



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

PAULO DE ASSIS FERREIRA DA LUZ

A EMPRESA E O DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO BRASILEIRO:
Análise da Relevância da Função Social da Empresa para o Alcance da Dignidade
da Pessoa Humana

JOÃO PESSOA/PB
2011.

PAULO DE ASSIS FERREIRA DA LUZ

A EMPRESA E O DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO BRASILEIRO:
Análise da relevância da função social da empresa para o alcance da dignidade da
pessoa humana

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como requisito obrigatório para a obtenção de grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Direito Econômico

Orientadora: Professora Pós Doutora Hertha Urquiza Baracho

João Pessoa
2011

L979e Luz, Paulo de Assis Ferreira da.
A empresa e o direito constitucional econômico brasileiro: análise da relevância da função social da empresa para o alcance da dignidade da pessoa humana / Paulo de Assis Ferreira da Luz.- João Pessoa, 2011.
131f.
Orientadora: Hertha Urquiza Baracho
Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ
1. Direito Econômico. 2. Empresa – capitalização - lucro.
3. Empresa – função social. 4. Empresa - meios de produção.
5. Empresa – relação - coletividade.

UFPB/BC

CDU: 346.1(043)

PAULO DE ASSIS FERREIRA DA LUZ

A EMPRESA E O DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO BRASILEIRO:
Análise da relevância da função social da empresa para o alcance da dignidade da
pessoa humana

Dissertação apresentada à Coordenação do
Programa de Pós Graduação em Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba –
UFPB, como requisito obrigatório para a
obtenção de grau de Mestre em Ciências
Jurídicas.

Área de Concentração: Direito Econômico

Orientadora: Professora Pós Doutora Hertha
Urquiza Baracho.

Aprovado em João Pessoa/PB em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Professora Dr.^a Hertha Urquiza Baracho
Universidade Federal da Paraíba (Orientadora)

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos
Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Yanko Marcius de Alencar Xavier
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

DEDICATÓRIA

A Deus – sem o qual nada seria possível – dentro de nossa fé.

A todos que das formas mais e menos imagináveis colaboraram pelo simples fato de acreditar em mim.

Mas em especial a IANNE, minha esposa, maior e inigualável incentivadora, a qual com sua devoção e paciência me ensinou com sua simples presença e olhar, a real tradução do que é o AMOR.

A Júlia... Fruto de tanto amor que está a caminho...
É pensando em você e na Mamãe que não meço esforços para buscar sempre crescer.

AGRADECIMENTOS

Sou grato a Deus por ter me dado forças em toda a minha caminhada que, mesmo sendo árdua e exaustiva nunca foi assim o suficiente para me fazer parar ou desistir dos meus ideais.

Aos meus pais, João e Aguinair, por me proporcionarem, dentro de suas limitações, as melhores oportunidades possíveis.

Aos meus irmãos, Sandra e João e sobrinhas – pelo simples fato de estarem sempre ao alcance do meu coração.

Aos meus sogros Lauro e Iolanda que sempre me acolheram como um filho, estando incondicionalmente presentes e cuidando de tudo que mais precisava. A eles agradeço, inclusive pelos seus exemplos de vida e acadêmicos.

A IANNE... A quem quaisquer palavras não seriam capazes de expressar a essência destas razões.

À querida professora Hertha, orientadora e apaziguadora das minhas angústias.

Às Faculdades Integradas de Patos e à Fundação Francisco Mascarenhas. Pela compreensão, paciência e incentivo que através, inclusive, de sua Direção e Presidência – jamais deixaram de apostar e acreditar em mim.

E por fim ao professor Luiz Antônio Zanoti pela sua colaboração.

“Não existem organizações evoluídas – ou, no caso, éticas e bem-sucedidas, apenas pessoas evoluídas, éticas e bem sucedidas, que as criam”.

Lance H. K. Secretan

A EMPRESA E O DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO BRASILEIRO:
Análise da relevância da função social da empresa para o alcance da dignidade da
pessoa humana

RESUMO

O objeto da presente pesquisa busca analisar a empresa como algo além de instrumento de capitalização de lucros para os seus titulares e sim também como agente colaborador do desenvolvimento sustentável onde, sobretudo, que o seu exercício se dê em acordo com a preservação da dignidade da pessoa humana. Nestes fins, abordou inicialmente a Teoria Geral do Direito de Empresa – já a contextualizando dentro da atual ordem constitucional – logo, não se deixando de galgar lucros, mas indo além. Ato contínuo abordou-se a ordem econômica e social no tocante aos seus princípios gerais da atividade econômica. Ao final, em seus dois últimos capítulos, tratou-se da função social propriamente dita – onde, inicialmente se analisaram suas influências históricas e superficial análise semântica da expressão para, posteriormente, tratar-se dos seus reflexos nos instrumentos clássicos do direito privado como a propriedade, posse, contratos e, ao final, a própria empresa – como titular dos meios de produção. Em finalização – foram tratadas as relações, repercussões e influências da empresa junto à sociedade, sendo observada dentro da nossa atual vertente constitucional, bem como o posicionamento dos Tribunais pátrios sobre a presente teoria e sua aplicação à empresa – a fim de demonstrar a participação dos titulares dos meios de produção na construção de uma sociedade mais justa, equânime e digna de respeito.

Palavras-chave: empresa; lucros; dignidade da pessoa humana

THE COMPANY AND THE CONSTITUTIONAL RIGHT BRAZILIAN ECONOMY:
Analysis of the relevance of the social function of the company to the extent of
human dignity

ABSTRACT

The object of the present study was to analyze the company as more than an instrument of capitalization of profits for their owners but also as a cooperating partner of sustainable development where, above all, that the exercise be given in accordance with the preservation of human dignity human. These purposes initially approached the General Theory of Company Law - now contextualized within the current constitutional order - thus not leaving profits climb, but going beyond. Immediately thereafter addressed the economic and social order with regard to its general principles of economic activity. Finally, in his last two chapters, it was the social function itself - where, initially analyzed its historical influences and shallow semantic analysis of the expression for later that it was their reflections in the classical instruments of private law as ownership, possession, contracts and at the end, the company itself - as the owner of the means of production. In the end - were treated relations, influences and repercussions of the company to society, being observed in our current constitutional dimension, as well as the positioning of the Courts patriotic on this theory and its application to the company - to demonstrate the participation of owners of means of production in building a more just, equal and worthy of respect.

Keywords: company; profits; human dignity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Capítulo 1 - TEORIA GERAL DA EMPRESA	16
1.1 DA ATIVIDADE NEGOCIAL (Do comercial ao empresarial – uma breve noção)	16
1.2 Regimes jurídicos do atual código.....	24
1.3 Estabelecimento Empresarial – natureza jurídica e aspectos gerais.....	29
1.4 Constituição da personalidade jurídica – considerações.....	31
1.5 Personalidade jurídica e sua possível desconsideração.....	33
1.6 Novo perfil da empresa – importância do estudo à luz da atual Ordem Econômica	37
Capítulo 2 - A EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA e SOCIAL	40
2.1 O Estado e vida econômica – relações, participações e interações.....	40
2.2 Ordem Econômica e Social e o Direito Econômico.....	43
2.3 Atividade econômica: Princípios gerais.....	45
2.4 A livre iniciativa.....	46
2.5 A valorização do trabalho.....	51
2.6 Soberania econômica nacional.....	54
2.7 A função social da propriedade privada.....	56
2.8 A livre concorrência.....	57
2.9 Princípio da defesa ao consumidor.....	60
2.10 Princípio da defesa ao meio ambiente.....	63
2.11 Considerações sobre a ordem econômica no contexto da função social.	66
Capítulo 3 - A FUNÇÃO SOCIAL	67
3.1 História e Doutrina da Função Social.....	67
3.2 A igreja e a função social – influências.....	69
3.3 Expressão e Natureza Jurídica da Função Social.....	71
3.4 Função Social – Direito Privado e Constituições.....	78
3.5 Fundamentos da Função Social na atual Constituição Federal.....	80
3.6 Função Social: Propriedade, Posse e Contratos – Análise Inicial	84
3.6.1 Função social da propriedade – requisitos.....	86
3.6.2 A posse e a função social.....	88
3.6.3 Função Social – Contratos.....	90
Capítulo 4 - FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	94
4.1 Palavras Iniciais.....	94
4.2 Função Social em Relação à Empresa.....	96
4.3 Delimitação e Aplicação da Função Social da Empresa.....	101
4.4 Função Social da Empresa: Relação com as Normas Infraconstitucionais.....	106
4.5 Função Social da Empresa e Dignidade Humana – Impressões Jurisprudenciais.....	110
4.6 A Responsabilidade Social da Empresa.....	117
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS	125

INTRODUÇÃO

O mundo atual vive uma realidade cujos paradigmas são bem distintos dos outrora vivenciados. Com o passar dos anos e a constante busca de melhores condições, sabe-se que o ser humano foi modificando sua costumeira forma de organização social, a fim de que viesse a atender os anseios próprios do seu desenvolvimento.

De início, historicamente, houve uma derrocada do individualismo em aproximação ao socialismo, não obstante características filosóficas que porventura viessem a se afastar deste, em sua forma mais pura. Nesta incessante procura, surgiu uma nova característica das ações dos poderes públicos e, neste sentido, o Estado passou a se voltar mais ao “social”.

Assim foi ocorrendo pelo mundo, conforme dito; e no Brasil, não foi diferente. Nesta contextualização, a nossa atual Carta Magna, que dá reconhecidamente ênfase aos interesses sociais e igualdade dos cidadãos sem, contudo, desmerecer a sua conotação capitalista, gradativamente migra do plano formal para o material, sugerindo e até direcionando novas interpretações normativas privadas, adaptando-as devidamente a esta nova concepção de tantos institutos de Direito.

Desta forma, a compreensão de que as normas de Direito se propõem a um direcionamento ou finalidade social, haja vista ser ele, objetivo maior da Ciência Jurídica, como conformadora e pacificadora dos interesses de seus tutelados, ratifica-se e até mesmo se potencializa ao se observar que esta atual concepção, à luz da Ordem Constitucional vigente, prioriza a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Logo, não se pode comportar a antiga parametrização de que as relações oriundas do Direito Privado permaneceram baseadas em características exclusivamente individualistas e, com isso, em detrimento dos interesses sociais. As relações particulares, inclusive, deverão se adequar a um perfil coerente com as máximas previstas na Constituição Federal de 1988, em que, enfatize-se, o Princípio da Solidariedade é destaque.

É de conhecimento que esta peculiaridade já vinha sendo galgada há muito tempo e, posteriormente passou as normas infraconstitucionais, coerentemente a ordem normativa superior, a se revestir da mesma característica, a exemplo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor e da atual Lei de Falências.

Em ordem cronológica de publicação, entre estas duas leis supracitadas também se criou outra norma de singular valia. Nela, destacou-se em romper com o passado e adequar-se a presente perspectiva junto a uma maior quantidade de relações em contexto geral: Código Civil Brasileiro que, condensou a disciplina relativa aos bens de produção, revogando quase que totalmente o Código Comercial.

Nas legislações supracitadas, percebeu-se que a tutela aos cidadãos passou a ser mais efetiva, e pautada em bases que outrora não eram reconhecidas para as relações particulares. Nestes moldes, no tocante à propriedade, contratos e outros, passou-se a se basear também em seu aspecto funcional junto à sociedade, e não apenas com base nos interesses das partes envolvidas.

Em igual contexto, a empresa, como um dos ícones da atividade capitalista, outrora vislumbrada apenas como instrumento próprio para a capitalização de lucros aos seus titulares, passou a ser observada de forma igualmente funcional, dentro do contexto social e constitucional, posto que, inclusive, mas não apenas, no desempenho de suas atividades, interage com relação aos contratos e à propriedade.

Repise-se que a empresa não deverá deixar de captar lucros aos seus titulares. Ao contrário, é até necessário que isto continue a ocorrer, posto que, dentro da atual ordem econômica e social imposta pela Constituição Federal; além do mais, dada a sua relevância junto à sociedade, como ente produtor e propagador de riquezas, deverá a mesma atender a prerrogativas próprias da doutrina da função social.

A nova concepção da empresa surge em consonância com outros institutos do Direito Privado, mas, concomitantemente também com características próprias, haja vista as suas particularidades.

Os atuais interesses socialmente relevantes transcendem a tutela e garantia das relações historicamente vistas como privadas. Em verdade, não é que elas

deixem de ser assim vistas, contudo deixam de ser tal qual eram outrora; ou seja, mesmo sendo privadas, tais relações não poderão ferir as máximas trazidas na atual Constituição Federal.

O papel da empresa, contextualizada à Constituição Federal de 1988, transcende o de outrora, posto que àquela é reconhecida relevância singular, como ente colaborador do crescimento e desenvolvimento social, não apenas na área econômica, mas também com repercussões sociais. Os interesses sociais da empresa não se restringem aos de suas relações com seus sócios, mas, sobretudo, com relação aos seus colaboradores, parceiros, público alvo, governo, coletividade e humanidade.

O fato de não possuir o atual Código Civil, qualquer previsão expressa sobre a função social da empresa, não desmerece a sua existência e aplicação. Tal discussão foi há muito superada e, adiante, ficará devidamente demonstrada sua dissonância da realidade.

Isto exposto, o presente objeto de análise carecia, apesar de já se ter tratado outrora noutros trabalhos similares, de pontuado e firme estudo, pois se compreendia que o mesmo ainda estava carente de uma abordagem no sentido que ora se passou a tratar, portanto ficou demonstrada a necessidade e viabilidade da pesquisa.

Desta forma, a construção do presente trabalho monográfico se deu, através do método de abordagem predominantemente dialético que, a partir de um grupo de ideias trazidas de fontes doutrinárias, através do qual se analisaram conceitos e entendimentos gerais em premissas de maiores para menores abrangências, demonstrando, decrescentemente, a interrelação da empresa funcionalmente observada à luz da atual ordem econômico-social.

O método procedimental usado foi o da análise histórica e bibliográfica de referências legais, jurisprudenciais e, sobretudo, doutrinárias, cujos levantamentos de livros, periódicos e até mesmo de trabalhos já desenvolvidos de temas correlatos, foram feitos em bibliotecas convencionais e virtuais, bem como, em sítios de pesquisas.

O presente trabalho se apresentou com singular importância, haja vista que a análise histórica serviu para se constatar a sistematização dos fatos e conjunturas

de cada época analisada que, ao final, derogaram na atual perspectiva sobre o tema estudado.

Em igual e complementar importância, pode-se também afirmar que deu em se constatar que os atuais parâmetros, em virtude da Ordem Jurídico-Constitucional vigente, não são e nem devem ser dissonantes para institutos historicamente reconhecidos, como de Direito Privado, pelas razões que serão devidamente demonstradas no trabalho.

Com base nesta perspectiva, apresenta-se a presente dissertação que, em quatro capítulos, busca trazer à tona a análise da empresa e sua nova delimitação à luz da doutrina da função social.

O primeiro dos capítulos aborda a teoria geral da empresa, que inicialmente traz uma breve análise de como foi outrora, e hoje se alcançou o patamar da empresa, quanto à organização. Desta forma, foram tratados os regimes jurídicos, componentes, particularidades e, enfim, a atual configuração da empresa, à luz da presente Ordem Constitucional.

Obedeceu-se, no capítulo em questão, à sequência quase que literal do atual Código Civil – em seu Livro II, Título I – obviamente, naquilo que lhe seria pertinente abordar da teoria da empresa. Pontue-se também que se valeu de análises históricas sobre o tema donde, em todas elas estão em face o contexto, com a devida demonstração de importância e razão de ali estarem.

Em continuidade, o segundo capítulo aborda a empresa situada na Ordem Econômica e Social da Constituição Federal, de 1988.

Pontue-se que foi mantida a mesma linha de raciocínio para a construção deste capítulo em particular – ou seja: valendo-se da sequência normativa e constitucional dos temas abordados, contudo buscando sempre a forma mais adequada para fins de construção do raciocínio que se tentou empregar: a verticalização dos capítulos convergindo, ao final, sobre o tema central da pesquisa.

Além do mais, buscou-se dar continuidade linear de raciocínio ao que se tratou no seu capítulo anterior – sendo que, desta vez, enfatizando os Princípios da Ordem Econômica que se relacionam diretamente com a atividade empresarial, dentro dos atuais parâmetros e exigências do perfil capitalista e, concomitantemente social, que envolve a atividade econômica pátria.

Ênfase se dê que para a confecção deste trabalho muito se pesquisou e estudou sobre o seu tema e, por sua vez em muitos momentos foram encontrados livros, artigos, monografias etc., que traziam considerações sobre a interligação da função social da empresa com a dignidade da pessoa humana.

Particularmente, enfatiza-se o trabalho realizado por Luiz Antônio Ramalho Zanoti que há alguns anos desenvolveu pesquisa sobre o mesmo tema. A peculiaridade a se apontar se dá pelo fato de que a condução da pesquisa que ora se apresenta em muitos pontos se assemelha à outrora realizada por duas razões: primeiro pela aproximação doutrinária das fontes comuns e, no segundo momento, pela ideia de conduzir os dois primeiros capítulos na sequência dos ordenamentos jurídicos centrais (Código Civil e Constituição Federal, respectivamente).

De fato este foi o maior desafio deste trabalho: torná-lo singular; afinal sobre o mesmo tema já existiam trabalhos e em sua grande maioria bem tratados, por outros pesquisadores. Não se quer dizer aqui que pesquisa do professor Zanoti não nos serviu de referência na construção deste trabalho; de fato ela foi de particular relevância, principalmente na forma de abordagem, porém, para tanto, foi-lhe dado o devido respeito e remissão nos pontos devidos.

Superada esta etapa, desenvolve-se a pesquisa com o seu terceiro capítulo. Neste, em particular se trata da função social enquanto teoria.

Aborda-se a análise histórica e o quão ela contribuiu para a atual ordem constitucional, a fim de trazer à baila não apenas as informações em si, mas, sobretudo, a sua observação conjuntural dentro do presente trabalho. Enfatize-se a influência significativa das doutrinas oriundas de membros da Igreja Católica.

Destaca, ainda, o presente capítulo, a análise etimológica e conceitual da expressão 'função social' para, adiante, analisar a mesma inserida nos contextos constitucionais pátrios e nas relações privadas, a exemplo da sua análise em institutos, como posse, propriedade e contrato.

Em seu quarto e último capítulo, trata-se da função social da empresa em si. Neste contexto, abordam-se as relações entre empresa e atividade empresarial como um todo, dentro da contextualização, delimitação e aplicação da doutrina da função social, quando, por exemplo, enfatiza o reflexo destas inflexões nas legislações infraconstitucionais e nas decisões dos tribunais.

Ao final, para adiante discernir o entendimento de função social da empresa, trata da responsabilidade social empresarial, também alcunhada de 'cidadania empresarial', e pontua a ênfase que se deve dar à conjectura de atos de reconhecida filantropia, à luz da responsabilidade e da função social, ambas, aplicadas à empresa.

Ao tratar deste ponto específico, claramente se pontua em discordância de que todos os presentes institutos sejam sinônimos. Até se compreende que eles possuem pontos de convergência, não obstante, isto não os torna a mesma coisa ou, ainda, espécies de um gênero comum.

Capítulo 1

TEORIA GERAL DO DIREITO DE EMPRESA

1. DA ATIVIDADE NEGOCIAL (Do comercial ao empresarial – uma breve noção):

O ser humano, assim como outros animais, agia com o extrativismo e, por conseguinte, deslocando-se para outras localidades, à medida que os recursos se tornavam escassos. Vivia-se basicamente da caça e pesca, e posteriormente, numa incipiente atividade pastoril.

Nestas constantes mudanças e já vivendo em sociedade, o homem passou a perceber que alguns produtos poderiam ser cultivados por ele próprio atendendo às suas necessidades.

Em linha direta de evolução do raciocínio humano, este mesmo homem¹, aperfeiçoando as técnicas de cultivo e criação², constatou que, em muitos momentos, havia os excessos na sua produção que, por sua vez, poderiam ser através de acordos, junto a outros iguais, transacionados, por exemplo, com uma permuta.

Tal fase também se tornou viável, em virtude de que gradativamente foi-se instigado que determinada pessoa fomentasse o cultivo excessivo de um determinado produto que, por sua vez, seria destinado justamente para fins de escambo, junto a outra pessoa, por outro produto que lhe fosse necessário.

Esta estratégia comum em uma sociedade de organização, ainda em formação, era regida por uma cooperação entre seus componentes que vislumbrava

¹ Neste contexto, não um homem individualizado – mas em concepção de membro de uma sociedade ainda em formação.

² Sobre a alimentação do homem nestes períodos vide: FLANDRIN, Jean-Louis; MONTANARI, Massimo. História da alimentação. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1998.

não apenas lucros, afinal o escambo era para fins de atendimento da necessidade imediata.

Ocorre que, com o passar dos tempos, percebeu-se que o mero escambo, nos moldes já conhecidos e adotados, não atendia à plena necessidade da ainda incipiente sociedade. Afinal, nem tudo (e naquela proporção) o que se produzia em excesso era propenso à permuta. Para tanto, era necessário obter não só alguém que quisesse adquirir o bem que se tinha em excesso, mas, sobretudo, que tivesse algo interessante para permutar. Deparou-se, então, com um gradual acúmulo de bens que, se não entrassem em permuta, seriam apenas excessos não aproveitáveis face a seu perecimento.

Logo surge um terceiro momento das atividades negociais, no intuito de viabilizar, de forma mais simplificada, os atos de mercancia relativos a tais transações. Nesse momento evolutivo, foi criado um bem comum para troca de quaisquer bens ou produtos: a moeda.

Naturalmente, com esta crescente modificação das relações, o homem que agora se ousa chamar de 'comerciante', não só produzia e negociava as sobras, mas visava também adquirir e, até mesmo, muitas vezes em excesso, a fim de ofertar à coletividade, mediante o pagamento devido através da moeda, cujo acúmulo era viável, haja vista uma gama de possibilidades que se poderia empregar com ela.

De igual forma, outras pessoas, não necessariamente produtores, passavam a adquirir vários bens negociáveis (produtos) que, por sua vez, seriam repassados para eventuais interessados (consumidores), mediante o pagamento do preço ofertado que obviamente, era superior àquele pelo qual tinham sido originalmente adquiridos.

Essas transações visavam lucros que eram usados para manutenção do negócio do comerciante, bem como os seus implementos, no intuito obviamente de se auferir maiores lucros, em um verdadeiro investimento da sua atividade comercial que, agora, denota o perfil de profissionalismo.

Esta seria a fase que, posteriormente, apelidou-se como fabril ou industrial em que a figura do comerciante era o agente facilitador entre o produtor e consumidor, formando literalmente um tripé constituído pelas figuras do produtor,

comerciante e consumidor. Com isto, os benefícios seriam experimentados por todos que, por sua vez, teriam as suas necessidades devidamente atendidas.

Obviamente, o crescente profissionalismo de dois membros do 'tripé' - o produtor e o comerciante - fez com que a oferta de bens a pretensos consumidores fosse tão alta que chegou a ultrapassar limites, inicialmente locais, depois regionais e até mesmo nacionais. Afinal, ficou claro que a ação do comerciante era, de fato, imprescindível para todos eventuais consumidores, indiferentemente de suas culturas, idiomas³ etc.

Esta fase nômade de mercancia era realizada por via terrestre, e também, por navegação: os comerciantes iam à busca de consumidores, dos produtos e, com isso, houve intensa troca de culturas. Posteriormente, começaram a surgir feiras que, por sua vez, eram procuradas pelos consumidores.

Ou seja, neste segundo momento, houve uma inversão dos papéis originários, em que outrora o comerciante buscava os consumidores; em outro momento, os consumidores passaram a buscar os centros de negociação e produção.

Com isso, deu-se origem a vários instrumentos de pagamentos típicos de comércio de dinheiro⁴.

Numa outra fase de evolução, houve o período mercantilista, em que nasceram as corporações de artes e ofícios, governadas por cônsules eleitos por seus pares, para desempenho de atribuições políticas e judiciais, cujos fins eram proteger e assistir os seus membros, cuja categoria mais importante era a dos mercadores.

Nessa época, na hipótese de quaisquer problemas que fossem da incumbência da corte dirimir, caberia a esta se valer dos usos e costumes mercantis da época em que estavam sendo gradativamente formados. A justiça consular era caracterizada pela rapidez e informalidade, e era realizada entre as partes e sem a intervenção de advogados, inclusive.

³ Daí a razão de, adiante, lançarem-se ao 'mar' em busca de lugares fornecedores de bens, a fim de comporem os bens produzidos (insumos) e, bem como, até mesmo, buscar novos mercados consumidores também.

⁴ HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem, 16.a Edição, Rio de Janeiro, Zahar Editores, p.22.

Cabia ao juiz levar em consideração os costumes e a boa fé para pontuar suas decisões que eram irrecorríveis, salvo em situações excepcionais, quando se formava um tribunal especial com membros sorteados entre comerciantes que, neste ato, eram denominados “supracônsules”⁵.

Aos poucos, as corporações ampliaram sua jurisdição para além dos comerciantes, e também passaram a exercer poderes legislativos e judicantes. Elas organizavam o trabalho de seus membros em forma de monopólio, e limitavam os seus inscritos.

Com o passar do tempo, e o crescimento dos Estados, mediante o uso em larga escala do capital financeiro e comercial, houve a inserção do próprio Estado nos monopólios profissionais, característicos da Idade Média, ficando, portanto, a atividade sob o monopólio de regulação deste mesmo Estado.

Já na fase posterior, surge uma nova etapa: o liberalismo.

Doutrina econômica nascida da Revolução Inglesa, com base no pensamento de Adam Smith, o liberalismo apregoava, sinteticamente, que o mercado controlaria o resultado econômico do trabalho e, por conseguinte, o capital⁶.

Essa fase histórica, em oposição à anterior, buscava uma maior liberdade e fuga com relação à nobreza, clero, ou seja, neste momento histórico, havia a priorização da liberdade à iniciativa privada, na qual se englobava aí a liberdade dos detentores de capital empregável ao lucro (bens de produção), propriedade privada, de câmbio, contratual e autonomia da vontade.

Foi uma época de muitas mudanças e invenções que tiveram enorme repercussão na história, desde as descobertas até mesmo as formações de grandes Estados nacionais, enfraquecimento do poder político da Igreja, dentre outros.

Nesse período, a Escola Italiana sistematizou o Direito Comercial de forma metódica, pela primeira vez no mundo e, por isso, recebeu a alcunha de “comercialistas”⁷. Posteriormente, com o Código Napoleônico, surgiu o conceito

⁵ WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, 2ª Edição, Lisboa, Fundação Caloute Gulbenkian, 1967, p. 87.

⁶ SOUZA, José Carlos Martins de. Economia Política: história dos fatos econômicos e conceitos fundamentais, 2ª Edição, Lisboa, Fundação Caloute Gulbenkian, 1967, página. 158.

⁷ ASCARELLI, Tullio. Iniciación al estudio del derecho mercantil, Publicaciones Del Real, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964.

objetivo de comerciante, como sendo aquele que pratica atos de comércio em caráter habitual e profissionalmente.

Tal Código, que influenciou tantos outros, na mesma época, previa a teoria dos atos de comércio que, por sua vez, resumia-se a uma relação de atividades econômicas, sem quaisquer relações comuns entre estas atividades.

No Brasil, as relações comerciais eram guiadas pela supracitada teoria que, sinteticamente, consistia em compra e venda de bens ou prestação de serviços, mediante fins lucrativos. Convém ressaltar que a legislação competente, para a maioria de tais relações, era o Código Comercial que regia tais atos, e as demais, pela legislação civil, a exemplo do Código Civil, de 1916.

Entretanto, com o passar dos tempos, vislumbrou-se que tal teoria não era a mais a adequada, devido às proporções que atingiram as relações negociais e, em especial na Itália, na primeira metade do Século XX, começou a surgir uma nova concepção empresarial, que veio suplantando a teoria dos atos de comércio. Esta nova teoria foi recepcionada pelo Projeto de Lei de nova codificação civil, no ano de 1975.

Esta nova concepção valoriza o modo como se opera a atividade econômica, e não mais distingue atos como civis e mercantis, como outrora. Desta forma, o ponto fulcral desta teoria, conhecida como “Teoria da Empresa”, seria a empresa em si, e não o ato econômico propriamente dito.

Faz-se conveniente trazer a contribuição de Bulgarelli⁸ sobre a questão do Direito de Empresa, quando diz:

Concorda de maneira geral a doutrina italiana em que não houve mera substituição do comerciante pelo empresário, e sim a adoção de um sistema, dando preeminência a este e, assim, igualando os agentes das atividades econômicas da produção de bens ou serviços, sob a rubrica de empresário, mas, note-se, concebido este não como especulador, porém como responsável pela produção; desta forma, o comerciante antigo foi absorvido pela categoria de empresário, como titular da atividade intermediária.

Há que se atentar, pois, por outro lado, que o empresário comercial corresponde, de certa forma, ao antigo comerciante, e não ao empresário em geral, ou seja, há correspondência entre os dois, no que se refere ao fato de que ambos exercem atividade econômica organizada de intermediação, e há diferença no fato de que é considerado empresário porque é agente de produção e não mero especulador.

⁸ BULGARELLI, Waldírio, Tratado de Direito Empresarial, 2.a Edição, Atlas, 1995, p.59.

Logo, o agente da ‘profissão comercial’ não é mais o comerciante e sim a própria empresa⁹ que é composta pelo capital, trabalho, pessoas, equipamentos tecnológicos que são utilizados para a produção e circulação de bens e serviços.

Neste sentido convém lembrar Bulgarelli que define a empresa como a “atividade econômica organizada de produção e circulação de serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”¹⁰.

Em verdade, o que se deve observar é a forma de organização da atividade econômica que, como se falou, compõe-se de fatores como trabalho, matéria prima, tecnologia e capital. Quando todos estes componentes são dispostos, ordenada e profissionalmente, com o intuito de captação de lucros, de forma habitual, haverá a configuração da empresa.

Não é à toa que se confunde o entendimento entre as figuras do empresário com o da empresa propriamente dita. De fato, muitos doutrinadores adotam a concepção trazida por Asquini¹¹ ao asseverar que a empresa em si possui aspectos *subjektivos*, aspectos *funcionais* e, por fim, *corporativos*.

O primeiro deles seria a concepção de empresa como sinônimo da figura do empresário; já o segundo, por sua vez, seria, exemplificativamente, a empresa entendida como o seu acervo patrimonial, onde se inclui o estabelecimento empresarial e demais bens que possam pertencer à empresa em questão; e, por fim, como perfil ou aspecto corporativo, seria a empresa entendida como um grupo de pessoas associadas a um determinado fim e objetivo comum lucrativo.

Há de se ressaltar que tal ‘novo’ entendimento não foi, de pronto, aceito e, menos ainda empregado em nosso país. De fato, houve muitas discussões e, com elas, alcançou-se o patamar definitivo com a promulgação de uma nova legislação

⁹ Neste contexto estão caindo em desuso (em virtude da sua atual impropriedade) expressões oriundas do mesmo radical de ‘comércio’, tipo: ‘comerciante’, ‘comercial’ etc., e, por sua vez, outras ganharam o devido realce, a exemplo de ‘empresário’ que seria o titular da atividade empresária.

¹⁰ Op. cit., p. 100.

¹¹ ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa”. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Volume 35, número 104; outubro/dezembro de 1996. São Paulo: RT, 1996 – p.109 a 126.

Também se valendo da mesma fonte e tecendo comentários de relevante valia: ZANOTI, Luis Antonio Ramalho, A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, 2006 – 241 folhas. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, Marília/SP, 30 de junho de 2006.

civil codificada, a Lei 10406 de 2002, que passou a vigor em janeiro do ano subsequente.

Nesta nova realidade, houve o que se chama da unificação do Direito Privado, haja vista a revogação da primeira parte do Código Comercial Brasileiro, naturalmente o desconfigurando, em grande parte, que agora passou a ser tratada por um único ordenamento legal – temas que outrora eram próprios de ‘outra disciplina’ e que agora não poderiam mais ser assim entendidos – devido à supracitada nova condição de unificação.

Entretanto convém ressaltar que a denominação ‘unificação’ não foi amplamente aceita como se pretendia e, portanto, comportou algumas divergências, salvo as formais, haja vista haver a compreensão de que em termos práticos não houve significativa diferença, pois, o que teria maior repercussão seria uma unificação jurídica e não meramente formal – desta feita, não é equívoco dizer que o Direito Comercial, ou melhor, face à necessária uniformidade de denominação, o Direito Empresarial, ainda é ramo autônomo do Direito Privado¹², possuindo identidade própria apesar de inserido no arcabouço do Código Civil Brasileiro.

Mas a desconfiguração originária do Código Comercial, em verdade, já não era fenômeno tão recente assim. Afinal, sua terceira parte já havia sido revogada pela Lei de Falência e Concordata desde o ano de 1945; logo, restando atualmente para ‘configurar’ como codificação comercial originária, apenas, a segunda parte da codificação de 1850, referente ao ‘Comércio’ Marítimo.

Ao se tratar de unificação do Direito Privado, e, sobretudo, afirmar-se uma reunião de temas de cunho empresarial com os de não empresariais, dentro de um mesmo ordenamento para regulamentação, não quer dizer que o Código Civil Brasileiro atual condensa, em si só, as tutelas e previsões legais, referentes às relações do tipo.

As peculiaridades e a própria dinamicidade do Direito exigem propostas e metas, ainda que algumas legislações permaneçam separadas por se julgar serem assim mais eficazes e especializadas em seus fins. Tais situações são plenamente

¹² RODRIGUES, Frederico Viana. *Autonomia do Direito de Empresa no novo Código Civil*. In: *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. (Org.) RODRIGUES, Frederico Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 30-31.

aplicadas nos exemplos do Código de Defesa do Consumidor e da Lei das Sociedades por Ações, dentre outras, obviamente.

Não obstante as questões legais, neste momento, ponto a ser ponderado e, se necessário, repisado adiante, é com relação às práticas dos atos outrora chamados comerciais e, atualmente, conhecidos como atos empresariais que deverão ser realizados em caráter profissional e habitual pelo titular dos meios de produção – o empresário.

A atividade empresária é profissional e como tal busca receita para subsistência e lucro. Entretanto, o profissionalismo também exige responsabilidade. Esta obrigação se dá perante seu público alvo e para os órgãos competentes em virtude da sua atividade.

O lucro faz parte da atuação empresarial – mas não se restringe, principalmente nos dias atuais, apenas a isto. Deverá o titular da atividade empresarial ser responsável por aquilo que exerce e não apenas conduzir seu mister de forma a buscar simplesmente lucros. Deve haver uma coesão entre a busca de suas metas particulares com as metas exigidas pela lei em prol da sociedade.

Neste condão, salienta Franco¹³ sobre o empresário:

[...] quem participa da organização social da produção e distribuição de riquezas. É quem organiza, exercendo função de intermediação e/ou de transformação dentre ou dos fatores de produção, criando riquezas para o mercado (centro de encontro entre a oferta e a demanda dos diversos sujeitos econômicos) e é quem assume o risco econômico e a iniciativa do empreendimento.

Logo, a atividade empresarial também está cercada de responsabilidades. Podemos também elencar as referentes às informações técnicas sobre os produtos constantes nos seus rótulos, bem como as prestadas aos órgãos públicos que os fiscalizam que são de pronta responsabilidade da pessoa do empresário, haja vista sua condição de titular dos meios de produção, empregados com a finalidade de se auferir lucros.

Tal consequência decorre da ‘empresarialidade responsável’ em que se deve observar um novo parâmetro de atuação administrativa, pautada na responsabilidade social, resultante do SA 8000, Instituto criado pelo CEPAA (*The*

¹³ FRANCO, Vera Helena de Mello. Manual de Direito Comercial, 1.a Edição. 2001, página 50.

Council on Economic Priorities Accreditation Agency). Este novo ‘pensar’ é ratificado mediante chancelas obtidas, através de ‘certificações’ que asseveram padrões que devem ser seguidos pela empresa em relação à sua atuação responsável¹⁴.

Não obstante a responsabilidade própria, tal qual acima foi falado, o ponto fulcral a que ora se quer dar ênfase é a busca por lucros que a empresa naturalmente possui. O seu titular naturalmente buscará o lucro como meta, até mesmo para contrapesar os riscos que suporta em razão de sua atividade e, obviamente, se os riscos superarem os lucros ou até mesmo suas expectativas, naturalmente será determinante se concluir pela viabilidade ou não da atividade.

A diminuição da possibilidade de ocorrência de riscos se dá justamente na adequada utilização dos itens componentes da empresa (insumos, trabalho etc). A falha ou falta, em um só deles, poderá ser razão suficiente para que a empresa venha a se descaracterizar como viável.

Não é à toa, ratifique-se, que, não obstante o novo perfil da atividade empresarial, na condição de se respeitar a sua função e até mesmo ter incentivada a responsabilidade social, se deixe, pois, de galgar lucros – afinal estes são meta da empresa que, como tal, não deverá abrir mão deles, desde que, com as devidas ressalvas legais e constitucionais, que ainda serão, nesta pesquisa, abordadas.

1.2. Regimes jurídicos do atual código:

Já se falou da unificação do Direito Privado, em face da promulgação do atual Código Civil e, neste mesmo diapasão, convém agora trazer algumas considerações sobre tal ordenamento, no perfil estudado nesta pesquisa.

¹⁴ FARAH, Eduardo Teixeira. “A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social”. In: MARTINS COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 687. *Apud*: ZANOTI, Luis Antonio Ramalho, *A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*, 2006 – 241 folhas. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, Marília/SP, 30 de junho de 2006. p.25.

Nele se trata das pessoas jurídicas de direito privado, a exemplo das associações, fundações, sociedades civis, bem como as organizações religiosas¹⁵ e, já no Livro II da Parte Especial desta mesma Lei, trata-se das sociedades.

Faz-se conveniente lembrar que algumas pessoas jurídicas possuem semelhanças com outras pessoas de similar aparência. Afinal, as sociedades empresariais são tratadas tal qual são as associações por similitude, subsidiariamente. Logo aquelas possuem limitações próprias destas, como as constantes dos artigos 53 a 61, do Código Civil Brasileiro.

Naturalmente, estas similitudes comportam limitações que, por sua vez, poderemos elencar, sinteticamente, na tabela abaixo, mediante a análise dos tipos em questão:

	Associações	Sociedades
Quanto ao voto:	Contabilizado por associado presente.	Contabilizado em virtude do capital social de cada sócio.
Direitos dos Sócios	Iguais para cada um deles, sem distinções.	Dependerá do contrato/regimento interno.
Em caso de Extinção	O patrimônio irá para instituição congênere, salvo se outro destino se der no estatuto.	O patrimônio é revertido em prol dos sócios de acordo com a cota/fração ideal de cada um.
Fins	Não lucrativos	Lucrativos

O professor Amador Paes de Almeida¹⁶ colabora neste sentido, dizendo que não há ao certo como bem distinguir os tipos societários. Enfatiza em poucas palavras que as empresárias como tal, visam lucros – fato este não presente nas fundações e associações.

Nestes segundo e terceiro tipos, respectivamente, apresentam-se, em regra, com fins morais, culturais, religiosos ou assistenciais, desde que adstritos ao que determinado estiver nos seus atos constitutivos (estatutos); já nas associações, as

¹⁵ Após o advento da Lei Federal 10825 de 22 de dezembro de 2003.

¹⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das Sociedades Comerciais. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26. Apud.: ZANOTI, Luis Antonio Ramalho, A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, 2006 – 241 folhas. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, Marília/SP, 30 de junho de 2006. p.28.

finalidades são similares e também recreativas, porém não se restringindo necessariamente à vontade dos seus instituidores.

Como bem assevera o supracitado e transcrito, as fundações também não se confundem com as sociedades até porque estas são criadas com fins lucrativos e aquelas, como já se falou, têm fins religiosos, morais, culturais e assistenciais.

Nasce a fundação através das mãos de um instituidor que, mediante escritura pública ou testamento, destina livremente bens especialmente utilizados para atendimento de, pelo menos, um dos fins específicos supracitados. Neste ato de constituição, também será estabelecida a sua forma de gestão, inclusive possibilitando que eventual reforma seja mais rigorosa que sua criação.

Como as associações, não visam lucros e os eventuais saldos positivos decorrentes de suas atividades deverão ser totalmente revertidos em prol da instituição, sob pena de desconfiguração da mesma. De igual modo, as decisões serão, salvo as de mera gestão intercorrente, tomadas em caráter deliberativo, mediante assembleia geral.

Também prevê o nosso Código Civil a existência de sociedades irregulares, também conhecidas como sociedades 'não personificadas'. Dentre estas, destacam-se as 'sociedades em comum' e as 'em conta de participação'.

Na primeira delas, há o seu funcionamento em caráter clandestino. Eis a razão da denominação 'irregular'; pois, apesar de atuarem tal qual as empresas regulares, por não terem atos constitutivos registrados – faz com que inexista personalidade jurídica distinta do seu titular o que, neste caso, ocasiona a confusão patrimonial entre os mesmos em caráter passivo, porém subsidiário, via de regra.

Além da possibilidade de não serem consideradas como sociedades propriamente ditas e haver a possível confusão patrimonial entre o titular e a empresa irregular, também não têm legitimidade de autorrepresentação nos atos da sua vida civil, a exemplo de contratar, em nome próprio, junto a estabelecimentos bancários, propor falência de seus devedores empresários etc.

Outro tipo de sociedade conhecida e também não personificada é a Sociedade em Conta de Participação, regida pelos artigos 991 a 996, do atual Código Civil.

Tal tipo societário tem por característica a participação ostensiva de um sócio no qual todas as transações e gestões dos negócios se dão em nome do mesmo, conseqüentemente, ficando a sobre ele a responsabilidade sobre todas elas e, pelo menos, mais outro sócio (oculto), que não figurará aparentemente nas relações promovidas pelo outro sócio, que participará apenas dos lucros da atividade.

Neste tipo societário também não há registros junto aos órgãos competentes e, por isso, não possui personalidade jurídica própria – desta feita, a consequência direta de tal fato é equivalente quanto à responsabilização pessoal às descritas para as sociedades irregulares. Não obstante tal situação – poderá responder perante terceiros de boa fé que com tal sociedade não personificada venham a contratar.

Outro ponto que não se pode esquecer e para o qual se deve atentar é em relação às atividades econômicas que não podem ser configuradas como empresárias. Neste caso, atuam tais pessoas jurídicas, mediante um regime jurídico civil e não empresarial, como por exemplo, situações de prestações de serviços¹⁷ de advocacia, serviços médicos, literatos etc.

Agora não se quer dizer que, pelo fato de se ter regime jurídico civil e não de natureza empresarial, nos termos do artigo 966 do Código Civil Brasileiro, não haverá formação de uma sociedade com personalidade jurídica própria. Nestas situações poderá ser formada uma Sociedade Simples que, caso venha a tomar maior dimensão, necessitará de análise para se concluir se o perfil passou a ser profissional e especializado a ponto de se configurar atividade empresarial; tal qual assevera a parte final do Parágrafo Único do artigo 966 do Código Civil vigente, a atividade intelectual em questão passou a ser mero elemento componente de toda a estrutura.

Em circunstâncias que tais, podemos entender que estamos perante uma situação de desconfiguração de atividade precipuamente não empresarial, a ponto de ensejar a necessidade de readequação para a empresarial.

O fator organizacional é determinante para a configuração da empresa¹⁸ e, neste diapasão, a mera configuração de um estabelecimento comercial não

¹⁷ A procura de tais profissionais se dá em virtude de seus conhecimentos científicos e profissionais específicos.

¹⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 12. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.21.

transforma o autônomo em um empresário, haja vista que a existência daquele não é prova inequívoca de constituição empresarial.

A criação de um estabelecimento comporta a ideia de demonstrar estabilidade da atividade desenvolvida pelo profissional ou de instituir regularmente e em prazo determinado ou não, suas atividades naquele local.

Entretanto, mesmo ocorrendo o estabelecimento negocial, distingue-se do empresarial, a exemplo, dos autônomos, cujas atividades e qualidades técnicas específicas não comportam tais indispensáveis organizações profissionais e, portanto, sendo entendidas como tuteladas por outro regime jurídico.

Em síntese: se em uma atividade negocial se perceber a predominância funcional dos sócios em relação à atividade empreendedora quando, em uma sociedade, principalmente ou concorrentemente seus membros produzem ou prestam serviços relativos à atividade desempenhada (e com nicho de atuação predominantemente intelectual) - deparamo-nos com uma possível sociedade simples.

De outra forma, dá-se nas sociedades ditas empresárias, haja vista que a participação física dos sócios, para o alcance das metas sociais descritas nos atos constitutivos, é considerada dispensável, logo a participação daqueles fica adstrita a situações de coordenação, supervisão, direção, enfim, atividades de chefia e confiança, mentoras e determinantes na condução de uma atividade econômica organizada.

Independente do fato de também se vislumbrar a intelectualidade da atividade, desde que, nestes casos, não seja ela predominante, configurará a empresa de acordo com o grau que venha a tal característica compor a atividade¹⁹:

Esta distinção existe dentro do nosso atual Código Civil, com relação ao regime jurídico. É importante salientar que outro ponto que configura a separação das formas societárias entre simples e empresárias, é com relação ao seu sistema contábil e à forma do registro dos seus atos constitutivos.

¹⁹ Neste sentido convém a leitura de BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 12. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.23.

Também ponderado, porém em obra de edição anterior (2004), por: ZANOTI, Luis Antonio Ramalho, A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, 2006 – 241 folhas. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, Marília/SP, 30 de junho de 2006. p.25.

Primeiramente, com relação ao regime contábil, apenas as empresárias têm obrigação de apresentar sistema organizado e detalhado, além de balanço patrimonial; ao contrário das simples que não têm ou necessitam – haja vista possuírem menor complexidade.

E, por fim, com relação ao seu registro – enquanto as ‘não empresariais’ são registradas no Registro Civil específico, as empresárias, por sua vez deverão ser levadas a registro, para fins de constituição de personalidade jurídica distinta dos seus sócios. Enquanto as Sociedades Simples são registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, as Sociedades Empresárias deverão levar seus contratos sociais para o Registro Público de Empresas Mercantis, também conhecidas como Juntas Comerciais, como assevera o Código Civil Brasileiro.

1.3. Estabelecimento Empresarial – natureza jurídica e aspectos gerais

Já se falou neste trabalho que a configuração da empresa se dá pelo emprego organizado dos bens, na condição de meios de produção. Poderíamos elencar, por exemplo, o maquinário, veículos, tecnologia, estoque, utensílios afins e demais equipamentos.

Ocorre que, em conformidade com o nosso Código Civil Brasileiro, todos esses bens - mas não só esses - pois o rol não é exaustivo - podem ser entendidos como componentes do estabelecimento empresarial que cada empresa poderá possuir mais de um ou inúmeros, de acordo com o seu poder econômico e grau de organização²⁰.

Como foi dito, o estabelecimento é composto por uma série de bens que são reunidos em um determinado lugar e empregados para um determinado fim e de forma organizada. Portanto não seria estranho conceber que fosse agregado a tal ente um valor distinto daquele dos itens que o compõem, um valor abstrato que venha a o agregar, chamado de aviamento ou fundo de comércio.

²⁰ Uma delas será a matriz, e as demais entendidas como filiais ou sucursais; estas serão membros da totalidade da sociedade empresarial, enquanto aquela será a principal.

Este aviamento é o resultado de toda uma conjugação e associação de valores imateriais e materiais que visam a um fim lucrativo para os sócios daquela empresa. Alguns doutrinadores afirmam ser ele o “potencial de lucratividade²¹” de uma empresa.

Em sendo um atributo do estabelecimento, elemento próprio e agregado a ele, o aviamento seria uma característica ou qualidade própria de cada estabelecimento empresarial em si – não podendo, pois, ser analisado ou até mesmo negociado fora do mesmo²².

É importante ressaltar que esta associação de interesses busca, sobretudo, agregar valor ao bem, haja vista a necessidade que se tem de instigar o interesse no consumo do público alvo, quer seja por mero interesse, quer seja até mesmo por necessidade.

O estabelecimento é parte do patrimônio da empresa que por sua vez não se confunde com o dos sócios – sendo, pois, autônomos entre si. Em verdade, ao conferir a personalidade da empresa, os sócios contribuem com parte de seus bens para a formação do patrimônio daquela que, como tal, será exercida nos termos da lei e com os fins de sua criação.

Ao assim o fazer – os sócios, de acordo com o tipo de sociedade empresária que se estiver tratando, responderão de acordo com a fração ideal que possuam do patrimônio da empresa, mas isto não quer dizer que haja confusão patrimonial. Ou seja: o patrimônio da empresa é próprio; contudo os seus sócios caso venham a responder por algo, assim o farão na proporção de suas responsabilidades – sem que, contudo, haja responsabilização sobre o patrimônio da empresa em virtude de dívidas particulares de alguns de seus sócios, ou vice versa – por força do Princípio da Preservação da Empresa.

Logicamente, a gestão da empresa poderá passar por crises e até mesmo por más situações que ensejem a necessidade de honrar o pagamento das suas dívidas, em que, inclusive o próprio estabelecimento, poderá ser objeto garantidor de

²¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. O Estabelecimento, In Direito de Empresa no Novo Código Civil, Forense, 2004, p.107.

²² BARRETO Filho, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial, 2.a Edição. Editora Saraiva, 1988, p.170.

tais obrigações, contudo apenas em situações particulares e excepcionais²³ - dada a necessidade de se preservar a empresa.

1.4. Constituição da personalidade jurídica – considerações:

Os atos constitutivos de uma sociedade empresária são tidos como um contrato. Não é à toa que sua denominação mais comum é ‘Contrato Social’.

Entretanto, convém ressaltar que tal tipo contratual não goza das peculiaridades que os seus pares no mesmo ordenamento possuem. Ao contrário destes, por exemplo, àqueles falta o sinalagma contratual, a reciprocidade obrigacional na sua aceção tradicional.

O contrato social então seria, por característica, plurilateral²⁴, haja vista a existência de várias pessoas contratantes, porém com a mesma intenção, o que configura a característica de também ser consensual.

Em verdade as características do contrato social não param por aí, afinal na constituição de uma sociedade, as partes dispõem de parte de seus bens, situação esta que configura a sua onerosidade²⁵, para a formação de um capital social comum, para fins de constituição de uma nova pessoa, cuja finalidade é auferir lucros para si imediatamente e para seus sócios de forma mediata. A este ato de vontade que enseja o nascimento e existência desta nova pessoa jurídica, dá-se o nome de “affectio societatis”.

Neste viés, os interesses particulares dos membros da sociedade, em verdade, deverão ficar em plano secundário, haja vista que, face ao respeito à autonomia das decisões e ações da empresa, como pessoa jurídica e capaz, com vontade e liberdade distintas da dos seus sócios que, ao assim se submeterem configuram a derradeira característica a se abordar: ser consensual. Logo, hão de

²³ Vide: artigos: 1445 do C.Civil de 2002 e artigos 66, 94 e 129, VI – da Lei de Falências (n.º 11.101/2005) que expõem as situações e limitações onde poderá ocorrer tal fato.

²⁴ MATIELLO, Fabrício Z. Código Civil Comentado, São Paulo, LTr, 2003, p. 616 e seguintes.

²⁵ Op.Cit. p 616 e seguintes; e: SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Novos Lineamentos em Sociedades, Revista do IASP, 12: 91-108.

prevalecer as prerrogativas do objeto social da empresa, e o que melhor convier ao pronto atendimento a ele.

O não atendimento desta peculiaridade, inclusive, pode ocasionar a evasão dos sócios – afinal a liberdade de contratar também aqui possui valia e, então, seria em regra imposta a extinção da sociedade empresária, em virtude da ausência de pluralidade de membros, como assevera o Código Civil Brasileiro, salvo se tal falha for sanada, em prazo de até cento e oitenta dias²⁶.

Desta feita, observa-se que o contrato social possui peculiaridades bem definidas, afeiçoando-se para muitos, porém, a acordos coletivos. Os que assim o defendem afirmam que se há um grupo de indivíduos com interesses comuns e condensando-os para nascimento de uma nova pessoa (jurídica), estes passam a atuar como única pessoa, mediante uma ficção jurídica admitida.

Importante salientar que tais posicionamentos não são pacíficos e nem únicos; haja vista ainda haver entendimento de que a constituição de uma empresa seria um ato corporativo – posto que, em virtude de sua personalidade jurídica própria – as suas decisões, pois, são individuais. Já por sua vez há ainda quem entenda a empresa de outra forma – sendo elas, então instituições²⁷.

Como se vê, a doutrina não é pacífica; e o entendimento, diversificado. Em verdade, comporta inúmeras discussões que, somadas nos faz compreender e concluir que a concepção dos contratos em si em muito transcende ao tradicionalismo romano.

Independentemente de haver divergências, atualmente a primeira das posições expostas neste trabalho é a que deve prevalecer para que se consiga observar melhor coerência com a doutrina contratual mais especializada sobre o tema²⁸.

²⁶ Vide: artigo: artigo: 1033, IV do Código Civil Brasileiro.

²⁷ HAURIUO, Maurice. *Teoria Dell'Instituzione e Della Fondazione*. trad. para o italiano de Widar Cesarini Sforza. Milão: Giuffrè, 1967, cap. I, p. 5 e seguintes, e cap. VI, p. 171 e seguintes. Apud: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 50. Apud: ZANOTI, Luis Antonio Ramalho, A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, 2006 – 241 folhas. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, Marília/SP, 30 de junho de 2006. p.49.

²⁸ Neste sentido vide: DINIZ, Maria Helena, Tratado teórico e prático dos contratos, São Paulo, 2006, v. 04, p. 109. E, FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. São Paulo, Atlas, 2003, p. 153.

Logo, não obstante as possíveis divergências, um ponto há de se destacar: os interesses, entre os sócios, que, porventura, não sejam comuns, deverão ser todos resolvidos de acordo com o bom senso e em consenso pelas partes comuns ao contrato social – donde se espera que todas elas sejam sempre dirimidas com a melhor decisão para a empresa, de acordo com os seus fins sociais.

1.5. Personalidade jurídica e sua possível desconsideração

Ao se constituir uma sociedade, os seus sócios devem conhecer bem o seu ideal e, portanto, empenhar-se para o seu alcance. Não é diferente a situação de ingresso, em uma sociedade preexistente, de um novo sócio, haja vista que aqueles, sendo fundadores ou não, precisarão abdicar de algo seu, em favor da sociedade e em prol do alcance das metas e pretensões dos fins empresariais.

Nesta mesma linha de raciocínio, pode-se também afirmar que, principalmente no tocante aos eventuais novos sócios, há a necessidade de sua identificação dos ideais da empresa com o seu objeto social. Afinal, a falta desta não ensejará necessariamente, uma possível modificação no objeto social que, para tanto, precisará atender a requisitos rígidos da lei.

A importância da constituição da empresa é indiscutível, pois afinal implica o cometimento de bens afetados de destinação própria: auferição de lucros mediante o desempenho de uma atividade econômica organizada e cuja repercussão social, dada a malha de relações que envolvem a mesma, deverá também ser levada em consideração.

O fato de possuírem personalidade jurídica distinta da dos seus sócios faz com que estes promovam todos os esforços necessários para a pronta satisfação dos fins contratuais, ou objeto social da empresa constituída sem, contudo, esquecer-se de respeitar os requisitos éticos, morais e legais.

Naturalmente o objeto social da empresa não poderá ser fraudulento e, como tal, a empresa não poderá ser conduzida, desrespeitando as prerrogativas da probidade, ética e, até mesmo, os bons costumes.

Na eventualidade de haver tal desrespeito, ocorrerá o desvirtuamento de seus fins primordiais, e tal desvirtuamento é conhecido e adotado no Brasil pela 'teoria do desvio de poder'. Nesta teoria, em suma, caso os sócios comprovadamente²⁹ pratiquem atos contrários à lei, à moral, aos bons costumes etc., poderão responder pessoalmente em virtude de tais irregularidades – ou seja: os atos de má gestão poderão repercutir negativamente aos envolvidos.

Na configuração de tal hipótese, o Estado Juiz, devidamente provocado pela parte interessada ou pelo Ministério Público, quando lhe couber competência para tal, poderá, em se confirmando as alegações suscitadas, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa, em face dos atos de seus sócios que tenham dado azo à aplicação de tal teoria.

Nesta situação, haverá, pelas citadas razões, comunicação do patrimônio pessoal dos sócios, controladores, gestores ou administradores que praticaram os atos abusivos, causadores dos danos cuja reparação se busca, sem prejuízo da apuração e eventuais condenações penais, também possíveis.

Logo, como seu próprio nome diz, haverá a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, em virtude da abusividade de sua utilização de seus fins sociais que desrespeitaram a ética, bom senso e bons costumes, bem como outras prerrogativas que deveriam, porém não foram, atendidas.

Entretantes, ponto interessante a se frisar é que tal desconsideração não deve ser confundida com uma destruição ou anulação da pessoa jurídica. Em verdade, a desconsideração da personalidade deverá ser feita para determinadas situações particulares e devidamente pontuadas, não se estendendo a todas as

²⁹ Neste sentido a colaboração jurisprudencial se faz enriquecedora, como se vê na seguinte ementa: AgRg no RECURSO ESPECIAL N° 936.744 - ES (2007/0062471-1)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Julgamento: 22/02/2011 - Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma - Publicação: 28/02/2011.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIZAÇÃO DE SÓCIOS POR DÍVIDAS DA EMPRESA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE TENHAM AGIDO COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI, AO CONTRATO SOCIAL OU AO ESTATUTO. EMISSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO DA TESE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário, desconsideração de personalidade jurídica. Agravo Regimental n.º 936744-ES (2007/0062471-1). Agravante: Estado do Espírito Santo. Agravado: Darly Rocha Loureiro. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki).

relações da empresa que, por sua vez, precisa ser preservada. Desta forma, as suas relações em geral, desde que não viciadas ou de origem abusivas, continuarão válidas no mundo jurídico.

Como se vê, o que leva uma decisão a desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa é justamente a incompatibilidade entre o resultado que se atingiria em uma transação envolvendo a empresa, concretamente, e a ordem jurídica.

Tal incompatibilidade é resultante dos atos contrários à moral, e realizados pelos sócios, em nome da sociedade, que causaram prejuízos a terceiros. Portanto o objeto social da empresa não comporta tal tipo de situação e, por conseguinte, não poderia ela, dentro desta conjuntura, ser responsabilizada.

Logo, como já foi falado, não se pode responsabilizar, em regra, a empresa ou sociedade empresária inteira pelo seu uso indevido. O que há de se responsabilizar são os atos temerários praticados pelos sócios ou administradores em nome dela.

Neste sentido, no mister de Corrêa-Lima³⁰ ao dizem, em suma, que os administradores devem ter obediência não só à lei, mas também aos atos constitutivos da empresa, bem como agir com o zelo e lealdade esperados. Desta feita, não poderá agir desonestamente e nem prejudicar ou beneficiar terceiros – por razões próprias e destoantes do que se prega em lei e no que está descrito no acordo entre as partes envolvidas.

Enfim, a desconsideração da personalidade jurídica tem por finalidade a proteção das pessoas, quer sejam físicas ou jurídicas, que venham a se relacionar com as empresas, evitando-se que venham a sofrer eventuais prejuízos por atitudes contrárias ao que se prescreve na nossa ordem jurídica e nos padrões da ética e moralidade.

A importância do Judiciário, na apreciação de pedidos como estes é de suma importância, haja vista não só a seriedade que o tema requer, mas ainda a complexidade das circunstâncias que, muitas vezes, precisam ser analisadas, uma a uma, com o fim de posterior decisão parametrizada no que efetivamente ocorreu.

³⁰ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Sociedade Anônima. 3.a Ed. Revista e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 180-181.

O Magistrado, nesta análise, deverá observar o objeto social da empresa e, em seguida, ponderar se o ato que se imputa passível de punição, mediante a desconsideração da personalidade jurídica, vai de encontro a tal objeto; se é viável para os fins a que foi constituída a empresa; ou se ele se constitui mero ato de deleite ou aproveitamento de seu administrador ou algum sócio, em particular, ou grupo societário.

Desta forma, observa-se que questão primordial a se observar não é mácula da sociedade empresária e sim falha na sua utilização, como diz Justen Filho³¹:

[...] reconhece a aplicação de desconsideração, não por um 'defeito' na estrutura da sociedade e, sim, por um defeito quanto a sua utilização. Só pode ser assim, porque a justificativa para desconsideração reside justamente em ocorrer um descompasso entre a função abstratamente prevista para a pessoa jurídica e a função que ela concretamente realiza.

Tais ponderações e análises são de suma importância, haja vista que só haverá a aplicação da citada teoria se o ato a que se atribui vício ou mácula for contrário aos fins sociais da empresa, ou seja, na hipótese de desvio de finalidade econômico-social e, obviamente, que seja uma atitude considerada antijurídica.

Mas, daí, surge a questão: Sempre haverá a desconsideração da personalidade jurídica na ocorrência de tais circunstâncias?

Há doutrinadores³² mais cautelosos que afirmam que só haverá a desconsideração, quando o patrimônio da pessoa jurídica não for suficiente para honrar a dívida. De toda forma, independentemente de eventuais discussões ou divergências doutrinárias, fato é que para se aplicar a teoria em comento é necessária a configuração de prejuízos a terceiros por alguma atitude negativa dos administradores da empresa.

Naturalmente, há a necessidade de desconsideração da personalidade jurídica e a consequente responsabilização dos culpados de determinadas circunstâncias (a exemplo de confusão patrimonial da empresa e de algum sócio/gestor em prejuízo a terceiros de boa fé), senão, em situação contrária, dar-se-

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987. p. 102.

³² CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada. In: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Vol. 6, Belo Horizonte: Del Rey, p.228.

ia azo a possíveis práticas fraudulentas entre empresa e seus gestores, em desfavor de credores de boa fé, onde se inclui o próprio Estado.

A importância maior da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se dá justamente pelo fato de ser ela um instrumento de garantia dos credores e sócios; pois, na hipótese de mau uso da empresa, o seu responsável responderá pessoal e ilimitadamente na seara financeira.

Ao assim proceder, haverá a chancela das máximas da nossa ordem constitucional, as quais, em poucas palavras podemos dizer que homenageiam a boa fé, a solidariedade e preservação da dignidade da pessoa humana, mesmo que seja através da interpretação de que há tal garantia ao não se aceitar atitudes indignas dos gestores da empresa.

1.6. Novo perfil da empresa – importância do estudo à luz da atual Ordem Econômica:

O estudo da Teoria Geral do Direito Empresarial serve para orientar o perfil basilar da empresa, como os seus regimes jurídicos, capacidade jurídica para exercício de sua atividade empresarial, delimitação do que seria o estabelecimento empresarial, bem como a sua natureza jurídica.

Dentro destes aspectos gerais até então enfocados, naturalmente foram abordados, ainda em caráter superficial, algumas noções de interesses tipicamente sociais. A nova concepção de empresa não mais comporta a ideia totalmente liberal e irresponsável junto à sociedade civilmente considerada.

Logo, não seria equívoco afirmar que a colaboração, no alcance do bem-estar social, é também uma das metas da empresa, mediante sua atividade econômica a ser incentivada pelo Estado, em virtude de atendimento a princípios constitucionais econômicos.

A atuação da empresa, no desenvolver de suas atividades, não mais é entendida como uma mera forma de captação de lucros. Afinal, já não é de hoje que se reconhece a sua função social que deverá ser atendida.

Existem obrigações a serem respeitadas por todos, inclusive, algumas delas mais ainda pelas empresas. Logo, o respeito aos compromissos, junto aos seus sócios, com o meio ambiente, o Estado, seus empregados, compõe uma série de relações que agregam a ela uma importância ímpar.

Não é à toa que a iniciativa privada, através das empresas, é vista como ente importantíssimo na colaboração da erradicação da pobreza, bem como na diminuição das desigualdades regionais³³ que, também, são situações de políticas públicas previstas no texto de nossa Carta Magna.

Estas circunstâncias, que beneficiam concomitantemente bens de natureza social e interesses econômico-privados, vislumbram-se em uma situação a ser tratada e dirimida pelo Estado, como ente regulador da ordem e atividade econômica do nosso país.

O que se extrai da participação da empresa, junto à sociedade e à luz dos preceitos da Ordem Econômica, em verdade é que esta deve agir em conformidade, colaboração e respeito aos preceitos de valorização da dignidade da pessoa humana, promovendo a justiça social e colaborando com a redução das desigualdades regionais.

Daí se extrai uma situação interessante.

De um lado estão os interesses puramente empresariais que, na condição de busca incansável de lucros, visa sempre encontrar a melhor forma de agir e trabalhar, a fim de maximizar os seus resultados e, com isso, satisfazer seus interesses tipicamente capitalistas de se auferir lucros.

Já de outro lado, a fim de que não sofra sanções e até mesmo venha a receber incentivos do Estado, respeite-se a ordem legal constituída, o meio ambiente, normas trabalhistas, de segurança, respeito na confecção de seus produtos, recolhimento de tributos, condutas éticas nas mais diversas searas, dentre outros.

Neste interregno, em que se contrapõem situações que são, à primeira vista, díspares, busca-se uma definição para este aparente confronto de paradigmas, haja

³³ Neste contexto podemos inserir o alcance do pleno emprego, respeito à dignidade da pessoa humana, fomento do mercado nos mais variados segmentos etc.

vista que deve prevalecer o bom senso e o consenso entre estas situações, que deverão e poderão caminhar conjuntamente.

A ênfase está na configuração do que vem a ser a atuação funcional social da iniciativa privada; e em particular, da empresa – objeto da presente pesquisa – para o alcance e atendimento dos ditames da Constituição Federal do Brasil. Outro ponto é se definir se as atuações e medidas tomadas pelas empresas, em favor da sociedade, são suficientes para o alcance do que se propõe no tocante à justiça social e promoção da dignidade da pessoa humana.

Capítulo 2

A EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

2.1. O Estado e vida econômica – relações, participações e interações

A intensa alteração do modo de vida e das realidades vivenciadas pela humanidade, no decorrer dos anos, causou imensas transformações nos Estados, não só em seus perfis ou em seus governos, mas nas alterações de seus papéis administrativos, inclusive.

Estas novas realidades não ficaram adstritas àqueles, mas foram vivenciadas também na atividade empresarial, haja vista a crescente busca de majoração dos lucros, valendo-se do uso da ascendente tecnologia para fins de aumento da produção; e, nesta mesma linha, também se passou a exigir um maior grau de instrução e escolaridade dos trabalhadores.

Estes fatores, principalmente dentro de Estados com perfil capitalista, fez por consequência, crescer significativamente o subemprego, a informalidade do trabalho e, por conseguinte, a desigualdade e exclusão social.

Interessante trazer o posicionamento de atuação, através do tempo vivenciado pelo Estado, em três fases muito bem identificáveis³⁴, a saber: Pré-modernidade (Estado Liberal); Modernidade (Estado Social) e, por fim, Pós-Modernidade (Estado Neoliberal).

Na primeira delas, houve a primazia da liberdade político-econômica, retirando-se ao máximo do Estado a possibilidade de centralização ou controle da atividade econômica, deixando-se ao arbítrio autônomo e quase que exclusivo da iniciativa privada os nortes e direcionamentos da economia.

³⁴ BARROSO, Luís R. Fundamentos teóricos e filosóficos (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo) (In: Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº. 225, 2001, p. 5-37).

Entretanto, há de se ponderar que, no sistema liberal, não quer dizer que inexistisse atuação do Estado na economia. Tal incidência era mínima, como outrora se falou.

Contudo, atente-se que, com o passar dos tempos, esta tão mitigada atuação ou ingerência foi tomando maior vulto e, conseqüentemente, passando o Estado a ter uma maior participação ativa, junto às políticas econômicas e na própria economia, propriamente dita.

A atuação, junto à economia, poderá existir, contudo, em comparação com o vulto das transações e movimentações econômicas, promovidas pela iniciativa privada, de forma bem reduzida. De fato, a participação Estatal tem, como regra, o intuito de coibir eventuais abusos, mediante uma atuação direta ou indireta.

Já na segunda das fases, houve uma expressa e intensa atuação do Estado junto à sociedade, haja vista que, para o Estado Social, pautava-se a premissa de que, se alguns não seriam capazes de manter a sua subsistência, logo caberia ao Poder Público estatal tutelar a todos.

Naturalmente, se o Estado tomou para si as rédeas da responsabilidade social, é bem verdade que a consequência já esperada era o crescente déficit público, em virtude da manutenção da previdência, assistência, habitação, educação; e, por conseguinte, uma significativa crise financeira ocasionada pelos seus próprios gastos.

Como se vê, vem se superando a queda de braço entre o socialismo e o capitalismo, e a compreensão do Estado Democrático de Direito constante na nossa atual ordem constitucional, que muito tem a ver com isso, haja vista seu conteúdo.

Sobre o Estado Democrático de Direito, é pertinente trazer a colaboração doutrinária de José Luís Bolzan de Moraes, quando diz:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material da concretização de uma vida digna ao homem, e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica³⁵.

³⁵ Direitos humanos, globalização e constituição. Vínculos feitos, desfeitos e refeitos. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 25, n. 56, p. 117-138.

Por fim, o Estado Social Liberal (ou Neoliberal), no terceiro momento em comento, fez por bem reduzir encargos sociais e com isto também valorizar o mercado, contudo não da mesma forma como no capitalismo de outrora.

Nesse tipo de Estado, dá-se uma atuação restrita aos serviços essenciais por parte do Poder Público que reserva boa parte dela para fins de proteção de relevância indissociável da pátria, assim, como deve igualmente empregar tal atuação no pronto atendimento da população.

A iniciativa privada se reserva e garante o que não é tido pelo Estado como essencial, mas também até mesmo em alguns momentos, para fins de não sobrecarregar a máquina pública ou ainda por impossibilidade de esta vir amparar satisfatoriamente a todos, por concessão ou permissão, alguns serviços tão relevantes³⁶.

Em tais atuações, enfatize-se que há a fiscalização do Estado sobre a iniciativa privada, quanto ao desempenho de seu mister, percebendo-se, pois, a busca da convivência harmônica entre livre iniciativa e a necessária intervenção do poder público que, nestes casos, atuará visando resguardar os valores asseverados na Ordem Constitucional.

Haverá, como se perceberá, a busca pela aproximação dos fatores legais e jurídicos com os econômicos e éticos – dando-se uma atuação coadunada na busca pelo desenvolvimento (sendo este não só da economia, mas, sobretudo, do próprio ser humano em suas múltiplas acepções³⁷), contanto que este esteja em atendimento a outros preceitos de igual ou maior magnitude: respeito à dignidade a pessoa humana, meio ambiente sustentável etc.

Não resta dúvida de que ao se buscar dos agentes econômicos o respeito a preceitos de direitos fundamentais, há uma interrelação e conseqüente necessidade de diálogo entre o Direito e a Economia, contudo, não com fins de identificação de

³⁶ Como por exemplo, a permissão concedida pelo Estado, no tocante à exploração pela iniciativa privada da prestação de serviços de ensino superior no Brasil.

³⁷ BARROSO, op.cit., p. 68.

quem venha a superar o outro em seus argumentos, e sim visando o alcance do crescimento e, quem sabe, até concordância das ideias de cada uma das partes³⁸.

E pelo que se expôs, a participação do Estado na vida econômica, atualmente se faz em virtude da necessidade do atendimento aos anseios dos cidadãos que o compõem, haja vista serem eles os principais sujeitos de direito a carecerem de amparo e segurança.

Entrementes, permitem-se, como se vê, e se asseguram as liberdades particulares e seu exercício, a exemplo da possibilidade de ser possuidor ou proprietário de certo bem. Contudo, em virtude das prerrogativas constitucionais existentes, compreende-se que tais direitos estão atrelados ao fiel atendimento de prerrogativas, em prol da sociedade – donde a ênfase na busca da preservação e garantia da dignidade humana ser a pedra fundamental da construção de uma existência digna e justa para a todos.

O principal instrumento legitimador das outrora citadas prerrogativas é Constituição Federal do País que, no Brasil, por exemplo, reserva espaço especial destinado à Ordem Econômica que não poderia estar dissociada do Social.

2.2. Ordem Econômica e Social e o Direito Econômico

O Brasil, já se sabe, adotou os moldes do Capitalismo assegurando e incentivando, portanto, a participação da iniciativa privada, para movimentar a economia do país.

A Constituição Federal segue um perfil de intensa interligação às ciências econômicas, contudo sem esquecer o seu indissociável viés social, haja vista as recorrentes passagens as quais asseveram que institutos típicos do Capitalismo deverão estar coadunados a outros preceitos típicos do Estado Social.

Logo, percebe-se que o nosso Ordenamento Constitucional tem característica híbrida³⁹, haja vista que condensa características típicas de dois institutos distintos,

³⁸ BOBBIO, Norberto. O tempo de memória: de senectude e outros escritos biográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

ocasionando, pois, uma nova realidade que, mesmo assemelhando-se aos que lhe deram origem, é em verdade uma nova realidade sendo vivenciada.

Característica que ratifica a ligação com a economia, por exemplo, pode ser percebida facilmente na Ordem Econômica, pois nesta constam as orientações relativas ao planejamento e organizações relativas às atividades desenvolvidas pelo próprio Estado e pelos particulares, enfatize-se, que estas deverão estar harmonizadas e adequação aos ditames da justiça social também preconizada na Constituição.

Em síntese, independente de ter o Brasil se amoldado às características eminentemente capitalistas, estas, em face da nossa Ordem Econômica, mas, sobretudo Social⁴⁰, deverá se pautar nos preceitos da justiça social e na preservação da dignidade da pessoa humana. Então, não há em face dos preceitos tutelados, liberdade total e absoluta por parte da iniciativa privada.

Desta feita, a liberdade concedida pelo Estado deverá ser gozada pelo particular em observância, sobretudo do bem-estar da coletividade, não se sobrepondo o individualismo, tal qual garante nosso ordenamento constitucional, sob a possibilidade, inclusive, de se sofrer sanções e, até mesmo, privação de propriedade, caso esta venha, por exemplo, a desatender a sua funcionalidade que também é social.

Se o nicho central de atuação é a preservação e tutela da dignidade da pessoa humana e a justiça social, há de se convir que haja, para seu alcance e manutenção, a colaboração de todos, na condição de corresponsáveis, não cabendo a apenas um grupo seletivo de pessoas ou ao Estado tal prerrogativa.

Estas responsabilidades e garantias são de titularidades do Estado e, ressalvadas as devidas especificidades, dos tutelados por ele, a ponto de serem elevadas ao patamar de fundamentos basilares ou, simplesmente princípios, que transcendem a relevância até mesmo das normas específicas, haja vista que estas são legitimadas por eles.

³⁹ Sobre esta característica peculiar indispensável leitura de Oscar Dias Corrêa (CORRÊA, Oscar Dias. O sistema político-econômico do futuro: o societarismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994)

⁴⁰ Influências estas inegavelmente trazidas por inspiração desde a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã (Weimar) de 1919 – que historicamente em Constituições Brasileiras anteriores a atual já apresentavam perfil similar.

2.3. Atividade econômica: Princípios gerais

Optou-se neste trabalho por não se fazer menções detalhadas de aspectos históricos, tal qual se vislumbra noutros trabalhos de caráter similar⁴¹. Em verdade, buscar-se-á, para adentrar esta seara, ir diretamente ao que diz a Constituição Federal e, em seguida, fazer as suas devidas ponderações.

Como se sabe, existem, dentro da ordem jurídica, prerrogativas tão relevantes que, mesmo não sendo necessariamente positivadas, são elevadas a um patamar diferenciado das normas em geral. Estas são, em sua essência, permeadas de tais prerrogativas, os princípios.

O sistema, quando baseado em princípios, mesmo que não suficiente, torna-se mais vantajoso com relação aos que têm por norte apenas regras. Nestes termos pontua Canaris⁴²:

O sistema deve fazer claramente a adequação valorativa e a unidade interior do Direito e, para isso, os conceitos são impróprios. (...) No conceito (bem elaborado) a valoração está implícita; o princípio, pelo contrário explicita-a e por isso ele é mais adequado para extrapolar a unidade valorativa do Direito.

A invocação dos princípios, dentro de nossa ordem jurídico-constitucional, ocorre em análises de casos particulares e concretos, contudo eles mesmos isoladamente, não são suficientes para a inteligência da ordem supracitada, haja vista carecerem da investigação e discernimento do seu intérprete e aplicador.

Neste ato, caberá a realização de uma análise valorativa e ponderada, dentro dos padrões legais, morais, históricos, para que a solução seja satisfatória e coerente à luz da ordem jurídica que ora se vivencia.

⁴¹ ZANOTI, Luis Antonio Ramalho, A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, 2006 – 241 folhas. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, Marília/SP, 30 de junho de 2006.

⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 104.

O que se verá, à guisa dos princípios que ora serão apresentados, bem como nas considerações finais ao presente capítulo. O fato é que tais princípios descritos e elencados, na parte relativa à Ordem Econômica, em verdade, estão em consonância com outras premissas de igual até ou maior valor.

Neste sentido, ficará demonstrado que, independentemente da visão capitalista adotada pelo Brasil, em virtude de suas características sociais, provado será que este regime não é exercido na sua modalidade original, haja vista, também, estar permeado por outros tantos aspectos típicos do socialismo.

2.4. A Livre iniciativa

Prerrogativa basilar da iniciativa privada e do capitalismo bem como elemento norteador fundamental do liberalismo econômico, a livre iniciativa, também no Brasil, na condição de princípio, é fundamento da ordem econômica pátria (Art. 170, § único), quando assegura *a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização e órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei* e, bem como do Estado Democrático de Direito.

Como foi abordado anteriormente, a nossa ordem constitucional se manifesta de forma híbrida e, portanto, permeada de características próprias do capitalismo e do seu antagonista ideológico, o socialismo.

Ao falar em livre iniciativa econômica, passa-se, à luz do capitalismo liberal, a transparecer a ideia de total liberdade para, a seu livre arbítrio, agir ou não como bem entender, no contexto dos meios de produção.

Contudo, ao se analisar, sob a ótica do socialismo, vê-se que as atividades econômicas só poderão ser exercidas estritamente nos seus moldes, assim como determinar o Estado, ou seja, a economia (exercício) estaria condicionada e limitada a este.

Tamanhas divergências ideológicas e pragmáticas tendem a ser difícil de sanar, contudo a sociedade democrática busca, também neste contexto, um equilíbrio proposto pelo fomento da economia, através do incentivo da iniciativa

privada. Mas não somente isso, pois assim o faz com a participação interventiva do Estado, a fim de garantir o atendimento de prerrogativas sociais.

O reconhecimento da importância da livre iniciativa, como componente das políticas do país, acontece inclusive a ponto de se garantir à iniciativa privada, a primazia em desenvolver a atividade econômica no país, cabendo, pois, ao Estado, ser agente facilitador e fiscalizador desta atividade, além de subsidiar e supletivamente, agir, também, se necessário⁴³.

A tutela em questão goza de reconhecimento não só normativo e doutrinário, mas, sobretudo porque já vem sendo observada pelos tribunais superiores que, sobre o tema já se posicionaram significativamente buscando a preservação do princípio em questão. Neste sentido, conveniente trazer a ementa:

Processo: AI 832292 PE
Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 22/03/2011 - Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação: DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-03 PP-00659
Parte(s): UNIÃO e USINA PEDROZA S/A

Ementa

1. Agravo regimental em agravo de instrumento.
2. Intervenção do Estado na economia. Fixação de preços inferiores aos definidos em lei. Restrição ao livre exercício da atividade econômica. Desrespeito ao princípio da livre iniciativa. Precedentes.
3. Indenização. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279/STF.
4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁴

Logicamente, apesar da importância de sua participação e até da intervenção estatal – é conveniente também se pontuar que ela não é irrestrita. A sua atuação se faz limitada a contextualização de razões e objetos, como bem diz Celso Ribeiro Bastos:

⁴³ Sobre a intervenção estatal, pontue-se que, dadas as suas prerrogativas, quando o faz, tem por intuito, também, de preservar a própria Livre Iniciativa (ver: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 179

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil-administrativo, indenização – livre iniciativa. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 832292-PE. Agravante: UNIÃO. Agravado: USINA PEDROZA S/A. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Não é lícito à lei fazer depender de autorização de órgãos públicos atividades não sujeitas à exploração pelo Estado, nem a uma especial regulação por parte do poder de polícia. É aceitável, pois, que dependam de autorização certas atividades sobre as quais o Estado tenha necessidade de exercer tutela, quanto ao seu desempenho no atinente à segurança, à salubridade pública, etc. Traduzir-se-á em inconstitucionalidade se a lei extravasar estes limites e passar, ao seu talante, a fazer depender de autorização legislativa as mais diversas atividades econômicas⁴⁵.

Apenas em caráter excepcional é que poderá o Estado concorrer com a iniciativa privada, na forma de monopólio ou competição, mas somente quando ficar comprovada real necessidade, em virtude de interesse coletivo ou segurança nacional.

Há de se frisar que o fato de o Estado poder intervir diretamente, como partícipe da atividade econômica do país, mesmo que, em respeito à livre iniciativa privada, em caráter excepcional, não faz com que tenha tratamento diferenciado ao recebido pelas empresas privadas, em suas atividades.

Ou seja, caso o Estado, através de suas empresas (paraestatais), venha a participar da atividade econômica que é destinada prioritariamente à iniciativa privada, não obstante as razões que o fazem tomar tal iniciativa deverá, pois, estar adstrito às mesmas regras⁴⁶, condições, riscos e circunstâncias gerais, a que este venha a se submeter.

Entretanto, convém atentar que as diferenças entre as empresas de iniciativa privada e as estatais não se restringem ao fato de que uma delas detém como acionista o poder público. Existem outras peculiaridades que se faz importante ressaltar.

Não se sujeitarão, ao contrário das empresas privadas, a algumas consequências negativas, tal qual a falência, haja vista seu capital social ser oriundo do Poder Público e, com isto, dada a supremacia do interesse público, obviamente não poderá ser posto em situações vexatórias desta natureza. Contudo não há vedação a que sejam seus bens penhorados, em virtude de dívidas – afinal servirão

⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 7., p. 38-39.

⁴⁶ Inclusive em sede de regime jurídico, como bem está determinado no inciso II do § 1.º do artigo 173 da nossa Carta Magna

os bens penhorados para satisfação de dívidas, sem necessariamente pôr em xeque a existência da empresa – como poderia acontecer na hipótese de falência.

Outras tantas peculiaridades existem a distinguir a atividade econômica desenvolvida diretamente pelo Estado e pelo particular – contudo, não seria pertinente nesta pesquisa adentrar cada vez mais nestas searas – dada a possibilidade de fuga do tema central.

Pontue-se também, em aspecto de atuação do Estado na iniciativa privada, no contexto empresarial, que cabe ao mesmo atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica do país – fato este que corrobora a sua supremacia na preservação do interesse público-social.

No primeiro dos aspectos, o próprio Poder Público ditará as normas, e regras gerais e específicas de atuação do mercado, visando, pois, a uma coerente regulamentação nos moldes e termos da ordem econômico-constitucional e, sobretudo, visando ao atendimento da democracia, equidade, ética, dignidade e justiça social.

Em linha de consequência, atua também na condição de agente regulador, que tem instrumentos próprios para fazer uso dos dispositivos legais e normativos, a fim de coibir eventuais e possíveis excessos, como os referentes ao lucro, do segmento privado no exercício de suas atividades, tal qual ficou demonstrado também na transcrição da ementa da decisão do STF no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento de número 832292-PE.

A repressão de possíveis abusos da iniciativa privada também pode ser dada a partir da criação de monopólios estatais, por exemplo, que visam não apenas equilibrar o mercado – mas, sobretudo, promover a justiça social. Afinal, com isso, haverá a tendência a uma melhor divisão de renda junto a toda a população, fomentando, inclusive, uma maior possibilidade de criação de empregos, maior circulação de riquezas assegurando, por conseguinte, a melhor possibilidade de alcance de melhores condições de vida.

Entrementes, há de se constatar que a liberdade da iniciativa privada, de certa forma, é limitada ao atendimento dos fundamentos dos mesmos adjetivos supracitados, com relação às normas criadas pelo Estado, cujo atendimento deverá ser por este mesmo fiscalizado.

Como se vê, a livre iniciativa aqui contextualizada não é absoluta, tal como perseguia o liberalismo, mas adstrita ao atendimento de conjunturas e requisitos que venham a fomentar o alcance do bem estar e da justiça social, e dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, conclui-se que é justo e livre desenvolver sua atividade em busca do lucro, entretanto está equivocado, galgar o mesmo, quando os fins forem exclusivamente em prol, por exemplo, dos titulares da empresa à revelia dos valores sociais trazidos pela atual ordem constitucional.

Nestas hipóteses, inclusive, poderá e deverá o Estado, coercitivamente, reprimir tais abusos que, muitas vezes, buscam mitigar a livre concorrência e, com isso, causar total desestruturação de pequenos grupos econômicos, sufocados pela impossibilidade de enfrentar os grandes grupos.

Não é demais lembrar que o princípio ora estudado é um dos fundamentos do liberalismo econômico e, como filosofia, entende-se que se deve evitar qualquer tipo de submissão do mercado a qualquer poder ou ente e, assim ficar garantido ao indivíduo atuar livremente em qualquer segmento econômico e, na condição de proprietário, ter igual adjetivo na disposição dos seus bens, como melhor lhe aprouver.

Entretanto, na realidade vivenciada no Brasil, que possui a socialdemocracia, o que se percebe é uma situação intermediária entre correntes liberalistas e comunistas. Logo, existe a liberdade de se explorar a atividade econômica mais conveniente e em conformidade com a lei, desde que ela não seja excedente do interesse público e social.

O exercício da liberdade de iniciativa privada é igualmente livre, contudo, com as mesmas limitações até então descritas, ou seja, ao desempenhar sua atividade econômico-empresarial, deverá atentar para a busca do bem-estar comum, e não exclusivamente galgar lucros, esquecendo-se das possíveis repercussões de seus atos.

No modo de atuar e desempenhar a atividade empresarial, não deve apenas se visar lucros, afinal a empresa, mesmo sendo estes inerentes à sua atividade empresarial. Em verdade tal atividade tem reflexos e relações junto à sociedade em geral que, dentro do contexto constitucional a que pertence, faz com que assuma a

própria empresa também o compromisso junto àquela, de colaborar na garantia e alcance de existência digna e do bem estar social⁴⁷.

2.5. A valorização do trabalho

Conforme já observado, nos momentos iniciais deste trabalho, com a consolidação do regime burguês, o homem abandonou sua condição servil⁴⁸ de outrora, e passou a usar sua força de trabalho de forma livre, inclusive pondo-a à disposição de outros em contrapartida de vantagens (incluindo-se pagamento), para fins de subsistência.

Logo, o trabalho, além do status de instrumento gerador de recursos inicialmente para transformação e, posteriormente, para manutenção da realização pessoal do homem-trabalhador, recebeu importância por ser também agente ativador dos demais meios econômicos.

Como se vê, foi dada a dimensão de elemento de atuação concomitantemente social e econômica ao trabalho, pois cada uma destas searas possui particular e indissociável relevância.

O trabalho em si não mais se restringe ao entendimento puro do elemento componente dos meios de produção. Em verdade, a ele se dá maior valorização, em virtude do interesse social a que está agregado. Afinal, é ele fonte de sobrevivência do trabalhador que, como pessoa humana, deverá ser respeitado e tratado com dignidade.

Do ponto de vista normativo, a valorização do trabalho da pessoa humana é, de acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu primeiro artigo, inciso IV, tida como um dos fundamentos⁴⁹ da República Federativa do Brasil, bem como a ordem social que também se baseia na primazia ao trabalho, e tem como objetivo o

⁴⁷ Enfatize-se que tal responsabilidade também é do Estado, quando atua diretamente na atividade econômica como assevera a própria Constituição Federal, em seu artigo 173, inciso I, § 1.º.

⁴⁸ Op.cit. 92

⁴⁹ Pontue-se que, nas Constituições Federais da República Federativa do Brasil, do ano 1967 e 1969, a valorização do trabalho era vista como princípio constitucional, em seus artigos 157, II e 160, II – respectivamente.

bem estar e a justiça social, como assevera o caput do artigo 193, da nossa Carta Magna.

Neste sentido, Marilda V. Iamamoto, tratando da relação de trabalho como uma extensão das nossas relações sociais e suas repercussões de inclusão e exclusão sociais, disse:

O seu fundamento concreto está na tensão entre o trabalhador coletivo como objeto do capital, porquanto, expressão do capital variável – neste sentido, sua propriedade -, e o trabalhador como sujeito criativo vivo e 'livre', capaz de reagir ao castigo do trabalho, de lutar contra a sua alienação no processo de sua afirmação como sujeito político-coletivo. A particularidade histórica está em que o processo de criação de valor de mais-valia gera formas sociais necessárias à sua expressão que encobrem, para os sujeitos, o caráter social de seu trabalho, reificando suas relações, sob a forma do fetiche da mercadoria [...]⁵⁰.

Na seara econômica e comercial, é fácil constatar que, em uma relação laboral entre empregado e empregador, existe uma ligação técnica e até mesmo instrumental⁵¹ entre aquele e o empresário, por exemplo. Afinal o trabalhador é parte reconhecidamente útil, da produção e, por isso, um dos elementos fundamentais para que se alcance a produção almejada e, conseqüentemente, atinjam-se os lucros visados.

Porém, noutra vertente, há de se observar a relação humana entre os envolvidos. Afinal, o trabalhador e seu empregador são igualmente humanos e, portanto, como outrora se falou, precisam ter condições satisfatórias de sobrevivência que, para tanto, são provenientes dos frutos do seu trabalho.

Há de se atentar que a concepção de mera sobrevivência não seria satisfatória em consonância com a nossa Ordem Constitucional. Afinal, condições mínimas de dignidade comportam muito mais. Precisa-se atender às necessidades educacionais, emocionais, culturais, lazer, segurança, etc.

Portanto, a valorização que se dá ao trabalho, tratada na Constituição Federal, engloba não só a garantia de que se tenha o trabalho, mas, sobretudo, que este seja desenvolvido de forma adequada e digna.

⁵⁰ IAMAMOTO, Marilda Villela. Trabalho e indivíduo social. São Paulo: Cortez, 2001, p. 80-81.

⁵¹ Utiliza-se o termo 'instrumental', neste contexto, haja vista ser também o trabalho/trabalhador um dos componentes dos meios de produção e, inclusive, em virtude do avanço tecnológico, sendo em muitos casos substituível por máquinas (que a médio e longo prazo poderão ser mais rentáveis aos empresários).

Salários e reflexos salariais, tais como horas extras e adicionais de quaisquer naturezas legais, condignos às atividades desenvolvidas, bem como assegurar aos trabalhadores igual tratamento e oportunidades; observância das normas mínimas de segurança do trabalho; respeito aos repousos necessários, entre outros são direitos do trabalhador. Afinal, em havendo observância e respeito às normas trabalhistas, dar-se-á a garantia da preservação da dignidade da pessoa humana dentro deste aspecto.

Desta feita, não se trata de reconhecer as garantias que existem em favor do trabalhador, em virtude de sua condição hipossuficiente. Em verdade, o que há é o respeito à importância dos direitos de cunho laboral que são próprios da pessoa humana, em toda a sua atividade⁵².

A preservação e tutela se dão em virtude de se estar tratando com pessoas cuja dignidade e proteção deverá ser indistintamente respeitada. Neste mote, a tutela do pleno emprego e a valorização do trabalho também é corolário de igualdade nas relações laborais.

Para que se dê o pronto atendimento a estas metas, é indispensável a atuação do Estado intervindo nas relações laborais, a fim de evitar excessos entre os envolvidos, principalmente quando há, por um deles, flagrante hipossuficiência. Sua atuação não se restringe à de legislar, mas inclui a de fiscalizar e, até mesmo, de impor sanções no intuito de, pelo menos, atenuar os possíveis embates e prejuízos que venham a surgir do conflito de interesses entre empregador e empregado.

A proteção do trabalho é de tal relevância, que é tida como um dos pilares do nosso ordenamento jurídico-econômico, mesmo, em determinadas situações, quando em aparente conflito com regras e normas legais, conforme se verifica, inclusive, no presente julgado que ratifica o entendimento macro do legislador constitucional:

Processo: RO 1875720105040022 - RS 0000187-57.2010.5.04.0022
Relator(a): JOSÉ FELIPE LEDUR
Julgamento: 15/06/2011
Órgão Julgador: 22ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

⁵² PERONE, Giancarlo. Direitos do trabalhador como indivíduo. Os direitos sociais. In: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coords.). Os novos paradigmas do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 63

Ementa

CONTRATAÇÃO NÃO PRECEDIDA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATO NULO GERADOR DE EFEITOS.

O vínculo empregatício se perfectibiliza por meio de um contrato-realidade. É antijurídico não atribuir efeitos à má conduta da administração pública que leva à exploração da mão-de-obra (art. 7º, XXX, c/c art. 37, § 6º, da CF/88). Prevalência do princípio constitucional da valorização do trabalho. Declaração de nulidade da contratação que produz efeitos ex nunc. Recurso não provido⁵³.

Como se vê no julgado em particular há, inclusive sobre a necessidade de valorização da pessoa humana em si, uma superposição do valor da necessária proteção e valorização do trabalho sobre outra norma de igual valia teórica.

Em situações que tais, a tutela observada em prol da dignificação humana se sobressai a outras – inclusive àquelas que têm teoricamente o condão de moralizar a administração pública.

2.6. Soberania econômica nacional

Positivada na Constituição Federal, como princípio geral da atividade econômica, em seu artigo 170, inciso I, a soberania nacional aqui não pode ser confundida com a mesma soberania tratada no primeiro artigo da mesma Carta Política⁵⁴.

Em verdade, a soberania tratada neste artigo, é a política, ou seja, o poder soberano de um Estado em suas decisões que não poderá, em hipótese alguma, ser cerceado ou submisso a qualquer outro. É compreendido tal princípio como um dos fundamentos da República Federativa e do Estado Democrático de Direito.

A soberania nacional, tratada no artigo 170, inciso I, da nossa Carta Magna, em verdade, trata de aspectos exclusivamente econômicos, no sentido de que as decisões de natureza econômica tomadas no Brasil não poderão ser colidentes com os interesses da nação. Portanto o Estado é soberano em suas decisões e

⁵³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 1ª Turma. Trabalhista, Valorização do Trabalho. Recurso Ordinário n.º 1875720105040022. Recorrente: Companhia Estadual de Silos e Armazéns – CESA. Recorrida: Maria Joseara Rodrigues dos Santos Vaz. Relator: José Felipe Ledur.

⁵⁴ Op.cit. 93.

desígnios, sobrepondo-se, pois, a quaisquer eventuais interesses contrários, por parte da iniciativa privada, quer seja nacional ou internacional.

Desta feita, pode-se compreender que a soberania em si deverá ser vista em vários aspectos e, no caso em particular, a econômica não poderia ser destoante da política. Afinal, aquela é complemento desta.

Não obstante estas ponderações, há de se convir que, no mundo atual, o mercado vem se mostrando em crescente transnacionalização, fato que vem cada vez mais colaborar com a relativização do entendimento de soberania, pelo menos em seu aspecto econômico.

Sobre a transnacionalização que relativiza o entendimento de soberania nacional econômica, já afirmou a doutrina:

A inadequação do modelo às atuais exigências do desenvolvimento não decorre apenas das características mercantilistas apontadas e da incapacidade decorrente, de dar respostas integrais e pragmáticas às necessidades das sociedades contemporâneas, cada vez mais complexas e heterogêneas, mas também das novíssimas circunstâncias internacionais da política e da economia [...] Dentre essas circunstâncias, destacam-se o declínio do nacionalismo e a transnacionalização da economia, com o advento de novas escalas na tecnologia e na produção⁵⁵.

Em colaboração com isso, a relativização do entendimento de soberania, em sua acepção clássica, também vem sofrendo ataques dos próprios Estados, sobretudo no tocante ao aspecto econômico, mas sem deixar de haver ligação com os demais vieses.

Neste sentido, convém atentar que muitos países de menor grau de desenvolvimento tendem a ser usados para os interesses de grupos econômicos transnacionais, que se valem de seus espaços, no intuito, meramente exploratório buscando, por conseguinte, apenas galgar lucros, afrontando, muitas vezes, a soberania nacional que vem sendo abordada.

Washington Peluso, com propriedade, assim se posicionou sobre o tema:

Efetivamente, a influência econômica de uma nação poderosa sobre outra mais frágil é exercida em profundidade sobre as estruturas de cada uma delas, atingindo não somente firmas, porém a população de um modo geral, quando tomamos o ponto de vista do consumidor, dos direitos do trabalho,

⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O estado e a economia na Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 26, n.º 102, p. 05. abr-jun. 1989.

da transferência de riqueza do país fornecedor de produtos primários ao país industrializado, e todos os demais fatores, que, traduzindo modelos de qualidade de vida, envolvem a própria 'dignidade' da pessoa. Em verdade, não há como excluir do relacionamento entre países o sentido permanente dos 'Direitos Econômicos', na própria medida em que o conceito de 'mercado' se globaliza e se amplia, em que Estados e indivíduos neles se envolvem e em que as figuras do autor do abuso e de sua 'vítima' devem ser claramente identificadas⁵⁶.

Esta desconsideração das barreiras geográficas visando, sobretudo, uma maior interrelação comercial entre países, favorecendo, pois, o livre trânsito de produtos, capital e até mesmo pessoas; a criação de blocos econômicos, moeda única, metas comuns mínimas, faz com que os países nesta nova vertente envolvida, tendam a buscar sempre uma melhor adequação de suas normas a esta realidade.

Não obstante estas ponderações, a soberania nacional e econômica deverá ser preservada e tutelada. Afinal, ao contrário do que se busca, independentemente da participação de empresas estrangeiras noutros países, não podem vir a subjugar sua possibilidade de autodeterminação, com relação as suas normas de cunho econômico que, custa lembrar, devem andar em sintonia com a máxima do bem-estar, justiça social e a própria dignidade da pessoa humana.

2.7. A função social da propriedade

A posse da propriedade é assegurada a todos indistintamente, valendo-se, pois, dos benefícios que a coisa venha a lhes proporcionar, conforme se garante, na própria Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso II.

Contudo, esta mesma propriedade (privada) está condicionada a ter seu uso adequado – a fim de atender sua função social, artigo 170, inciso III, da Constituição Federal, respeitando-se, pois, os preceitos da justiça social e dignidade da pessoa humana.

⁵⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Repressão ao abuso do poder econômico e direitos humanos. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 28, n.º 112, p. 187. out-dez. 1991.

Portanto, o atendimento da função social da propriedade privada visa assegurar a todos uma existência digna, como se assevera, na nossa Ordem Constitucional, e não apenas garantir que a propriedade seja um mero instrumento, restrito, unicamente, aos interesses do titular de seu direito.

O atendimento da função social não só da propriedade, mas também de outros institutos típicos do Direito Privado, é de imensurável importância dentro de nossa ordem jurídica, à qual adiante, destina-se capítulo inteiro neste trabalho.

2.8. A livre concorrência

Pode-se compreender a livre concorrência, como princípio interligado ao da livre iniciativa, e sua previsão se dá no artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal Brasileira⁵⁷.

Busca fomentar iguais condições e chances de captar e fidelizar clientela, tutelando a ética e a lealdade entre todos que já se valham do princípio da livre iniciativa e estejam exercendo alguma atividade econômica.

Sobre o tema contribui Isabel Vaz ao trazer o entendimento do que seria a livre concorrência:

A noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores, cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens e serviços⁵⁸.

A ideal conjuntura da concorrência livre dá-se quando se dispõe de uma significativa quantidade de fornecedores de produtos ou serviços, conta-se com um igualmente significativo número de consumidores. Desta forma, torna-se pouco provável a possibilidade de dominação de mercado por parte de grupos empresariais, devido às presentes circunstâncias.

⁵⁷ Op. cit. p.95.

⁵⁸ VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 27.

Ou seja, não haveria neste utópico ideário de concorrência, a existência de monopólios, oligopólios, grupos empresariais que funcionem em parcerias para a realização de atividades destoantes da liberdade concorrencial, em virtude dos bens que comercializam e da forma como os negociam.

A realidade que se vivencia é em alguns segmentos negociais a existência dos oligopólios que, segundo Fábio Nusdeo:

É o regime no qual a oferta está concentrada nas mãos de poucos. Do grego oligos (poucos) e polein (vender). Isto sucede não apenas quando os vendedores formam realmente um pequeno número, há profunda diferença de envergadura econômica. Assim, por exemplo, a indústria automobilística constitui um oligopólio porque são poucas as fábricas de veículos. A situação não se alteraria substancialmente caso uma ou duas dezenas de novas fábricas viessem a se instalar, porém, com uma capacidade produtiva muito inferior à das atuais. Outros setores também podem caracterizar um oligopólio, ainda que representem 50 ou 100 vendedores, desde que alguns – digamos os 10 primeiros – detenham uma parcela preponderante da oferta, por exemplo, 80%. Neste caso, a influência econômica dos demais 90 competidores será mínima e na prática o mercado está sendo marcado pela atuação dos 10 primeiros, caracterizando assim um oligopólio⁵⁹.

Logo, na constatação de uma realidade com poucos fornecedores de um mesmo tipo de produto em uma mesma localidade, por exemplo, verificar-se-á, certamente, uma imposição de preços e formas de pagamento, da maneira que assim determinarem os detentores dos meios de produção; entretantes, o livre jogo de mercado da oferta e da procura não se configurará e, desta forma, comprometida estará a liberdade dos pretensos consumidores.

Com isto, o papel do Estado é fomentar não só a livre iniciativa, como também igualmente a livre concorrência, afinal são princípios intimamente ligados e, dentro das máximas de nossa Ordem Constitucional, devem atuar conjuntamente para fins de alcance da justiça social.

Desta forma, não se deverá intervir no domínio econômico de modo privilegiar ou prejudicar grupos empresariais, por exemplo. Ao contrário, dever-se-á coibir tais possíveis e eventuais abusos de poder. Corroborando tal postura já se posicionam os tribunais, tal qual se pode ver na ementa abaixo transcrita:

⁵⁹ NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2000. p. 267.

Processo: CR 6017065200 SP

Relator(a): Sérgio Gomes - Julgamento: 02/04/2008 - Órgão Julgador: 9ª
Câmara de Direito Público

Publicação: 09/04/2008

Ementa

APELAÇÃO - Mandado de Segurança - A Lei Municipal que impõe restrição à construção de farmácias e drogarias no raio de 300m uma das outras representa ofensa aos princípios constitucionais da livre concorrência, do livre exercício das atividades econômicas e da defesa do consumidor e, desta forma, não pode prevalecer - Precedentes do STF - Recursos desprovidos (voto 8512)⁶⁰.

Deverá o Estado, no uso de suas atribuições, contribuir fortemente com a máxima da livre iniciativa, sob a pena de, no seu desprestígio, dar azo ao abuso do poder econômico – fato este certamente prejudicial à sociedade – cabendo, pois ao poder público em sua representação estatal colaborar para que o mercado esteja e se mantenha suficientemente equilibrado⁶¹.

Sobre o mesmo tema e foco, mais uma vez se traz a colaboração de Washington Peluso, apresentando críticas a conotação que se dão na interpretação do que seria repressão ao abuso do poder econômico:

Desde logo, percebe-se a expressão “repressão ao abuso do poder econômico” que vem sendo tomada em sentido mais restrito do que estes que vimos seguindo, pois continua atrelada ao compromisso da ideologia liberal da “concorrência” e por ela definindo as possibilidades de “abuso”. O mais moderno meio de considerá-la, porém, não admite tais limitações, ainda mesmo quando o texto constitucional repita expressões como “monopólio” ou “eliminação da concorrência”. Embora venhamos nos situar, mais adiante, sobre este tipo de abordagem, desde já, esclarecemos a nossa posição de que o tema deva ser tratado quanto ao “abuso” deste poder, em todas as espécies possíveis de sua manifestação, no atendimento ao cidadão e ao país, como portadores destes direitos, quer no âmbito nacional, quer no internacional. Gomes Canotilho e Vital Moreira chegam a afirmar que, na Constituição portuguesa, a eliminação dos monopólios privados e a repressão ao abuso do poder econômico “é uma tarefa ligada não à ideia de concorrência – que aparece mencionada logo a seguir -, mas sim ao princípio fundamental da constituição econômica que consiste em subordinar o poder econômico ao poder político. [...] Daí que, neste contexto, o termo ‘monopólio’ deva abstrair-se da sua definição técnico-econômica, para ser entendido no sentido político de excessiva

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Nona Câmara de Direito Público. Direito Público, Livre Concorrência, livre iniciativa, defesa do consumidor. Apelação: 6017065200. Apelante: Prefeitura Municipal de Mauá/SP e ex officio. Apelada: Manoela de Oliveira Beraldo – ME. Relator: Desemb. Sérgio Gomes.

⁶¹ PETER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 223.

acumulação de poder econômico, através de posições de domínio de um ou mais setores econômicos”⁶².

Como se falou, caberá ao Estado evitar situações vexatórias que venham a causar desequilíbrio e desigualdade na economia, em virtude do desrespeito à livre concorrência.

Com isso, deve-se compreender que as restrições não são absolutas. Em situações específicas, mediante prévia análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, alguns atos que, em regra, estariam desrespeitando a livre concorrência, poderão ser autorizados⁶³, em virtude de previsão legal (Lei Federal 8.884 de 11 de junho de 1994), para tanto.

Em tais situações, será observado e analisado se a ação que se autoriza ensejará efetivamente benefícios econômicos concretos ao mercado e aos consumidores.

2.9. Princípio da defesa ao consumidor

Em plena consonância com a busca de justiça social e dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal reserva espaço especial e de destaque à defesa do consumidor. Se o mercado é fomentado pela máxima da oferta e da procura, nada mais coerente que, além de se promover e proteger as livres iniciativa e concorrência, que também se ampare a figura do destinatário dos produtos e serviços, pelos meios de produção oferecidos.

Ao se tratar anteriormente da livre concorrência, por exemplo, constatou-se que a mesma, num âmbito ideal, tende a causar benefícios aos destinatários ou, neste momento, simplesmente consumidores. Obviamente, as benesses advêm da natural concorrência entre as partes que, no intuito de conquistar uma clientela crescente, tendem a dar cada vez maiores e melhores condições de negócio ao seu público.

⁶² Op cit., p.190-191.

⁶³ Op. Cit. p. 95.

Uma das razões que ensejou a tutela do consumidor, não só no Brasil, mas também fora dele, foi a constatação da massificação da produção de bens e, a fim de dar vazão a esta enormidade de produtos, passou-se a se instigar novos hábitos, com relação ao consumo, em virtude das ininterruptas e intensas propagandas, fazendo com que, inclusive, surgissem novas perspectivas de consumo.

Outro ponto é que, para que se dê vazão satisfatória à quantidade de produtos à disposição dos consumidores, devidamente incitados a os consumir de forma cada vez mais intensa e regular; desta forma, foi imposto um novo paradigma na realização dos contratos, do qual outrora existia a paridade negocial, passou, então, a existir a adesão.

Na situação em que havia anteriormente uma relação paritária e comutativa, passou a existir contratos na forma de adesão em que se prestigia a impessoalidade. O contratante por sua vez era compreendido como mero expectador e pretense aderente das condições impostas pelos fornecedores de produtos e serviços. Logo, este contratante, ou simplesmente consumidor estaria, em virtude da vultosa oferta de produtos, ou até mesmo pela necessidade de obtê-los, por se tratarem de bens necessários, muitas vezes, à subsistência e a um mínimo de conforto, à mercê das condições que lhe fossem impostas pelo mercado, muitas vezes conduzido pelos fornecedores.

Em face ao exposto, não foi difícil concluir que, numa conjuntura como esta, naturalmente o polo mais frágil da relação de consumo naturalmente seria a figura do consumidor. Este fato instigou, no Brasil, em virtude da nova Ordem Constitucional, buscar formas de intervenção estatal, no intuito de regular as relações privadas do gênero, garantindo-se a proteção à figura menos favorecida pelas circunstâncias: o consumidor.

Em nossa Constituição Federal, a tutela ao consumidor é vista tanto como Direito e Garantia Fundamental, no artigo 5.º, no capítulo relativo aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; como também é pontuado dentro da Ordem Econômica e Financeira, como um dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, no artigo 170, inciso V.

Além da previsão constitucional, existe toda uma série de leis e instrumentos normativos que tratam da defesa ao consumidor, sendo o principal deles o seu

Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal 8078/90. Contudo, anteriormente a tal ordenamento, o referencial normativo para tais relações residia no Código Civil de 1916, cuja característica era totalmente individualista e patrimonialista.

Sobre a evolução da legislação consumerista, em comparação ao antigo paradigma contratual, do Código Civil de 1916, descreve Cristiano Chaves:

Vê-se, assim, que a legislação consumerista é conquista de um novo tempo, é o reconhecimento de uma era de novos valores, fundados na personalidade humana, abandonando o nítido caráter individual e patrimonialista, até então prestigiado na legislação brasileira. O homem deixa de ser objeto e passa a ser, de uma vez por todas, sujeito de direito⁶⁴.

A ampla proteção ao consumidor, elemento central da política de relação de consumo, cujo expoente normativo é o CDC, dá-se por ser este reconhecido pelo Estado, como hipossuficiente, haja vista que se relaciona com os fornecedores de produtos e serviços que detêm o poderio dos meios de produção e que, por sua vez, destina de forma direta ou não o seu serviço ou produto à pessoa humana do consumidor.

Neste sentido Farah pontua:

Aliás, inexistente empresa que produza algo cujo consumo não se dirija – direta ou indiretamente – ao homem, portanto, pelo prisma antropocêntrico, é inconcebível que sua atividade não seja balizada pela diretriz da solidariedade social⁶⁵.

A legislação consumerista tutela sobretudo o aspecto da dignidade da pessoa humana e a solidariedade, mediante um sistema protetivo que, até sua feitura não se tinha vivenciado em nosso país, como bem assevera a doutrina especializada:

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor se constitui, sem qualquer dúvida, num notável avanço sob muitos aspectos, pautando-se pelos avanços verificados nos mais adiantados países industrializados, seguindo diretrizes acenadas pela ONU, bem como trilhando os caminhos principiológicos traçados pela Comunidade Econômica Europeia para os países que a integram⁶⁶.

⁶⁴ FARIA, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.º 41, jan-mar. 2002, p. 84.

⁶⁵ FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 668.

⁶⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas nos contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 218.

Em virtude também da já citada vulnerabilidade, tornou-se relevante a necessidade de amparo diferenciado, através da tutela do Estado aos interesses dos consumidores, inclusive, ao tomar medidas protetivas de mercado, tais como, preservar a livre concorrência, evitando o monopólio privado, ao tomar para si o controle da política de consumo.

Deve-se registrar o que diz a própria Constituição Federal, em seu artigo 219, ao dizer que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem estar da população e autonomia tecnológica do País, nos termos de Lei Federal”, determina que a atuação do mercado seja coerente com a necessidade de atendimento à máxima do bem-estar, justiça social, desenvolvimento em prol da dignidade da pessoa humana.

Portanto, as providências protetivas terão reflexo direto no favorecimento do consumidor, haja vista que não ficará sujeito às determinações impositivas do próprio mercado, e, com isso, preservar-se-á a justiça social e dignidade da pessoa humana, tal como assevera, em essência, a própria Carta Magna.

2.10. A tutela do meio ambiente

O Estado também busca, através de várias formas, instrumentos e medidas que venham a resguardar e tutelar a preservação da natureza.

As políticas públicas do Estado⁶⁷ objetivam, também, englobar medidas preventivas e coercitivas, no intuito de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando, com isso, o alcance e preservação da boa qualidade de vida da coletividade.

Com relação ao conceito da expressão ‘qualidade de vida’, a Conferência de Estocolmo trouxe uma importante contribuição, a saber:

⁶⁷ Sobre meio ambiente na Ordem Econômica: artigo 170, inciso VI, Constituição Federal de 1988 e Lei Federal 9605/98.

O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio para as gerações presentes e futuras⁶⁸.

A política nacional imposta pelo Estado, no tocante ao meio ambiente, é visivelmente de caráter econômico, assim como as normas de direito ambiental⁶⁹, igualmente, como será dito adiante.

O desenvolvimento da sociedade a ser conduzido pelo Estado, com qualidade de vida e respeitando-se a justiça social, deve ser alcançado mediante o progresso econômico da nação, entretanto as formas deste alcance não poderão ser desempenhadas em desprestígio ao meio ambiente, que é patrimônio comum de toda a humanidade.

Descarta-se a ideia de desenvolvimento satisfatório destoadado da concomitante preservação do meio ambiente – logo, deverá haver o equilíbrio de sua exploração para fins de desenvolvimento em prol da humanidade. Há a necessidade de se conciliar o uso consciente dos bens ambientais com o desenvolvimento e a indispensável qualidade de vida. Como assim diz a doutrina:

[...] a aceitação de que a qualidade de vida corresponde tanto a um objetivo do processo econômico como a uma preocupação da política ambiental afasta a visão parcial de que as normas de proteção do meio ambiente seriam servas da obstrução de processos econômicos e tecnológicos. A partir deste enfoque, tais formas buscam uma compatibilidade desses processos com as novas e sempre crescentes exigências do meio ambiente⁷⁰.

A palavra ou expressão de ordem passou a ser desenvolvimento sustentável, ou 'ecologicamente sustentável'. Significa, em poucas palavras, que desenvolvimento deve ocorrer de forma coerente a não comprometer a subsistência do meio ambiente equilibrado para as gerações futuras.

Não seria errado então afirmar que o que se procura é, sobretudo, o equilíbrio e harmonia da busca ao desenvolvimento, mediante medidas economicamente viáveis e eficientes, sem, contudo, abandonar o cuidado com a natureza. Afinal, as

⁶⁸ DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 79

⁶⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental como direito econômico – Análise crítica. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 29, n.º 115, jul.-set. 1992. p. 301-324.

⁷⁰ DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 78.

consequências de eventual desatenção a esta cautela serão sentidas na posteridade.

Deve-se incentivar desenvolvimento econômico e, como o Estado na condição de interventor e fomentador disto, assim o faz através da valorização da livre iniciativa e de sua complementar livre concorrência, por exemplo, que devem ser exercidas mediante o respeito do uso consciente dos recursos naturais.

Desta forma, além de se promover o desenvolvimento neste viés, concomitantemente, também ao se preservar o meio ambiente, igualmente se estará harmonizando tais máximas com o fim de se alcançar e manter a dignidade da pessoa humana e a justiça social⁷¹.

A implantação e uso de tecnologias sustentáveis ecologicamente, para fins de produção; tratamentos de resíduos, coleta seletiva, reciclagem; replantio e cultivo de áreas verdes outrora desmatadas; são medidas que vêm sendo tomadas por empresas, na busca do atendimento ao respeito ao meio ambiente.

Contudo, nem todas as empresas buscam atender tais medidas proativas, haja vista que justificam, muitas vezes equivocadamente, que elas são dispendiosas e prejudicam os seus lucros.

Além disso, outros empresários buscam alternativas satisfatórias para que consigam manter e até mesmo majorar seus lucros, ao tempo que respeitam a política protetiva do meio ambiente. Desta forma, já não é incomum que estas mesmas empresas busquem realizar treinamento de pessoal, incentivem pesquisas, além de outras atitudes, observando não só o respeito às políticas de Estado, mas até mesmo do seu público alvo.

Não obstante as razões que leva o empresariado a atender as normas de proteção ao meio ambiente quer seja por consciência da sua importância quer seja por exigência de mercado ou, por fim, ainda pelo fato de usar deste artifício com fins de autopromoção, o que importa é que, ao se respeitarem as normas indo até às mínimas expectativas, está se atendendo com um dos aspectos da sua função social.

⁷¹ Pode-se afirmar que para que se alcance as metas citadas, há a necessidade de conscientização não só do Estado – mas também de toda a sociedade civil – em todos os seus âmbitos e searas.

2.11. Considerações sobre a ordem econômica no contexto da função social.

É notória a mudança de atitude da sociedade como um todo, bem como do Estado, mediante sua transmutação de praticamente mero espectador para agente regulador e até mesmo concorrente⁷² da iniciativa privada, na atividade econômica.

As mudanças vieram ao longo do tempo, sobretudo com a nova proposta de se valorizar a pessoa humana. Uma verdadeira humanização da busca do desenvolvimento se dá através de várias vertentes, sem, entretanto, esquecer-se de que todas elas conduzem ao mesmo caminho.

Logo, trazendo estas mudanças para a nossa Ordem Constitucional, pode-se afirmar que o conteúdo central dos princípios da ordem econômica está muito bem embasado na busca concomitante de se desenvolver o país sem, no entanto, esquecer-se dos pressupostos da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

Apesar de as presentes considerações não exaurirem toda a riqueza do que se refere à Ordem Econômica, serviram como informação inicial para os demais pontos a se abordar, inclusive, ratificarão a necessidade de atendimento e respeito aos ditames supracitados, bem como trarão outras perspectivas e ponderações.

Sobretudo, o ponto crucial a se observar é até que ponto o pronto atendimento destas prerrogativas será conveniente às empresas, cuja razão basilar e histórica de existir é gerar lucros para seus titulares.

Sabe-se que muitas delas tiraram proveito com o atendimento de algumas destas prerrogativas, mas não se ponderou se foi o suficiente, haja vista que, se atenderam alguns pontos não quer dizer que se atingiu a excelência.

Enfim, passar-se-á agora a tratar da função social; posteriormente focada às empresas; e analisar até que ponto o seu atendimento deve ser visto como diferencial no desenvolvimento econômico e social do Estado, com a concomitante valorização humana.

⁷² Repise-se que, conforme acima foi dito o Estado não concorrerá, em regra, com a iniciativa privada – exceto para fins de promoção da justiça social.

Capítulo 3

A FUNÇÃO SOCIAL

3.1. História e Doutrina da Função Social

Já se falou, em outros momentos deste trabalho, com relação às modificações da sociedade em seus contextos sociais, políticos e econômicos, mudanças que ensejam a transmutação de uma realidade anteriormente vivenciada para outra que ainda se impõe.

Nestes novos paradigmas, observa-se que os descompassos entre os fenômenos sociais e a ordem jurídica devem buscar o alcance do equilíbrio social, de acordo com as necessidades da sociedade, em sintonia com alguma base filosófica que o fundamente.

A função social seria então uma destas matrizes e, em sua defesa e aplicação como doutrina, passa a dar fundamento à limitação de institutos tipicamente individualistas quando contrapostos a interesses da coletividade. Esta limitação deve-se dar não apenas no aspecto formal, mas também no material, no intuito de se proteger a igualdade e liberdade dos sujeitos de direito.

Obviamente estas 'novas' perspectivas não surgiram de uma hora para outra, mas de um processo histórico revolucionário⁷³ que fomentou a mudança dos padrões comuns à época.

Fala-se que a origem da concepção individualista do direito se deu no século XVII, com a Revolução Francesa, que se baseava na defesa dos direitos do homem, limitando o poder do clero e realeza, advindo ainda do sistema feudal de economia. Com isso, houve a mitigação do servilismo, típico citado e uma consequente

⁷³ E neste diapasão, a análise também histórica, mesmo que superficialmente é fundamental, pois através dela se poderá compreender, e justificar o que hoje se vivencia.

humanização de direitos, além de uma nova configuração de institutos como o da propriedade⁷⁴.

Logo, deu-se mais poder e legitimação para além dos outrora protegidos. A burguesia assumiu o domínio da sociedade, consagrando a liberdade do exercício e da atividade econômica instrumentalizada pelos contratos, e garantindo o direito à propriedade, através da criação de normas⁷⁵ de ordem jurídica que tinham por fim a conservação e tutela dos interesses dos dominantes.

Neste diapasão, a propriedade, por exemplo, era vista como um bem absoluto e irrestrito do homem. Neste contexto, mediante as tutelas legais que lhe eram dadas, configurava-se no seu aspecto estático e individualista.

A propriedade, como um bem absoluto, na perspectiva burguesa defendida por John Locke, era assim por ser oriunda do trabalho humano⁷⁶, e apenas o eventual excedente dos seus bens, quando deterioráveis, não lhe pertenceria. Logo, excetuando tal situação, não haveria quaisquer empecilhos no acúmulo de patrimônio e riqueza no regime capitalista⁷⁷.

Talvez a primeira grande crítica ideológica à propriedade burguesa tenha se dado com o marxismo. Para esta corrente filosófica a propriedade era elemento de transferência e mobilização de riquezas havendo com isso a superioridade do capital sobre o trabalho. Portanto, a tendência esperada seria que o capitalista perderia a condição de agente principal e, por isso, procurou observar o fenômeno do capitalismo como um sistema e não mais focando na figura do capitalista em si.

Ponto também relevante a se ressaltar é que, com o passar dos anos, obviamente várias conjunturas foram modificadas, ensejando a necessidade de se compatibilizar a atual e, por conseguinte, atender-se às novas perspectivas. Fatos,

⁷⁴ Neste contexto, ressalte-se o Código de Napoleão, que estatuiu à mesma o direito praticamente absoluto sobre a propriedade pelos sujeitos de direito, que podiam usar, gozar e dispor dos seus bens.

⁷⁵ De interpretação literal. Com isso, mitigando-se a atuação dos magistrados que eram, em sua grande parte, oriundos da antiga classe dominante – a nobreza.

⁷⁶ Para ele a propriedade seria natural ou convencional; sendo esta oriunda do dinheiro, através de negociações e, aquela, advinda do trabalho. Logo, em face destas modalidades, havia a legitimidade do ser humano para se acumular riquezas, a fim de que se instrumentalizasse a propriedade convencional (LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 405-406.

⁷⁷ MARÉS, Carlos Frederico. A função social da terra. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 23-24.

inclusive, reforçados aos impactos vivenciados durante as duas Grandes Guerras mundiais, que modificaram os valores do individualismo.

Já na Primeira Grande Guerra, o Estado passou a intervir na economia, com a meta de evitar o aumento das desigualdades e fomentar a tutela básica dos mais carentes. As associações econômicas e profissionais dos empresários e dos trabalhadores, em virtude de sua influência sobre o mercado, muito colaboraram para a transição da situação outrora vivenciada e a tutela do social, como por exemplo, no surgimento de restrições à liberdade contratual, e de uso da propriedade.

A Constituição Alemã, de 1919, pode ser considerada como um marco destas mudanças. Afinal reconhecia a relevância da criação de uma ordem econômica e social distinta daquela que se dava em tratamento aos bens e meios de produção à época.

Já a Constituição Mexicana de 1917 enfatizava que a propriedade das terras era inicialmente da Nação mexicana, portanto poderiam ser cedidas a particulares. Entrementes, as áreas que não fossem aproveitadas em seu efetivo exercício, não eram vistas como propriedades cabendo, por conseguinte, ao Estado intervir em tais áreas, a fim de regular e promover o aproveitamento do potencial natural passível de exploração, bem como efetivar a equitativa distribuição de riqueza.

Como se vê a evolução econômica, reforçada pelos movimentos sociais, colaborou com a quebra da crença igualitária de justiça retributiva, no contexto da Revolução Francesa. Dá-se agora vez a outra perspectiva, inclusive com o reconhecimento efetivo do Estado em suas Constituições: a da justiça redistributiva cuja intervenção estatal, dirigismo contratual são seus exemplos.

3.2 A igreja e a função social – influências

Os valores sociais da propriedade já eram defendidos pela Igreja na Idade Média, como por exemplo, através da “Suma Teológica”, de Santo Tomás de Aquino, expoente da doutrina social da Igreja.

Para ele, a propriedade seria de todos, contudo sendo ao homem destinado provisoriamente a apreensão individual⁷⁸. A propriedade, em si, apropriada e dividida, não é contrária à doutrina jusnaturalista, ademais, enriquece-a, pois traduz regras positivas, no intuito de efetivação de divisão dos bens entre os homens.

A propriedade, segundo esta corrente, era compreendida como um bem de produção e não meramente especulativa, sem quaisquer finalidades sociais, haja vista que sobre ela se possui uma busca do bem-estar de todos para o alcance da justiça social⁷⁹.

O direito à propriedade então seria decorrência do direito natural. Portanto, para o atendimento das necessidades básicas de sobrevivência, a terra seria para o homem o instrumento ideal para a obtenção de tal fim, embora seja compreensível que alguns detenham mais meios e poder que outros, sem, contudo, vir a dar causa ao escasseio do essencialmente necessário à subsistência.

Desta forma, pode-se afirmar que a função social, em verdade, é atributo da propriedade, que visa assegurar o seu bom uso a um bem maior da coletividade, indo além da figura do eventual proprietário.

Ratificando a concepção tomista, uma série de encíclicas papais foram publicadas⁸⁰:

Com a publicação da *Rerum Novarum*, em 1891, Leão XIII reconheceu à propriedade sua função social. Esta encíclica pregava que os bens eram comuns a todos em termos de utilidade. Logo, se alguém fosse abastado em bens, não se cogitaria a sua legitimidade, devendo, contudo, usar tal vantagem em benefício de todos.

A encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, em 1931, chancelou o raciocínio de Tomás de Aquino. Ponto particular nesta encíclica se dá com relação à possível intervenção do Estado para se efetivar o atendimento da função social.

O Papa Pio XII também colaborou com a doutrina da função social, nas mensagens *La Solemnita* e *Oggi*, respectivamente, nos anos de 1941 e 1944.

⁷⁸ Neste contexto, reforça a doutrina jusnaturalista que afirma que, pela equidade e até mesmo por razões que transcendem as leis, a propriedade deve ser um instrumento de alcance da justiça divina (TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade. RF, Rio de Janeiro: Forense, n.º 306).

⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. Direito Civil. A função social do contrato. São Paulo: Atlas. P. 103.

⁸⁰ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. A função social no Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A primeira pontuava a importância da propriedade privada no alcance da justiça social e desenvolvimento econômico e, por conseguinte, a efetivação da função social da propriedade.

Já com relação à segunda mensagem no final da Segunda Grande Guerra, atentou sobre as desigualdades e má distribuição de renda oriundas do capitalismo da época. Desta forma, enfatizou a necessidade de se regular o uso da propriedade, podendo-se chegar inclusive a eventual expropriação como sanção para aqueles que não a utilizarem em consonância com a justiça social.

A encíclica *Mater et Magistra*, de João XXIII, recorda o posicionamento de Leão XIII, quanto à existência de uma função social na propriedade natural, devendo, pois, o seu titular efetivar seu uso de forma consonante à tal função, devendo ser exercida tal titularidade de forma útil em prol da sociedade.

Por fim, a Encíclica *Populorum Progressio*⁸¹, de Paulo VI, em breve síntese, era contrária ao uso especulativo dos bens por quem os tem em excesso, haja vista a contrapartida dos que não possuem nada.

Percebe-se, pois que a Igreja sempre defendeu o reconhecimento da função social da propriedade privada. Entrementes, vislumbra-se que todos têm direito a possuir bens suficientes para sua subsistência e satisfação pessoal. Entretanto, os eventuais excessos deverão ser usados em prol dos menos favorecidos.

Pontue-se que não se trata de coletivizar a propriedade privada e sim de subordinar a mesma a fins socialmente relevantes. Desta forma será fomentada a busca da justiça social pela utilização racional e socialmente relevante dos bens que possam se submeter à doutrina da função social.

3.3. Expressão e Natureza Jurídica da Função Social

A expressão função social se dá pela associação de duas palavras que, empregados conjuntamente, recebem novo significado: com a segunda palavra adjetivando a primeira.

⁸¹ Corroborando os pensamentos de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino.

Ao se analisar cada um dos seus componentes, constata-se que a ‘função’ advém do substantivo latino ‘functio’⁸², que é derivado do verbo fungor (*functus sum, fungi*), que tem por significado fazer cumprir, executar uma obrigação ou tarefa, atender a um fim.

No contexto jurídico, utiliza-se tal palavra com o sentido de designação de real finalidade de um instituto legal ou jurídico, sua real razão de existir e sua funcionalidade.

Entretanto, deve se observar a possibilidade de se dar à palavra um sentido abstrato, tal qual o de uma atividade dirigida à consecução de certo fim que também se espera, por parte do agente, um poder ou competência em colaboração a este fim.

Segundo *André-Jean et al Arnaud*, pode ser entendida a expressão tradicionalmente como algo que se refere a uma obrigação a ser satisfeita parcialmente com base no todo. Contudo, o que mais interessa na contextualização em análise é que se dá no âmbito das ciências sociais, onde, seria a função “um problema de relação (ou ponto de vista relacional) ao qual são atribuídas várias ações diferentes funcionalmente equivalentes”, porém, muitas vezes estas ações devem agir conjuntamente – pois seriam todas partes de algo comum⁸³.

Para Fábio Konder Comparato⁸⁴, o entendimento de função representa o poder de dar, ao objeto da propriedade, destinação determinada, vinculando-a, pois, a um objetivo.

Segundo José Diniz de Moraes⁸⁵, o entendimento de função, e fim é distinto. Em síntese afirma que este substantivo se refere a uma finalidade abstratamente determinada e imutável; já a função seria a atitude concreta com relação a situações variadas e mutáveis – desta forma, “o fim é algo que está fora da estrutura” e a função, por sua vez, é algo interior a mesma.

Já com relação a segunda palavra que compõe a expressão, pode-se afirmar que o ‘social’ dá qualidades à palavra função, cuja análise semântica já foi vista.

⁸² Op. cit, p. 130.

⁸³ ARNAUD, André-Jean et al. Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. 2.ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 364-365.

⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 32.

⁸⁵ MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 103.

Ocorre a conotação de que as metas ou fins devem ter os institutos jurídicos, e deverão atender aos interesses da coletividade e não apenas se restringir aos interesses particulares, cabendo, pois, a busca da harmonização do social com o individual.

Com relação à natureza jurídica da função social, não existe uma uniformidade para os estudiosos do tema e, nesta divergência doutrinária, há quem defenda ser ela um princípio⁸⁶; já outros afirmam ser um atributo ou cláusula geral⁸⁷, embora outros autores afirmem ser uma doutrina ou ideia-princípio⁸⁸.

Mas a função social, sobretudo, possui vagueza em seu significado, dando a entender que existem “várias funções” e várias seriam as possibilidades de atendimento da finalidade em prol do social. Portanto a função é desenvolvida pelo titular do direito que deverá, então, exercê-la de forma a satisfazer interesses que não são só dele, mas de toda a coletividade.

Em verdade, o que existe é um poder condicionado à satisfação do dever de cumprir o que está determinado no ordenamento jurídico. Caberá, pois, ao titular do direito (a exemplo do direito à propriedade privada), como membro da sociedade, fazer emprego do seu bem, de forma a não só satisfazê-lo, mas também para que venha a colaborar com o desenvolvimento da sociedade, ou seja, em prol desta.

Ao uso individual da propriedade, em regra, não cabe oposição, enfatize-se. Contudo, tal uso deverá estar de acordo com as premissas da Ordem Jurídico-Constitucional vigente. Logo, a concepção social e o emprego do bem de forma socialmente relevante, deverá também estar presente até mesmo para fins de legitimação estatal da posse e do domínio do bem.

Esta circunstância também chamada de constitucionalismo social visa encaminhar o estado à busca da igualdade substancial, mesmo que isto venha a significar o estreitamento das liberdades tipicamente econômicas, haja vista haver uma verdadeira sujeição dos poderes públicos e privados ao mesmo ordenamento

⁸⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função Social do Contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 750, p. 116, abr. 1988.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função social do contrato. *Revista de Direito Civil*, v. 45, p. 141 e 144, 1988.

jurídico, bem como sua limitação e funcionalização à proteção dos direitos fundamentais que compõem a sociedade⁸⁹.

Mas, ainda com relação à imprecisão semântica da expressão função social, cabe-nos constatar que sua melhor visualização quanto a sua natureza jurídica seria a de cláusula geral, devido a ser hoje o direito um sistema aberto a constantes modificações. Portanto, ao compreender a função social desta forma, auxiliará o intérprete a alcançar a solução mais justa, dentro do contexto jurídico no qual se inserem os bens e as relações privadas.

A importância do direito é colaborar na formação e regulação da conduta humana, no exercício de suas relações, na sociedade a que pertence. A compreensão do direito, como um sistema aberto, possibilita a melhor reflexão e construção por parte do jurista, quanto ao momento em que se vive; no tocante aos valores econômicos, morais, éticos ou sociais.

Apesar da natureza jurídica que se queira atribuir à expressão função social e, sobretudo, às eventuais divergências doutrinárias relativas ao tema, o que importa realmente é a compreensão do seu conteúdo. E com isso, busque-se incessantemente seu alcance e efetivação, inclusive nos bens individuais clássicos, em prol da construção de uma sociedade justa, solidária, livre e com garantias de um desenvolvimento nacional, dentro das bases constitucionais de erradicação da pobreza, desigualdades regionais e sociais e quaisquer outras formas de discriminação, inclusive relativas à raça, credo religioso, cor da pele, sexo e idade.

Desta feita, percebe-se que há atualmente vínculo indissolúvel à função social, à guisa de legitimação de institutos tipicamente individuais, tais como a propriedade que apesar de privada, não se furtou a carecer de conotação também social, tal como ocorre com o contrato e a empresa.

Estes institutos são, inclusive, historicamente, por excelência, ícones do individualismo como sistema, exemplos, pois, de direitos subjetivos.

Leon Duguit⁹⁰ particularmente refuta a concepção de direito em sua acepção subjetivista/individualista, por ser artificial e precário. Em sua exposição, afirma que

⁸⁹ Como visto em FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 22.

tal direito é impositivo sobre todos, no tocante ao respeito a suas vontades. Contudo, não se pode mensurar a natureza dessa vontade, bem como, até que ponto uma vontade contrária à de outra pessoa deverá prevalecer.

Neste sentido, defende Duguit a concepção 'realista de função social', em que há de se sobressair o dever do homem, de cumprir sua parcela de obrigação, junto à sociedade que compõe. Afinal cada um exerce uma função social. Logo, o que se deve atentar não é simplesmente ao direito do homem e sim ao seu dever⁹¹ junto à sociedade.

A obrigação de se cumprir junto à sociedade, da melhor forma possível, suas responsabilidades se resumiria, inclusive, ao dever de cumprir sua individualidade física, moral e intelectual, proativamente à sociedade que faz parte.

A concepção de Duguit⁹², com relação a ser a função social um 'dever', fez com que ele desenvolvesse o entendimento de que a propriedade não teria uma função e sim ela seria a própria função social, enfim, uma propriedade-função.

Obviamente esta concepção foi considerada extremista e, por conseguinte, foi severamente criticada. Afinal, de acordo com o pensamento de Duguit, inexisteriam direitos subjetivos.

Em verdade, a função social não poderá ser confundida com o direito à propriedade, pois seria uma qualidade essencial da outra; no caso, aquela adjetivaria esta, em sua essência. Seria então uma relação de continente e conteúdo onde este seria a função social com relação à propriedade quando gozada em consonância com destinação típica de valoração da justiça social⁹³.

Como se observa o que se está fazendo com as relações privadas não é uma transferência de competência para interesse de Direito Público. Em verdade, o que há é uma nova estruturação, ou mudança de paradigma, a fim de que se passe a considerar o tema com base nos bens e nas suas utilidades efetivas.

Logo, com base ainda na propriedade, Judith Martins-Costa⁹⁴ diz:

⁹⁰ DUGUIT, Leon. Las transformaciones del derecho (publico y privado). Trad. Adolfo G. Posada e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

⁹¹ Op. cit. p. 176.

⁹² Op. cit. p. 235 a 247.

⁹³ Op. cit. p. 144.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith, op. cit. p. 148.

[...] a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como o verdadeiro monólito passível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas reais que englobam concomitantemente um complexo de situações jurídicas subjetivas, sobre as quais incidem, escalonadamente, graus de publicismo e de privatismo, consoante o bem objeto da concreta situação jurídica.

Ainda a mesma autora⁹⁵, ao abordar Ludwig Raiser, em resumo, diz que o mesmo instituto (propriedade, por exemplo) desempenha diferentes funções, com algumas peculiaridades: em alguns momentos, com elevadas características públicas; e noutros, com igualmente relevantes características privadas. Neste condão, o que se observa é que o ordenamento pode ser visualizado como uma elipse com sua estruturação em dois núcleos. Um destes núcleos seria o pertencente à autonomia privada, na autodeterminação e na responsabilidade social; já o outro, adstrito aos interesses públicos e à heterodeterminação. Portanto tais núcleos são polos de irradiação de graus de privatismo e publicismo, respectivamente.

A conotação da função social, como atributo ou qualidade intrínseca de institutos típicos de Direito Privado, também foi abordada por Pietro Perlingieri⁹⁶ que, ao abordar a propriedade, afirma⁹⁷:

O conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social.

Sobre o tema, a colaboração de José Afonso da Silva⁹⁸ se faz enriquecedora, quando diz que “a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.

⁹⁵ Op. cit. p. 148-149.

⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁹⁷ Op. cit. p.226.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 52ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 281-282

Ainda se falando sobre a propriedade, há de se pontuar o posicionamento dos que defendem o conceito dinâmico de propriedade, em contradição ao tradicional entendimento estático da mesma.

Este posicionamento, manifestamente contrário ao individualismo, é muito bem pontuado por Luiz E. Fachin⁹⁹, bem como Carlos Frederico Marés¹⁰⁰, quando diz: “A função social está no bem e não no direito ou no seu titular, porque uma terra cumpre a função social ainda que sobre ela não paira nenhum direito de propriedade ou esteja proibido qualquer uso direto”.

Deve-se entender a função social de maneira a harmonizar os interesses do particular, que se vale do bem, assim como, com os interesses da coletividade, em prol do alcance da justiça social.

Neste sentido, José Casalta Nabais¹⁰¹ assim se posiciona:

Nestes termos, podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.

Assim, não se deve ver a função social como uma qualidade que exige uma atitude limitadora da conduta do titular do direito, no sentido de evitar, por exemplo, abusos de seu direito em desfavor de valores públicos e relevantes.

Entretanto, não se restringe a isso, apesar de que se é ela a qualidade da propriedade, por exemplo, como direito subjetivo, o seu desatendimento, gradativamente, levará ao enfraquecimento da tutela deste próprio direito. Desta forma, tenderá a se esfacelar a legitimação e o reconhecimento¹⁰² do direito ao uso e usufruto do bem.

Entretanto, a importância da função social para o alcance da justiça social se dá, como afirma parte da doutrina especializada, em um duplo alcance, em que um ocorre em função positiva; e outro, no viés oposto.

⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁰⁰ Op. cit. 91

¹⁰¹ NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Porto: Almedina, 1998, p. 64.

¹⁰² PERLINGIERI, Pietro. op. cit. p. 229.

O primeiro se dá em virtude da exigência que se atribui ao titular do direito subjetivo fazendo uso do bem de forma proveitosa o suficiente a se constatar o pronto atendimento da função social; já no segundo viés, o da função negativa, por parte da consciência de que o não aproveitamento racional e funcional do bem explorado poderá ensejar sanções suficientemente gravosas, a ponto, inclusive, da perda do próprio bem¹⁰³.

3.4. Função Social – Direito Privado e Constituições

A base fundacional da função social já vinha sendo tratada na Europa, no século XIX, através de manifestações literárias de condão anarquista e socialista. Porém apenas alcançou latitude e abordagem constitucional em 1917, no México.

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, em fevereiro do mesmo ano, apresentou, em sua carta política fundamental, a influência direta do movimento vencedor da Revolução que havia naquele país: o movimento anarco-sindicalista¹⁰⁴.

Como se sabe, o seu conteúdo abordava vários temas, dos quais muitos deles eram historicamente afeitos aos de direito privado, como por exemplo, situações da liberdade contratual na seara trabalhista.

Também foram tratados temas referentes à limitação da jornada laboral, proteção à maternidade, bem como a fixação de idade mínima para trabalhar. Como se vê, a Constituição Mexicana de 1917 tinha um cunho destacado com relação aos direitos tidos como sociais, destacando-se, com isso, pelo seu pioneirismo.

Entretanto, não se tratava tal carta política, da forma como hoje a estudamos e delimitamos, sobre a ordem econômica do país. Tal regulação só surgiu no velho continente, em 1919.

¹⁰³ GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. Aspectos controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Mexicana de 1917. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em 15.04.2011.

Na Alemanha, devastada pelo final da Primeira Guerra Mundial, dois grupos principalmente se destacaram, a fim de conquistar espaço e voz, em contrapartida aos partidos liberais clássicos, os comunistas e os fascistas.

A Carta Política Alemã de 1919 teve papel decisivo para dirimir os conflitos das organizações políticas de maior representatividade da época. Afinal convergiam interesses de praticamente todas as partes. Desta feita, ao tratar de temas típicos de circulação de riquezas e seu controle, passou a moldar propriamente a Ordem Econômica da época, naquele país.

Dá-se ênfase a alguns dispositivos constitucionais que prontamente apontavam a modificação do entendimento de obrigação. Desta vez sendo ela observada como uma obrigatoriedade agregada a dever cujo exercício deve ser condicionado a sua serventia ao bem comum.

Há de se observar que, em países como o Brasil, que historicamente é uma sociedade agrícola, a regulamentação da propriedade com as características que até então foram tratadas, era muito difícil de ser assim adotada, visto que a base da sua economia se dava justamente pela produção rural.

Obviamente a assunção de uma nova perspectiva, naquela época, em verdade, não seria conveniente, principalmente para a sociedade dominante e para os dirigentes do país.

Contudo, com o início da industrialização, em que gradativamente os bens de consumo passaram a concorrer com os de produção, e também pela influência da Revolução de 30, a concepção destas ideias de proteção ao bem comum e alcance da justiça social, passou a tomar espaço dentro das constituições pátrias.

Gradativamente a caracterização da economia nacional foi sendo relativizada. Também a força política e econômica dos produtores de café da região sudeste do país foi significativamente diminuída. Então se foi buscando uma nova identidade constitucional que já era influenciada por outras Constituições, a exemplo histórico da mexicana e alemã, no que se refere às prescrições sociais e quanto ao sistema econômico.

Nas constituições de 1934, 1946, 1967, 1969 e 1988, a expressão função social se fez presente e na de 1937, mesmo que não literalmente – mas enquanto

conteúdo também constava sua existência ao se abordar o tema da desapropriação, por exemplo.

3.5. Fundamentos da Função Social na atual Constituição Federal

Já é conhecido que, em determinados momentos e circunstâncias históricas, o Estado passa a assumir outras perspectivas e buscar novas realizações e, para tanto, vem a perseguir o alcance de novos padrões que são idealizados através das normas contidas na sua Carta Constitucional.

Neste sentido, toda uma série de institutos e situações outrora abordadas pelas Cartas Constitucionais anteriores por derradeiro não mais são as mesmas que as prescritas na atual Carta Magna e, decerto, poderão ser bem distintas no eventual advento de uma nova ordem constitucional.

Assim, voltando, pois, a se tratar de institutos de direito privado, dentro desta conotação constitucional, há de se observar que houve significativo aporte teórico no período compreendido entre a Era Vargas e a da atual ordem constitucional.

Surgiu uma nova perspectiva típica de proteção e valorização dos direitos fundamentais que se aperfeiçoaram, inclusive, na tutela da dignidade da pessoa humana, por exemplo, bem representados através da constante valorização da segurança do indivíduo e, igualmente, com relação à constante busca do alcance da justiça social.

De igual forma, também se passou a observar a busca e necessidade constantes do alcance da convivência harmônica de toda a sociedade e, neste sentido, foi-se fundamentando a atual ideia da função social, inserida no presente perfil em que se encontra.

A nova abordagem valorativa do Direito, que se ensejou da evolução da visão clássica do positivismo, não deixou de fora as ordens jurídico-constitucionais ocidentais. No Brasil, na atual Carta Cidadã, há a delimitação dos objetivos centrais da República, e, enfatize-se, consta também a busca da construção de uma sociedade solidária.

Logo, se a solidariedade é um dos pilares constitucionais, deve ser entendida como elemento de interpretação essencial, a fim de se conduzir tal mister de conformidade com a Constituição, com seus preceitos de democracia social e econômica¹⁰⁵. Diante disso, o fato de constar, em nossa atual ordem constitucional, preceitos típicos de Direito Privado, impõe a necessidade de que todas as normas infraconstitucionais sejam feitas e interpretadas, de conformidade com aquela citada ordem¹⁰⁶.

O princípio da solidariedade possui a particularidade de vincular tanto pessoas jurídicas de Direito Público como Privado. Neste sentido, não seria equívoco afirmar que, em virtude de tal princípio, há na Constituição uma busca de se unir a todos os cidadãos que são comumente agraciados e concomitantemente obrigados a colaborar com o alcance do bem comum.

Neste sentido, a colaboração de Daniel Sarmento¹⁰⁷:

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

Diante dos fatos, o que se busca é o alcance de uma sociedade comprometida em respeitar o próximo, e buscar a efetivação da igualdade social. Contudo, para que logre tais finalidades, faz-se necessário romper velhas barreiras entre o Direito e a moral nos quais há de se perceber efetivamente a interrelação dos mesmos.

Outro ponto fulcral relativo à formação e fundamentação do entendimento da função social, dentro da nossa atual ordem constitucional, é um elemento construído pela Filosofia¹⁰⁸, e que foi avocado também para o Direito: a dignidade da pessoa humana que, inclusive, é fundamento da República, como consta no artigo primeiro,

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3.^a Ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 340.

¹⁰⁶ FACCHINI NETO. Eugênio, op. cit., p. 38.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

¹⁰⁸ Importante ressaltar a colaboração de Fábio Konder Comparato ao apontar cinco fases da formação da dignidade da pessoa humana em: COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação histórica dos direitos humanos. 3.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

inciso terceiro, da nossa Carta Cidadã. Deve-se compreender que a dignidade da pessoa humana possui valor extrapatrimonial, principalmente no contexto do convívio do homem como membro da sociedade.

Não resta dúvida de que o ser humano é o centro dos interesses, haja vista ser ele foco principal das políticas públicas, por exemplo, e, neste sentido, faz-se necessária a constante harmonização da dignidade deste ser humano com desenvolvimento social, progresso científico, educacional, tecnológico, a fim de constante e ininterruptamente melhorar as condições e qualidade de vida dos cidadãos.

Mas a questão que também se dá é como se conceituar a dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva jurídica, a fim de que seja ela tutelada pela ordem constitucional.

Assim como a própria expressão ‘função social’, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada uma expressão de contorno vago e impreciso, devido à diversidade de sentidos que se pode lhe atribuir. Mas, independente de sua vagueza semântica, admite igualmente a possibilidade de delimitação real, pois pode ser identificada facilmente, quando vier a ser afrontada por lesão ou até mesmo quando ameaçada.

De fato, o conceito em questão está em “permanente processo de reconstrução e desenvolvimento. [...] reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional [...]”¹⁰⁹. Afinal, há em si uma ligação no conceito de vida digna, cuja tradução também goza de igual vagueza semântica, principalmente pela realidade que se vivencia dentro de sociedades pluralistas e democráticas, cujos valores culturais e visões religiosas e morais¹¹⁰ são vários.

Independente de tais situações é importante pontuar que o objeto desta análise não existe em virtude de sua presença na Constituição Federal; afinal é considerada preexistente a quaisquer experiências especulativas, tal qual, como se dá com a pessoa humana. Ou seja, não nasceu através de preceitos de Direito, ao

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

¹¹⁰ ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 110.

contrário, foi por este também abordado, devido a ser intrínseco à natureza da pessoa¹¹¹.

Quanto ao seu conceito jurídico, Ingo W. Sarlet pontua:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante de desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹¹².

Deduz-se, do presente conceito, a presença da função defensiva e da função prestacional, ou simplesmente negativa e positiva, respectivamente, do objeto de estudo em questão. Enfatize-se que esta dupla presença se destaca especialmente quando se associa a direitos fundamentais.

A função social das relações privadas é aspecto do aparato de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista buscar-se a viabilização e consolidação dos princípios da igualdade material e justiça social, visto que é uma exigência fundamental do Brasil enquanto Estado.

Neste sentido, a colaboração de Ana Paula de Barcelos¹¹³ se faz importante:

De forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.

[...] Concretizando um pouco mais o que se acaba de expor, lembre-se que os direitos fundamentais são tradicionalmente apresentados pela doutrina como um conjunto formado pelas seguintes categorias: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, esta última uma redução da locução de direitos sociais, econômicos e culturais.

Os direitos individuais são comumente identificados como direitos da liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos cuja missão fundamental é assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção da autoridade política ou do Estado. Nesta linha, foram progressivamente conquistados os direitos à liberdade religiosa, liberdade civil e profissional, [...] dentre outros.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 91, abr./jun. 1998.

¹¹² Op. cit., p. 60.

¹¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

O reconhecimento constitucional, como direito fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como da função social e da própria interrelação entre ambos os direitos, traduz necessidade de uma incessante busca e de maior extensão dos direitos ali prescritos. Num segundo momento, demonstra a urgência da aplicação dos mesmos, com eficácia, em todas as searas jurídicas.

A proteção plena do direito à propriedade, por exemplo, só poderá se implementar caso se atendam previamente os princípios da igualdade, razoabilidade e solidariedade; todos, de alguma forma, ligados à indissociável figura da dignidade da pessoa humana.

3.6. Função Social: Propriedade, Posse e Contratos – Análise Inicial

Já se falou, em outros momentos, sobre as consequências e algumas características do passar dos tempos quanto à perspectiva dos bens historicamente tratados pelo Direito Privado. Neste aspecto, a posse e, principalmente, a propriedade foram forças motrizes destas considerações.

Com fundamentos típicos do individualismo, a propriedade era considerada um direito subjetivo e absoluto que se atendia como contexto de sua funcionalização, apenas a tutelas dos interesses privados do seu titular. Logo, o sistema jurídico da época visava à proteção da propriedade privada, inclusive na condição de se sobressair a quaisquer outras.

A posse e a propriedade tiveram sua delimitação formada entre os séculos XVIII e até o início do XX. Nesse sentido, sabe-se que o contexto era o de não intervenção do Estado, ressalvadas as ações próprias para tutela dos titulares do direito em questão.

Com os anos, foi-se percebendo que, em virtude das mudanças sociais que refletiam no contexto econômico, passou-se a admitir e até exigir que a propriedade fosse tutelada não só ao seu titular, mas, inclusive, à sociedade, na condição de parte interessada no seu bom uso.

Para Marina Rabahie¹¹⁴, dentro deste contexto, com relação à propriedade e sua função social:

A novidade consiste exatamente no fato de serem atribuídas 'funções' ao proprietário particular, que sempre se manteve, perante o Estado, numa posição que a este era diametralmente oposta: enquanto ao Estado não é dado agir sob o ímpeto da vontade, é largamente sabido e difundido que, ao ser administrado, não é vedado reunir poderes que lhe permitam um comportamento exclusivamente baseado em atos de sua vontade, desde que, é claro, para tanto, não exista impeditivo de ordem legal [...] Quando a Constituição, ainda que de maneira pragmática, incluiu, dentre os seus comandos, o da função social da propriedade, alterou substancialmente a situação jurídica comum daquele que é proprietário. Isto é, o proprietário, entendido somente como um fiel cumpridor de interesses próprios, passa a atuar, tal qual o Estado (ainda que este possua prerrogativas que lhe são exclusivas e próprias, o que o diferencia do particular) como um gestor de negócios da coletividade, um cumpridor de funções. Notamos, então, que ao menos desta específica função pública o particular é detentor. Além de usar, gozar e dispor do objeto de sua propriedade de modo a alcançar interesses próprios, deverá fazê-lo de maneira qualificada, para que atinja, também, os interesses de toda a coletividade, da qual faz parte.

Entrementes, por mais que haja avanços junto a legislações e até mesmo na Carta Maior, em termos práticos, ainda não se alcançou o ideal, nem mesmo se aproximou do satisfatório para que se tornasse a propriedade algo não só voltado ao pessoal e sim, com isto, sendo “menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção”¹¹⁵.

Neste sentido, muito colabora André Osório Gondinho, ao dizer:

[...] O latifúndio e a especulação imobiliária ainda são o retrato mais fiel da propriedade em nosso país. A reforma agrária e a reforma urbana estão longe de deixar de ser uma quimera daqueles que acreditam em mais justiça no cotidiano da vida brasileira¹¹⁶.

Não seria equívoco afirmar que nem todos assimilaram conscientemente o real sentido da função social da propriedade; isto não só antes, mas também atualmente. Desta forma, mesmo com a posição trazida pela atual Ordem Constitucional, que inseriu toda uma gama de modificações sobre a propriedade (e a

¹¹⁴ RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Vale (Coord.). Temas de direito urbanístico – II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 227.

¹¹⁵ FACHIN, Luis Edson. A cidade nuclear e o direito periférico (reflexões sobre a propriedade urbana). Revista dos Tribunais, v, 743, p. 107-110, 1996.

¹¹⁶ GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

posse, seu instituto mais aproximado em termos de poder sobre determinado bem), ainda assim, certamente por razões alheias à vontade do legislador, ainda não foi efetivamente satisfeito o devido alcance.

Contudo, não se pode negar que, mesmo após iniciar a vigência do referido código, e a significativa melhoria do tratamento da função social, ainda continua em alguns pontos carente de tratamento legal mais consonante a sua importância e, mais ainda, no tocante a sua efetivação, quanto aos diversos tipos de propriedade.

3.6.1. Função social da propriedade – requisitos

Não é habitual que as normas jurídicas tragam os conceitos de quaisquer institutos de que tratem.

Neste sentido, não foi diferente com relação à função social da propriedade que, não só na Constituição Federal vigente, mas também nas suas normas infraconstitucionais, houve a conceituação do que seria tal instituto.

Contudo, tornam-se recorrentes, dentro do ordenamento jurídico pátrio, quais os requisitos que se deverão atender para que se venha a alcançar ou atender a função social no tocante às propriedades urbanas e rurais.

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, em seus artigos 5.º, XXIII, e no de número 182 e o 186, refere-se ao atendimento da função social da propriedade cujos artigos complementam em sentido e delimitação àquele.

O artigo 182, da Constituição Federal do Brasil, dispõe sobre a propriedade urbana, com o fim de ordenar o desenvolvimento das cidades, de forma a resguardar o bem-estar dos seus habitantes como cidadãos. Neste sentido, em suma, assevera que os fins sociais são atendidos na propriedade, desde que se respeite o plano diretor da cidade.

Convém também enfatizar que o atual Código Civil não faz menção ao dispositivo constitucional tratado acima. Não obstante, tal situação ratifica a máxima da busca ao atendimento de um uso da propriedade de forma adequada, a fim de

proteger a sociedade e não mais o absolutismo anterior de proteção apenas ao proprietário.

Na proteção em pauta, faz menções diretas, ao afirmar que, a fim de se atender a função social, deverá a propriedade ser utilizada de forma coerente ao atendimento de seus fins econômicos e sociais¹¹⁷, dando conteúdo jurídico à funcionalidade das propriedades.

Em continuidade, ao se tratar do conteúdo do artigo 186, da Constituição Federal de 1988, que versa sobre o atendimento da função social da propriedade rural, assim como com relação ao imóvel urbano, disciplina os requisitos básicos para que se venha a atender os fins sociais do bem imóvel rural; neste caso, vinculando a situação atual do proprietário ao cumprimento de uma gama de interesses não comuns¹¹⁸ a sua condição como tal.

Atente-se que não se vincula exclusivamente ao aproveitamento econômico da terra, mas também ao cumprimento das prerrogativas à defesa de um meio ambiente equilibrado e ao respeito às normas trabalhistas. Neste sentido, prioriza-se a tutela das bases existenciais, com relação às de cunho patrimonial.

Sobre o presente enfoque colabora Gustavo Tepedino¹¹⁹, dizendo:

A produtividade, para impedir a desapropriação de ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição, de maneira essencialmente solidarista, vinculando aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito diversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá a sua função social, se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em consequência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos – constitucionalmente estabelecidos – da República. Em definitivo, a propriedade, com finalidade especulativa, que não cumpra a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária.

¹¹⁷ Importante ressaltar que não se define o que seriam tais valores/interesses econômicos e sociais, haja vista não depender da legislação a sua delimitação, e sim as circunstâncias históricas, geográficas, em cada caso.

¹¹⁸ Como a questão de aproveitamento do bem, utilização dos recursos naturais disponíveis e preservação ambiental, respeito às normas trabalhistas etc.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. Temas de direito civil. 3. Ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 311.

Contudo, já houve orientação jurisprudencial contrária a este raciocínio, haja vista que a nossa Corte Suprema¹²⁰ já compreendeu que, se o imóvel rural produz suficientemente riquezas, nos termos da lei, mesmo que não haja observância das normas trabalhistas e ambientais, não ocorrerá a desapropriação do bem, por desatendimento à função social da propriedade, em virtude do que reza a mesma Constituição Federal, em seu artigo 185, II¹²¹.

Pontue-se que, com o devido respeito, compreende-se que a interpretação literal do dispositivo constitucional supracitado não deve prevalecer, haja vista que o entendimento da função social tem abrangência e efetividade equivalente a de princípio constitucional.

Por conseguinte, por estar no ápice do ordenamento jurídico, deverá impor suas razões às normas imediatamente inferiores, traçando-lhes uma linha de raciocínio lógico e consequente a ponto de determinar suas interpretações e aplicações. Logo, o simples fato de atender à produtividade, porém sem os critérios que a função social impõe, não lhe dá salvaguarda de possível desapropriação.

3.6.2. A posse e a função social

Ao se tratar da função social da posse, não seria exagero afirmar que seriam dois lados de uma mesma moeda, com relação ao atendimento da mesma prerrogativa com relação à propriedade.

A compreensão da posse é anterior à da propriedade que, inclusive, foi esta iniciada em virtude daquela, adquirida certamente através da usucapião. Além do

¹²⁰ “caracterizado que a propriedade é produtiva, não se opera a desapropriação-sanção, por interesse social para os fins de reforma agrária, em virtude de imperativo constitucional (CF, art 185, II) que excepciona, para a reforma agrária, a atuação estatal, passando o processo de indenização, em princípio, a submeter-se às regras constantes do inciso XXIV, do artigo 5.º, da Constituição Federal, mediante ‘justa e prévia’ indenização (BRASIL, STF, MS 22.193, Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 29.11.1996, p. 47.160)

¹²¹ Que, em síntese, diz que é insusceptível de desapropriação, quando é produtiva a propriedade.

mais quando vinculada à propriedade, seria a posse, um fato com relevância jurídica. Já individualmente, seria ela compreendida como um direito¹²².

Haverá posse quando houver o exercício efetivo do direito à propriedade de algo. Este vínculo de existência é indiscutível e indissolúvel, como possibilidade de existência no mundo jurídico. Afinal de contas, compreende-se que uma é a aparência da outra, devido ao possuidor tomar atitudes típicas de proprietário, apesar de não o ser. Logo, quando se concebe a posse de forma autônoma, há o reconhecimento da sua função social, pois nela se dá o reconhecimento como expoente da realidade social, bem como, pelo fato de que há a modificação de estruturas sociais, no intuito de se concretizar valores e princípios constitucionais, a exemplo da redistribuição de renda e busca pela igualdade social.

Assim como no Código Civil, a Constituição Federal não define o que vem a ser posse. Mas, como já se falou que esta é consequência da propriedade, o raciocínio se deve dar indiretamente, por ser reflexo do direito de propriedade e, por conseguinte, mesmo sem entendimento, deve-se dar quanto à função social da posse.

Como se vê, a posse é indispensável para o exercício da função social da propriedade e, isoladamente, deverá ser tutelada à luz dos parâmetros da função social, haja vista que, através dela, poderá o titular do direito, no seu exercício, atender às suas necessidades de moradia e até mesmo de desenvolvimento de uma atividade produtiva, tal como a atividade agrícola, por exemplificação.

Não obstante a discussão sobre a natureza jurídica da posse convém enfatizar que, em relação ao prisma da função social, a controvérsia em questão não merece ser dada mais tanta importância.

Com relação à moradia, por exemplo, cuja tutela constitucional está no seu artigo 6.º, e é direito mínimo e hábil para a promoção da dignidade da pessoa humana. A referida tutela se dá em virtude da sua condição extrapatrimonial no resguardo à habitação do indivíduo e da entidade familiar, como local de desenvolvimento da sua personalidade¹²³.

¹²² FACHIN, Luiz Edson, A função social da posse e a propriedade contemporânea. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos reais. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.

Na hipótese de abandono de bens imóveis pelos proprietários e eventuais possuidores passam então a ali residir, observa-se, em tais situações que há flagrante conflito da tutela da propriedade, assegurada pela própria Constituição Federal, em seu artigo 5.º, XXII e da sua função social da posse e da propriedade.

A não satisfação de deveres sociais por parte do proprietário, traz a constatação de afronta ao atendimento de direitos fundamentais à moradia, ao trabalho etc. Nestas circunstâncias, certamente serão afastadas as pretensões de tutela possessória, próprias do titular do direito de propriedade, haja vista o seu não atendimento dos deveres sociais supracitados.

Logo, a ponderação entre os valores envolvidos deverá prevalecer; afinal dever-se-á sempre prestigiar a dignidade da pessoa humana, que se dá mediante a observância do fomento na produção de alimentos, respeito à moradia, ao trabalho, etc. Desta feita, se o possuidor, quer seja proprietário ou não, atender às máximas já citadas, deverá, em regra, ter chancelada sua posse a fim de atendimento a função social.

3.6.3 Função Social – Contratos

Tratar da função social dos contratos requer a abordagem de um novo entendimento da relatividade e da liberdade contratual. Sendo ambos os princípios oriundos do perfil liberal que os tornava absolutos e praticamente intangíveis a situações externas e à relação que compunham.

Com relação aos contratos com fundamentos em bases liberais, diz Paulo Luiz Netto Lôbo¹²⁴:

O paradigma em que se fundavam os princípios individuais do contrato era a primazia do interesse individual, corporificado no constitucionalismo liberal, que reduzia a intervenção estatal ao mínimo, e na codificação civil que tutelava essencialmente o patrimônio do indivíduo.

¹²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais in: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (Coord.). A teoria do contrato e o novo Código Civil. Recife: Editora Nossa Livraria, 2003, p. 12.

Historicamente a relatividade contratual traduz que os contratos são efetivos, apenas as suas partes envolvidas, não sendo cabível a terceiros, de quaisquer naturezas, a participação em seus benefícios ou ônus. Inclusive o clássico adágio latino cuja tradução é: ‘o que foi negociado entre as partes não pode prejudicar nem beneficiar terceiros’¹²⁵.

Este elo entre os contratantes que exclui quem não tenha manifestado prontamente sua opinião, para a formação do vínculo obrigacional; o terceiro, por sua vez, seria aquele cuja vontade não intervém na configuração e formação do contrato¹²⁶. Como se vê, o cerne de todas as atenções se restringe à vontade que seria válida exclusivamente à dos partícipes da relação a ser analisada.

Com o advento da análise funcional e social dos institutos do direito privado, percebeu-se a mitigação da relatividade contratual, embora que, sob a ótica da função social, os reflexos da relação contratual também tinham a ver com pessoas estranhas àquela – logo, como se está galgando uma delimitação mais voltada ao social, faz com que terceiros estranhos ao negócio jurídico, tenham participação nestas relações, mesmo que de forma indireta.

Obviamente a liberdade de contratar, e a relatividade dos contratos permanecem existindo para o alcance de seus próprios fins junto aos envolvidos. Contudo, na hipótese de eventual confronto destes ditos fins com interesses públicos para a consecução contratual, decerto estes prevalecerão sobre aqueles, a fim de dar função social ao contrato, na condição de instrumento harmonizador de interesses contrapostos, visando não só à preservação da dignidade humana, mas também ao alcance da justiça e paz social.

Portanto, a função social dos contratos interage, no contrato, como instrumento limitador da autonomia da vontade entre os contraentes, impondo-se-lhes, pois, delimitações a suas vontades, a ponto de não se desrespeitar normas de ordem pública que restringem ou impõem certas atitudes de cunho contratual.

Não é à toa que se denomina de nova teoria contratual a inserção de normas de ordem pública, junto a institutos tipicamente privados. Afinal, já não é de hoje que o contrato, em muito, transcende a funcionalidade de mero instrumento de

¹²⁵ Do original: “res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest”.

¹²⁶ NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato – novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

transmissão de riquezas patrimoniais, sendo hoje compreendido também como instrumento jurídico, para realização de interesses próprios da coletividade.

Compreendem-se como interesses da coletividade a se alcançar, todas as formas de proteção presentes no ordenamento jurídico. Entretanto, prioritariamente, na condição de se proteger os menos favorecidos da relação contratual, a fim de se distribuir mais equilibradamente as riquezas – com isso, promovendo-se uma sociedade mais equânime e harmônica.

Tal como a propriedade, cuja utilização está condicionada intrinsecamente ao respeito aos fins socialmente relevantes, o contrato, na condição também de instrumento viabilizador da sua transmissão, deverá atender as mesmas prerrogativas que possuem a meta de alcance do bem estar, da paz e da justiça social.

A função social dos contratos visa o alcance de um ponto de equilíbrio suficiente nas relações contratuais, com a finalidade de se buscar uma maior efetivação do equilíbrio dos contratantes, tanto na formação como na consecução do contrato.

Para tanto, uma gama de princípios colaboram conjuntamente para a formação dos contratos, cujos princípios clássicos deverão se coadunar a outros, com o fim da realização dos contratos de forma válida, como assevera Teresa Negreiros¹²⁷:

Ao princípio da boa-fé, que exige dos contratantes uma conduta leal da qual surgem deveres acessórios que não são objeto de obrigações consentidas, a teoria da lesão, a autorizar a revisão judicial do contrato e, de uma forma geral, a orientação legislativa de índole intervencionista, com caráter cogente, assumidamente protecionista em favor da parte considerada vulnerável, revelam que a autonomia da vontade é hoje insuficiente como fundamento da força obrigatória dos contratos.

Como se observa, é uma nova contextualização de institutos outrora consagrados, que se inseriu na conceituação dos contratos: as prerrogativas de justiça social, dignidade da pessoa humana, igualdade, em harmonização com a ordem econômica e o contexto constitucional presente¹²⁸.

¹²⁷ Op. cit. 217.

¹²⁸ Nestes termos é, por exemplo, inadmissível que tutele a obrigatoriedade contratual quando se desprezitar a boa-fé.

Logo, a tutela hoje não se dá em virtude do respeito à vontade das partes, mas em face de sua adequação ao que é admitido na nossa ordem jurídica. A obrigatoriedade, enfim, é dada precipuamente em respeito aos preceitos legais correlatos também à justiça social, bem comum, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.

O que se percebe é que o novo paradigma contratual pontua a tutela da dignidade da pessoa humana e a busca do alcance da justiça social; a ponto de, inclusive, pontuar na própria legislação civil a necessidade do atendimento da função social do contrato, de forma harmônica com o que se aponta na nossa ordem constitucional.

Capítulo 4

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

4.1. Palavras iniciais

Já se falou que a empresa é um dos legítimos representantes do Capitalismo, sobretudo, em sua vertente exclusivamente liberal.

Dentro do contexto econômico, a empresa também igualmente consegue convergir toda uma gama de interesses, dentre os quais o de ser instrumento de obtenção de lucros para os seus titulares.

Outro ponto de interesse a se tratar com relação à empresa dá-se pelo fato de que ela, no exercício de suas atividades precípuas envolve toda uma rede de agentes econômicos que, em igual ou similar condição, fornecem-lhes matérias primas e demais insumos para a confecção ou facilitação de sua atividade, como também na relação existente junto a seus contratados, a exemplo dos seus empregados e prestadores de serviços.

A movimentação econômica e financeira, proveniente das empresas de forma direta ou não, alcançou relevância singular, a ponto de ser necessário não só seu estudo no âmbito econômico e administrativo, mas também as suas repercussões e ingerências no contexto econômico e jurídico, haja vista as inúmeras relações que provêm desta, ou que com ela se relacionam.

Desde, como já se falou, a relação com seus empregados e com seus fornecedores, e também as relações diretas com o próprio Estado, a exemplo da responsabilidade tributária que possuem as empresas e, em fator igualmente importante, as correlatas ao público alvo da empresa. Neste caso, relações de cunho consumeristas; e, por fim, as repercussões ambientais, quando aplicáveis.

Enfim, não há dúvida de que as empresas, dada a dimensão de suas atividades, podem e, muitas vezes, chegam até mesmo a influenciar diretamente

outros segmentos distintos do seu no tocante ao comportamento destas, como bem assevera Fábio Konder Comparato:

Tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos, os profissionais liberais e as Forças Armadas, todo esse mundo, tradicionalmente avesso aos negócios, viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa. A constelação de valores, típica do mundo empresarial, o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios, acabaram por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações¹²⁹.

Logo, não é à toa que, devido à dimensão alcançada pela empresa, ou simplesmente pela atividade empresarial, fez-se necessária a sua inclusão e até adaptação às atuais conjunturas do ordenamento jurídico pátrio, de forma a compatibilizar estes fundamentos, sem a desvirtuar quanto a seus fins lucrativos e mobilização de riquezas, a fim de que não se descaracterize sua essência profissional.

Como se vê, a supracitada foi igualmente inserida neste novo viés e, como já se falou, buscando se observar a prerrogativa de funcionalização, como já também vistos nos contratos e na propriedade privada.

À guisa da dicotomia entre direito público e privado, e sua superação, assevera, mais uma vez, Fábio Konder Comparato:

[...] a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado¹³⁰.

Nesta releitura, e até nova parametrização, viu-se a importância da delimitação e aplicação de uma nova concepção da atividade empresarial, sendo esta analisada funcionalmente. Neste aspecto, já se observava a busca de se coadunar, também, outras experiências de institutos clássicos de direito privado, à luz de prerrogativas típicas do direito público, e de acordo com a atual Constituição Federal.

¹²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1985, v. 290, p. 9.

¹³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 19.

4.2. Função Social em Relação à Empresa

Não obstante já se ter falado alhures da função social como teoria no capítulo anterior, a fim de que se venha a bem delinear a sua aplicação à empresa se faz necessária a retomada de alguns temas já tratados. A origem de conotação filosófica da doutrina da função social, como se sabe, não se restringiu àquela ciência, apenas – desta forma coabitou junto às ciências sociais e, conseqüentemente, às ciências jurídicas.

Neste condão, a aplicação da citada teoria junto a estas ciências também influenciou a observância de inúmeros institutos, sendo muito deles, como se sabe, típicas manifestações do capitalismo e liberalismo – de que, agora se passa a tratar.

Nesta última ciência, merecem ênfase, como expoentes da doutrina, o Karl Renner¹³¹, de influência marxista, e Léon Duguit que, enfatize-se, possuíam posições e ideias distintas um do outro.

Na concepção de Renner, em poucas palavras, a função social correspondia à função econômica do bem particularizado.

Ou seja, no entendimento do citado autor, se a empresa, por exemplo, estiver em pleno exercício de suas funções e atividades econômicas gerando bens e lucros, agregando capital e trabalho estaria então atendendo a sua função social.

Como se vê, ao coexistirem as circunstâncias supracitadas, naturalmente a empresa traria, atendendo sua finalidade precípua, lucros aos seus titulares. Haja vista o seu atendimento aos fins econômicos que, por sua vez, adaptam-se à conotação liberal e individualista, contemporânea à concepção de Renner, do primeiro quarto, do século XX¹³².

Críticas atuais não faltam ao entendimento de Renner devido à concepção de ‘social’, que, em muito, difere da conotação chancelada pela doutrina e legislação. Entrementes, o que não se vislumbrava, dentro da posição do citado autor, era o

¹³¹ RENNER, Karl. The institutions of private Law and their social functions. Barnard&Co, 1949.

¹³² A obra “Die soziale Funktion der Rechtsinstitute” de Karl Renner foi inicialmente lançada em 1904 e, posteriormente reeditada e ampliada em 1929.

exercício e utilização dos bens para o alcance da dignidade da pessoa humana, equidade e da justiça social, como na defesa de tais máximas.

Logo, como na concepção do supracitado autor havia uma equiparação entre a função econômica do bem e a função social do mesmo – desta forma, não importa se o uso de um bem, por exemplo, é para fins meramente especulativos e de reserva de valor¹³³; fato este que, na visão de vanguarda do atendimento social dos bens e institutos do Direito, destoava da realidade.

Já no ponto de vista defendido por Léon Duguit¹³⁴, também em síntese, a concepção social haveria de prevalecer e até mesmo substituir a de direito subjetivo. Para ele, esta substituição se daria porque tal direito era a manifestação totalmente individualista que, por sua vez, diziam que não havia preocupação com o uso legítimo da propriedade.

Não lhe faltaram também críticas pelo seu entendimento. Para seus opositores seu posicionamento era excessivamente repressor da liberdade individual, pois, dentro de sua concepção, dificultaria a distinção adequada sobre os tipos de bens; no caso, os de uso pessoal e os de outra categoria. Também, à luz do seu posicionamento, não se determinavam os deveres positivos de um instituto, impostos em virtude da função social.

Em suma: as críticas sofridas por Duguit se dão, sobretudo, no tocante ao seu posicionamento sobre as possíveis subordinações dos bens, bem como quanto à delimitação e definição de direitos.

Obviamente, com base nestes conflitos doutrinários, surgiram outras ideias relativas ao tema e, inclusive, na sua maioria, de conotação mais moderna que muito contribuíram para a atual delimitação da doutrina da função social.

Neste contexto, a discussão sobre a função social passou a ser baseada em uma nova categorização de bens; donde se passou a analisar, de acordo com sua destinação, quer seja na condição de bens próprios para o consumo, que de produção.

¹³³ Neste sentido, vide: TOMACEVICIUS, Eduardo. A função social da empresa. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 810, abr. 2003, p. 35.

¹³⁴ DUGUIT, Léon. Las transformaciones del derecho privado. In: Las transformaciones generales del derecho (publico y privado). Buenos Aires: Heliasta, 1975.

Pondere-se que, quando os bens são, para os seus titulares, de consumo, não deverão ser vistos como empregáveis à capitalização de riquezas, mas como objetos de propriedade particular do seu proprietário, que, no máximo, exprimem-se como manifestações da identidade da pessoa.

Já no tocante aos bens de produção, a relação e identificação se dão de outra forma, haja vista poderem ser considerados como fontes de riquezas, em virtude de seu emprego e destinação e, à luz da doutrina da função social, a aplicabilidade destes bens deve ser pautada de modo a agregar valores e benefícios reversíveis em prol da sociedade.

Mas não só por isso. A concepção atual da doutrina em comento agrega a relação entre direito e dever como uma de suas premissas maiores. O titular do direito sobre o bem deve o empregar no desempenho de seu mister de modo que traga benefícios à sociedade, ou seja, não basta a obrigação negativa de se abster de tomar algumas atitudes¹³⁵ ou procedimentos. De fato, o que se busca também é a efetivação de conduta obrigacional positiva, ou simplesmente, um dever de empregar o bem não apenas para benefícios próprios, mas, inclusive e não menos importante, à coletividade¹³⁶.

Como se viu anteriormente, o uso de obrigações positivas pelos titulares de bens, cuja abordagem anterior era exclusivamente de conotação subjetiva e de características liberais, dá-se em virtude de que o seu exercício deve ser condicionado a interesses maiores que são vistos como benefícios destinados à sociedade.

Entrementes, convém também se posicionar, com relação a quais seriam os interesses socialmente relevantes que, segundo Viviane Perez, assim se delimitam:

A partir do momento em que se assentou a ideia de Constituição, como norma, dotada de eficácia e condicionadora de todo o ordenamento jurídico, que lhe é hierarquicamente inferior, parece lógico que a unidade e segurança do sistema demanda que a definição de tais interesses deva ser

¹³⁵ Pontue-se importante posicionamento de considerável parte da doutrina, ao fazer um paralelo entre a obrigatoriedade de se empregar a propriedade de forma funcional e com repercussão positiva ao social, em prol da justiça social à boa-fé objetiva – típica no direito contratual – que impõe aos contraentes a conduta proba, desde a formação, e até mesmo após a conclusão do vínculo contratual (TOMACEVICIUS, Eduardo, op. cit., p. 39).

¹³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 732, out. 1996, p. 41.

explorado em seu texto. Os 'interesses maiores da sociedade' devem corresponder, assim, às escolhas democráticas do legislador constituinte¹³⁷.

Enfim, a abordagem funcionalista, como já foi dito, estendeu-se a todos os institutos da ciência do direito, os quais são considerados em si mesmos, de acordo com as suas potencialidades, ou seja, a função social do instituto seria um atributo do bem particularizado, e seu não atendimento pode ser considerado como um desvio no exercício de suas funções, o que, nestas circunstâncias, pode ser compreendido como modalidade de desvio de finalidade.

No tocante à empresa, deverá ser observado o respeito à livre iniciativa, mas, concomitantemente às demais prerrogativas de respeito ao correto exercício da atividade econômica em âmbito constitucional, a fim de que se tenha a devida tutela.

Logo, a delimitação dos deveres positivos e negativos da empresa, neste caso, através de seus representantes formais, a fim de que se atenda a função social, está delineada no *caput* e incisos, do artigo 170, da Constituição Federal de 1988, na condição de elemento normativo delimitador dos seus deveres.

Em análise inicial, evidencia-se, nos incisos I e II do referido artigo, a presença dos princípios da propriedade privada e da sua função social, que igualmente estão positivados, no artigo 5.º, do mesmo instrumento normativo, mais precisamente, nos incisos XXII e XXIII, que tratam dos direitos e garantias fundamentais. Desta observação, em particular, conclui-se algo que já foi outrora tratado, mas, neste momento, apresenta a sua interrelação com os dispositivos constitucionais em comento.

Há respeito e incentivo ao fomento da atividade econômica, pela iniciativa privada, a fim de que venham a atender a seus interesses particulares, através da aplicação de seu capital a ser investido. Contudo, da mesma forma que se permite tal liberdade, também se exige que o emprego da atividade empresária seja desempenhado, de forma a promover a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Sobre o tema, José Afonso da Silva, com costumaz propriedade assevera:

¹³⁷ PEREZ, Viviane. Função social da empresa – Uma proposta de sistematização do conceito. Temas de direito civil-empresarial. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coords.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 202, p. 5.

A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada ao sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar, ao mesmo tempo, o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. Essas considerações são ainda importantes para a compreensão do princípio da necessidade que informa a participação do Estado brasileiro, na economia (art. 173), pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do Poder Público, quando não cumpre a função social que a Constituição lhe impõe¹³⁸.

Além do princípio supracitado, outro complementar a se analisar é o da livre concorrência. Este princípio é de suma importância, junto à conjuntura econômico-social brasileira, haja vista que, com ele, instrumentaliza-se toda uma gama de outros preceitos e fins da atividade econômica, tais como os da prevenção à concentração econômica que venham a ser contrários aos interesses dos consumidores, hipossuficientes com relação aos fornecedores de produtos ou serviços, e o da proteção ao meio ambiente, que busca a redução das desigualdades regionais e sociais e o alcance do pleno emprego.

Observe-se que tais finalidades, acima descritas, convergem na busca do equilíbrio econômico-social dos cidadãos, na contextualização das metas de alcance, promoção da justiça social e dignidade da pessoa humana.

Não seria conveniente destrinçar, ponto a ponto, cada um dos preceitos supracitados, haja vista já terem sido abordados noutro capítulo desta pesquisa, dentro da devida delimitação. Todavia, é imperioso dizer que as normas infraconstitucionais, relativas ao meio ambiente, trabalho e relações de consumo, muito colaboram com a delimitação de deveres, quer sejam positivos - quer sejam negativos - da empresa no desenvolvimento de suas atividades.

Pontue-se ainda neste viés, por fim, que a não observância dos deveres da empresa, nas prerrogativas supracitadas, poderão lhe causar prejuízos financeiros – haja vista as possíveis responsabilizações, desde ordem civil, administrativa e até mesmo criminal.

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. rev. e atual., nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n.º 42, de 19-12-2003, publicada em 31-12-2003). São Paulo: Malheiros, 2004, p. 794.

4.3. Delimitação e Aplicação da Função Social da Empresa

Ainda no contexto da análise da empresa à luz da doutrina da função social, comungam boa parte dos estudiosos, em defender que há uma dupla observância do instituto em questão. Num primeiro momento, há de se defender e preservar a empresa; e em outro, no tocante à observância do exercício da atividade empresarial, à luz do que se delimita na nossa Ordem Constitucional.

Na primeira das vertentes, defende-se até como princípio próprio da empresa, o da sua necessária preservação. Desta forma, a fim de se conservar a atividade empresarial, dada a sua importância junto à sociedade, em aspectos econômicos e sociais, poder-se-á, inclusive, tomar-se posturas que venham ao encontro dos interesses de seus titulares.

Já não se vê como novidade que a empresa é fonte geradora de renda, em sua condição de recolhadora de tributos, geradora de empregos e agregadora de valores em seus contratos. Logo, sendo ente relevante na distribuição e, sobretudo, circulação de riquezas, exerce a empresa importante papel junto à sociedade, como agente na promoção do desenvolvimento nacional.

Dentro do viés de sua preservação, a empresa goza de proteção pelo menos em dois contextos bem relevantes em sua constatação, sendo eles quanto à possibilidade de desconsideração de sua personalidade jurídica e, também, no tocante à possível dissolução da mesma.

Quanto à primeira das perspectivas apontadas acima, há a inclusão, em diplomas legais pátrios neste sentido, a exemplo pela ordem, do constante, no artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor; e, também no artigo 50 do atual Código Civil brasileiro. Busca-se, dentro de situações típicas, ao se desconsiderar a personalidade jurídica, não só se punir o titular da atividade empresarial por sua má execução em gestão administrativa, mas também, em muitos momentos, não cancelar atitudes previamente planejadas de se prejudicar a saúde financeira da empresa, com o fim de aumentar ou até mesmo sobressalvar o patrimônio pessoal do empresário.

Logo, a análise da possível desconsideração da personalidade jurídica da empresa pode ser vista, também, em dois aspectos: o primeiro deles, no tocante a se ressaltar a possibilidade do credor, de ter seu direito creditório satisfeito, pois será incluído o patrimônio pessoal do titular da empresa, que abusivamente o usou para fins contrários à moral e à ética, a fim de garantir, mais ainda, a salvaguarda de seus interesses.

Já no segundo momento, ao se desconsiderar a personalidade jurídica da empresa, portanto, incidindo, também ou até mesmo exclusivamente, no seu titular, a responsabilidade sobre os danos que comprovadamente¹³⁹ causou, dar-se-á a proteção à empresa em si, e neste contexto, preserva-se a saúde financeira da mesma, a fim de que continue a colaborar, como foi dito anteriormente, com o desenvolvimento econômico e social do país.

Com relação à segunda das perspectivas acima citadas, convém, mesmo que superficialmente, tratar da preservação ou salvaguarda da empresa, nos termos da lei, por exemplo, descritos na Lei Federal 11.101/2005, também conhecida como a 'nova lei de falência'.

Em consonância com a importância que se dá à empresa pelas razões já trazidas anteriormente, dentro da ordem econômica e social, a presente legislação trouxe a possibilidade do uso do instituto da 'recuperação' que, por sua vez, busca, dentro de sua característica, possibilitar a empresa a se recuperar e, por conseguinte, ser preservada, ao invés de ser simplesmente liquidada, a fim de satisfazer seus credores.

Dentro da supracitada lei, estão bem delineadas as máximas, como a da função social da empresa, da manutenção da atividade, busca do pleno emprego etc., como bem se observa no seu artigo 47:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômica financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo da atividade econômica.

¹³⁹ Neste sentido, no primeiro capítulo deste trabalho se apresentou excerto jurisprudencial que aborda este tema.

A própria disposição, na lei, de primeiramente atentar à recuperação judicial para, só depois tratar da falência¹⁴⁰, já denota, sem sombra de dúvida, a busca incessante da preservação da empresa, por parte do legislador. Dentro deste contexto, se posiciona a doutrina:

O objetivo do novo direito está expresso na lei; é o de sanear a situação de crise econômica financeira da empresa devedora, salvaguardando a manutenção da fonte produtora do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, e viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa. Mais precisamente, a lei visa a defender os interesses coletivos, pela preservação da empresa, denominada por ela também de “unidade produtiva” e “agente econômico”. Carece de glosa a consideração da empresa como poderoso agente da economia e da satisfação do mercado consumidor¹⁴¹.

A relevância da preservação da empresa é compreendida como uma oportunidade de, em reconhecimento ao seu papel junto à sociedade, salvaguardar não só a si mesma, mas também os beneficiados com a renda proveniente das atividades por ela desenvolvidas, a exemplo dos contratos de trabalho, de prestação de serviços, contratos junto aos fornecedores de seus insumos, recolhimento de tributos de quaisquer naturezas etc.

Enfim, também se compreende que, ao se preservar a empresa, se estará igualmente resguardando a possibilidade de que ela continue no desempenho de sua função social, papel exigível a ela, devido aos reflexos em prol da sociedade.

Superada a primeira das análises, à guisa de preservação da empresa, faz-se necessária agora a complementação com a abordagem relativa ao exercício da atividade empresarial, em consonância com a Ordem Constitucional vigente.

Repise-se que, ao se buscar a satisfação da sua função social, não se está impedindo a atividade lucrativa, fato fomentador da atividade empresarial e também colaborador do desenvolvimento nacional¹⁴², que é uma das metas almejadas pela Constituição Federal do Brasil que, lembre-se, adotou o regime capitalista de livre iniciativa.

¹⁴⁰ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, Questões polêmicas sobre a nova lei de falências. Revista de Direito Empresarial. Periódico n.º 3. Coordenadores: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e GONÇALVES, Oksandro. Curitiba: Juruá, 2005., p. 11

¹⁴¹ ROQUE, Sebastião José. USP. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Comercial. A lei da recuperação de empresas cria novos destinos para a empresa. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/doutcom02.htm>. Acesso em 28 de abril de 2011.

¹⁴² PEREZ, Viviane, op. cit., p. 12.

Neste sentido, o exercício da atividade empresarial é dividido em áreas de atuação, no intento de atender à função social. Desta forma, a primeira das análises é no tocante às relações desenvolvidas no interior da empresa, tais como aquelas junto aos seus funcionários.

Em observância, primeiramente, às relações trabalhistas desenvolvidas na empresa, dever-se-ão respeitar as prerrogativas contidas nos artigos sétimo e 170, VIII da Constituição Federal de 1988, especificamente na construção de um ambiente laboral saudável, harmonioso e seguro.

Pontue-se, com igual relevância, que a necessidade de alcance destas qualidades dentro do ambiente de trabalho, não se deve referir exclusivamente aos empregados regulares da empresa, mas estende-se igualmente a todos os que com ela interajam, incluindo os empregados temporários, terceirizados etc.

Como acima se falou da busca do pleno emprego, é conveniente enfatizar bem que não se quer restringir a possibilidade, que tem a empresa de, buscando a maximização da sua produção e os consequentes lucros¹⁴³, que naturalmente advêm desta situação, de tomar medidas que resultem na demissão de seus empregados, quando, por exemplo, em razão do uso da tecnologia, uma máquina desempenhe as mesmas funções de um grupo de pessoas.

Outro ponto a ser analisado, sob a mesma perspectiva interna, é o que toca à administração da empresa. Neste ponto, integram a presente análise, tanto a figura do administrador em si, como a figura do sócio controlador, com relação aos sócios minoritários.

O administrador ou controlador da empresa deverá conduzir da melhor forma possível, a sua gestão, de modo a respeitar os interesses de toda a sociedade empresária, independente da fração ideal de cada um. Logo, deverá o gestor da empresa ser não apenas eficiente, mas também probo o suficiente a fim de que seus atos estejam inseridos nos preceitos legais e contratuais.

Neste sentido, convém transcrever a explanação do parágrafo único do artigo 116, da Lei Federal 6404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas):

¹⁴³ Pontue-se que, em muitas vezes, atitudes como estas são as que colaboram para soerguer a empresa com problemas econômicos. Inviabilizar tais possibilidades poderá afrontar o princípio da preservação da empresa.

Parágrafo Único. O acionista controlador deve usar o poder, com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve ser lealmente respeitar e atender.

Além disso, a condução da empresa deverá se pautar pelos interesses gerais dos sócios e, sobretudo, do objeto social da empresa. O atual Código Civil brasileiro reforça tal conjuntura, por exemplo, quando passa a exigir um *quorum* maior dos sócios da empresa para deliberação de certos temas, bem como, quando também passa a exigir deliberação para se tratar de matérias que outrora poderiam ser isoladamente resolvidas pela própria figura do administrador.

Já, quando se analisa a outra perspectiva aplicável à empresa como exercício regular, em consonância com a doutrina da função social, pode-se tratar de critérios além dos internos à mesma; ou seja: a abordagem funcional da empresa também comporta a análise das suas relações, com fatores externos à atividade econômica por ela desenvolvida.

Nesta contextualização, a análise se dá em três vertentes muito bem identificadas, a saber: a concorrencial; interação saudável e protetiva com o meio ambiente; e, por fim, no tocante às relações com os consumidores dos bens produzidos e negociados pela empresa.

No tocante à vertente concorrencial, já anteriormente abordado noutro capítulo, em síntese, pode-se dizer que, ao se promover a livre concorrência dentro das vedações legais e administrativas existentes para que se evite o abuso do poder econômico, o Estado incentiva a existência de um mercado aberto à concorrência que trará, ressalvadas as limitações legais em virtude da competitividade, benefícios à coletividade.

Quanto à tutela a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, dá-se em virtude de ser tal bem, comum a toda a humanidade, e, portanto, necessitar de proteção especial.

A fim de possibilitar e viabilizar tal proteção, atualmente se suscita a efetivação de institutos como o do poluidor-pagador, e da responsabilidade objetiva. Desta feita, tais modalidades servem como, num primeiro momento, instrumentos

punitivos, mas com função precípua de instrumento conscientizador, para o empresário sobre as repercussões de sua atividade junto ao meio ambiente.

Quanto às relações entre empresa e seu público, convém lembrar que a tutela aos consumidores não se dá simplesmente por causa da edição do Código de Defesa do Consumidor, mas também em virtude deste.

A atividade econômica empresarial deverá ser exercida em respeito às máximas de proteção à figura dos consumidores que, em sua concepção de hipossuficientes, carecem de tutela diferenciada. Tal circunstância se dá, sobretudo, com a finalidade de se preservar a dignidade da pessoa humana e a justiça social, como bem traduz o excerto de Roberta Densa:

[...] é princípio que deve ser seguido pelo Estado e pela sociedade para atingir a finalidade de existência digna e justiça social. É possível extrair, ainda, da leitura do artigo constitucional que o Brasil adota o modelo capitalista de produção, já que a livre iniciativa é um princípio basilar da economia de mercado. No entanto, não deixou de se consignar a Constituição que a ordem econômica brasileira confere a defesa do consumidor contra os possíveis abusos ocorridos no mercado de consumo¹⁴⁴.

A proteção em questão se deve dar não apenas por parte da empresa quando se abstém de fazer algo por força de lei, mas, sobretudo, por ter obrigações positivas próprias e decorrentes da função social e da boa fé objetiva, no tocante à informação, lealdade e proteção. Os empresários deverão honrar estas condutas e, portanto, estão compelidos a desenvolver produtos e fornecer serviços, com um mínimo que seja de qualidade e segurança, aos seus consumidores, mesmo que eventuais.

4.4. Função Social da Empresa: Relação com as Normas Infraconstitucionais

Não obstante já se haver falado acima, de várias passagens de normas infraconstitucionais, que abordam a função social da empresa, ainda é salutar

¹⁴⁴ DENSA, Roberta. Direito do consumidor. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

pontuar alguns tópicos relativos ao tema em questão, nas legislações ordinárias de nosso país.

Inicialmente, é importante salientar que o Código Civil brasileiro atual, bem como seu antecessor, não traz, em seu bojo, a expressão e até mesmo a noção de função social da empresa. Entrementes, atentamos que houve projeto de lei¹⁴⁵, visando o seu acréscimo formal sem que, contudo, houvesse continuidade junto à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Mas, há de se constatar, também, que mesmo não estando formalizada, a concepção desta especificação da função social, foi acolhida dentro de nossa ordem jurídica civil. Afinal, há a previsão expressa em outros dois institutos intimamente ligados à empresa¹⁴⁶, ou seja, o contrato e a propriedade.

Além do mais, sempre se enalteceu que a Lei 10406/2002 se pautava em três alicerces valorativos fundamentais, a saber: eticidade, socialidade e operabilidade. Desta feita se buscava, em seus ideais, reformar a ordem jurídica civil vigente, sem que necessariamente viesse a se distanciar do contexto social existente.

Fazendo superficial análise sobre os pilares ou alicerces citados, podemos compreender que a eticidade é necessidade de se manter uma conduta ética, em todas as relações amparadas pelo Código Civil e, desta feita, devido a isso, os indivíduos tutelados pelas normas civis, imersas nos valores éticos, possam colaborar com a promoção e manutenção da ordem social. Como bem afirma Nalini¹⁴⁷: “O Código Civil de 2002 é um diploma em que a ética se encontra presente de maneira explícita e, quando não estiver escancarada, está subjacente em todo o seu espírito”.

Como se pode observar, a eticidade norteia a conduta e as relações civis tuteladas pelo ordenamento legal em comento, que nos leva a compreender que

¹⁴⁵ O Projeto de Lei 6960/2002 do Deputado Federal Ricardo Fiúza, por exemplo, buscava acrescentar ao artigo 966, do Código Civil, um segundo parágrafo com o seguinte teor: “o exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

¹⁴⁶ Neste tocante, importante lembrar-se do Enunciado n.º 53, do Conselho de Justiça Federal, ao interpretar o artigo 966 do Código Civil de 2002, que diz: “deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

¹⁴⁷ NALINI, José Renato. Comentários ao novo código civil, v. XXII: livro complementar das disposições finais e transitórias. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

igualmente seria ela uma cláusula geral, haja vista seu entendimento ser aberto no intuito de acompanhar a sociedade, não permitindo, pois, o distanciamento entre as normas e a realidade vivenciada a cada momento.

Entretanto a tutela jurisdicional não se deve dar apenas às situações negociais particulares. A socialidade passou a ter espaço e maior conotação no tocante às relações civis, haja vista que as interações e relações, entre os cidadãos, num contexto geral, também devem receber a devida guarida do Estado e neste contexto está inserida a socialidade.

Sobre a essência do tema, traz-se a colaboração, mais uma vez, de José Renato Nalini, quando diz:

Não é que o indivíduo tenha que ser sacrificado em prol do social. Continuam a prevalecer os critérios valorativos da pessoa humana, por sinal, enfatizados com o princípio inspirador de toda a ordem constitucional: a dignidade humana. Mas o indivíduo só se realiza à proporção em que se relaciona com os demais. Não há vida digna senão em sociedade. Não há a menor condição de autorrealização individualística, egoística, narcisística. Neste sentido, o Código Civil reforça as noções de solidariedade¹⁴⁸.

A socialidade do Código Civil possui sintonia com as máximas da Constituição Federal de 1988. Ao se tratar sobre a função social da propriedade, há ênfase à tutela dos direitos sociais e, igualmente, no tocante à busca do pleno emprego, livre iniciativa e justiça social.

Sobre o solidarismo, diz Judith Martins-Costa:

A mentalidade extremamente individualista que dominou a sociedade, a cultura e a própria formação política do Brasil, começa, lentamente, a substituir-se por uma outra mentalidade mais solidarista, fincada na consciência dos vínculos comunitários que, necessariamente, conformam qualquer país que se queira como Nação, na relacionalidade – seja consentido o neologismo – incita ao conceito de pessoa humana. Assim se começa, lentamente, a fazer o trânsito do indivíduo, concebido como um átomo isolado que maneja o mundo conforme a sua vontade à pessoa humana, compreendida com ser fundamental relacional, que vive e convive num mundo comum a todos¹⁴⁹.

Ao final, a operabilidade traduz a ideia de que o Código Civil de 2002 deverá ser de fácil inteligência, principalmente para os seus destinatários.

¹⁴⁸ Op. cit., p. 198.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 199.

Logo, seria frágil a garantia de execução das bases até então elencadas se, porventura, a compreensão e aplicação fossem inviáveis. Como ser operacional algo que teria conteúdo e características prolixas? Afinal, a necessidade de se dar tal adjetivo às normas denota uma redação e efetivação viáveis e, sobretudo, de fácil inteligência¹⁵⁰.

Mas, voltando agora à análise da função social da empresa e suas participações na legislação infraconstitucional, faz-se importante lembrar-se da Lei das Sociedades Anônimas em seus artigos 116, parágrafo único, ao abordar sobre o sócio controlador, do artigo 154, que trata do administrador da sociedade empresária e, também, do artigo 165, que fala sobre o conselho fiscal da sociedade.

Independentemente de se tratar das sociedades anônimas, é de bom alvitre lembrar que também é aplicável o conteúdo normativo de tais artigos a outros tipos societários de forma subsidiária, quando não houver previsão legal específica. Sobre o disposto no parágrafo único do artigo 116 e o artigo 154, da Lei 6404/76, pontua José Edwaldo Tavares Borba:

A norma que estamos analisando não tem natureza programática ou simplesmente indicadora de critérios interpretativos. Trata-se de regra autoexecutável, com nítido caráter imperativo, pois impõe ao acionista controlador um determinado comportamento.

Coerentemente, ao tratar das atribuições dos administradores, dispôs o legislador (art. 154) no sentido de que estes, em sua atuação, deverão satisfazer 'às necessidades do bem público e da função social da empresa'¹⁵¹.

Breve remissão se faz agora da Lei Federal 11.101/2005, já antes comentada, e que trata da recuperação da empresa, economicamente prejudicada. Como se sabe, o intuito da atual legislação é, sobretudo, o da preservação e recuperação empresarial, na hipótese de dificuldades econômicas, que colabora com o atendimento da sua função social e não com sua conotação, como instrumento de salvaguarda dos interesses de eventuais credores da mesma.

Por fim, mas não menos importante, convém pontuar a participação da doutrina da função social aplicada às empresas, ao se analisar a Lei Federal de número 8884/94, que trata de questões relativas à concorrência empresarial.

¹⁵⁰ Neste sentido, vide: NALINI, Op. cit., p. 200.

¹⁵¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 8. ed., rev., aum. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135.

Já em seu artigo 1.º, ao determinar as suas finalidades em questão, diz:

Art. 1.º. Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo Único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Como já se falou, o intuito do legislador foi, sobretudo, reprimir eventuais abusos do poder econômico e, desta forma, ao incentivar e tutelar a livre iniciativa e concorrência, desde que resguardadas outras garantias como as de tutela ao meio ambiente, e ao Direito do Consumidor, com a finalidade de propiciar uma proteção à coletividade.

Outra razão importante que remete à compreensão da existência da função social é o conteúdo do parágrafo único do artigo 1.º, da Lei em comento, visto que não poderia ser mais claro, caso não confirmasse que a titularidade dos bens jurídicos pertencem à coletividade. Logo, ao se tutelar o objeto desta norma em particular, igualmente será tutelado o titular deste bem.

4.5. Função Social da Empresa e Dignidade Humana – Impressões Jurisprudenciais

Os tribunais pátrios reconhecem – mesmo que indiretamente, a teoria da função social dos clássicos institutos de Direito Privado.

Tal experiência possui muitos exemplos principalmente com relação a figuras como a propriedade e o contrato que, por sua vez, irrigam não só as peças processuais, mas, sobretudo as decisões interlocutórias e terminativas provenientes do Poder Judiciário.

Já com relação à empresa – a alocação da teoria em questão nas decisões jurisprudenciais goza de características que devem ser consideradas.

Inicialmente elas são em comparação com o que acontece com os contratos e a propriedade em menor número de publicações e discussões – afinal, ainda na

seara jurisprudencial a teoria da função social aplicada à empresa ainda não está tão bem enraizada como nos institutos supracitados – junto aos tribunais.

Não obstante esta conclusão, interessante pontuar que no decorrer da pesquisa foi constatado que, em muitas das decisões que envolvem relações empresariais e dignidade da pessoa humana não se menciona diretamente “função social” e, na eventual ocorrência da expressão, não há clareza quanto à aplicação do termo à empresa.

Muitas das decisões encontradas nos tribunais, inclusive nos superiores, quando abordam diretamente a necessidade de se atender à função social associada à ideia da dignidade da pessoa humana, assim o fazem com referência a sua aplicação na propriedade¹⁵² e no contrato e em muito menor proporção com relação à atividade empresarial.

Tal fato leva a se concluir que há carência de produção jurisprudencial sistemática com referência direta à aplicação da teoria em questão aos meios de produção – pelo menos, de acordo com sua devida amplitude e nichos de atuação – e, sobretudo, com referência direta à dignidade da pessoa humana – nos moldes do que se apregoa na Constituição Federal.

Mas, não obstante a não utilização explícita da expressão como acima foi pontuado – fato é que, ao se tutelar as máximas de proteção ao consumidor, meio ambiente, trabalho etc., está embutida a essência da teoria em questão.

Outro ponto a se atentar é que algumas decisões se equivocam na expressão – denominando de ‘responsabilidade’¹⁵³ o que no entender adiante demonstrado

¹⁵² Neste sentido vide: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Origem: 84 V.T de São Paulo. Trabalhista. Horas Extras – Cartões de Ponto não assinados - ACÓRDÃO Nº: 20090333491 - PROCESSO TRT/SP Nº: 01616200808402006 - RECURSO ORDINÁRIO - 84 VT de São Paulo. RECORRENTE: Jose Antonio dos Santos RECORRIDO: Casa Bahia Comercial LTDA – RELATOR: Ricardo Artur Costa e Trigueiros.

E também: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Origem: 1ª VT de Santos. Revista Íntima. Dignidade da Pessoa Humana. Indenização por danos morais. Acórdão: 20070461915. PROCESSO TRT/SP Rec. Ordinário: 01964200544102005. RECORRENTE: CARLOS MORAES e RECORRIDO: TRANSBANK- SEGURANÇA E TRANSPORTES DE VA – RELATOR: Ricardo Artur Costa e Trigueiros.

¹⁵³ Justa Causa – Alcoolismo Crônico. Artigo 482, F da CLT- Aplicabilidade – 1. O alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID), da Organização Mundial de Saúde – OMS, que o classifica sob o título de “Síndrome de dependência do álcool” (referência F-10.2), o que afasta a aplicação do artigo 482, “f” da CLT. 2 – O alcoolismo gera compulsão que impele o alcoolista à consumir descontroladamente a subsistência psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. 3 – Por conseguinte, ao invés de motivar a dispensa por justa causa, deve inspirar o empregador, até por motivos humanitários, e porque lhe

denota uma faculdade, aquilo que é obrigação. Em verdade a palavra em questão deveria ser lida como 'função' e não 'responsabilidade'.

Contudo, apesar das considerações acima feitas, depreende-se também que nas decisões onde se assevera a teoria aplicada a empresa, dentro do contexto desta pesquisa há, sobretudo, uma prevalência de decisões oriundas da jurisdição trabalhista.

Neste contexto, convém trazer inicialmente a análise de algumas ementas cujo teor faz menção direta à função social aplicada à empresa. Vejamos:

PROCESSO TRT/SP Nº 00928.2002.019.02.00-8

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: GERALPLAS IND COM DE PLAST E DERIV LTDA

RECORRIDO: JORGE GARCIA BRAGA

ORIGEM: 19ª. VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

EMENTA – Justa Causa – Alcoolismo – Doença – Função social da empresa – O empregado, assim denominado “alcoólatra”, equipara-se àquele que sofreu uma moléstia profissional, a indicar tratamento junto ao INSS, tanto que o alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID – referência F-10.2), tornando imperioso afastar-se o enquadramento do artigo 482, “f” da CLT. Da mesma forma, o empregador exerce uma *função social* obrigatória, e à empresa não cabe tão somente a faculdade de poder colocá-la em prática, mas sim, o dever de exercê-la, sempre em benefício de outrem, e nunca em prejuízo. Tal princípio impõe que os interesses da empresa têm, obrigatoriamente, que transcender à pessoa do empresário unicamente, de modo a atingir a ordenação de suas relações com a própria sociedade.¹⁵⁴

Como se pode observar, no excerto jurisprudencial em questão se afirma prontamente a existência e a necessidade de preservação e proteção ao pleno emprego, principalmente quando se trata de trabalhador acometido de doença – desta feita – observa-se que a função social da empresa deve ser vista como obrigação na tutela do pleno emprego.

Na tutela do pleno emprego, como já outrora tratada nesta pesquisa, deve ser observada não apenas a manutenção da relação laboral – mas, inclusive, nas suas

incumbe a *responsabilidade social*, atitude dirigida ao encaminhamento do empregado a instituição médica ou ao INSS, a fim de que se adote solução de natureza previdenciária para o caso. Recurso de revista de que não se conhece. (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 1.a Turma. Alcoolismo. Estabilidade. RR 561040 – Red. p/o Ac. Min. João Oreste Dalazen – DJU 29.08.2003 JCLT. 482 J.CL.T.482.F)

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo. Origem 19ª Vara do Trabalho de São Paulo. Alcoolismo. Estabilidade. RO Ac. n.º 20060006190 (PROCESSO TRT/SP Nº 00928.2002.019.02.00-8) – Rel. Vera Marta Publio Dias.

condições mínimas exigíveis, a fim de se garantir, sobretudo as condições de se proporcionar vida digna do polo hipossuficiente da relação em questão.

Mas, obviamente esta tutela não poderá desprestigiar o que é justo – afinal, não seria possível se atender à função social da empresa com a tutela do trabalho – quando por parte do mesmo trabalhador há malsinada intenção sua. Nestes moldes, a jurisprudência já se colocou à prova:

RECURSO DE REVISTA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. EXERCÍCIO POR MAIS DE 10 ANOS DE FUNÇÕES COMISSONADAS DE DIFERENTES VALORES. INCORPORAÇÃO. CÁLCULO DA MÉDIA DAS GRATIFICAÇÕES PAGAS. PREVISÃO EM NORMA INTERNA DA EMPREGADORA. Não há violação do art. 7º, VI, da Constituição Federal, pois considerando o posicionamento deste Tribunal Superior em casos semelhantes e a vedação ao duplo pagamento pelo mesmo direito, o que caracterizaria enriquecimento ilícito e desrespeito à *função social da empresa*, prevista constitucionalmente, é válida a aplicação da norma da reclamada que prevê o pagamento do cálculo da média das gratificações recebidas por mais de 10 anos em caso da percepção de valores diversos. Recurso de revista que se conhece por divergência jurisprudencial, e ao qual se nega provimento¹⁵⁵.

Como se vê – o atendimento impositivo da função social da empresa não poderá se pautar em circunstâncias amorais – afinal os padrões éticos e morais a serem praticados pela empresa não são apenas impositivos e sim igualmente fundamentos de sua proteção contra atitudes reprováveis, inclusive, de seus colaboradores.

Outra questão a se pontuar, ainda na seara trabalhista é com relação à preservação da pessoa portadora do vírus HIV.

Tal qual visto em tantas decisões e já aqui devidamente falado – muitas das ementas que estão à disposição do público não fazem menção direta a teoria da função social – contudo, é notória sua essência e existência, mesmo que não literal – mas, sobretudo pelo seu conteúdo, conforme se vê:

RECURSO DE REVISTA REINTEGRAÇÃO PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatória a dispensa. Ainda que inexista norma legal específica determinando a reintegração do empregado,

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Trabalhista. Duplo Pagamento. Enriquecimento sem Causa. Rec. De Revista: TST-RR-126200-29.2009.5.04.0025. Relatora: Min. Kátia Magalhaes Arruda

não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário¹⁵⁶.

EMENTA AIDS. DISCRIMINAÇÃO SOFRIDA PELO PORTADOR DO VÍRUS HIV - REINTEGRAÇÃO DEVIDA. Apesar de o governo, bem como a iniciativa privada, contarem com programas de tratamento e prevenção, tais fatores não são suficientes para aplacar a discriminação sofrida pelo aidsético, que, na maioria das vezes, é tratado de maneira preconceituosa, ficando em segundo plano sua condição de cidadão. A propósito, não é demais lembrar que o portador do vírus HIV não precisa apenas de medicamentos, como também, e principalmente, de suporte emocional e psicológico, para garantir sua qualidade de vida, bem como de seus familiares, amigos, e colegas de trabalho. Por outro lado, setores da doutrina e da jurisprudência mais presentemente entendem que, se o empregador tinha conhecimento da condição de soropositivo do empregado, tal fato gera a presunção da arbitrariedade da demissão. Caso contrário, desde que não comprovado qualquer ato ilícito de sua parte, terá exercido de maneira regular seu direito potestativo de dispensar imotivadamente o trabalhador¹⁵⁷.

Observe-se que a empresa, quando faz dispensa discriminatória, age contrariamente à doutrina da função social, dada a sua importância junto à sociedade e em colaboração com o desenvolvimento e a já citada justiça social. Seria incompatível permitir que afastamentos comprovadamente discriminatórios estejam presentes na empresa dos dias atuais – afinal haveria flagrante mácula a dignidade da pessoa humana.

Ainda na análise jurisprudencial também pontuam os tribunais a necessidade de preservação da empresa – justamente em se evitando, dentro do possível, a sua falência e também proporcionando a ela o pronto exercício da livre iniciativa – haja vista a relevância que possuem os meios de produção na consecução do desenvolvimento social através das relações de consumo e oferta de empregos.

Neste sentido vêm se posicionando os tribunais brasileiros, com podemos ver:

EMENTA: EMPRESARIAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DEFERIMENTO - AUSÊNCIA DE CERTIDÃO FISCAL NEGATIVA - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR SOBRE PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO - *RISCO DE LESÃO AO PRINCÍPIO NORTEADOR DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL* -

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Trabalhista. Reintegração de Soropositivo. Rec. De Revista 906/2004-006-04-00.2. Relator: Juíza MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI. Publicação: 10/11/2006

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Discriminação – reintegração de soropositivo. Recurso Ordinário: 00818-2002-017-02-00. Relator: Valdir Florindo – Publicação: 12/03/2004.

IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 47, 57 E 68 TODOS DA LEI Nº 11.101/2005 E ART. 155-A, §§ 2º E 3º DO CTN. A recuperação judicial deve ser concedida, a despeito da ausência de certidões fiscais negativas, até que seja elaborada Lei Complementar que regule o parcelamento do débito tributário procedente de tal natureza, sob risco de sepultar a aplicação do novel instituto e, por consequência, negar vigência ao princípio que lhe é norteador¹⁵⁸.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO LEGAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. PERCENTUAL DE 30%. EXCESSIVO. REDUÇÃO PARA 10%. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA. AGRAVO IMPROVIDO.

I. A penhora sobre o faturamento (artigo 655, § 3º, do Código de Processo Civil) influi decisivamente no ritmo das disponibilidades financeiras do devedor e pode comprometer o custeio de despesas de primeira necessidade, como o pagamento de salários. Por isso, constitui medida excepcional, cuja aplicação depende da inexistência de outros bens penhoráveis.

II. Na hipótese dos autos, embora a Agravante questione a constrição sobre o faturamento, não aponta outros bens sobre os quais poderia recair a penhora. Assim, a princípio, a providência tomada pelo Juízo recorrido se mostrou correta.

III. Entretanto, a adoção do percentual de 30% excede os limites da razoabilidade e está em discordância com a função social da empresa e o princípio da livre iniciativa (artigo 170, caput e III, da Constituição Federal de 1988). Para que não haja a privação substancial de recursos financeiros e se mantenham os compromissos do agente econômico com a comunidade - geração de empregos, fornecimento de bens e serviços, entre outros -, reputa-se adequada a incidência de penhora sobre 10% do valor do faturamento mensal.

IV. Agravo legal a que se nega provimento¹⁵⁹.

Ao se preservar a empresa que busca recuperação haverá a tutela ao Princípio da Livre Iniciativa e, naturalmente colaborará com a preservação do emprego e demais contratos que envolvem a empresa recuperanda.

Pontuam e ratificam as presentes ementas algo que já foi outrora bem delineado neste trabalho: o sentido da Lei de Falência é sobretudo fazer com que a “quebra” da mesma seja o último dos recursos a se valer – afinal, é muito mais conveniente recuperar que executar o titular dos meios de produção – afinal, em tanto colabora com a circulação de riquezas e efetivação do desenvolvimento, desde que se respeitem as máximas constitucionais.

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Origem: Contagem/MG). Tributário. Recuperação Empresarial. Risco de abalo ao princípio norteador da Recuperação Judicial de Empresas. AI: Nº 1.0079.06.288873-4/001 - AGRAVANTE(S): BANCO ITAU S/A - AGRAVADO(A)(S): EMBEL - EMPRESA DE BEBIDAS LTDA. - RELATOR: EXMO. SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processual Civil. Previdenciário e Tributário. Excesso de penhora. Função social da empresa AI: 84371 SP 2007.03.00.084371-8. 5ª Turma - Relator: Desembargador Antônio Cedenho.

A importância da empresa, por tantas razões ao longo deste trabalho já aduzida, transcende a dos seus instituidores – tanto é verdade que neste mesmo sentido já se posicionam também os tribunais em seus julgados para preservar a empresa sem, contudo, deixar de responsabilizar seus titulares por atos ilícitos. Vejamos:

EMENTA - PENAL – PROCESSUAL PENAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DESCAMINHO – LAVAGEM DE DINHEIRO – QUADRILHA – MEDIDAS CAUTELARES : SEQUESTRO – ARRESTO – ART. 91, II, b, CP - ART. 125 CPP- ART. 4º DA LEI 9.613/98 - DECRETO-LEI 3.240/41 – PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES - MEDIDA CONSTRITIVA DESPROPORCIONAL - PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL – RAZOABILIDADE – DIGNIDADE HUMANA – FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA – DESBLOQUEIO PARCIAL DAS CONTAS BANCÁRIAS- MANUTENÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA PARA BENS MÓVEIS E IMÓVEIS - CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA.

I- A empresa impetrou mandado de segurança em face de medida cautelar de sequestro de imóveis e de bloqueio de contas bancárias, alegando ilegalidade e desproporcionalidade.

II- A conciliação de princípios aparentemente antagônicos se efetiva na apreciação e análise das circunstâncias do caso concreto, através da teoria da proporcionalidade; a função social da empresa e o direito de sobrevivência da pessoa são vertentes que devem ser consideradas, além da efetividade da tutela jurisdicional.

III- Ora, se por um lado, vislumbro direitos da Impetrante, tendo por foco a desproporcionalidade das medidas, *a função social da empresa e a garantia dos princípios da razoabilidade e da dignidade humana*, por outro turno, reconheço a presença de indícios veementes de materialidade e autoria delitiva (*fumus boni iuris*) e risco de destruição de provas e de inviabilização da reparação da lesão (*periculum in mora*), que demandariam medida cautelar.

IV- Portanto, decido desbloquear, parcialmente, as contas bancárias da Impetrante, no percentual de 50%, mantendo a medida constritiva para os bens móveis e imóveis.

V – Concessão parcial da segurança.

Na presente decisão se observa a tutela relativa à empresa à luz da doutrina da função social – donde com fundamentos também nas razões de preservação da dignidade humana, mesmo com os indícios de conduta delituosa dos representantes da empresa, fez com que ainda assim a decisão fosse favorável à manutenção da empresa em seu mister.

Sob os mesmos fundamentos existem outros tantos julgados – que em sua essência buscam tutelar a conservação da empresa em virtude de sua importância e repercussão junto a tantas outras relações econômicas. Desta forma, preserva-se a dinâmica da atividade empresarial desde que a mesma concilie seus interesses

particulares com os valores socialmente exigidos pela Constituição Federal do Brasil.

4.6. A Responsabilidade Social da Empresa

Outro ponto de estreita ligação com a função social da empresa é a já conhecida 'responsabilidade social da empresa', que alguns também alcunham de 'cidadania empresarial'¹⁶⁰.

O entendimento de tal conceito diferencia-se, no primeiro momento, da função social da empresa, haja vista que, ao contrário desta, a cidadania empresarial não é algo que se impõe ou se exige; sendo ela compreendida, pois, como ato voluntário e desprendido de obrigatoriedade para o seu titular de exercício.

Dada a conjuntura pregada na Constituição Federal e noutros ordenamentos infraconstitucionais, todos agindo em consonância ideológica, prega-se, como já dito alhures, a postura ética e solidarista por parte do empresariado nacional e, neste contexto, a responsabilidade social empresarial (ou da empresa) é compreendida como uma etapa de maior conscientização por parte dos titulares da empresa, com o fim de colaborar na busca da erradicação das desigualdades, bem como do alcance da justiça social.

As razões que trazem a promoção da responsabilidade social se dão em virtude da conscientização de que o Estado, por si só, não é suficiente para atender a todos os necessitados, e em todas as áreas. Desta forma, significativa parte do empresariado busca levar esta postura, como instrumento autopromocional junto à coletividade e seus potenciais consumidores; logo, atrelar sua boa imagem a ações colaborativas do bem-estar social e erradicação das desigualdades seria também uma forma de cativar ou fidelizar seus clientes.

Em análise do presente objeto, depreende-se que, em contraposição ao instituto da função social da empresa, a cidadania empresarial não é impositiva, mas

¹⁶⁰ Neste sentido: ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 9, p. 217 e 222-224.

voluntária. Para esta, não há imposição legal, ao contrário do que ocorre com a função social, até mesmo pelo que se observa na própria Constituição Federal, em seu artigo 170.

Sobre o presente tema – colabora Viviane Perez:

Da mesma forma que não se imagina aplicar o princípio da função social da propriedade para obrigar particulares a oferecer abrigo, em suas próprias residências, às pessoas ditas sem tetos, também a função social da empresa não pode ser manejada para, por exemplo, coagir os empresários a fornecer educação gratuita aos filhos de seus funcionários. No mesmo sentido, também não seria legítimo obrigar determinado empresário a contratar empregados, ou mesmo a não dispensá-los, em detrimento da informatização da linha de produção, capaz de garantir um implemento na capacidade produtiva e uma ampliação da margem de lucro¹⁶¹.

Como pode ser trabalhada a cidadania empresarial, de forma a servir de instrumento de divulgação e boa propaganda de seus serviços, caberá, pois, ao empresariado delimitar sua postura política a adotar nesta situação, como bem e melhor lhe aprouver, dentro de suas condições, intenções, e disponibilidade financeira.

Outro ponto a se atentar é que, na função social da empresa, o seu atendimento está ligado a seu objeto social, em regra; por sua vez, na responsabilidade social, dada a maior discricionariedade que existe, não carece de haver vínculo, mesmo que indireto, com relação às atividades precípuas da empresa¹⁶². Limita-se a serem simplesmente benéficas à sociedade.

Eduardo Tomasevicius, tratando sobre o presente mote, mais uma vez, colabora:

Em outras palavras, não é possível exigir, com fundamento na função social, o cumprimento de deveres para os quais a empresa não foi criada. Do contrário, pode-se inclusive destruir a ideia de direito subjetivo, já que o seu titular não poderá se beneficiar do mesmo. [...] Além disso, enfraquece-se o próprio conceito de função social, porque há determinados deveres que não há como ser exigidos do titular do direito, por não serem decorrentes da função social, mas por outras razões¹⁶³.

¹⁶¹ PEREZ, Viviane, op. cit., p. 210.

¹⁶² Dos muitos exemplos da manifestação da responsabilidade social empresarial – podemos elencar a nova pavimentação de ruas, colaboração na iluminação (ou sua conservação) pública de certas áreas, ‘adotar’ praças para cuidar de suas melhorias e conservação etc.

¹⁶³ TOMASEVICIUS, Eduardo. Op. cit., p. 40

Outro ponto a se tratar, também, é que, assim como ocorre na função social, a responsabilidade social empresarial é dividida em seu caráter interno e externo. Na primeira delas, é quando se mostra uma preocupação, de característica não cogente, junto, por exemplo, aos empregados da empresa, a fim de buscar a solução e melhoria de suas condições de trabalho e/ou vida.

É externo o caráter, quando a preocupação e atitudes são tomadas em prol da coletividade, sem vínculo empregatício, junto ao beneficiário do que estiver sendo feito. Neste contexto, também compõem os eventuais clientes e fornecedores da empresa cidadã e, também, familiares dos seus empregados, como exemplos.

Independentemente destas atitudes vistas como 'politicamente corretas', é inegável que a colaboração do empresariado como colaboradores¹⁶⁴ do bem-estar social, para além da sua função social, não desonera a responsabilidade do Estado, em ser o titular destas prerrogativas.

Outro ponto a se frisar é que se há por parte da empresa, através de seus responsáveis, atos de, por exemplo, doações esporádicas a comunidades carentes, por exemplo, tal fato não deverá ser confundido com a responsabilidade social empresarial, haja vista que esta carece de comprometimento, mesmo não sendo coercitivo, mas está presente um compromisso moral, pelo menos.

Como são voluntárias, as ações de responsabilidade social empresarial não estão vinculadas, repise-se, a requisitos obrigacionais, coercitivos a se satisfazer. Nestes termos, sabe-se que podem vir a sofrer abalos e oscilações de acordo com as suas condições econômicas e/ou com relação a novas políticas que venham a ser conduzidas pela própria empresa e, por isso, podem não mais continuar com as ações socialmente responsáveis junto à coletividade.

Concluindo, enfatize-se que é necessária a distinção do instituto ora tratado, com relação à função social da empresa, visto que suas áreas de atuação e fundamentos, menos ainda, não são comuns. Entrementes, é constatável que, dentro da ordem constitucional vigente, percebe-se que ambos os conceitos estudados colaboram para que as máximas da igualdade social, promoção da dignidade da pessoa humana e justiça social sejam alcançadas em sua plenitude.

¹⁶⁴ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar, op, cit., p. 218-219.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa trouxe a análise e leitura das modificações dos institutos, classicamente vistos como de direito privado, que hoje se confrontam e até mesmo, em certos aspectos, coincidem com os públicos.

Institutos clássicos e de origens tipicamente liberais, atualmente, estão permeados de características que no passado seriam vistos como incompatíveis de coabitação. Esta nova roupagem dos institutos ‘privados’, enfatize-se que não os descaracteriza – mas simplesmente lhes dão novas interpretações sem necessariamente lhes retirar a funcionalidade esperada.

Os atuais paradigmas das relações negociais deram nova roupagem a institutos como a propriedade e o contrato – mas não somente – afinal a empresa, que se vale dos citados institutos para o exercício de suas atividades, também ingressa neste rol de nova perspectiva – também assim o fazendo dada a necessidade de se adequar à nossa Constituição Federal.

Neste contexto, convém ressaltar a relevância da empresa, mas não exclusivamente como ícone do capitalismo e, talvez o maior ente fomentador da circulação de riquezas, mas também como ente colaborador do desenvolvimento social e econômico da coletividade.

Adapta-se tal raciocínio, ao observar-se a atuação dos titulares dos meios de produção que devem atuar não meramente na busca de lucros, mas, concomitantemente, como agentes colaboradores do desenvolvimento que, por sua vez, deve ser efetivado através da busca pela justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Entrementes, a interrelação da empresa com seus interessados (também conhecidos como ‘stakeholders’); quer seja no sentido empresarial endógeno ou exógeno, como outrora visto, denota a sua importância no contexto supracitado, e de acordo com as prerrogativas constitucionais de preservação da dignidade da pessoa humana.

No exercício de suas atribuições e liberdades, valendo-se da livre iniciativa e concorrência, a atividade empresarial deverá, concomitantemente, respeitar os direitos assegurados aos seus colaboradores tal como se vê nos excertos jurisprudenciais apresentados, a exemplo dos seus empregados, resguardando-os de desenvolver suas atividades, mediante condições fora dos padrões determinados pelo Estado que, por sua vez, não deverá apenas delimitar o que se deve cumprir, mas, inclusive, tutelar através da criação de instrumentos repressores a quaisquer dissonâncias das máximas de promoção ao alcance da justiça social.

O exercício da atividade empresarial deverá ser conduzido da forma mais eficiente possível – mas não apenas no contexto econômico. Exige-se que os preceitos descritos como máximas constitucionais sejam observados – logo, o desafio a se superar nesta área é conseguir a coexistência dos lucros aos titulares da atividade empresarial sem se desprestigie o que é socialmente relevante.

Enfatize-se que não atendimento destas exigências pode responsabilizar o titular da empresa impondo-lhe não só a obrigação de reparação do prejuízo pelo desatendimento mas também punições pecuniárias ou até mesma restritivas de direito – ao ponto de – destaque-se - ser impedido de continuar com sua atividade.

Os interesses em questão não só deverão ser revertidos em prol dos que interagem diretamente com a empresa – em verdade, ao se buscar compatibilizar os lucros ao atendimento da função social – deverá o titular dos meios de produção também, em suas ações, atentar às obrigações que dele são esperadas e que repercutem em prol da coletividade.

Neste contexto, o respeito aos consumidores (destinatários finais dos bens produzidos e negociados pelos titulares dos meios de produção) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservado, deverá ser irrestritamente levado em consideração.

Na hipótese do desrespeito aos primeiros, haverá uma sobreposição dos interesses particulares da empresa, meramente capitalistas, em detrimento da possibilidade de se promover o respeito aos adquirentes dos produtos em si, seja em sua qualidade, seja ainda, no contexto da segurança daqueles. Tal situação não atenderia a preservação da dignidade da pessoa humana.

Ao se tratar da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, constata-se que é de dimensão maior como a sua abrangência e relevância.

O meio ambiente é patrimônio de toda a humanidade e a sua proteção não interessa apenas a um grupo seletivo de indivíduos. Em verdade, no contexto do atendimento da função social da empresa, deverá esta respeitar o equilíbrio ambiental e, caso não seja possível, abster-se de maculá-lo. Deverá, então, buscar incessantemente a reparação do dano causado.

A relevância do papel da empresa é tamanha que, dentre várias outras circunstâncias, podem-se expor as máximas de proteção da livre iniciativa e de livre concorrência – que em muito colaboram com o fomento da atividade empresarial dentro das condições impostas por nossa ordem jurídico-constitucional.

No exercício das máximas supracitadas há a proteção não apenas dos titulares dos meios de produção de menor poder aquisitivo – mas também, mesmo que de forma indireta, se tutela a busca pelo desenvolvimento econômico saudável, donde se protege, inclusive, as figuras dos consumidores, trabalhadores etc.

No contexto da empresa há uma dupla análise a se fazer; em que a primeira delas, e não se tratando de ordem por grau de relevância, seria a econômica. Nesta, a empresa deverá ser eficiente o bastante para trazer lucros aos seus titulares, até mesmo como forma de compensação pelos esforços iniciais, feitos em prol da construção da empresa.

Já a segunda delas, considerando a relevância no atendimento da função social, devem-se respeitar as máximas indicadas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais correlatas a fim de que seja dada a devida atenção e respeito às tutelas consumeristas, laborais, ambientais e também fiscais. Com isto, naturalmente haverá o atendimento ao desenvolvimento com justiça social e à dignidade da pessoa humana.

É de igual relevância pontuar quando a atuação da empresa transcende os limites da função social. Inicialmente é configurada como um ato de filantropia quando as empresas agem esporadicamente, em auxílio a um grupo determinado de pessoas que necessite ou não desta ajuda. Neste caso, torna-se louvável, porém não exigível a atitude da empresa, em face da não previsão legal desta postura e ação.

Em outro patamar, mais amadurecido e com maior repercussão, são tomadas atitudes igualmente espontâneas e não impostas e esperadas pela empresa, nos termos da lei, sendo elas positivas para a coletividade. Pode-se, então, afirmar que a empresa atua com responsabilidade ou cidadania empresarial, desde que estas atuações sejam regulares e perenes.

Este grau de comprometimento transcende ao do funcionalismo social empresarial e, muitas vezes, vem associados à exposição de uma imagem positiva da empresa junto à sociedade, levando-se a crer, em muitos momentos, que tal desprendimento só se deu com o objetivo de criar uma boa repercussão junto aos seus consumidores e à coletividade em geral.

De toda a forma, independente dos padrões éticos que ensejaram tais atitudes, há de se convir que a postura da empresa cidadã ou que atende a função social, muito colabora com o alcance das máximas trazidas em nossa Constituição Federal, desta forma, são também instrumentos hábeis e nobres em prol da efetivação da inclusão e justiça social e de efetivação da dignidade da pessoa humana – harmoniosamente desempenhadas junto ao desenvolvimento da nação.

O atual perfil da empresa comporta, à guisa do que reza a Constituição Federal de 1988, tanto a função social quanto as figuras da filantropia e cidadania empresarial. Entrementes, apenas a primeira delas é exigível e devidamente tutelada pelo Estado.

É inegável que, mesmo com o atendimento da função social, a empresa, em regra, muitas vezes também poderá fazer algo mais em prol da coletividade, não obstante não ser obrigatória tal postura.

Desta forma, eventual discussão sobre a ampliação do rol das obrigações típicas da função social talvez deva ser relegada a um segundo plano, até mesmo em virtude da alta carga tributária que se suporta; então, talvez devam ser promovidas as ações voluntárias, cada vez mais, dos titulares dos meios de produção, de acordo com suas condições econômicas.

Não se propôs esta pesquisa ir além da delimitação da função social da empresa como se fez apresentando sua ligação com a dignidade humana. De toda forma, sua distinção com outros institutos afins serve para enaltecer a importância do serviço de todos em prol de uma sociedade mais desenvolvida e equânime.

Entrementes, em virtude dos novos paradigmas das relações privadas, e também empresariais, concebe-se que o atendimento da função social empresarial configura um padrão basilar em favor do pronto atendimento das máximas trazidas em nossa atual Ordem Constitucional. Cabendo, pois, efetivamente, haver um trabalho em prol da conscientização do empresariado e do próprio Estado em incentivar as posturas que vão além desta.

A coexistência de atitudes socialmente importantes já se mostrou compatível com a capitalização de lucros da empresa. O que há agora é o que já se falou: a necessidade de melhores incentivos para uma maior conscientização do empresariado a fim de que este faça valer a sua importância na colaboração da construção de uma sociedade cada vez mais justa e digna para todos.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das Sociedades Comerciais. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. Revista de Informação Legislativa, a. 23, n. 92, p.229.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental como direito econômico – Análise crítica. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 29, n.º 115, jul.-set. 1992.

ARNAUD, André-Jean et al. Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; RIBEIRO, Ademar. A revolução do empresariado. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 9, 2002.

ASCARELLI, Tullio. Iniciación al estudio del derecho mercantil, Publicaciones Del Real, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964.

_____, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1969

ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa”. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Volume 35, número 104; outubro/dezembro de 1996. São Paulo: RT, 1996

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função Social do Contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. Revista dos Tribunais, v. 750, p. 116, abr. 1988.

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

BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial, 2.a Edição. Editora Saraiva, 1988.

BARROSO, Luís R. Fundamentos teóricos e filosóficos (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo) (In: Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº. 225, 2001).

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 7.

BOBBIO, Norberto. O tempo de memória: de senectude e outros escritos biográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 12. ed., rev., aum. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BULGARELLI, Waldírio, Tratado de Direito Empresarial, 2.a Edição, Atlas, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3.^a Ed. Coimbra: Almedina, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Mexicana de 1917. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em 15.04.2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1985, v. 290.

_____,. Direito Empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____,. Estado, empresa e função social. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 732, out. 1996.

_____,. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____,. Afirmação histórica dos direitos humanos. 3.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2003

CORRÊA, Oscar Dias. O sistema político-econômico do futuro: o societarismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Sociedade Anônima. 3.a Ed. Revista e atualizada, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada. In: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Vol. 6, Belo Horizonte: Del Rey.

_____, Questões polêmicas sobre a nova lei de falências. Revista de Direito Empresarial. Periódico n.º 3. Coordenadores: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e GONÇALVES, Oksandro. Curitiba: Juruá, 2005.

_____, Brina. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada. In: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Vol. 6, Belo Horizonte. 2006.

DENSA, Roberta. Direito do consumidor. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, 1996.

DINIZ, Maria Helena, Tratado teórico e prático dos contratos, São Paulo, 2006.

DUGUIT, Leon. Las transformaciones del derecho (publico y privado). Trad. Adolfo G. Posada e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luis Edson. A cidade nuclear e o direito periférico (reflexões sobre a propriedade urbana). Revista dos Tribunais, v, 743, 1996.

_____. A função social da posse e a propriedade contemporânea. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARAH, Eduardo Teixeira. "A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social". In: MARTINS COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

FARIA, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.º 41, jan.-mar. 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos reais. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos reais. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FLANDRIN, Jean-Louis; MONTANARI, Massimo. História da alimentação. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas nos contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Manual de Direito Comercial, 1.a Edição. 2001.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. Aspectos controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. Direito Civil. A função social do contrato. São Paulo: Atlas, [s.d].

HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem, 16.a Edição, Rio de Janeiro, Zahar Editores

IAMAMOTO, Marilda Villela. Trabalho e indivíduo social. São Paulo: Cortez, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais in: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (Coord.). A teoria do contrato e o novo Código Civil. Recife: Editora Nossa Livraria, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MARÉS, Carlos Frederico. A função social da terra. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATIELLO, Fabrício Z. Código Civil Comentado, São Paulo, LTr, 2003.

MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos humanos, globalização e constituição. Vínculos feitos, desfeitos e refeitos. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 25, n. 56, p. 117-138

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O estado e a economia na Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 26, n.º 102, p. 05. abr.-jun. 1989.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Porto: Almedina, 1998.

NALINI, José Renato. Comentários ao novo código civil, v. XXII: livro complementar das disposições finais e transitórias. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato – novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2000.

PEREZ, Viviane. Função social da empresa – Uma proposta de sistematização do conceito. Temas de direito civil-empresarial. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coords.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERONE, Giancarlo. Direitos do trabalhador como indivíduo. Os direitos sociais. In: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coords.). Os novos paradigmas do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2001.

PETTER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O Estabelecimento, In Direito de Empresa no Novo Código Civil, Forense, 2004.

RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Vale (Coord.). Temas de direito urbanístico – II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RENNER, Karl. The institutions of private Law and their social functions. Barnard&Co, 1949.

RODRIGUES, Frederico Viana. *Autonomia do Direito de Empresa no novo Código Civil*. In: Direito de Empresa no Novo Código Civil. (Org.) RODRIGUES, Frederico Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROQUE, Sebastião José. USP. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Comercial. A lei da recuperação de empresas cria novos destinos para a empresa. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/doutcom02.htm>. Acesso em 28 de abril de 2011.

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

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, v. 212, abr./jun. 1998.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n.º 42, de 19-12-2003, publicada em 31-12-2003). São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 52ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, José Carlos Martins de. Economia Política: história dos fatos econômicos e conceitos fundamentais, 2ª Edição, Lisboa, Fundação Caloute Gulbenkian, 1967.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Repressão ao abuso do poder econômico e direitos humanos. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 28, n.º 112, p. 187. out.-dez. 1991.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. A função social no Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. Temas de direito civil. 3. Ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ . A nova propriedade. RF, Rio de Janeiro: Forense, n.º 306

TOMACEVICIUS, Eduardo. A função social da empresa. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 810, abr. 2003.

VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2.ed. Trad. A.M.Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANOTI, Luis Antonio Ramalho, A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, 2006 – 241 folhas. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, Marília/SP, 30 de junho de 2006.