Decreto-Lei 7.661 de 21 de junho de 1945)*. In: VALVERDE, Trajano Miranda. *Direito Civil*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 31.

Em 2014, foi editada lei que beneficia de modo especial as empresas em recuperação judicial no pagamento de seus tributos em atraso. Tal lei, 13.043/2014, tem a finalidade de ajudar a empresa em crise a se recuperar e preservar autorizando o parcelamento dos débitos tributários em até 84 (oitenta e quatro) vezes, demonstrando claramente que o sacrifício para preservar a empresa não é só da própria empresa ou do empresário, é de todos, inclusive do Estado para fazer valer a função social.

Outros comandos da lei demonstram esse entendimento:

“Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;” (27)

É possível observar nos comandos citados que o legislador envolveu toda a sociedade na questão da preservação da empresa. Veja que se sujeitam ao procedimento todos os créditos, onde nesta categoria se incluem fornecedores, clientes, parceiros, fez questão também a lei de expressamente determinar concessão de prazos e condições especiais para pagamento das dívidas, o que supõe um sacrifício para todos que com a empresa tem crédito. Até na questão trabalhista há uma disposição de sacrifício dos trabalhadores quando da redução de salários e jornada.

Resta evidente que todo esse sacrifício não deriva de um simples dispositivo legal a ser aplicado, mas sim de todo um sistema de diretrizes e

(27) COELHO, Fabio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 9º ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

princípios que norteiam o sistema jurídico com o fim precípua da preservação da atividade empresarial.

Tal construção jurídica doutrinária não surge apenas para favorecer essa ou aquela empresa em crise, mas sim para favorecer todo um sistema social que depende das suas empresas para se manter. A concepção de que o Estado suprirá as necessidades de todos os seus cidadãos não mais é válida no mundo moderno, haja vista as crises que enfrentam países com baixa atividade econômica onde o Estado tem que substituir as empresas, como o caso da Grécia.

Aliás, esses países passaram a rever todo o seu sistema de benefícios sociais, o que gerou protestos da população evidente, de modo a enquadrá-los em suas contas. Como dito, sem atividade empresarial o Estado não arrecada e sem arrecadação não tem como manter os seus programas. Desde 2008 toda a Europa vem revendo seu sistema de aposentadoria e de benefícios para se enquadrar na realidade moderna e evitar a falência do Estado.

No Brasil vemos isso na pele nos últimos dias e propostas como revisão do sistema de aposentadorias e leis trabalhistas ainda encontram resistência em algumas camadas sociais. Em verdade, essas medidas devem prever o favorecimento da atividade empresarial, porque não é só em crise empresarial que o princípio da preservação da empresa está presente é em todo o sistema jurídico que deve dar condições para o aparecimento de novas empresas e sua manutenção sem precisar enfrentar uma crise.

As leis para regulação da atividade empresarial (trabalhista, mercado, tributária entre outras) devem ser dimensionadas e pensadas com base no princípio da preservação da empresa. Não adianta normatizar algo para agradar algumas camadas da sociedade que no contexto social como um todo não é viável e não favorece a manutenção da atividade empresarial.

Por último, cita-se o exemplo do vizinho Paraguai, que desde 2000, criou uma legislação que atraiu nos últimos anos mais de 60 empresas e fez com que em 2013 seu PIB (28) crescesse 14,1%, a chamada Lei da Maquila. (29)

(28) Produto Interno Bruto.

(29) Inspirada na legislação mexicana, a Lei de Maquila do Paraguai (nº 1.064/2000) prevê isenção de impostos para importar maquinários e matéria-prima. Quando a mercadoria manufaturada deixa o país, o imposto incidente corresponde a 1% sobre o valor da fatura de exportação. O regime fiscal da

O país vizinho, pensando em seu crescimento econômico e social, percebeu os benefícios de manter empresas saudáveis gerando impostos, empregos, desenvolvimento, infraestrutura, benefícios sociais, educação, saúde entre outros, e criou meios para que se instalasse em seu território sociedades e deu condições para elas se manterem fortes e competitivas, um exemplo claro de aplicação do princípio da preservação da empresa.

Por aqui, o conceito ainda só existe na aplicação da lei 11.101/05, não há esse entendimento de que a preservação da empresa deve ser privilegiada antes da crise. Setores ainda vivem na velha ideia do Estado provedor e do empregador explorador, conceito que denota ao início da revolução industrial. É preciso mudar, o princípio da função social da empresa aliado ao da preservação da mesma são construções jurídicas importantes para o mundo moderno e nunca estiveram tão em voga, de modo a serem considerados como uns dos mais importantes princípios implícitos presentes no texto constitucional.

7. Conclusão

Por tudo o que foi exposto, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo princípios implícitos e explícitos de mesma importância e equivalência. Os princípios explícitos extraem-se da literalidade do texto constitucional e sua interpretação deve observar essa literalidade. Os princípios implícitos, também estão presentes no texto e não são invenções do operador do direito, porém, não sofrem a influência da literalidade da norma, dela defluem.

A propósito, princípios são normas que devem orientar, interpretar e substituir a norma (de menor importância) quando da análise pelo jurista. Princípios são normas de maior importância por seu critério de generalidade, pois são caminhos que devem ser seguidos por toda a sistemática jurídica, sob pena de ao desconsiderá-los, o aplicador do direito deixa de observar norma mãe norteadora de todas as demais normas.

maquila não é o único atrativo para os empresários investirem no Paraguai. O país tem um ambiente econômico favorável incentivado pela baixa carga tributária, energia elétrica quase 50% mais barata em relação ao Brasil, além de uma legislação trabalhista mais flexível, com encargos sociais 35% mais em conta.

A propósito, princípios são normas que devem orientar, interpretar e substituir a norma (de menor importância) quando da análise pelo jurista. Princípios são normas de maior importância por seu critério de generalidade, pois são caminhos que devem ser seguidos por toda a sistemática jurídica, sob pena de ao desconsiderá-los, o aplicador do direito deixa de observar norma mãe norteadora de todas as demais normas.

Dentro dessa sistemática, pode-se perceber a existência de princípios de menor e maior importância, que se sobrepõe aos demais. Observando a ordem econômica constitucional e sua aplicação e importância para o Estado Brasileiro e em uma visão maior, a economia é importante para todas as nações, viu-se que os princípios da função social e da preservação da empresa são essências para a sociedade e para o Brasil.

Promover o desenvolvimento econômico é fundamental para alcançar o desenvolvimento social que só ocorrerá se forem observados a função social e a preservação da empresa. Atualmente o Brasil possui a lei 11.101/05 que privilegia a preservação da empresa em crise, mas não deve ser só nos momentos de crise que tal princípio deve ser observado. Prover condições para criação, manutenção e competitividade das empresas é preservar esse princípio e cabe ao Estado editar normas e estabelecer condições estruturais para que isso ocorra.

O Brasil ainda sofre com a falta de consciência sobre o princípio que, se observado, poderia sem sombra de dúvida favorecer toda a sociedade, uma vez que preservar a empresa é preservar os empregos, o desenvolvimento econômico, a arrecadação fiscal, o desenvolvimento social, os programas sociais entre outros benefícios que a atividade empresarial pode gerar.

8. Bibliografia

ALEXY, Robert, Teoria de Los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 30º ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação de empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa, Curso de Direito Comercial, vol. 3, 12^o ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 9^o ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, Conceito de Principios Constitucionais, 2 ed. Rev. Ampl. E atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. R. Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 9 ed., São Paulo: Malheiros: 2004.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio (organizadora), Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI, Fortaleza: Universidade de Fortaleza: 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius, Principios Constitucionais, 2 tir. Com acréscimos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 2003.

SANTOS, Paulo Penalva. *Nota aos Comentários à Lei de Falências (Decreto-Lei 7.661 de 21 de junho de 1945)*. In: VALVERDE, Trajano Miranda. Direito Civil. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1999.