

# A função social da empresa e o desenvolvimento nacional

*Paulo Henrique Ribeiro Garcia*  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A importância histórica do direito comercial para o desenvolvimento econômico-social dos países europeus entre os séculos XII e XVII. 3. A importância atual do direito comercial e os perfis da empresa. 4. Empresa - estrutura e função. 5. O Princípio da Função Social da Empresa. 6. O direito à livre iniciativa e o poder-dever quanto aos fins da empresa. 7. Administração da Empresa e Função Social. 8. Concorrência. 9. Bens de produção e direito do consumidor. 10. Externalidade - meio ambiente. 11. Relações de trabalho - custo social e externalidade positiva. 12. Preservação da empresa e recuperação judicial. 13. Conclusões. 14. Bibliografia.

## 1. Introdução

Superada a concepção individualista dos direitos subjetivos, houve a necessidade de construção de um novo modelo jurídico capaz de compatibilizar os interesses públicos e particulares nas relações privadas. Importantes institutos do direito privado, tais como o contrato, a propriedade e a empresa, são pensados com o papel de assegurar não apenas a liberdade do titular, mas de todos. Surge a ideia de funcionalidade do direito subjetivo, que nasce para a satisfação dos interesses do particular, porém deve ser exercido de modo a observar valores sociais.

A empresa se sujeita à função social, pois representa uma instituição cuja importância transcende à esfera econômica, na medida em que abarca interesses sociais mais relevantes, como a subsistência de seus empregados e o bem-estar dos cidadãos que dela dependem ou com ela dividem o mesmo espaço social.<sup>1</sup>

O presente trabalho, assim, tem por objetivo analisar os aspectos gerais e os desdobramentos da aplicação do princípio da função social no que diz respeito à empresa, bem como sua importância para o desenvolvimento econômico nacional. A introdução do trabalho revelará o natural papel social dos institutos do direito comercial, que, ao longo da história, serviram como relevantes agentes do desenvolvimento econômico-social das diversas nações, enquanto os demais tópicos contemplarão as discussões contemporâneas da concepção da empresa e sua função social, com os desdobramentos em relação aos interesses internos (administração e acionistas) e interesses externos (concorrentes, consumidores e empregados).

<sup>1</sup> FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 102.

## 2. A importância histórica do direito comercial para o desenvolvimento econômico-social dos países europeus entre o século XII e século XVII

Com o avanço e aprimoramento do comércio entre os povos, o modo de tratamento dos diversos institutos do Direito Comercial no âmbito interno de cada soberania passa a ter importante repercussão para o desenvolvimento econômico-social das nações, conforme revela a história.

Entre o início do século XII e o final da segunda metade do século XVI, a partir das comunas italianas, quando da afirmação da burguesia urbana que desenvolveu um novo espírito empreendedor e uma nova organização dos negócios, em contraposição à civilização feudal, observa-se aquele que é considerado o primeiro período da história do direito comercial.<sup>2, 3</sup>

Nessa fase, constata-se o desenvolvimento dos institutos tradicionais do direito comercial.

As cidades configuravam centros de consumo e trocas (mercadores), além de centro de produção industrial (artesãos), originando as corporações de artes e ofícios. Aquelas com acesso ao mar tinham uma via de comunicação para horizontes mais largos e um incentivo aos negócios especulativos por meio de trocas a longa distância.<sup>4</sup>

A atividade de trocas em praças distantes fez destacar a atuação de uma rede de auxiliares, com desenvolvimento da doutrina dos prepostos, agentes e comissários. A necessidade de organização da atividade consolidou a ideia de estabelecimento comercial, com o fundo de comércio e sinais distintivos. Do câmbio marítimo surgiu o seguro, onde o conceito de risco se apresentou pela primeira vez. Aos pagamentos entre praças distantes, o câmbio de moeda. Desenvolve-se, a partir do consórcio familiar, a sociedade em nome coletivo, cuja estrutura foi reforçada com a participação de terceiros (estranhos à família).<sup>5</sup>

Ascarelli, ainda, retrata que o florescimento das corporações acabou por entrelaçar-se com a história constitucional das cidades, de tal maneira que a inscrição em uma corporação era pressuposto para a participação da vida pública.

Internamente, nas corporações artesanais, estabelece-se uma disciplina das relações entre mestres e aprendizes, bem como regramentos para as jornadas de trabalho, de proteção ao consumidor, além de normas para evitar a concorrência.

Organizada para a produção de lucro, da intensa atividade comercial verificou-se a florescência econômica das comunas italianas, que restou interrompida apenas na crise do início do século XVI, em virtude de fatores econômicos e políticos. Entre os fatores que corroboraram com a crise, o mais relevante decorre da descoberta da Via do Cabo

<sup>2</sup> Entende-se que o Direito Romano não conheceu um sistema de Direito Comercial (ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100).

<sup>3</sup> A sistematização da ciência em período posterior não exclui a constatação de normas particulares à matéria comercial, com apontamentos desde o Código de Hamurabi.

<sup>4</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100.

<sup>5</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100.

que abriu caminho marítimo para o Oriente e a descoberta da América, gerando uma nova expansão e deslocamento dos centros comerciais.<sup>7</sup>

A vida econômica se desloca para o Ocidente (República Holandesa e os Estados unitários da França e da Inglaterra), com o início do desenvolvimento das sociedades anônimas e bolsas de valores, paralelamente à expansão das companhias coloniais (Companhia Holandesa das Índias Orientais, fundada em 1602, e a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, fundada em 1621).

Como esclarece Marcelo Barbosa Sacramone, as companhias holandesas, que tinham por fim a exploração e colonização das terras do Oriente e do Novo Mundo, “fundamentavam-se numa autorização governamental que, para a captação de volumosos recursos destinados ao vultoso empreendimento, garantia a responsabilidade limitada dos sócios e a divisão do capital em ações facilmente circuláveis”.<sup>8</sup>

Fica clara, a partir dessa breve análise da origem do direito comercial, a relação de dependência entre a produção de riqueza e o êxito nas atividades econômicas.<sup>9</sup>

E foram as soluções jurídicas oferecidas aos problemas vivenciados pelo mercado da época que viabilizaram o concurso das atividades comerciais e dos meios financeiros, servindo de importantes instrumentos para o desenvolvimento econômico do continente europeu na Idade Média.

Transcorridos vários séculos após aquele primeiro período histórico, com diversas alterações em seus principais institutos, inclusive surgimento de novos, não se alterou o panorama social, persistindo até os dias de hoje a relevante atuação do direito comercial ao desenvolvimento da atividade econômica e à produção de riquezas, que hodiernamente tem sua figura de destaque a empresa.

### 3. A importância atual do direito comercial e os perfis da empresa

Antes do século XIX, estruturado sobre a ideia de atos de comércio, não houve no direito comercial debate consistente a respeito do que seria a empresa, que era então vista mais como um fenômeno econômico do que jurídico.<sup>10</sup>

Dos estudos de Asquini, a concepção jurídica da empresa se desenvolveu como um fenômeno poliédrico, caracterizado por quatro perfis, cada qual fundado em um elemento que integra referido fenômeno.<sup>11</sup> Um perfil subjetivo identifica a empresa como sinônimo da própria pessoa do empresário, conceituado como aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de

<sup>6</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100.

<sup>7</sup> ASCARELLI, Tullio. O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o significado da Unificação do Direito Privado, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 114, Abril- Junho, 1999, págs. 237/252.

<sup>8</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares*, Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, pág. 15.

<sup>9</sup> ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, págs. 87/100.

<sup>10</sup> FRAZÃO, Ana, in *Função Social da Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 63.

<sup>11</sup> ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 104, Outubro-Dezembro, 1996, págs. 109/126.

bens ou serviços. Um perfil funcional representa a empresa como a atividade empresarial. Um perfil patrimonial ou objetivo consiste no complexo de relações jurídicas que tem por centro o empresário, a saber o estabelecimento comercial. Por fim, um perfil corporativo analisa a empresa como instituição, considerada como aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores.

Dos quatro perfis delineados por Asquini, aponta Fábio Ulhoa Coelho que apenas o funcional realmente corresponde a um conceito jurídico próprio. Segundo o Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, “os perfis subjetivo e objetivo não são mais que uma nova denominação para os conhecidos institutos de sujeito de direito e de estabelecimento comercial. O perfil corporativo, por sua vez, sequer corresponde a algum dado de realidade, pois a ideia de identidade de propósitos a reunir na empresa proletários e capitalistas apenas existe em ideologias populistas de direita, ou totalitárias (como a fascista, que dominava a Itália na época)”.<sup>12</sup>

Marcado pelo perfil funcional, a empresa restou definida pela doutrina, como a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.<sup>13</sup>

Na lição dos teóricos da análise econômica do direito, essa noção de empresa, em muitas situações, representa um centro de imputação de direitos, deveres e obrigações, independente do empresário ou da sociedade empresária<sup>14</sup> e visto como um feixe de contratos (*nexus of contracts*). Nesta perspectiva jurídico-econômica, busca-se explicar a empresa a partir da teoria do contrato organização, ou seja, o contrato associativo cria uma estrutura que deve ter a organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas.<sup>15</sup>

Em realidade, não se pode afirmar que os conceitos são excludentes, mas semelhantemente à doutrina de Asquini, observa-se dois perfis diversos do mesmo fenômeno. No primeiro, enfatiza-se a função-atividade, enquanto, no segundo, a organização: estrutura jurídica criada.

De todo modo, seja qual for o ponto de vista, necessário recordar o ensinamento de Fábio Konder Comparato quando afirma que a empresa não é, em última análise, representada por seu objeto, consistente no exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços. Isto porque, o objeto da empresa está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros. É esta a chave lógica para a compreensão tanto da estrutura quanto do funcionamento da empresa. Ela é organização produtora de lucros.<sup>16</sup>

#### 4. Empresa - estrutura e função

As instituições jurídicas ostentam sempre uma determinada estrutura a fim de viabilizar a realização dos interesses e, no que diz respeito à empresa, a situação não poderia ser diferente.

<sup>12</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 19.

<sup>13</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 19.

<sup>14</sup> FORGIONI, Paula Andrea, in *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, pág. 104.

<sup>15</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, págs. 42 e 44/45.

<sup>16</sup> COMPARATO, Fábio Konder: Estado, Empresa e Função Social, *Revista dos Tribunais*, volume 732, outubro de 1996, p. 44/45.

A estrutura da empresa é representada pelo complexo organizado de relações jurídicas decorrentes do contrato associativo, sejam as internas, que estabelecem os participantes da pessoa jurídica e os órgãos de direção e fiscalização, sejam as externas, relacionadas aos terceiros com os quais interage.

E, em se tratando de Ciência Social Aplicada, não há sentido existir institutos jurídicos sem uma função.

Função, segundo lição de Norberto Bobbio, consiste na “prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo.”<sup>17</sup>

Fábio Konder Comparato esclarece que, na língua matriz, o substantivo *functio* é derivado do verbo deponente *fungor*, cujo significado é o de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou de uma tarefa. No que respeita à função jurídica, o termo poder ser tomado no sentido de uma atividade dirigida a um fim e comportamento, de parte do sujeito agente, um poder ou competência.<sup>18</sup>

Quanto aos fins do direito, Norberto Bobbio identifica dois tipos de função: uma individual, relevante para os governados, para quem o direito configura um instrumento de proteção, garantia, libertação, etc., de cada um dos membros da sociedade, e outra social do direito, relevante para os governantes, isto é, para quem ele é um instrumento de governo.<sup>19</sup> Possível, assim, falar-se em função privada e função social de um direito.

A função privada, em verdade, coincide com o interesse que o particular busca realizar por meio de um instituto jurídico.

A empresa é fruto e instrumento da ambição humana, nas palavras de Saulo Bichara Mendonça: “uma força particular em movimento dirigida a um determinado escopo produtivo, com o propósito supremo de proporcionar lucro”.<sup>20</sup>

A recompensa é a alavanca que move a sociedade econômica, conforme lição de Norberto Bobbio.<sup>21</sup> Essa recompensa, no caso da empresa, é o lucro. Lucro, portanto, é a finalidade privada da empresa.<sup>22</sup>

Para obter seu lucro, a empresa desenvolve sua atividade econômica em um contexto social e, em regra, existem os efeitos externos da referida atuação, sejam benéficos, sejam prejudiciais. Não se trata de exceção.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, pág. 103.

<sup>18</sup> COMPARATO, Fábio Konder, in Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, vol. 732, outubro de 1996, págs. 38/46.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, pág. 105.

<sup>20</sup> MENDONÇA, Saulo Bichara, in Função Social da Empresa - Análise Pragmática. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, ano 16, n° 23, 2012, págs. 61/74.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, pág. 9.

<sup>22</sup> O interesse social que na definição clássica corresponde à maximização de lucros, encontrou na integração entre direito societário e mercado de capitais a visão da maximização do valor de venda das ações (*shareholder value*). (SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, págs. 31/32). Seja qual for o entendimento, observa-se que a finalidade do participante da empresa é fomentar riquezas para si, por meio dos dividendos ou da valorização de seu patrimônio social.

<sup>23</sup> FORGIONI, Paula Andrea, in *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, págs. 147/148.

São as externalidades que Fábio Ulhoa Coelho define como “todo efeito produzido por um agente econômico que repercute positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem estar de outra pessoa, sem a correspondente compensação”<sup>24</sup>. E, exemplifica: nenhum pedestre morador de uma metrópole é compensado por respirar o ar contaminado pelos poluentes produzidos por veículos de empresas de transporte coletivo, mas também não é obrigado a remunerar o aumento de espaço livre nas calçadas propiciado pelo serviço dessas mesas empresas.<sup>25</sup>

Equilibrar a equação entre os custos gerados pela atividade econômica e benefícios sociais é, em parte, papel promocional da função social da empresa que será adiante melhor analisado.

Quanto à função social, existe vagueza semântica na dicção. Na concepção atual, a conceituação está estruturada no binômio direito subjetivo e dever jurídico.<sup>26</sup>

Essa é a síntese do ensinamento de Fábio Konder Comparato quando esclarece que “se analisarmos mais de perto esse conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder. O desenvolvimento da atividade é, portanto, um dever mais exatamente, um poder-dever; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido”.<sup>27</sup>

Nessa acepção positiva “de algo que deve ser feito ou cumprido”, o primeiro significado que se extrai da função social diz respeito ao seu sentido instrumental, na qual ela é utilizada para conectar um objeto a uma finalidade, de modo que, caso não se efetiva a finalidade, perde o sentido o objeto.<sup>28</sup> Isto é, antes de se projetar perante terceiros, guarda primeiro uma eficácia interna de realização do interesse econômico-social para o qual o instituto foi criado.

Essa é uma de suas significações fundamentais para a filosofia, conforme elucida Carla Osmo: “a função é operação própria da coisa, no sentido que é o que a coisa faz de melhor do que as outras coisas. Partindo desse entendimento é que Platão diz que ‘a função dos olhos é de ver, a função dos ouvidos é de ouvir e que as virtudes são cada uma função de uma determinada parte da alma, e a função da alma em seu conjunto é aquela de comandar e dirigir’”.<sup>29</sup>

Em razão disso, assevera Claudio Luiz Bueno de Godoy, citando Louis Josserand, que qualquer direito ou prerrogativa deve funcionalizar-se a um fim social, pois “as prerrogativas, mesmo as mais individuais e as mais egoísticas, são ainda produtos sociais, seja na forma, seja no fundo: seria inconcebível que elas pudessem, ao grado de seus titulares, se livrar da marca característica original e ser empregadas para todas

<sup>24</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 33.

<sup>25</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 33.

<sup>26</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa*, *Revista dos Tribunais* 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, volume II, organizador Arnaldo Wald, *Revista dos Tribunais*, p. 101/124.

<sup>27</sup> COMPARATO, Fábio Konder, in *Estado, Empresa e Função Social*. *Revista dos Tribunais*, ano 85, vol. 732, outubro de 1996, p. 38/46.

<sup>28</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva, in *A Funcionalização Social do Direito Privado*. *Revista Forense*, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, p. 4/25.

<sup>29</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa*, *Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2006, p. 273.



as necessidades, mesmo fossem elas inconciliáveis com sua filiação e com os interesses os mais urgentes, os mais certos, da comunidade que as concedeu”.<sup>30</sup> E, nessa seara, desenvolveu-se a teoria do abuso do direito.

Observa-se, nesse contexto, que todo instituto jurídico ostenta um papel social, cuja missão deve ser cumprida sob pena de se tornar vazio seu sentido.

Não se está acolhendo a posição de Karl Renner, influenciado pelo pensamento marxista, no qual a função social de um instituto jurídico corresponde à imagem da função econômica do mesmo instituto. Como advertem Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo, “por tal raciocínio, ilustrativamente, bastaria à empresa, para exercer a sua função social, ser um centro produtor de riquezas, congregando capital e trabalho, perfil este que se enquadra perfeitamente na tradicional concepção individualista e liberal que tem esse instituto enquanto mero gerador de dividendos para os empresários e os investidores de um empreendimento”.<sup>31</sup>

Isto porque, existem as exterioridades positivas decorrentes do mero exercício da atividade empresarial, cujos efeitos benéficos devem ser reconhecidos de algum modo. Na acolhida lição de André Tavares Ramos, “o reconhecimento da função social da empresa não adquire apenas um caráter restritivo ou delimitador. Dentro deste conceito, voltado para a compreensão de que o âmbito coletivo deve também ser privilegiado, o conceito de função social da empresa compreende também os diversos benefícios que a atividade empresarial desempenha para a coletividade”.<sup>32</sup>

Sem o funcionamento da empresa não há produção de bens e serviços, nem produção de riquezas, nem desenvolvimento econômico, cujo papel social é sobremodo relevante na sociedade capitalista.

Além da eficácia interna, cujos efeitos, ressalte-se, são externos, existe a propriamente dita eficácia externa da função social, que tem por principal objetivo internalizar parte das externalidades de efeito negativo.

Existe, para tanto, a funcionalização dos institutos jurídicos que, na advertência de Ricardo Lorenzetti, “pressupõe o entender do direito subjetivo não só como um poder, já que, nele incluídos, há também deveres, dispostos para o exercício do direito se conforme a uma finalidade social”.<sup>33</sup>

A adoção da ideia de funcionalização social ocorreu, observa Alenilson da Silva Cardoso, como forma de compatibilização entre os interesses privados com os interesses públicos, difuso e coletivo, uma vez que o desnível social e o estado de indiferença ao próximo alcançaram níveis alarmantes.<sup>34</sup>

Em verdade, anota Daniela Vasconcellos Gomes, todo o direito privado, incluindo a propriedade, era tomado por uma visão extremamente individualista, que visava exclusivamente proteger os interesses da burguesia.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 115.

<sup>31</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa*, *Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, org. Arnoldo Wald, Revista dos Tribunais, págs. 101/124.

<sup>32</sup> TAVARES, André Ramos, in *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, pág. 93.

<sup>33</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 118.

<sup>34</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva, in *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, págs. 4/25.

<sup>35</sup> GOMES, Daniela Vasconcellos, in *Função Social do contrato e da empresa: Aspectos jurídicos da responsabilidade social nas relações consumeristas*. Revista Forense, vol. 387, setembro/outubro, 2006, págs. 49/65.

Sucede, todavia, como observa Claudio Luiz Bueno de Godoy, que “esse modelo de estrutura jurídica não tardou a revelar a desigualdade real que ele escondia”<sup>36</sup>, da exploração do homem pela burguesia ascendente. E, adiante arremata: “Foi diante desse quadro que se deu a travessia do Estado Liberal para o Estado Social”<sup>37</sup>, a partir do qual o solidarismo passa a presidir as relações privadas.<sup>38</sup>

Assim, o direito subjetivo inserido em um contexto social somente se legitima se atende aos interesses da sociedade.

Invade-se a autonomia da vontade para se restabelecer o equilíbrio nas relações jurídico-sociais. Não somente por meio da proteção do direito, com repressão à sua violação, mas também por meio de uma função positiva, de promoção de objetivos determinados.<sup>39</sup>

Não se trata, pois, de simples situação de controle de poder. Instrumentaliza-se, por meio da imposição de condutas positivas e negativas quando do exercício de um direito, sua funcionalização em prol de interesses sociais, além da satisfação do interesse particular.

Atribui-se ao Estado e à coletividade o direito subjetivo público para exigir do sujeito proprietário a realização de determinadas condutas, a fim de que a relação de propriedade mantenha sua validade no mundo jurídico.

Na lição de Alenilson da Silva Cardoso, o processo de funcionalização social importa numa limitação interna, positiva, condicionadora do exercício do próprio direito individual, que na perspectiva da solidariedade conforme o interesse privado ao interesse social.<sup>40</sup>

Embora implique deveres para o benefício da sociedade, Carla Osmo esclarece que não se transpõe a propriedade à esfera do direito público<sup>41</sup>, o que existe, nas palavras de Cristiane Derani, é apenas “uma nova configuração do modo como o sujeito irá se apropriar do objeto e transformá-lo”.<sup>42</sup>

Não está relacionada à filantropia, ao contrário, a função social da empresa está intimamente correlacionada com sua atribuição originária de propiciar lucros aos investidores<sup>43</sup>, que recepciona uma série de deveres laterais. Esse conjunto de direitos e deveres (originário e laterais) configura a faculdade de exercício da atividade econômica.

Isso não significa que a empresa não possa realizar atos dessa índole, buscando atrelar sua imagem àquela positiva que decorre de uma conduta altruísta. Ocorre que tal iniciativa enquadra-se na figura da responsabilidade social, também designada por alguns de cidadania empresarial.

<sup>36</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 5.

<sup>37</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 6.

<sup>38</sup> Atualmente, o princípio da solidariedade está consagrado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, de modo que a funcionalização dos direitos informa todo o ordenamento jurídico pátrio.

<sup>39</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, in *Função Social do Contrato*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 6.

<sup>40</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva, in *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, p. 4/25.

<sup>41</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 275.

<sup>42</sup> apud OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 275.

<sup>43</sup> MENDONÇA, Saulo Bichara, in *Função Social da Empresa - Análise Pragmática*. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, Franca, ano 16, nº 23, 2012, p. 73.



Na lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo, a responsabilidade social - expressão da ética empresarial - representa gestos voluntários ou espontâneos do empresário, sem qualquer imposição legal.<sup>44</sup> Nisso se difere da função social, que incide na atividade empresarial de modo cogente. Outra distinção diz respeito à limitação objetiva do raio de aplicação de cada um dos institutos: a função social da empresa incide sobre as atividades relacionadas ao objeto social, ao passo que a responsabilidade social da empresa abrange as atividades que não constituem sua finalidade.<sup>45</sup>

Eduardo Tomasevicius Filho é preciso, quando esclarece que: “a base do conceito de função social é o direito subjetivo. Caso não se tenha em mente esse fato, tudo passará a ser função social e, por conseqüência, não se conseguirá distinguir a idéia de função social dos conceitos afins. Ademais, a função social só é exigível no exercício deste determinado direito subjetivo e no que for intimamente ligado ao mesmo. No caso da empresa, só se pode exigir o cumprimento da função social nas atividades que constituem os elementos de empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica organizada produtora de bens e serviços com o intuito de lucro”.<sup>46</sup>

Obviamente, em se tratando de empresa, a necessidade de realização de condutas outras, além daquelas específicas da atividade econômica que acarretam custo operacional, aumenta o custo da transação da empresa<sup>47</sup>, conforme esclarece Fábio Ulhoa Coelho: “Da crítica que a análise econômica do direito faz à economia do bem-estar, no tocante ao mecanismo de internalização de externalidades, resulta um dado de extrema importância, que a tecnologia do direito não pode ignorar, isto é, a afirmação de que algumas normas jurídicas repercutem diretamente no custo da atividade econômica”.<sup>48, 49</sup>

Dessa observação, o Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica faz uma anotação ainda mais relevante com sérios reflexos tanto para a atividade empresarial quanto para o desenvolvimento econômico nacional: “a cada nova obrigação que se impõe ao empresário, de cunho fiscal, trabalhista, previdenciário, ambiental, urbano, contratual, etc., representa aumento de custos para a atividade empresarial e aumento de preço dos produtos e serviços para os seus adquiren-

<sup>44</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa*, *Revista dos Tribunais* 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, volume II, organizador Arnaldo Wald, *Revista dos Tribunais*, p. 113.

<sup>45</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa*, *Revista dos Tribunais* 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, volume II, organizador Arnaldo Wald, *Revista dos Tribunais*, p. 114.

<sup>46</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Organizador Arnaldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, pág. 52.

<sup>47</sup> Quanto ao termo custos de transação, esclarece Rachel Sztajn: a partir de texto de Ronald Coase, fugindo de conceitos da economia clássica, desenvolve-se a área denominada *transaction cost economics*, que estuda o impacto dos custos de transação na modelagem do contrato. São considerados custos de transação aqueles incorridos na realização de uma troca econômica, impostos pela participação em um dado mercado. Assim, por exemplo, nos contratos de execução instantânea, o custo da procura pelo bem desejado, (energia e esforço, tempo despendido, comparação de preços), além, por óbvio, do preço do bem. O custo de obter informação compreende o de saber se o bem está disponível, em qual mercado e qual o menor preço; o custo de negociação e o desenho do clausulado contratual; o custo de fiscalização e de garantia do cumprimento do contratado, incluindo medidas judiciais que representem expressões do custo de transação. (Direito e economia dos contratos: os conceitos fundamentais, *Direito Comercial*. In: *Teoria Geral do Contrato*: Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. vol. 4. p. 73-82)

<sup>48</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 37.

<sup>49</sup> Fábio Ulhoa Coelho esclarece a crítica da análise econômica do direito, proferida em artigo de Ronald Case, em que não se considera as externalidades como falhas do Mercado, tal qual defendido por Arthur Pigou, cuja correção deveria ser feita pelo Estado, por meio da tributação. Para Coase, as externalidades devem ser solucionadas pelos próprios interessados, pois o que é desfavorável para um agente econômico é favorável a outro. (in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 35).

tes e consumidores. (...) Em qualquer hipótese, a interpretação das normas do direito-custo exige a maior objetividade possível, com vistas a ensejar a relativa antecipação das decisões judiciais ou administrativas derivadas dessas mesmas normas. O cálculo empresarial é condição da preservação do lucro e, este por sua vez, é a alavanca das atividades econômicas no capitalismo”.<sup>50</sup>

De se recordar, de todo modo, que o direito mercantil não foi concebido para socorrer o agente individualmente considerado, mas o funcionamento do mercado, como adverte Paula Andrea Forgioni, a qual ainda oferece a seguinte lição de Montesquieu: “a liberdade do Comércio não é uma faculdade concedida aos negociantes para fazer o que quiserem, isso seria antes sua real servidão”.<sup>51</sup>

## 5. O Princípio da função social da empresa

Enquanto instrumento de uma sociedade mais solidária, a função social da empresa não representa uma simples regra. Qualifica-se, no ordenamento jurídico pátrio, como princípio da ordem econômica, traçando uma linha de ajuste entre a liberdade da iniciativa privada e a subordinação ao interesse coletivo,<sup>52</sup> com aquele conteúdo acima exposto.

Fábio Konder Comparato identifica a origem do princípio da função social da empresa no princípio da função social da propriedade, consagrado inicialmente na constituição alemã, em 1919: “A noção de que o uso da propriedade privada deveria também servir ao interesse da coletividade foi, pela primeira vez, estabelecida na Constituição de Weimar de 1919. Em seu art. 153, última alínea dispôs ela: ‘A propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum’”.<sup>53</sup>

Mesmo inicialmente impreciso<sup>54</sup>, o princípio da função social da propriedade se estendeu para outros ordenamentos jurídicos, por exemplo, na Carta Italiana de 1947 e na Constituição espanhola de 1978, ante a necessidade de adoção de condutas solidárias em contraposição às ideias individualistas.

E a nossa Constituição de 1988 não deixou de recepcionar o instituto. Do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, constata-se a recepção do princípio da função social da propriedade, inclusive com força de dever individual fundamental, de forma genérica. Especificamente, os artigos 182 e 186 da Constituição Federal estabelecem regras para o uso da propriedade, respectivamente, urbana e rural, fixando os limites necessários para o atendimento da função social, incluindo deveres positivos e sanções.

Não bastasse, quando da ordenação da atividade econômica, o artigo 170, inciso III, da Constituição Federal também assinalou o princípio da função social da propriedade como informador do sistema, a fim de evitar qualquer dúvida quanto à incidência do instituto, como se a omissão representasse critério interpretativo de exclusão.

<sup>50</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 38.

<sup>51</sup> FORGIONI, Paula Andrea, in *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, pág. 14.

<sup>52</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, págs. 260/305.

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder: Estado, Empresa e Função Social, *Revista dos Tribunais*, volume 732, outubro de 1996, p. 41.

<sup>54</sup> Segundo Fábio Konder Comparato, não houve sucesso pelas autoridades alemãs na explicação do que consistiriam os deveres sociais positivos do proprietário em relação à coletividade. (Estado, Empresa e Função Social, *Revista dos Tribunais*, volume 732, outubro de 1996, p. 41).

Assim, o princípio da função social da propriedade também deve servir de base para a construção do sistema jurídico de regulamentação da atividade econômica, que tem na livre iniciativa um de seus pilares.

Aplicando-se o princípio da função social da propriedade à referida faculdade jurídica de exercício da livre iniciativa econômica, a qual, em essência, consiste no próprio desenvolvimento da atividade empresarial de produção de bens e serviço, depreende-se o princípio da função social da empresa.

Em se tratando de princípio, na lição de Robert Alexy, configura sempre comando de otimização do sistema, que lhe dá unidade e coerência, tendendo a realizar-se sempre da forma mais ampla possível. Uma espécie de norma que pode ser razão imediata para juízos concretos de dever-ser e reclama sempre o mais extenso cumprimento, na medida das possibilidades jurídicas e reais, ou seja, ponderando-se e harmonizando-se com outros princípios jurídicos, com observância das necessidades sociais.<sup>55</sup>

Em síntese, como assenta Fábio Ulhoa Coelho, “o princípio da função social da empresa é constitucional, geral e implícito”.<sup>56</sup>

Ademais, por força dessa eficácia geral, o princípio vincula a ordem econômica e a totalidade da atividade empresarial, incluindo os bens a ela vinculados, alcançando todas as formas de propriedade relacionadas à empresa.

Em sentido amplíssimo, como elucida Pontes de Miranda, “propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito transborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas”.<sup>57</sup>

Compreende, assim, toda relação jurídica de objeto patrimonial, seja aquela de crédito, seja aquela em que se estabelece entre a coisa e o titular do domínio.

É esse o sentido de propriedade, em sua acepção constitucional, para efeito de aplicação do princípio da função social da propriedade e, por conseguinte, do princípio da função social da empresa.

Isso significa que não só o estabelecimento comercial, representado pela universalidade de bens materiais e imateriais, como também o próprio poder de controle societário e seus bens de produção estão sujeitos aos efeitos do princípio da função social da empresa, o que torna a coletividade titular de vários direitos, entre eles a livre concorrência, o respeito às condições de trabalho, a defesa do consumidor e do meio ambiente, os quais serão adiante analisados.

## 6. O direito à livre iniciativa e o poder-dever quanto aos fins da empresa

Nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, adotou-se, para ordem econômica, um sistema baseado na livre iniciativa, demarcando a opção do Estado brasileiro pelo sistema capitalista de produção, cuja característica é o livre exercício da atividade econômica pelo homem e a propriedade privada dos bens de produção.

<sup>55</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de: *Função Social do Contrato*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 103.

<sup>56</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 37.

<sup>57</sup> *apud* OSMO, Carla: Efetividade da Função Social da Empresa, in *Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 268.

A busca pelo lucro é constitucionalmente legítima, sendo, nas palavras de André Tavares Ramos, constitutiva da ordem constitucional econômica do Brasil.<sup>58</sup>

Na mesma direção, afirma Fábio Ulhoa Coelho que a liberdade de iniciativa é elemento essencial do capitalismo; quero dizer, do próprio modo de produção e não somente de sua ideologia.<sup>59</sup>

Essa essencialidade da iniciativa privada implica afirmar que se não houver a atuação do particular não existirá efetiva atividade econômica e, por consequência, suportará a sociedade a escassez de bens e serviços, além da falta de produção de riquezas e desenvolvimento.

O mero desenvolvimento da atividade econômica empresarial já representa a produção de riquezas para o país, gerando, ainda, a satisfação de outros interesses metaindividuais, como dos trabalhadores.

A empresa, ao desempenhar sua atividade econômica, preenche seu papel social, conecta-se com a sua finalidade, o que representa aquela eficácia interna que também deve ser atendida, antes mesmo da análise das externalidades em relação a terceiros, em projeção do princípio da função social.

Essa realização do interesse econômico-social para o qual o instituto foi criado, com o desempenho de seu escopo social, ou seja, o mero funcionamento da empresa, já representa, em parte, atendimento do princípio da função social.

Nesse sentido, Peter Drucker esclarece que a entidade que não desempenha bem sua atividade, não gerará riquezas nem empregos, e não poderá ser considerada socialmente responsável ainda que exerça muitas atividades úteis para a sociedade.<sup>60</sup>

Com efeito, o princípio da função social da empresa exige o exercício do direito para que ele alcance aquele fim específico para o qual foi criado, segundo interesse legitimamente tutelado pelo ordenamento jurídico.

Reforça essa ideia o artigo 206, inciso II, alínea “b”, da Lei 6.404/76, quando estabelece como hipótese de dissolução o fato de a empresa não preencher o seu fim. Fábio Ulhoa Coelho, a propósito, lembra a lição da doutrina que adverte representar a falta de distribuição de dividendos por diversos exercícios, ou seja, a ausência de lucro para direcionar aos acionistas, uma indicação que a empresa não preenche o seu fim<sup>61</sup>, sendo fundamento para a dissolução.

Para se obter lucro, o desenvolvimento da atividade empresarial exige a reunião do trabalho e do capital, este último decorrente de investimento ou do crédito.

O crédito, sendo o diferimento de um pagamento, como adverte Arnoldo Wald, “não pode representar uma ilusão, necessita de lastro adequado e da certeza do recebimento do débito no momento oportuno. Assim, se os bancos, tanto oficiais como privados, exercem uma função social, garantindo a boa circulação da moeda, não se pode olvidar a sua função econômica, devendo ter os meios de realizá-la de modo adequado, no interesse público”.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> TAVARES, André Ramos: *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, p. 107.

<sup>59</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 28.

<sup>60</sup> apud GOMES, Daniela Vasconcellos: Função Social do contrato e da empresa: Aspectos jurídicos da responsabilidade social nas relações consumeristas. *Revista Forense*, vol. 387, setembro/outubro, 2006, p. 62.

<sup>61</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 458.

<sup>62</sup> WALD, Arnoldo: A função social do crédito e a nova parceria entre o governo e o empresariado. in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Vol. 2. Organizador Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

Em relação ao investimento, a situação é ainda mais delicada, pois, além da confiança na empresa, exige-se um ambiente de segurança jurídica, com necessidade de proteção jurídica para o investimento, uma vez que, na economia globalizada, o investidor tem o mundo inteiro para investir, havendo competição entre os países pelo mesmo investidor, como adverte Fábio Ulhoa Coelho.<sup>63</sup>

No que tange à confiança na empresa para efeito de investimento, não se pode ignorar que o investidor almeja aumentar sua riqueza e a sociedade atual não é mais a sociedade industrial.

Francesco Galgano nos contextualiza na fase pós-industrial, em que, concomitantemente à automatização, existe uma sociedade das finanças. Não é mais tão importante o como se produz, mas o que se produz, pois isso pode representar bem de considerável valor econômico, caso transformado em produto financeiro. Os produtos financeiros ganham corpo e vida própria, por meio da técnica contratual. Um investimento em imóvel, por exemplo, pode ser transformado em coisa móvel, por meio da criação jurídica de um documento destinado a circular no mercado de valores mobiliários.<sup>64</sup>

Seja qual for a forma de capitalização das empresas, importantíssimo o papel das instituições financeiras, conforme ênfase de Arnaldo Wald: “Não há desenvolvimento efetivo sem o trabalho catalisador dos bancos, que captam e administram recursos, repassam créditos, orientam investidores e constituem a ponte entre o país e a comunidade financeira internacional”.<sup>65</sup>

## 7. Administração da empresa e função social

Da leitura dos artigos 116, parágrafo único, 154 e 165, da Lei 6.404/1976, verifica-se expressamente a imposição aos administradores do dever de observar a função social da empresa.

O primeiro desses dispositivos, esclarece Carla Osmo, “determina que o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto social e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, para com os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos deve lealmente respeitar e atender”.<sup>66</sup>

Segundo o magistério de Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, em estudo de referido instituto, a lei acionária brasileira adotou tanto a concepção da “empresa em si”, como a do “interesse social”, as quais não oferecem oposição.<sup>67</sup>

Francesco Galgano esclarece que “o interesse da sociedade transcende o interesse pessoal dos sócios e se identifica no interesse da ‘empresa em si’, isto é, no interesse da

<sup>63</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 18.

<sup>64</sup> GALGANO, Francesco: *Lex Mercatória*. 5ª edição, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 239.

<sup>65</sup> WALD, Arnaldo: A função social do crédito e a nova parceria entre o governo e o empresariado. in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Vol. 2. Organizador Arnaldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

<sup>66</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 286.

<sup>67</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 186.

eficiência produtiva da empresa, vista como instrumento de desenvolvimento econômico geral, enquanto o interesse dos sócios advém em posição subordinada e marginal”.<sup>68</sup>

Nessa vertente, conforme indicam os juristas Geiler e Netter, predomina o caráter publicista das grandes empresas, que buscam o desenvolvimento da economia nacional, e o da empresa em si, que concentra, na sua complexidade, importância da própria estrutura e atividade, interesses de diversos gêneros, dentre os quais os dos acionistas, o dos trabalhadores e dependentes, além daquele dos consumidores, interesses que não se identificam necessariamente com a finalidade de maior proveito para o acionista.<sup>69</sup>

Ordena-se, em conjunto, para fazer a companhia cumprir a realização de seu objeto social e a realização de interesses igualmente impositivos, tais como aqueles nacionais, da economia nacional e aqueles insitos da noção da função social.<sup>70</sup>

Na concepção do interesse social, a empresa deve buscar a obtenção de lucros (objetivo final) por meio da realização de seu objeto social. O interesse dos sócios corresponde ao interesse da sociedade, como preleciona Tullio Ascarelli.<sup>71</sup>

Não se permite, todavia, deixar para segundo plano a realização do objeto social, conforme a finalidade de lucro da sociedade, sob o pretexto de cumprir com os deveres positivos da função social, pois não pode o Estado dispor do capital dos particulares sem lhes atribuir uma justa remuneração. Esse é o entendimento esboçado por Carla Osmo, quando da análise do artigo 156 da LSA, afirmando que em caso de conflitos de interesse, o da companhia deve prevalecer.<sup>72</sup>

De todo modo, o respeito ao interesse dos sócios ou acionistas encerra deveres de uma administração que aja com lisura e transparência, observando as normas legais e contratuais pertinentes, e buscando dar cumprimento, com eficiência aos interesses da sociedade. Também o controlador deverá pautar sua conduta não apenas em seus próprios interesses, mas respeitar o interesse dos sócios ou acionistas minoritários e da própria sociedade.<sup>73</sup>

Em decorrência da própria ideia de função social, busca-se a construção de um novo sistema de regulação de mercado mais probo e ético, enquadrando-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa como um instrumento eficaz de coibição de fraude e abuso de direito perpetrado a partir da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.<sup>74</sup>

<sup>68</sup> *apud* FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 183.

<sup>69</sup> *apud* FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 183.

<sup>70</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 183.

<sup>71</sup> *apud* FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 185.

<sup>72</sup> OSMO, Carla, in *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 286.

<sup>73</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva, in *Função Social da Empresa, Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, organizador Arnaldo Wald, Revista dos Tribunais, p. 119.

<sup>74</sup> PEGHINI, Cesar Calo: A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica. *Direito Processual Empresarial - Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro - Elsevier Editora, 2012, p. 141.



## 8. Concorrência

Calixto Salomão Filho, quando da análise das diversas teorias econômicas, conclui que o mercado não funciona bem caso seja deixado livre.<sup>75</sup>

Não mais se acredita no exercício da atividade econômica com total liberdade para o melhor prosseguimento em seus processos produtivos, a fim de se alcançar assim o máximo de desenvolvimento econômico.

Recusa-se a ideia do livre mercado defendido pela Escola de Chicago, considerado no Teorema de Coase, que assinala a importância da redução dos custos de transação igualando-os a zero, como forma de proteção à eficiência dos recursos alocados.

Assim, nos termos do § 4º, do artigo 173 da Constituição Federal, não se pode afastar as limitações dos valores sociais e econômicos que ultrapassam ilegitimamente a lucratividade dos empresários, razão pela qual existe a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

E a correlação entre função social da empresa e o Direito Econômico, que regula a concorrência, é de origem, pois foi na transposição do instituto da função social da propriedade para o estudo das teorias da empresa, segundo referência de Eros Grau, que se encontra o nascedouro do referido ramo do direito.<sup>76</sup>

De se mencionar a lição de Fábio Nusdeo, quando afirma que a concentração, seja qual for sua origem, representa falha de estrutura do sistema de mercado a inibir os mecanismos decisores e controladores, razão pela qual existem leis destinadas a combater ou a atenuar o poder de controle dos oligopólios, monopólios ou formas diversas de concentração econômica sobre os mercados, para impedir as chamadas práticas comerciais abusivas.<sup>77</sup>

Com efeito, conforme Eduardo Tomasevicius Filho, “do ponto de vista das estruturas dos mercados, o exercício de uma determinada atividade econômica por um único agente deve ser admitida somente em casos excepcionais, tendo em vista a ineficiência natural dos monopólios e a transferência de recursos sociais para as mãos do monopolista. E no que diz respeito à concentração de agentes nos mercados, somente deve ser admitida mediante justificativas que demonstrem ser vantajosa para a sociedade a efetivação da concentração do poder econômico. Dessa forma, a função social consiste na destinação econômica socialmente mais vantajosa para a sociedade.”<sup>78</sup>

<sup>75</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, pág. 22.

<sup>76</sup> apud BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna: Da Função Social para a responsabilidade da empresa, in *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. Organizadores: Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 237.

<sup>77</sup> NUSDEO, Fábio: *Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico*. 6ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

<sup>78</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Organizador Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 2, p. 57 e 58.

## 9. Bens de produção e direito do consumidor

O interesse dos consumidores integra a concepção da função social da empresa, de modo que a atividade empresarial deve observar as condutas decorrentes do princípio da qualidade e vedação aos abusos.

André Tavares Ramos, nesse sentido, afirma que “a função social da empresa requer que ela opere tendo em vista a qualidade de seus serviços e produtos, respeitando o direito dos consumidores, disciplinado pela Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor”.<sup>79</sup>

É sob esse aspecto que a distinção entre bens de produção e bens de consumo alcança extrema relevância à conceituação da função social, conforme ressalta Marcelo Barbosa Sacramone: “Os bens de produção devem ser caracterizados não por sua natureza ou consistência, mas pela finalidade pela qual são empregados. Enquanto a propriedade dos bens de consumo exaure-se na própria fruição, os bens de produção são caracterizados pela sua inserção no processo produtivo e, como decorrência do primeiro aspecto, pela convergência de interesses outros que não o exclusivo interesse do proprietário. Aos bens de consumo é garantida uma função essencialmente individual, como instrumento a garantir o provimento das necessidades materiais e a subsistência individual e familiar. Essa propriedade é a incluída como direito individual fundamental do homem, e consagrada como cláusula pétrea pela Constituição Federal no artigo 5º, XXII. Como instrumento básico à subsistência e reprodução social do indivíduo e de sua família, esta propriedade não é afetada pelo princípio da função social; sua limitação é possível exclusivamente em virtude de exercício abusivo pelo particular. Sobre os bens de produção como os caracterizados por desempenharem uma função coletiva, ou, mais especificamente, serem utilizados para o desenvolvimento de uma atividade econômica pelos agentes, é que se justifica a imposição da função social da propriedade”.<sup>80</sup>

Isto significa que os bens de produção destinados ao consumo, para atendimento da função social da empresa, devem observar o princípio da qualidade, do qual decorre a necessidade de o fornecedor somente colocar produtos e serviços no mercado com a adequação da utilidade, no sentido de servir aos fins que legitimamente dele se esperam,<sup>81</sup> em respeito ao dever de segurança, sem colocar em risco a integridade dos consumidores, oferecendo, ainda, todas as informações necessárias para o adequado uso do produto ou serviço.

Neste particular, os testes de qualidade quando da fase de desenvolvimento do projeto são sobretudo importantes para se evitar as consequências danosas de um produto sem a segurança necessária.

Cediço que os deveres identificados acima acarretam custos à empresa: o direito-custo, que deve ser calculado pelo agente da atividade econômica, visando o lucro e, por conseguinte, a continuidade da empresa com efetiva produção de riquezas.

<sup>79</sup> TAVARES, André Ramos, in *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, pág. 107.

<sup>80</sup> SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares*, Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, pág. 15.

<sup>81</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 410.

A normalização e regulamentação, que representam os padrões técnicos compreendidos nas diretrizes de entidades particulares, no primeiro caso, ou nas normas editadas por ato de autoridade estatal, no segundo, visando estabelecer os critérios mínimos de qualidade e utilidade de produtos e serviços, desempenham um papel importante para esse cálculo do custo social das normas consumeristas, uma vez que oferece elementos objetivos para aplicação pelo fornecedor naquilo que irá produzir.

Quanto maior o regramento técnico da produção e, de alguns casos, da comercialização, refletindo as expectativas legítimas dos consumidores, maior e o próprio sucesso do mercado<sup>82</sup>, atingindo-se o almejado desenvolvimento econômico.

De se recordar que a empresa, salvo na situação de profissional liberal, nos termos dos artigos 12 e 14 da Lei 8.078/90, responde objetivamente pelos danos causados ao consumidor em decorrência da adoção da teoria do risco.

Deve, portanto, realizar a atividade de distribuição dos custos desse risco, pois não se pensa que a empresa fornecedora realize a assunção de tais custos. Assevera Bruno Miragem que “elege-se um critério eficiente de sua distribuição por toda a cadeia de fornecimento, uma vez que os mesmos serão necessariamente repassados, por intermédio do sistema de preços, a todos os consumidores que terminam por remunerar o fornecedor também em consideração dos custos representados pelas eventuais indenizações que venha a suportar”.<sup>83</sup>

A vedação ao abuso alcança as práticas dos fornecedores e as relações contratuais. São normas de ordem pública que devem ser respeitadas pela empresa quando do exercício de sua atividade econômica.

Implantou-se, inclusive, uma série de cadastros informais, por entidades de proteção ao consumidor, das empresas que desrespeitam os direitos estabelecidos na Lei 8.078/90, o que tem servido como critério orientador para a “compra segura”, de forma a fomentar a procura das empresas que observam a função social da empresa em relação ao consumidor, em detrimento daquelas que pouco se esforçam no atendimento dos deveres correlatos.

## 10. Externalidade - meio ambiente

O meio ambiente configura bem comum que merece tratamento especial. No artigo 225 da Constituição Federal, estabelece-se a proteção do meio ambiente no patamar constitucional, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

André Ramos Tavares menciona a preocupação da garantia do desenvolvimento sustentável e do meio ambiente, cujo respeito também se inclui na função social da empresa.<sup>84</sup>

A defesa do meio ambiente, enfatiza Paulo Affonso Leme Machado, é uma questão que obrigatoriamente deve constar da agenda econômica público e privada, pois, nos

<sup>82</sup> BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 386.

<sup>83</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 354.

<sup>84</sup> TAVARES, André Ramos, in *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, pág. 107.

termos do inciso VI, do artigo 170, da Constituição Federal, faz parte do desenvolvimento econômico nacional. É preciso integrá-los no que se passou a chamar de desenvolvimento sustentado.<sup>85</sup>

Apenas recentemente, contudo, como esclarece Fábio Ulhoa Coelho, “a agressão da indústria ao meio ambiente transformou-se numa externalidade relevante (no Brasil, a primeira lei específica sobre controle de poluição industrial data de 1967), mas o direito ambiental não tem respondido a essa transformação com a interdição das atividades poluidoras, e sim por mecanismos mais ou menos eficientes de controle de produção de poluentes”.<sup>86</sup>

Isto ocorre pois a atividade econômica que polui é a mesma que gera empregos e outras externalidades benéficas.

Necessário, pois, fomentar o desenvolvimento sustentável, que consiste no “desenvolvimento capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas necessidades”.<sup>87</sup>

Retoma-se, neste ponto, a necessidade de escolha da melhor forma de se combater as externalidades, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, como assinalam Gustavo Madeira da Silveira e Renata Campetti Amaral: de um lado, a solução pública proposta pelo economista Arthur Cecil Pigou, que defende a criação de “imposto sobre unidade de poluição emitida, em que a taxação sobre a atividade fará com que o externalizante arque com os custos da externalidade”<sup>88</sup>; de outro, a solução privada de Roanald Coase, em que “as partes envolvidas buscam um remédio para sanar as externalidades que lhes é particular, por meio de negociação, a qual, se não obtida, enseja uma opção padrão”.<sup>89</sup>

E, nos diversos encontros relacionados ao assunto, as negociações privadas de Coase sempre estão em pauta, com o estabelecimento de níveis máximos de poluição, sem prejuízo da compensação de danos causados, como por exemplo os instrumentos auxiliares previstos no Protocolo de Quioto.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 143.

<sup>86</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 33/34.

<sup>87</sup> SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 292/293.

<sup>88</sup> SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 290.

<sup>89</sup> SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 291.

<sup>90</sup> São três os instrumentos: Comércio Internacional de Emissões (CIE - “International Emissions Trading”), baseado no mecanismo do *cap and trade*, ou seja, um sistema global de compra e venda de carbono, no qual as empresas ou países que emitirem menos que as metas estabelecidas podem vender para quem não as atingiu; Implementação Conjunta (IC - *Joint Implementation*) que consiste em um mecanismo no qual um país adquire Unidades de Redução de Emissão (URC) de outro país, resultantes de projetos conjuntos de redução dos Gases do Efeito Estufa (GEE); Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL - *Clean Development Mechanism*), assemelha-se ao IC, porém o país, em vez de adquirir URC, adquire Reduções Certificadas de Emissão (RCE), que são resultantes de projetos voltados à redução de emissão dos GEE, ou de sequestro de *carbon*, implantados em países em desenvolvimento. SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 301.

De todo modo, a internalização, com a criação de obrigações para compensar as externalidades geradas pela empresa que polui tem o efeito de aumentar os custos da transação, que somente tornarão inviável a atividade do agente econômico quando elevados, de modo a não propiciar o lucro.

Além dessa consequência, do preço elevado do bem produzido reduzir o consumo, Maria Alexandra de Souza Aragão aponta outras duas consequências ao se atribuir o pagamento dos danos ambientais ao poluidor, a saber: o repasse para o consumidor da internalização das externalidades negativas, o que tem um efeito positivo, pois, em se tratando de bem essencial, somente quem deseja aquele bem pagará tal custo social; e a possibilidade de o consumidor optar por um produto poluente e outro não ou bem menos poluente, o que incentivará o desenvolvimento das indústrias voltadas ao princípio da função social de respeito ao meio ambiente.<sup>91</sup>

Observa Calixto Salomão Filho que existe também um problema importante em relação aos recursos naturais que está na tendência predatória criada pela sua retirada em escala, normalmente por grandes estruturas industriais ou extrativas, que se intensifica com o distanciamento geográfico e a menor dependência da empresa em relação à natureza e aos habitantes da região em que os recursos naturais se encontram.<sup>92</sup>

Para evitar a escassez dos recursos, sugere o Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com base no artigo 116, parágrafo único, da lei das sociedades anônimas, a institucionalização da participação de membros da comunidade afetada pela extração dos recursos naturais nos órgãos deliberativos das grandes empresas. Essa tendência, enfatiza Calixto Salomão Filho, mais que reconhecer a pluralidade de interesses na determinação do interesse social, representa a necessidade de transformação da organização interna da sociedade para dar guarida eficiente a esses objetivos.<sup>93</sup>

Fundamental, portanto, a conciliação entre a liberdade de empresa com a proteção e conservação do meio ambiente. Na lição de Eduardo Tomasevicius Filho: “Exerce a função social a empresa que utiliza os recursos naturais de forma justa e reduz ao mínimo o impacto de suas atividades no meio ambiente. Trata-se de uma série de deveres, negativos e positivos, exigíveis do titular deste direito”.<sup>94</sup>

## 11. Relações de trabalho - custo social e externalidade positiva

No tocante às relações de trabalho, André Ramos Tavares afirma que a observância da função social passa pela necessidade de a atividade empresarial se atentar para a valorização do trabalho humano, conforme artigo 170, caput, da Constituição Federal, o que representa operar dentro dos direitos trabalhistas, como pela concretização da busca pelo pleno emprego”.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> apud SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 295.

<sup>92</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, pág. 24.

<sup>93</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, in *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011, pág. 25.

<sup>94</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 2, p. 59.

<sup>95</sup> TAVARES, André Ramos, in *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, pág. 107.

E tanto as macroempresas quanto as microempresas estão sujeitas ao atendimento de sua função social, valendo ressaltar a observação de Eduardo Tomasevicius Filho: “Veja-se o caso das microempresas, que, na verdade, são as que melhor têm condições de atender ao princípio do pleno emprego, uma vez que, por não disporem de grande tecnologia em seus processos produtivos, requerem maior uso de trabalho humano e são responsáveis por cerca de 60% a 70% dos postos de trabalho em uma sociedade”.<sup>96</sup>

Amauri Mascaro Nascimento, após relatar a reengenharia do processo produtivo, a informática e a globalização, com aumento da produtividade com um número menor de empregados, enfatiza que “o direito do trabalho ainda não encontrou meios eficazes de enfrentar o problema que caracteriza o período contemporâneo com a nova questão social”.<sup>97</sup>

É certo, contudo, que a empresa deve gerar empregos e procurar movimentar a economia local. Se não cumpre tais objetivos de maneira a atender essa necessidade social, está descumprindo a sua função social.<sup>98</sup>

A situação atual é delicada e tem correlação com a estagnação econômica. Um ponto de solução reside na flexibilização do direito do trabalho, como defende Luiz Carlos Amorim Robortella, a partir do reconhecimento da natureza cambiante da realidade econômica, ou seja, “uma norma pode ser socialmente aceitável num período de abundância e, entretanto, absolutamente nociva dentro de uma sociedade em processo de crise de emprego”, assim, acrescenta, “a flexibilização, como técnica gerada no seio da crise das sociedades modernas, pode desempenhar papel de relevo na solução dos problemas emergentes, remexendo em velhas idéias e estruturas, no rastro da modernidade que parece ser a vocação do direito do trabalho”<sup>99</sup>, realidade que aumenta a importância das negociações coletivas, como por exemplo, de redução de jornada, visando a manutenção de emprego.

Reconhece-se, ainda, a importância do meio ambiente artificial (ou meio ambiente do trabalho) como bem juridicamente relevante de proteção.

A função social da empresa exige, assim, a concretização de condutas positivas pelo agente da atividade empresarial que tenham por finalidade a realização de tais interesses.

São diversos os custos acrescidos ao empresário. Inicia-se no estabelecimento comercial, cujo ambiente deve observar as normas de insalubridade, passando pelo regular pagamento das verbas trabalhistas, até o fornecimento de equipamentos de proteção.

Na maioria das vezes a elevação de custo na transação nem sempre corresponderá à internalização de uma externalidade negativa gerada pela empresa, o que justifica o extremo cuidado quando da imposição de novos encargos, a fim de não se inviabilizar o próprio escopo empresarial, o que teria por efeito tanto a frustração da atividade econômica para o desenvolvimento nacional, quanto os efeitos positivos da geração de empregos.

<sup>96</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnoldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 59.

<sup>97</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 13ª ed., 1997, p. 41.

<sup>98</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnoldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 59.

<sup>99</sup> *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 13ª ed., 1997, p. 115.



Ademais, nesse ponto específico de geração de empregos, revela-se a externalidade positiva da atividade empresarial, reconhecendo-se ao conceito de função da empresa aquela compreensão dos diversos benefícios que ela desempenha para a coletividade.

Manoel de Queiroz Pereira Calças, em razão da relevante função social da empresa, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico do País, ensina que ela deve ser preservada sempre que for possível: “O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função do social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas”.<sup>100</sup>

Cria-se, pois, em favor da empresa o cuidado de sua preservação pelos órgãos estatais, incluindo-se o Poder Judiciário, especialmente quando da aplicação de atos de construção que tenham por objeto o faturamento.

## 12. Preservação da empresa e recuperação judicial

A empresa, enquanto atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, não se confunde com o empresário, nem com o estabelecimento comercial.

E nessa atividade, recordando lição de Modesto Carvalhosa, existem inúmeros interessados: os empregados, que dela retiram o sustento; os fornecedores, cujo vínculo negocial corrobora com o lucro recíproco; a comunidade em que atua, que tem seus interesses de consumo satisfeitos e o próprio Estado, na condição de arrecadador de tributos.<sup>101</sup>

Esclarece, contudo, João Carlos Leal Junior quanto à possibilidade de que empresas economicamente saudáveis sejam atingidas por crises financeiras temporárias ou não, com a insuficiência de recursos financeiros para o adimplemento das obrigações assumidas.<sup>102</sup>

Nessa situação, importa, em um primeiro momento, buscar a preservação da empresa em atendimento ao princípio da função social que não ostenta apenas um caráter restritivo ou delimitador, mas compreende o reconhecimento dos diversos benefícios que a atividade empresarial desempenha para a coletividade.<sup>103</sup>

Por meio do princípio da preservação da empresa, leciona Fábio Ulhoa Coelho, “o que se tem em vista é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos”.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira, in *A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: repercussão no Direito do Trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, a. 73, n. 4, out./dez. 2007, p. 40.

<sup>101</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva, in *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, págs. 4/25.

<sup>102</sup> LEAL JUNIOR, João Carlos. *Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na Lei 11.101/05*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho 2010, p. 511.

<sup>103</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013, p. 93.

<sup>104</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 40.

Em razão disso, esclarecem Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn que o instituto da recuperação judicial visa permitir a manutenção da empresa, enquanto fonte produtora que garante postos de trabalho e o pagamento das obrigações, pois somente nessa situação cumpre função social.<sup>105</sup>

E o princípio da preservação, pois, representa decorrência da função social da empresa. É preciso preservar a empresa para que ela cumpra sua função social.

Tanto que o artigo 47 da Lei 11.101/2005 expressamente faz menção dos dois princípios: da função social da empresa e da preservação desta, de modo a explicitar seja o último decorrência do primeiro<sup>106</sup>.

A ideia de falência, ressalta Eduardo Tomasevicius Filho, “vem sendo substituída pela de reorganização empresarial, a fim de manter a empresa em operação. Afasta-se o empresário, sem, contudo, encerrar a atividade empresarial. Dessa forma, além de atender-se ao princípio da preservação da empresa, que é a unidade de produção do sistema capitalista, são mantidos os empregos e recolhidos os impostos decorrentes do exercício da atividade empresarial”.<sup>107</sup>

Mas nem toda empresa merece ser preservada. Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn advertem que somente aquelas que fazem por merecer lugar no mercado enquanto eficientes e lucrativas. É necessário ter viabilidade econômica, sem esta, a concessão de incentivo esbarra na necessidade da tutela do mercado. A garantia do interesse dos credores, trabalhadores ou não, é condição inarredável qualquer que seja a conotação atribuída à função social.<sup>108</sup>

Nessa mesma direção, o comentário de Manoel Justino Bezerra Filho: “a recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação, pois aquelas em tal estado, porém em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento de produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social”.<sup>109</sup>

Ademais, considerando-se que na desconsideração da personalidade jurídica não se atinge o ato constitutivo, mas tão somente a eficácia da separação patrimonial, esclarece Cesar Calo Peghini que no referido instituto também existe a ideia de preservação da atividade empresarial, na medida em que inibe a dissolução ou anulação da pessoa jurídica, como uma forma de atendimento próprio, bem como dos interesses coletivos.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel: Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 190.

<sup>106</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLLO, Bruno Paiva, in Função Social da Empresa, *Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, organizador Arnaldo Wald, Revista dos Tribunais, p. 122.

<sup>107</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo: A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnaldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 61.

<sup>108</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel: Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 189.

<sup>109</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 3ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

<sup>110</sup> PEGHINI, Cesar Calo. *A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica*. Direito Processual Empresarial - Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro - Elsevier Editora, 2012, p. 141.

A preservação da empresa, quando presentes os pressupostos legais da recuperação judicial, portanto, representa reconhecimento do papel da atividade empresarial como mola propulsora da economia dos países, tendo em vista seu alcance como fonte geradora de empregos, produtos, serviços, tributos e diversos benefícios sociais.

### 13. Conclusões

Para Modesto Carvalhosa, inúmeros são os interessados na empresa: os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado – logo, as modernas funções sociais da empresa compreendem: a) as condições satisfatórias de trabalho e às relações com seus empregados; b) o interesse dos consumidores; c) o interesse dos concorrentes; d) a preservação ecológica urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua.<sup>111</sup>

Cumpra, pois, a sua função social, como ensina Fábio Ulhoa Coelho, “a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito ao direito dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social”.<sup>112</sup>

E a efetividade do princípio da função social da empresa passa por uma importante lição de Norberto Bobbio, ao afirmar que “a partir do momento em que o Estado assume a tarefa não apenas de controlar o desenvolvimento econômico, mas também de dirigi-lo, o instrumento idôneo para essa função não é mais a norma reforçada por uma sanção negativa contra aqueles que a transgridem, mas a diretiva econômica, que, frequentemente, é reforçada por uma sanção positiva em favor daqueles que a ela se conformam, como ocorre, por exemplo, nas denominadas leis de incentivo”.<sup>113</sup>

Defende, assim, o autor italiano a função promocional do ordenamento jurídico: se existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torná-la impossível, torná-la difícil e torná-la desvantajosa, de modo simétrico, deve se buscar atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa.<sup>114</sup>

Como afirmado anteriormente, cada nova obrigação que se impõe ao empresário de cunho social representa aumento de custos para a atividade econômica e aumento do preço dos produtos e serviços para os seus adquirentes e consumidores. O custo-direito, em regra, não é o vilão do empresário, mas pode ser, tornando-se óbice para a desenvolvimento econômico.

<sup>111</sup> CARDOSO, Alenilson da Silva: *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, págs. 4/25.

<sup>112</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 37.

<sup>113</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, p. 209.

<sup>114</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, p. 15.

Partindo de uma situação jurídica em que a atividade empresarial é qualificada como atividade lícita, o incentivo tende a induzir certos empreendedores a modificar a situação existente, enquanto o desincentivo tende a induzir outros empreendedores a inércia.<sup>115</sup>

Equilibrar essa equação de atribuição de deveres e de viabilidade da atividade lucrativa, com certos incentivos, por exemplo, fiscal tal qual ocorre com situações de responsabilidade social<sup>116</sup>, pode ser uma melhor alternativa para o desenvolvimento econômico.

Ademais, a atual fase do capitalismo, especialmente nos países em desenvolvimento, pressupõe uma aliança entre a eficiência e a equidade, conciliando as funções econômicas e sociais das instituições, por meio do diálogo, como adverte Arnoldo Wald: “Se há uma política do desenvolvimento que possa ser aplicada no Estado de Direito, certamente não pode ser imposta, devendo decorrer do consenso. A democracia participativa pressupõe que haja um diálogo constante entre a iniciativa privada e as autoridades, pois, no plano econômico, as realizações e a transformação dos projetos em atos dependem do acordo de ambos. Como bem esclarece a Constituição, o planejamento estatal é indicativo para as empresas privadas e, assim, só será eficaz se concebido consensualmente e se for executado pelas empresas com incentivo e apoio do Governo. É o que podemos chamar de uma política industrial dialogada, democrática e eficiente”.<sup>117</sup>

Quanto ao Poder Judiciário, sua atuação é de extrema responsabilidade. Como afirma Carla Osmo: “a ele incumbe encontrar a solução mais adequada para os casos que lhe forem levados, dando concretude ao princípio da função social da empresa. (...) a decisão judicial deve ser cuidadosamente responsável. Não pode suprimir da empresa sua segurança jurídica, sua previsibilidade, sua liberdade de atuação. Não pode, a pretexto de concretizar direitos sociais, violar diretamente direitos individuais já conquistados.”<sup>118</sup>

O empresário, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, sopesa a *rule of law*, isto é, o ambiente de segurança jurídica, sendo importante a possibilidade de se proceder objetivamente o cálculo dos preços de seus fornecimentos ao mercado e quanto menor a taxa associada ao risco das decisões imprevisíveis, mais baratos serão os produtos ou serviços.<sup>119</sup>

Não se pode ignorar, por fim, a advertência de Fábio Ulhoa Coelho quanto à “impossibilidade de completa reorganização científica da economia e da sociedade por meio da tecnologia jurídica”, o que deve gerar a consciência das inexoráveis limitações próprias da função estatal de disciplinar a atividade econômica da produção e circulação de bens e serviços”.<sup>120</sup>

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007, p. 20.

<sup>116</sup> O art. 154, § 4º, da Lei das Sociedades por Ações dispõe que o Conselho de Administração ou a Diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais. Em compensação, pode-se deduzir esses gastos do montante a ser pago a título de imposto de renda. (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Organizador Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 2, p. 64.)

<sup>117</sup> WALD, Arnoldo. A função social do crédito e a nova parceria entre o governo e o empresariado. in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Vol. 2. Organizador Arnoldo Wald, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

<sup>118</sup> OSMO, Carla. *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 299.

<sup>119</sup> COELHO, Fábio Ulhoa: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 18.

<sup>120</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, in *Curso de Direito Comercial*, 7ª ed., volume 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 5.

## 14. Bibliografia

AMARAL, Renata Campetti, SILVEIRA, Gustavo Madeira da. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 287/305.

ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 103, Julho-Setembro 1996, p. 87/100.

\_\_\_\_\_: O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o significado da Unificação do Direito Privado, tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 114, Abril-Junho, 1999, p. 237/252.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução e notas: Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 104, Outubro-Dezembro, 1996, p. 109/126.

BARTHOLO, Bruno Paiva e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função Social da Empresa, *Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, organizador Arnaldo Wald, Revista dos Tribunais, 2011, p. 101/124.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 3ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna: Da Função Social para a responsabilidade da empresa, in *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. Org. Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 229/276.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, Manole, 2007.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: repercussão no Direito do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, a. 73, n. 4, out./dez. 2007.

CARDOSO, Alenilson da Silva. *A Funcionalização Social do Direito Privado*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho de 2010, p. 4/25.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_: *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_: *Princípios do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, vol. 732, outubro de 1996.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, p. 177/191.

FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GALGANO, Francesco. *Lex Mercatória*. 5ª edição, Bologna, Il Mulino, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e BARTHOLO, Bruno Paiva. Função Social da Empresa, *Revista dos Tribunais 100 anos - Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, volume II, organizador Arnaldo Wald, Revista dos Tribunais, 2011, p. 101/124.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

GOMES, Daniela Vasconcellos. *Função Social do contrato e da empresa: Aspectos jurídicos da responsabilidade social nas relações consumeristas*. Revista Forense, vol. 387, setembro/outubro, 2006, p. 49/65.

LEAL JUNIOR, João Carlos. *Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na Lei 11.101/05*. Revista Forense, volume 409, ano 106, maio-junho 2010, p. 507/523.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2006.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Função Social da Empresa - Análise Pragmática. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, ano 16, nº 23, 2012, p. 61/74.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 13ª ed., 1997. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico*. 6ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

OSMO, Carla. *Efetividade da Função Social da Empresa, Função do Direito Privado*, Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 260/305.

PEGHINI, Cesar Calo. *A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica*. Direito Processual Empresarial – Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro - Elsevier Editora, 2012.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares*, Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Gustavo Madeira da, AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase, in *Direito e Economia*, Org. Luciano Benetti Timm, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 287/305.

SZTAJN, Rachel e FRANCO, Vera Helena de Mello. Recuperação e Função Social da Empresa - reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, novembro/2011, pp. 177/191.



SZTAJN, Rachel. Direito e economia dos contratos: os conceitos fundamentais., In: Direito Comercial - Teoria Geral do Contrato, Org. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. 2ª edição. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014, vol. 4, pp. 73-82.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo, Método, 2013.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa, in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnoldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 43/67.

WALD, Arnoldo. A função social do crédito e a nova parceria entre o governo e o empresário. in *Direito Empresarial: Direito Societário*. Org. Arnoldo Wald, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2011. Vol. 2, p. 25/31.