

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

JULIANA BERNARDES FERREIRA DA CUNHA

**FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E
EXTERNALIDADES POSITIVAS**

POUSO ALEGRE - MG
2015

JULIANA BERNARDES FERREIRA DA CUNHA

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E EXTERNALIDADES POSITIVAS

Dissertação de Mestrado, área de
concentração, Constitucionalismo e
Democracia sob orientação do Prof. Dr. Elias
Kallás Filho da Faculdade de Direito do Sul de
Minas.

FICHA CATALOGRÁFICA

C972f

CUNHA, Juliana Bernardes Ferreira da.
Função Social da Empresa e Externalidades Positivas / Juliana
Bernardes Ferreira da Cunha. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2015
117 f.

Orientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Mestrado em Direito.

1. Função Social da Empresa. 2. Externalidades Positivas. I. Kallás
Filho, Elias. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em
Direito. III. Função Social da Empresa e Externalidades Positivas.

CDU M-340

JULIANA BERNARDES FERREIRA DA CUNHA

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E EXTERNALIDADES POSITIVAS

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Elias Kallás Filho
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr.
Instituição
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof.(a) Dr.(a)
Instituição

Pouso Alegre - MG
2015

Aos meus pais, Nilson e Irene, por darem asas aos meus voos, e, principalmente, por voarem comigo.

Ao meu esposo Ricardo, amor, amigo, companheiro e colega de mestrado, por todos os dias; por fazer parte de tudo isso.

A Lisa, pelo amor puro e verdadeiro, companhia fiel.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Elias Kallás Filho, meu orientador, mestre em sua plenitude, que me proporcionou uma pesquisa rica, por todas as inúmeras correções e reuniões, sempre com cuidado e zelo, por suas contribuições e críticas a presente pesquisa, e principalmente, pela serenidade e paciência com que conduziu esta orientação e por contribuir com meu crescimento profissional e acadêmico.

Ao Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, grande incentivador e exemplo de pesquisador, por todas as magníficas aulas.

Aos Profs. Drs. Edson Vieira da Silva Filho e Hamilton da Cunha Iribure Júnior pelas importantes interlocuções acadêmicas durante a banca de qualificação.

Aos Profs. Drs. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, José Luiz Quadros de Magalhães, Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia, José Luiz Ragazzi, Renato Maia, Walter Guandalini Junior, cujas contribuições durante e/ou após as aulas foram fundamentais para minha formação acadêmica.

À Profa. Dra. Fabia Fernandes Carvalho Veçoso pelas oficinas de pesquisa.

Aos meus queridos Profs. Mes. Roberta Toledo Campos e Sérgio Henrique Tiveron Juliano, pelo estímulo acadêmico e pessoal, desde a graduação, sempre me incentivando a buscar conhecimento e acima de tudo, me ensinando a nunca parar de estudar.

Ao Sr. David Capucci Junior pelo apoio e presteza na obtenção de material junto à Faculdade de Direito de São Paulo.

A todos os meus colegas de mestrado pela companhia e eterno aprendizado.

Às meninas da secretaria da Faculdade de Direito do Sul de Minas, especialmente à Ju e à Mary, por todas as gentilezas e principalmente, por sempre nos receberem com um sorriso no rosto.

A Larianne Cristina Pereira pelo auxílio com as dificuldades na informática.

A todos do escritório pela paciência, carinho e compreensão.

“Procure ver o que as pessoas estão discutindo agora no campo da ciência; descubra onde se acham as dificuldades e passe a interessar-se pelas divergências. Aí estão as questões que você deve considerar”.

Karl Popper

RESUMO

CUNHA, Juliana Bernardes Ferreira da. Função social da empresa e externalidades positivas. 2015. 117f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2015.

A presente dissertação pretende discutir a função social da empresa, como princípio constitucional da ordem econômica, e a possibilidade de se estabelecer uma relação entre o referido princípio e o conceito de externalidades positivas desenvolvido no âmbito da economia. Para tanto, utilizando-se da metodologia analítica, o trabalho se inicia com o esclarecimento do termo empresa, o que se torna primordial para o entendimento da teoria que foi adotada pelos códigos brasileiros e também da tentativa de elaboração de um novo Código Comercial brasileiro. Perpassa pela ideia de função social advinda da propriedade, que deve ser superada, já que as pesquisas mais recentes demonstram que a função social da empresa deve ser analisada em conformidade com os princípios constitucionais da ordem econômica e social. Em seguida, utilizando-se da teoria da integridade de Ronald Dworkin, discute-se a necessidade de uma análise íntegra entre os princípios constitucionais da ordem econômica e social, dentre eles o da função social da empresa. Finalmente, com o recurso ao conceito de externalidades positivas, a partir dos estudos de Arthur Cecil Pigou e de Ronald Harry Coase, busca-se contribuir para uma maior concretude conceitual da função social da empresa. Foi possível concluir pela possibilidade de uma relação entre as externalidades positivas e a função social da empresa, de modo a facilitar a compreensão deste conceito jurídico e a evidenciar o seu cumprimento.

Palavras-chave: Função social da empresa, Externalidades positivas.

ABSTRACT

CUNHA, Juliana Bernardes Ferreira da. Company's social function and positive externalities. 2015. 117f. **Dissertation** (Master's Degree in Law) – FDSM College. Graduate Program in Law, Pouso Alegre, 2015.

This dissertation intends to discuss the company's social function, as a constitutional principle of economic nature, and the possibility of establishing a relationship between the aforementioned principle and the concept of positive externalities developed in economics. For such purpose, by using the analytical methodology, the paper starts with the clarification of the term company, which becomes vital for understanding the theory, adopted by Brazilian Codes and also in the attempt of preparing a new Brazilian Commercial Code. It passes by the idea of social function of property, which is proven to be obsolete, since the most recent researches show that the company's social function must be analyzed in compliance with the constitutional principles of economic and social nature. After that, by using Ronald Dworkin's theory of integrity, the need for a straightforward analysis among the constitutional principles of economic and social order is discussed, among which is the company's social function. At last, with resource to the concept of positive externalities, taking into consideration Arthur Cecil Pigou and Ronald Harry Coase's studies, this paper intends to contribute towards a stronger conceptual concreteness of the company's social function. It was possible to conclude due to the possible relationship between positive externalities and the company's social function, so as to facilitate the understanding of this legal concept and demonstrate its compliance.

Key-words: Company's social function, Positives externalities.

Gráfico 1 – Oferta e demanda (procura)

Gráfico 2 – Externalidades negativas

Gráfico 3 – Externalidades positivas

Gráfico 4 – Função social

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal de 1988
EPA	<i>Environmental Protection Agency</i> (Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos)
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
Inc.	Inciso
Nº	Número
PL	Projeto de Lei
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. DIREITO E EMPRESA	16
1.1 Os Perfis da Empresa e a Empresa como Atividade	17
1.2 Teoria da Empresa no Direito Brasileiro	20
1.3 O Esgarçamento dos Princípios do Direito Comercial e a Proposta de (Re)Codificação	29
2. EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL	33
2.1 Função Social da Propriedade.....	33
2.2 Função Social da Empresa como Propriedade dos Bens de Produção	43
3. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA A PARTIR DE RONALD DWORKIN.....	51
3.1 A Integridade do Direito	51
3.2 Função Social da Empresa como Princípio da Ordem Econômica e Social	60
4. EXTERNALIDADES POSITIVAS	80
4.1 Externalidades	80
4.2 A Correção das Externalidades: o Imposto de Pigou e o Teorema de Coase ..	88
4.3 Relação entre Externalidades e o Princípio da Função Social da Empresa	95
CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa terá como tema a função social da empresa, enquanto princípio constitucional da ordem econômica, e sua possível relação com o conceito de externalidades positivas. Neste sentido, apresentará caráter interdisciplinar, envolvendo conceitos da ciência do Direito e da Economia.

A doutrina, há tempos, vem discutindo a importância do instituto função social. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho¹, explica que a ideia da função social da empresa é uma das noções mais relevantes e influentes no direito empresarial brasileiro, podendo ser observada, inclusive, no direito do consumidor e no direito ambiental.

Entretanto, ainda hoje, muitas dúvidas e incertezas pairam sobre este instituto jurídico, sobretudo no campo do direito empresarial e do econômico, dado o dinamismo das atividades empresariais.

A matéria, portanto, em princípio, não é nova, mas, tendo em vista a especificidade do problema apontado, bem como a possibilidade de um novo Código Comercial brasileiro, torna-se atual e pertinente às discussões contemporâneas acerca da Ordem Econômica e Social na Constituição do Brasil e da efetividade de seus princípios.

Tradicionalmente, a função social da empresa tem sido tratada como um desdobramento, uma derivação, do princípio da função social da propriedade, obtemperado pelos princípios e especificidades do Direito Empresarial. Autores contemporâneos, todavia, têm proposto uma abordagem diferenciada da matéria, reconhecendo-lhe maior autonomia e a considerando a partir de uma análise conjunta com os demais princípios constitucionais orientadores da Ordem Econômica.

Para um adequado enfrentamento do problema, segundo esta concepção de função social da empresa, a presente pesquisa buscará apoio teórico nas obras de Ronald Dworkin.

Ronald Dworkin, norte-americano, filósofo do Direito, foi professor na *University College London* e, posteriormente, na *New York University School of Law*,

¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo. v. 132. out/dez. 2003, p. 17.

instituição na qual desenvolveu seus principais trabalhos.

Ficou conhecido, principalmente, pelos seus estudos sob um prisma interpretativo, tendo como principal contribuição a teoria do Direito como integridade, publicada na obra *O Império do Direito*, em 1986. Referida teoria pretende a análise das proposições jurídicas a partir de um todo principiológico, em que estas não podem ser analisadas apenas sob o enfoque de um determinado princípio, mas, sim, a partir de uma comunidade de princípios. É a partir dessa teoria que se pretenderá analisar o problema aqui enfrentado.

Assim, a presente pesquisa tem por objetivo discutir o princípio da função social da empresa, buscando relacioná-lo ao conceito de externalidades positivas, a fim de verificar, por meio de uma análise interdisciplinar entre as ciências do Direito e da Economia, se as externalidades positivas podem representar o cumprimento do princípio da função social da empresa.

Para tanto, o trabalho percorrerá o seguinte caminho. No primeiro capítulo, partir-se-á do estudo sobre Direito e Empresa, para apresentar as conceituações imprescindíveis para o seguimento da pesquisa. Dentre elas, o termo empresa, que, por vezes, é utilizado de forma atécnica.

Buscar-se-á no direito italiano uma base para explorar o sentido do perfil de empresa que será adotado no presente trabalho e que servirá como base principiológica para o avanço da pesquisa no capítulo seguinte.

Sobre o recorte histórico, necessário se faz, pois, as leis comerciais brasileiras, que sofreram muita influência da legislação italiana, passaram por várias tentativas de modificações legislativas, principalmente com relação ao ato de codificá-las e, posteriormente, à unificação entre direito comercial e civil.

Apesar de parecer uma questão superada e longínqua da realidade brasileira, verificar-se-á a tentativa de nova codificação de um Código Comercial (Projeto de Lei nº 1.572/2011) e também de uma apresentação, enumerativa ou não, de princípios norteadores do direito comercial, dentre eles, a função social da empresa. Desta forma, os marcos históricos e as insistentes tentativas de codificação das leis comerciais servirão de propulsores para o seguinte capítulo.

No segundo capítulo, abordar-se-á o termo função social, sua origem na filosofia até a passagem para as ciências sociais e, finalmente, a chegada ao direito, bem como a ideia de função social da empresa derivada do princípio da função social da propriedade.

Pretende-se analisar alguns dos conceitos de função social da empresa, a partir de estudiosos clássicos, entretanto, não se pretenderá pormenorizar o conceito de função social da empresa. Será importante mencionar que essa visão pode ser considerada clássica, porque advinda do estudo da função social da propriedade, conceitos estes estudados a partir dos bens de produção.

No terceiro capítulo, pretender-se-á demonstrar, a partir da teoria da integridade desenvolvida por Ronald Dworkin, que é tarefa de uma comunidade densificar e interpretar reflexivamente seus princípios, não podendo compreender-se mais como um grupo de pessoas associadas somente por razões acidentais, externas e incontroláveis, históricas ou territoriais, tampouco como um grupo de pessoas vinculado pela submissão às mesmas regras, decorrentes de um procedimento aceito, a partir de um suposto acordo prévio. Neste viés, a Constituição e os princípios apenas devem ser interpretados a partir da totalidade constitucional de uma comunidade de princípios, sempre atenta à sua história, mas não presa a ela para construir o seu futuro.

A partir desta concepção, será explicitado que, embora haja uma permanente tensão entre constitucionalismo e democracia e também entre os princípios constitucionais, conquanto muitas vezes sejam opostos, eles não se repelem ou se contradizem, mas se complementam e se requerem. A hermenêutica constitucional se apresenta como uma atividade complexa, sendo os princípios constitucionais opostos, não contraditórios, mas sim reciprocamente complementares e, portanto, requerentes de seus respectivos opostos.

Expor-se-á à crítica, com apoio em Ronald Dworkin, que limites da compreensão de um princípio são densificados e conformados por outros princípios de igual importância fundamental. Portanto, um princípio deve ser compreendido no âmbito de uma comunidade de princípios, a um só tempo, como sendo contorno e a extensão limitadora de outro princípio.

A partir desta concepção é que se delineará a construção mais contemporânea do princípio da função social da empresa, objetivando-se demonstrar a sua compreensão a partir de uma hermenêutica dos princípios da ordem econômica e social, mas não apenas deles, e sim do todo constitucional, tomado em sua integridade.

No capítulo quatro, observar-se-á o conceito das externalidades, tanto negativas, quanto positivas, com exemplificações e explicitações em gráficos. Em

seguida, analisar-se-á seus principais expoentes, Arthur Cecil Pigou e Ronald Harry Coase, ambos economistas londrinos que focaram suas pesquisas sobretudo nas externalidades e nas formas de corrigi-las. Ainda neste capítulo, propor-se-á a relação entre as externalidades e o princípio da função social da empresa.

O presente trabalho é relevante para a comunidade jurídica, pois se pretende examinar e expor à crítica a possibilidade de serem as externalidades positivas uma forma de evidenciar o cumprimento do princípio da função social da empresa, de modo a contribuir para o avanço dos estudos em torno deste complexo e ainda tormentoso conceito jurídico.

A pertinência da pesquisa advém, ainda, da discussão atual sobre o Projeto de Lei nº 1.572/11, que propõe um novo Código Comercial brasileiro, o qual sugere a positivação de diversos princípios de direito comercial, dentre eles, o princípio da função social da empresa; além disso, uma vez confirmada a hipótese de relação entre as externalidades positivas e o princípio da função social da empresa, poderá ser considerada, a concepção de um novo critério para a verificação do cumprimento pela empresa de sua função social.

A pesquisa será desenvolvida com o emprego da metodologia analítica, com estudo da doutrina, da legislação, atual e projetada, e da jurisprudência pertinentes ao tema.

1. DIREITO E EMPRESA

O presente capítulo pretende estabelecer as delimitações conceituais imprescindíveis ao avanço investigativo da dissertação, especificamente no que concerne à definição técnico-jurídica de “empresa” e às bases principiológicas do direito comercial brasileiro. Somente a partir delas será possível avançar, no capítulo seguinte, sobre o estudo da função social da empresa e, finalmente, sobre sua possível relação com as externalidades positivas.

Neste sentido, parte-se das lições de Alberto Asquini a respeito dos “perfis da empresa”, na tentativa de facilitar o entendimento do vocábulo “empresa”, que, muitas vezes, é utilizado de forma incorreta, ou, ao menos, atécnica. E é pela escolha de um destes perfis que será traçada a ideia central de empresa, logo relevante para a presente discussão.

Importante também é a delimitação de um marco histórico no direito de empresa, que resulta na breve análise das concepções que fizeram parte do Código Comercial Brasileiro de 1850 e das legislações que influenciaram a codificação brasileira.

Com relação à codificação pátria, cabe uma breve análise dos estudos e legislações comerciais, sobretudo, quanto à unificação (formal) das matérias de direito civil e direito comercial, que ocorreu no Brasil com a instituição do Código Civil de 2002.

Sendo assim, este recorte histórico-conceitual é importante para delimitação espaço-temporal do direito de empresa, para a compreensão do sentido com o qual será analisada a empresa, para apontar quais foram as contribuições e falhas do legislador do passado; e, ainda, quais destas questões estão sendo atualmente rediscutidas e que podem gerar reincidência de falhas, considerando a possibilidade de uma nova codificação comercial.

1.1 Os Perfis da Empresa e a Empresa como Atividade

A noção de direito comercial fundada na figura dos atos de comércio mostrou-se obsoleta, sobretudo após a Revolução Industrial, que acarretou diversas outras atividades econômicas importantes, não compreendidas no conceito de ato de comércio ou mercancia².

A Itália, superando a codificação napoleônica, em 1942 edita o *Codice Civile*, que além de ter reunificado o Direito Privado itálico (Direito Civil, Comercial e Trabalhista), trouxe modificações importantes sobre o regime jurídico comercial, afastando a ideia de mercantilidade (direito do comerciante e direito dos atos de comércio), para a adoção de uma teoria da empresa³.

Com relação à unificação legislativa italiana, importante ressaltar que as ideias políticas da época deveriam repercutir em princípios políticos e sociais uníssonos, ao menos em tese, o que, formalmente, traria unidade e rigor lógico ao sistema italiano. Entretanto, como afirma Paciello⁴, a unificação da disciplina realizou-se em função do empresário e da azienda^{5 6}, mais do que em relação à empresa.

Assim, trata-se de uma unificação meramente formal do direito privado, tendo em vista que apenas as disciplinas encontravam-se unificadas em único diploma legislativo, já que o direito comercial continuava sendo uma disciplina autônoma, com didática e cientificidade independentes. Além disso, o direito

² A teoria dos atos de comércio tinha por objetivo atribuir, a quem praticasse os denominados atos de comércio, a qualidade de comerciante e, assim sendo, estava sujeito às normas do Código Comercial de 1850. As funções consideradas como atos de comércio estavam reguladas no referido Código e em leis extravagantes, em especial no Regulamento 737, de 1850. Considerava-se comerciante aquela pessoa que exercia a mercancia como profissão habitual.

³ PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 17, nº 29, p.39-56, jan./mar. 1978.

⁴ Ibidem, p. 39-56

⁵ Art. 2.555: L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. ITÁLIA. *Codice Civile*. Regio Decreto 16 marzo 1942, nº 262. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>. Acesso em: 25 mar. 2014. Tradução livre: Azienda é o complexo de bens organizados do empreendedor pelo exercício da empresa.

⁶ Sobre azienda é importante mencionar que os textos legislativos italianos que tratam sobre empresa, trazem usos distintos do termo. Em algumas situações azienda é utilizada, em sentido subjetivo, como sinônimo de empresário, e, em sentido objetivo, como sinônimo de empresa; e vice-versa, sendo o vernáculo empresa também utilizado como azienda. É por esta razão também que o Código Civil Italiano operou uma noção unívoca de empresa (trabalhada na relação entre atividade econômica e organização). PACIELO, Gaetano. Op. cit., p. 39-56.

comercial, como regime jurídico especial, possui características, institutos e princípios próprios.

Embora o Código Civil italiano tenha adotado a teoria da empresa, deixou inócua a conceituação jurídica de empresa, por ater-se à noção do empresário (art. 2.082 e art. 2.083) e da azienda (art. 2.555). Entretanto, a proposta da teoria da empresa, neste Código, era de que o direito comercial não se ocupasse apenas com alguns atos (atos definidos em lei como ato de comércio – mercancia), mas com uma forma específica de exercer a atividade econômica: a forma empresarial. Assim, no sistema italiano, pressupôs-se a necessidade de uma figura que se aplicasse a todas as formas de atividades econômicas. A empresa foi, então, introduzida como sendo uma relação entre atividade econômica e organização⁷.

Neste sentido, o art. 2.082 do Código Civil italiano⁸:

Art. 2082: Imprenditore

*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.*⁹

Observa-se que o art. 2.082 do Código Civil italiano incorporou a teoria da empresa, mas deixou a cargo da doutrina e jurisprudência a tarefa de examinar os reflexos, no meio jurídico, desses elementos (relação entre atividade econômica e organização) e verificar até que ponto princípios tradicionais como o objetivo de lucro e a habitualidade eram fatores determinantes para o conceito de empresa¹⁰.

A empresa, que antes era discutida como experiência jurídica, um fenômeno além da sua realidade econômica, foi analisada pelo estudioso italiano Alberto Asquini, principal intérprete do Código Civil italiano, que compreendeu empresa a partir dos fatores de produção, tais como, natureza, capital, trabalho e tecnologia, e a definiu como um “fenômeno econômico poliédrico¹¹”, que, transposto para o direito, apresentava não apenas um, mas diversos perfis: subjetivo, funcional, objetivo e corporativo.

⁷ Idem, p. 39-56

⁸ ITÁLIA. *Codice Civile*. Regio Decreto 16 marzo 1942, nº 262. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

⁹ Tradução livre: Art. 2.082 – Empreendedor. É empreendedor aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada que objetiva ao final a produção ou troca de bens ou serviços.

¹⁰ Ibidem, p. 39-56

¹¹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 35, nº 104, p. 109-126. out/dez 1996.

No *perfil subjetivo*, a empresa seria uma pessoa, física ou jurídica, ou seja, o empresário; no *perfil funcional*, empresa seria uma particular força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado intento produtivo, ou seja, uma atividade econômica; no *perfil objetivo*, empresa seria um conjunto de bens afetados ao exercício da atividade econômica desempenhada, ou seja, o estabelecimento comercial; e, no *perfil corporativo*, empresa seria uma comunidade laboral, uma instituição que reúne o empresário e demais colaboradores, sendo um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum¹².

Assim demonstrados os perfis de empresa para a concepção de Alberto Asquini, verifica-se que a última concepção, do perfil corporativo, resta ultrapassada, pois se alinhava à ideologia fascista italiana da década de 1940, época da edição do Código. Os demais perfis referem-se a três realidades distintas: o empresário, o estabelecimento empresarial e a atividade empresarial.

Vale dizer que, no campo jurídico, é comum o uso da expressão “empresa” em diversos sentidos, já que o vocábulo é polissêmico. E é muito pelo fato de se incorporarem ficções legislativas estrangeiras sem análise de cabimento, adequação, coerência e validade de conceitos às legislações pátrias, que se confundem os vários usos das expressões específicas para se referir à empresa.

Percebe-se que o uso da expressão para dizer, por exemplo, que determinada empresa contrata funcionário, determinada empresa foi vendida, decorre das confusões feitas pela não observação dos perfis traçados por Asquini¹³, pois, ao dizer que determinada empresa contrata, observa-se o uso do perfil subjetivo, significa dizer que o empresário contrata; e, ao dizer que determinada empresa foi vendida, nota-se o uso do perfil objetivo, significando que o estabelecimento comercial foi vendido.

A confusão gramatical cresce na medida em que não há expressão distinta para referir-se à empresa no perfil funcional. Sendo assim, utiliza-se apenas esta palavra para mencionar empresa como atividade econômica organizada ou simplesmente como atividade.

¹² Idem, p. 109-126

¹³ Id., p. 109-126

Nas legislações brasileiras, a expressão empresa cria outras confusões, tendo em vista que o próprio legislador se atrapalha, muitas vezes utilizando a expressão com sentido atécnico, sem o significado de atividade econômica¹⁴.

Assim, é a partir daquela teoria que o fenômeno econômico empresa é visto no direito empresarial com o sentido técnico e jurídico de atividade econômica organizada¹⁵. E é em torno da atividade econômica organizada, da empresa, que circulam os demais conceitos fundamentais do direito empresarial, que servirão de base para o presente estudo da função social da empresa, assim entendida como atividade empresarial. Desta forma, pretende-se o estudo da função social apenas sobre o prisma do perfil funcional, ou seja, da atividade econômica organizada.

1.2 Teoria da Empresa no Direito Brasileiro

Neste tópico analisam-se as primeiras fases do direito comercial brasileiro, no século XIX, com a abertura dos portos e o desenvolvimento das questões comerciais, como a criação de fábricas, incentivos, noções de comércio e comerciantes e relações comerciais. O que se pretende é verificar que, embora as discussões tenham se iniciado no século XIX, estão sendo retomadas pelos juristas e legisladores atuais e, assim, devem-se observar os erros do passado e tentar corrigi-los.

Quando, no Brasil, a Carta Régia, de 28 de janeiro de 1808, abriu os portos do país, iniciaram-se as relações comerciais diretas com o estrangeiro. Em abril do mesmo ano, permitiu-se a instalação de fábricas e manufaturas, sendo que, em agosto, no Rio de Janeiro, foi fundada a Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, com o intuito de atender aquilo que se referisse a comércio,

¹⁴ São exemplos de uso atécnico:

- art. 1º da Lei nº 8.934/94 (Lei de Registro de Empresas Mercantis): expressão utilizada como sinônimo de empresário (perfil subjetivo);
- art. 2º da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Por Ações): expressão utilizada como sinônimo de atividade econômica (perfil funcional);
- art. 678 da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil): expressão utilizada como sinônimo de estabelecimento empresarial (perfil objetivo);
- art. 44, VI da Lei nº 10.406/02 (Código Civil): expressão utilizada como sinônimo de atividade econômica (perfil funcional).

¹⁵ Ibidem, p. 109-126

agricultura, fábricas, manufaturas e navegação. Proclamada a Independência do Brasil, a Assembleia Constituinte e Legislativa de 1823 determinou que, por meio da lei de 20 de outubro daquele ano, as leis portuguesas do Império manter-se-iam vigentes e os diplomas promulgados posteriormente por D. Pedro I restariam subsistentes¹⁶.

Nessa época, as leis e alvarás¹⁷ tratavam o direito comercial como um direito pessoal, de classe, sendo que, no Brasil, o comércio interno era muito “acanhado e mesquinho” e ainda orientado por uma legislação “pesada, abstrusa, sem orientação doutrinária, ou pelo menos lógica”. Desta forma, os Códigos Comerciais francês de 1807, da Espanha de 1829 e de Portugal de 1833 serviram como subsídio para as primeiras legislações mercantis no Brasil, sendo urgente a criação de um Código Comercial brasileiro¹⁸.

Em 1832, surgiram os primeiros passos para a publicação de um código brasileiro, sendo nomeada pela Regência, em nome do Imperador, uma comissão composta por um magistrado e quatro comerciantes, com o objetivo de organizar um projeto de lei. A comissão apresentou o projeto do Código Comercial com 1.299 artigos, divididos em três partes: a primeira relativa às pessoas do comércio (contratos e obrigações mercantis); a segunda sobre comércio marítimo; e a terceira sobre quebras¹⁹. O projeto foi levado à Câmara dos Deputados em agosto de 1834, que o apresentou a uma comissão para estudo. Em 1843, formou-se nova comissão mista; e depois, em 1845, outra comissão foi formada para novo parecer acerca do projeto, chegando ao Senado apenas em setembro de 1845.

No Senado, houve muitas sessões para discutir o projeto, com muitas emendas ao longo de anos. Em 1848, o Senado aprovou a redação das emendas e enviou à Câmara que, em março de 1850, aceitou as modificações e remeteu o projeto para sanção no mês de maio, dando origem à Lei nº 556, de 25 de junho, publicada em 1º de julho daquele ano. Com o intuito de regulamentar o Código Comercial, foram publicados, ambos em 25 de novembro de 1850, o Decreto nº 737, que determinava a ordem do juízo no processo comercial, e o Decreto nº 738, que regulava os Tribunais de Comércio e o processo das quebras. O Código Comercial

¹⁶ CARVALHO DE MENDONÇA. José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. v. 1. p. 77

¹⁷ Os alvarás eram a denominação das leis no século XVII e XVIII.

¹⁸ Ibidem, p. 79-80

¹⁹ Ibid., p. 92

de 1850 não era cópia de seus modelos, francês e espanhol. Ao contrário, era singular, apresentava inovações com relação àqueles códigos e trouxe à barca matérias do direito civil que antes não eram reguladas, como mandato, troca, locação, hipoteca, fiança, penhor, etc²⁰.

Todavia, como no Brasil não havia legislação civil codificada, os organizadores do Código Comercial foram, de certa forma, obrigados a inserir, na codificação comercialista, matérias civis. Isso gerou comentários como do jurista Augusto Teixeira de Freitas, no sentido de que essa circunstância havia mercantilizado tudo no direito civil, inclusive atos que não intervinham na atividade dos comerciantes²¹.

Como o direito comercial era considerado como direito de classe, como mencionado anteriormente, procurou-se regular no código questões como: a matrícula dos profissionais do comércio, capazes e de crédito público, com o fim de gozarem da proteção que favorecia o comércio; prerrogativas dos comerciantes; processo especial de falência. A ideia desse enxerto era de se evitarem os processos longos da jurisdição civil e de se buscar maior objetivação do direito comercial²².

Há, ainda, aqueles que defendiam que o direito comercial era o mesmo direito civil, somente modificado em algumas relações, para melhor apropriá-lo à indústria mercantil e aos riscos das negociações²³. Em sentido próximo, o Instituto dos Advogados Brasileiros, na conferência do ano de 1865, admitiu o direito comercial como uma exceção ou modificação ao direito civil. Novamente, essa tese foi criticada com o argumento de que numa codificação de um país pensou-se primeiro em uma legislação excepcional ao passo que, a esfera civil, considerada como regra, era deixada no “caos”. Embora houvesse este argumento de que o direito civil era “difuso e deficiente”, continuou o Código Comercial a reger as relações da vida civil e por isso, também, foram publicados outros decretos importantes no período de 1850 a 1890²⁴.

²⁰ Ibidem, p. 103

²¹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Cíveis*. 3.ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 39

²² CARVALHO DE MENDONÇA. José Xavier. Op. cit., p. 105

²³ Como é o caso de Marquez de São Vicente (José Antonio Pimenta Bueno), na obra *Direito Público Brasileiro* de 1857.

²⁴ CARVALHO DE MENDONÇA. José Xavier. Op. cit., p. 109

Além dos decretos já mencionados anteriormente, foram editados outros referentes ao regimento dos corretores, agentes de leilão e intérpretes, inadmissibilidade das concordatas amigáveis, sobre bancos de emissão²⁵, sociedade anônima, cheque, falência de bancos e casas bancárias e emissão de bilhetes e escritos ao portador^{26 27}.

Discutia-se a viabilidade do código e das leis que o regiam, argumentava-se também com relação ao que se estudava nas escolas, alemã e francesa, preocupavam-se os juristas com a natureza econômica dos institutos, se havia correspondência entre a evolução política, econômica, jurídica e social e, sobretudo, se indagavam sobre a eficiência das leis que regiam o direito comercial da época²⁸. Diante disso, movido por várias queixas do comércio e do foro sobre o processo de falência, buscou-se uma reforma no código.

Verifica-se, desta forma, que as discussões em torno de uma reforma ou re(codificação), desde o século XIX, giravam em torno da falta de estrutura metodológica e principiológica do direito comercial. Faltavam aspectos fundamentais para o avanço da legislação comercialista, que inclusive se utilizava de matérias civis na tentativa de completude de um código. Essas características enfraqueceram o direito comercial brasileiro e se arrastaram durante anos, tendo em vista que, hoje em dia, ainda se tem uma legislação enfraquecida e vazia de bases principiológicas, que alavanquem o direito comercial brasileiro.

Na tentativa de solucionar os conflitos jurídicos e as lacunas sobre as quebras, em outubro de 1890, foi publicado o Decreto nº 917, que determinava que as antigas disposições sobre falência das sociedades anônimas tornassem a vigor. Assim, contrariamente às determinações do Código, este Decreto retirava do Juízo a decisão no processo de quebras, colocando-a nas mãos dos credores, únicos interessados²⁹.

²⁵ Para maiores informações, verificar o item 1 da nota de rodapé da obra de José Xavier Carvalho de Mendonça. Op. cit., p. 109

²⁶ Ibidem, p. 109-110

²⁷ Entre outras leis e decretos, podem-se citar: Em 1864 foi editada e publicada a Lei nº 1.237 que determinava a retirada da hipoteca do Código Comercial, transformando-a em matéria exclusivamente civil, mesmo que se tratasse de credores comerciantes. Em 1874 foi publicado o Decreto nº 5.585 que regulamentou a marinha mercante nacional e a indústria da construção naval. A Lei nº 3.065 de 6 de maio de 1882 que permitia a concordata por abandono. Lei nº 3.129 de 14 de outubro de 1882 que tratava das invenções e descobertas industriais, regulada pelo Decreto nº 8.820 de 30 de dezembro do mesmo ano.

²⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Op. cit., p. 111-115

²⁹ Ibidem, p. 116

O Decreto nº 917, de 1890, constituiu a mais substancial reforma até então sofrida pelo Código Comercial de 1850, cuja parte terceira, Das quebras, foi inteiramente substituída³⁰.

Esta modificação não agradou e, novamente, se discutia a regulamentação das normas sobre quebras³¹.

Nestes primeiros anos de República, o comércio e a indústria se desenvolviam e o direito comercial se fortificava na sua autonomia. Cresceu o número de estudos sobre o direito comercial, tanto que expressões como “direito de exceção” e “direito de classe” foram banidas, por terem sido consideradas incompatíveis com o direito comercial relacionado a fatos econômicos³².

Embora o Código Comercial trouxesse em seu bojo normas de direito civil, o próprio direito comercial era deficiente para regular as matérias do comércio, inclusive cabe lembrar que muitas matérias comerciais eram reguladas por leis subsequentes. Desta forma, a unificação do direito civil e do direito comercial estava realizada de fato, mas faltava-lhe a forma. Diante disso, mesmo que lentamente, fez decorrer uma expansão do direito comercial. As relações econômicas, a nova organização do trabalho e o sistema capitalista influenciaram o crescimento do direito privado³³.

Por estas razões, foram publicadas diversas leis e decretos neste período. Por exemplo, em 1903, é publicado o Decreto nº 1.102, que regulamentou o estabelecimento das empresas de armazéns gerais e introduziu no direito brasileiro mais dois títulos de crédito, o “conhecimento de depósito” e o “warrant”, sendo o primeiro, aquele representativo da mercadoria depositada nos armazéns gerais; e o segundo, instrumento negociável do penhor daquela mercadoria. Outros exemplos são a Lei nº 2.044, que foi publicada em 1908, que definiu a letra de câmbio e a nota promissória e ainda regulou as operações cambiais, mantendo-se em vigor até os

³⁰ BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5. ed Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 41

³¹ O Decreto nº 917 foi substituído pela Lei nº 859, em 1902, profunda e ilegalmente modificada, meses depois, pelo Decreto Executivo nº 4.855, de 1903. Em 1908, a Lei nº 2.024, cujo projeto é de Carvalho de Mendonça, substituiu o antigo decreto e vigorou até 1929, quando foi modificada pelo projeto de Valdemar Ferreira, com a edição da Lei nº 5.746, deste mesmo ano. Manteve-se em vigor até 1945, quando cedeu lugar ao Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho daquele ano.

³² CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Op. cit., p. 117

³³ Ibidem, p. 118

dias de hoje; e a Lei nº 2.591 de 1912, que regulou a emissão e circulação de cheques³⁴.

Importante destaque merece a Lei nº 2.378, de janeiro de 1911, que autorizou o governo a mandar organizar os projetos de reforma do Código Comercial e do Código Penal. Sobre a reforma do Código Comercial foi instaurada uma comissão, que, em abril de 1912 apresentou dois projetos: o primeiro, de um novo código comercial; e, o segundo, de emendas transformando este código em Código de Direito Privado. Foi rejeitado no Senado o projeto de Código de Direito Privado, sendo aprovado, em dezembro de 1927, o projeto do Código Comercial, com muitas emendas, alterações e supressões, inclusive de toda a parte relativa ao direito marítimo e às falências³⁵.

Houve uma tentativa de regulamentar a unificação entre direito civil e direito comercial, e torná-la formal com o Código Civil de 1916, projeto de Clóvis Beviláqua³⁶, entretanto restando frustrada a unificação.

A Revolução de 1930 desencadeou o golpe de estado em 3 de outubro daquele ano e, com a assunção de Getúlio Vargas à chefia do Governo Provisório, em 3 de novembro do mesmo ano, iniciou-se uma década de legislação intensa. Embora o governo varguista tenha multiplicado as edições e publicações de leis, cabe ressaltar que muitas delas foram de “inegável valor”³⁷, dentre estas, são exemplos: Decreto nº 21.638, de 1932, que mandava aplicar às obrigações comerciais a prescrição prevista no Código Civil de 1916; Decreto nº 22.239, de 1932, que regulou as sociedades cooperativas; Decreto nº 22.626, de 1933, modificado em parte pela Lei nº 182, de 1938, que restou conhecida como Lei da Usura, por limitar a 12% (doze por cento) a taxa de juros nos contratos; Decreto nº 24.150, de 1934, que foi denominada Lei de Luvas, em que regulava a renovação de contratos de locação com fins comerciais; Lei nº 187, de 1936, que dispunha sobre as duplicatas; Decreto-lei nº 483, de 1938, que instituiu o Código Brasileiro do Ar³⁸, entre outras³⁹.

³⁴ BORGES, João Eunápio. Op. cit., p. 42

³⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Op. cit., p. 122,

³⁶ Projeto apresentado em 1901.

³⁷ BORGES, João Eunápio. Op. cit., p. 43

³⁸ Ibidem, p. 44

³⁹ O autor João Eunápio Borges elenca inúmeras leis que foram publicadas entre 1930 e 1970, para maiores esclarecimentos, consultar a obra citada nas páginas p. 40-48.

Entretanto, para Borges⁴⁰, desperdiçou-se tempo neste período, que poderia ter sido aproveitado para atualizar o Código Comercial brasileiro, que desde então vem sofrendo com o espargido da legislação comercialista.

E ainda, há que se acrescentar, que com a revolução de 1930, o projeto de reformar o código comercial, previsto na Lei nº 2.378, de janeiro de 1911, foi interrompido.

Mas, em 1950, no governo Dutra, foi constituída comissão para elaborar um novo projeto de código comercial. Ao final dos trabalhos, esta apresentou o Esboço de Anteprojeto de Código Comercial, organizado pelo desembargador Florêncio de Abreu. Depois de colocado em votação na Câmara, foi remetido à apreciação de Francisco Sales, incumbido de rever os trabalhos, sendo que, após esta remessa não se noticia sobre o projeto. Nesta conjuntura, Borges⁴¹, questiona se talvez não tivesse sido melhor assim; se valeria a pena codificar o direito comercial; e, se o resultado que se codifica é o que se espera. Utilizando-se de argumento de Jean Escarra⁴², Borges responde que, considerando a evolução do direito comercial, através das questões econômicas, políticas e sociais, as leis deveriam ser escritas em fichas, substituídas periodicamente por fichas mais novas.

Mesmo com pensamentos no sentido de não codificação do direito comercial brasileiro, a tentativa de fazer cumprir a previsão da Lei nº 2.378/11, não estava abandonada.

No governo de Jânio Quadros⁴³ foi criada a Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que teve por objetivo dirigir e coordenar a reforma de todos os códigos brasileiros⁴⁴.

Diante da missão grandiosa, foram nomeados para a elaboração desse projeto: Caio Mario da Silva Pereira (Código das Obrigações); Castro Rebelo (Código de Navegação); Sylvio Marcondes (Código das Sociedades Comerciais); Teófilo de Azevedo Santos (Código dos Títulos de Crédito). Dessa forma, os

⁴⁰ Ibidem, p. 43

⁴¹ Ibid., p. 50

⁴² ESCARRA, Jean. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*. 1948. p. 4. *apud*, BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 49-50

⁴³ O governo de Jânio Quadros foi de 31 de janeiro de 1961 e 25 de agosto de 1961.

⁴⁴ O Decreto nº 51.005, de 20 de julho de 1961, dispunha sobre a Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, e em seu art. 6º determinava quais códigos seriam objeto de reforma.

“Art. 6º, caput: Cada um dos seguintes Códigos - Civil, o de Obrigações, o de Navegação, o de Menores, o Processual Civil, o Processual Penal e o de Contabilidade Pública, bem como a Lei de Disposições sobre as Leis em Geral, [...]”.

anteprojetos elaborados por Caio Mario da Silva Pereira, Sylvio Marcondes e Teófilo de Azevedo Santos, fundiram-se no Projeto de Código de Obrigações, que levado ao Congresso foi numerado como projeto nº 3.264/65⁴⁵.

Este projeto também foi superado pela constituição de mais uma comissão, esta sob a supervisão de Miguel Reale⁴⁶, que elaborou um código civil unificado, que contivesse a matéria comercial.

Assim, inspirado no Código Civil italiano de 1942, o Código Civil Brasileiro de 2002 derogou grande parte do Código Comercial de 1850 (Lei nº 556), na busca de uma unificação (formal) do direito privado.

Do Código Comercial resta apenas a segunda parte que trata do comércio marítimo. A terceira parte que tratava das “quebras” fora revogado há tempos, pelo Decreto-Lei nº 7.661/45⁴⁷, que posteriormente foi revogado pela nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, Lei nº 11.101/05.

Mas, como dito acima, algumas das matérias especialmente comerciais ainda continuam sendo estabelecidas e reguladas por leis esparsas. Por isso, embora a unificação do direito empresarial tenha sido realizada no Código Civil Brasileiro, figura apenas uma unificação formal⁴⁸.

Sobre esta unificação meramente formal, apenas legislativa, operada pelo Código Civil de 2002, há que se mencionar que repete o erro do Código Civil Italiano, sessenta anos depois, e faz ressurgirem os debates em torno das relações entre direito civil e direito comercial e seus princípios, que existiram no Brasil do século XIX.

O Código Civil de 2002, no Livro II, Título I, do “Direito de Empresa” desaparece com a figura do comerciante e traz em voga a figura do empresário. Assim, o atual código abandona a idéia de atos de comércio (e de comerciante como aquele que pratica habitualmente atos de comércio) e incorpora no ordenamento

⁴⁵ BORGES, João Eunápio. Op. cit., p. 51

⁴⁶ Fizeram parte da comissão supervisionada por Miguel Reale: Clóvis do Couto e Silva, Ebert Chamoun, Torquato Castro, Agostinho Alvim, Moreira Alves e Sylvio Marcondes.

⁴⁷ Sobre a revogação da terceira parte do Código Comercial, denominado “Das quebras”, observar nota de rodapé 29.

⁴⁸ São alguns exemplos de leis especiais que corroboram para a unificação meramente formal: leis que regulamentam os títulos de crédito: Lei do Cheque (Lei nº 7.357/1985); Lei da Letra de Câmbio e da Nota Promissória (Lei nº 2.044/1908); Lei da Duplicata (Lei nº 5.474/1968); lei que regulamenta a falência e recuperação de empresas (Lei nº 11.101/2005); lei que regulamenta a sociedade por ações (Lei nº 6.404/1976); lei que permite a constituição de empresa individual – EIRELI e altera o Código Civil (Lei nº 12.441/2011); lei que regulamenta a propriedade industrial (Lei nº 9.279/1996); lei que regulamenta a propriedade intelectual (Lei nº 9.609/1998).

brasileiro, a teoria da empresa relacionada à empresarialidade, adotando conceitos como empresário e empresa.

Verifica-se que a ideia de abandono do conceito de comerciante realmente é relevante na legislação brasileira, pois o legislador criou o art. 2.037, que determina que as normas que tratam de comerciantes ainda não revogadas, devem ser analisadas e aplicadas para os empresários.

Assim, para melhor compreender a incidência da teoria da empresa no direito brasileiro, importa mencionar que o Código Civil não conceituou empresa, muito embora o art. 966 estabeleça que empresário seja aquele que “[...] exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”⁴⁹. E os doutrinadores, através de um raciocínio lógico, então definem empresa como atividade econômica organizada que tenha objetivo de produzir ou circular bens ou serviços.

Pode-se então afirmar que, empresa é algo abstrato. E que empresário é quem exerce esta atividade abstrata. Empresa não é sujeito de direito. Quem é sujeito de direito é o titular da empresa. Assim, não se deve confundir empresa com sociedade empresária. A primeira é atividade, enquanto a segunda é pessoa jurídica que exerce empresa (atividade). Verifica-se, portanto, que empresa e empresário são expressões distintas, mas que se relacionam. Com o objetivo de acrescentar esclarecimentos, ainda não se confundem empresa e estabelecimento empresarial, enquanto que a primeira é atividade, o segundo representa o complexo de bens que o empresário usa para exercer a atividade empresarial (econômica e organizada).

Desta forma, verifica-se a imprescindibilidade da análise do perfil funcional, que vem dos estudos italianos de Alberto Asquini, que por sua vez, trata empresa como atividade econômica organizada; e é neste íterim que se passa à análise dos princípios do direito de empresa, do direito comercial, como atividade.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 de jan. de 2002.

1.3 O Esgarçamento dos Princípios do Direito Comercial e a Proposta de (Re)Codificação

As discussões dos legisladores dos séculos XIX e XX estão sendo atualmente retomadas através de uma tentativa de re-codificação do Direito Comercial, inclusive com projeto de lei já apresentado à Câmara dos Deputados, o que será objeto de análise deste trabalho.

Neste sentido, o jurista e professor Fábio Ulhoa Coelho ao lançar o livro *O Futuro do Direito Comercial*, propõe à comunidade jurídica o debate sobre a necessidade de edição de um novo Código Comercial⁵⁰, que substitua e revogue as disposições sobre a matéria elencadas no Código Civil Brasileiro.

Sua tese é a de que os valores do direito comercial foram esquecidos pelos operadores do direito e precisam ser resgatados. Para tanto, utiliza da metáfora de que os valores do Direito Comercial, que compõem o tecido dessa disciplina, estão esgarçados, cabendo aos estudiosos a tarefa de recosê-los⁵¹. E, para tanto, na opinião do jurista, o que projetaria melhores resultados seria a elaboração de um novo Código Comercial⁵², atento à nova realidade econômica brasileira.

A proposta foi bem recebida e inclusive encampada pelo Deputado Vicente Cândido, resultando no Projeto de Lei nº 1.572/2011⁵³.

No projeto são 1.102 artigos, divididos em dez livros: Direito Comercial, Pessoa do Empresário, Bens e Atividade do Empresário, Fatos Jurídicos Empresariais, Sociedades, Obrigações dos Empresários, Agronegócio, Direito Comercial Marítimo, Processo Empresarial e Disposições Finais e Transitórias⁵⁴.

⁵⁰ Para Fábio Ulhoa Coelho, Direito Comercial é uma disciplina com muitos nomes, no mundo todo, como por exemplo, Mercantil, Empresarial e dos Negócios. O Código Civil de 2002 abriga a terminologia "Direito de Empresa". Entretanto, nota-se a preferência do autor pela expressão "Direito Comercial", sendo que todos os seus livros, da referida matéria, são assim intitulados. Embora o autor assim prefira, em nota no primeiro volume dos seus manuais informa ao leitor que desde a 11ª edição acrescenta ao título Curso de Direito Comercial, os verbetes Direito da Empresa.

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵² No presente trabalho não será adotado o projeto de código de Fábio Ulhoa, no sentido de se fazer uma defesa a este projeto. Apenas será defendida a necessidade de se publicar um novo código comercial brasileiro, com o objetivo de alinhar os princípios e regras do direito comercial.

⁵³ BRASIL. Projeto de Lei nº 1.572/2011. Projeto de lei que institui o Código Comercial. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

⁵⁴ Ibidem

Coelho destaca que o anteprojeto de sua autoria⁵⁵ e discutido pela comissão de juristas⁵⁶ tem por objetivo aumentar a segurança jurídica nas relações empresariais, modernizar e simplificar o regime contábil, atualizar a Lei de Falências, fortalecer a autorregulação e melhorar o ambiente de negócios no Brasil⁵⁷.

Muitos são os motivos pelos quais os juristas entendem necessário um Código Comercial, dentre eles citam-se como principais: a) corrigir erros do Código Civil em relação ao direito empresarial; b) defender o livre mercado; c) especificar normas para a regulação do direito entre empresas.

No próprio PL nº 1.572/11 existe uma exposição de motivos que, sinteticamente, justifica três dos principais objetivos do projeto. O primeiro motivo é o de reunir, em uma codificação, com sistemática e técnica, os princípios e regras próprios do direito comercial. É nesta primeira justificativa que se enquadra o presente trabalho, na análise da base principiológica do direito comercial, que tem princípios “mutilados” e “dispersos⁵⁸” na legislação hodierna; sobretudo no estudo do princípio da função social da empresa, que é amplamente utilizado como argumento e justificativa, muitas vezes sem qualquer tecnicidade.

Também se inserem como primeiras justificativas a constituição do direito comercial como microssistema de direito privado; que, aliado ao Código de Defesa do Consumidor compõem o “direito privado da atualidade”. O Código Civil permanecerá como o diploma geral do direito privado.

O segundo motivo constitui-se em simplificar as normas sobre a atividade econômica, facilitando o cotidiano dos empresários nacionais. Nesta justificativa, é considerada a alta complexidade do direito comercial, que leva em conta questões como investimentos, custos, tipo societário mais utilizado no país (sociedade limitada), forma irregular de trabalho e micro e pequenos empresários. O terceiro motivo, resumidamente, que se compreende do projeto, é o de preenchimento das lacunas na ordem jurídica nacional⁵⁹.

⁵⁵ A minuta do Código Comercial foi elaborada por Fábio Ulhoa Coelho e apresentada com a publicação do livro *O Futuro do Direito Comercial*.

⁵⁶ Comissão de juristas presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça João Otávio Noronha e composta por Fábio Ulhoa Coelho (coordenador da comissão), Márcio Souza Guimarães (vice-coordenador), Walfrido Warde Jorge, Tiago Asfor Rocha Lima, Ana Frazão, entre outros.

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69-70

⁵⁸ Ibidem, p. 69

⁵⁹ Ibid., p. 70

Por outro lado, há quem discorde do projeto de lei redigido por Fábio Ulhoa Coelho. Com efeito, o jurista Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França promoveu, na palestra intitulada “O (anti) projeto de Código Comercial”, realizada em 3 de julho de 2013, na cidade de Curitiba, verdadeiro repúdio ao referido projeto de lei⁶⁰. Ainda segundo ele, em maio de 2013, foi realizado um Manifesto contra o anteprojeto, assinado por mais de sessenta juristas⁶¹.

São alguns dos argumentos contrários ao projeto de lei: a) o projeto parte do zero, desprezando tudo que se construiu em matéria de interpretação do direito empresarial até o momento (apenas 10 anos após a entrada em vigor do novo Código Civil); b) o Ministério Público como legitimado para requerer a anulação de um contrato, o que, conseqüentemente, gera insegurança jurídica; c) a possibilidade de que o sócio grave as próprias quotas, com cláusula de impenhorabilidade, entre outros⁶².

Embora não seja objeto do presente trabalho a discussão entre prós e contras ao PL nº 1.572/11, tem-se que observar que não foram feitas críticas quanto à codificação, no que se refere à construção principiológica que ele propõe. Como já afirmado no presente trabalho, não se pretende defender a tese do PL nº 1.572/2011, mas se reconhecer a necessidade de uma codificação comercialista, para o intuito de melhor construir uma base principiológica de direito comercial.

Neste ínterim, cabe o argumento de que a realidade nacional crescentemente complexa necessita se socorrer dos princípios, já que o emprego intensivo de princípios marca a cultura jurídica brasileira, desde a promulgação da Constituição da República⁶³.

Coelho segue dizendo:

⁶⁰ Apenas para citar, os referidos juristas Fábio Ulhoa Coelho e Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França trocam verdadeiras farpas, réplicas e tréplicas, em sites de discussão, em que a temática é o PL nº 1.572/11.

⁶¹ De acordo com Novaes França assinaram referido Manifesto: O Ministro aposentado do STJ, Eduardo Ribeiro de Oliveira, os ex-Diretores Presidentes da CVM, Luiz Leonardo Cantidiano e Marcelo Trindade, os diretores da CVM Otávio Yazbek e Luciana Dias, os civilistas Gustavo Tepedino, Judith Martins-Costa e Cristiano de Souza Zanetti (Vice-Reitor da USP), os comercialistas Luiz Gastão Paes de Barros Leães, professor titular aposentado da Faculdade de Direito da USP, Modesto Carvalhosa, Nelson Eizirik, Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Sergio Bermudes, entre outros.

⁶² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. O “Antiprojeto” de Novo Código Comercial. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, Ano XVII, nº 400, p. 32-37, 15/set. 2013.

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 12-13

Os princípios jurídicos são regras de conduta, como todas as demais normas componentes do ordenamento vigente num país. Caracteriza-os a extensa proporção de seu âmbito de incidência, de modo a servirem de elementos informadores da interpretação das demais normas jurídicas e à solução de lacunas⁶⁴.

E conclui que a revitalização do direito comercial consiste na enunciação, exame e difusão dos princípios pertinentes à disciplina⁶⁵.

Este é o ponto que merece destaque e que tem relação com a presente pesquisa, pois, com base nesta argumentativa e no rol dos princípios apresentados no art. 4º do PL 1.572/11 é que se verifica a importância de “recosê-los”, e torná-los base fundante do direito comercial, com o intuito de contribuir para uma disciplina uníssona, como queriam os legisladores do século XIX e XX, sobretudo para a análise que se pretende da função social da empresa.

⁶⁴ Ibidem, p. 13

⁶⁵ Ibid., p. 14

2. EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL

Antes de iniciar este capítulo, é preciso deixar claro ao leitor que não é pretensão da presente pesquisa estabelecer um novo conceito ou compreensão do que seja o princípio da função social, ou seja, não é pretensão deste trabalho propor uma nova concepção ou conteúdo do princípio da função social da empresa.

Todavia, os conceitos e compreensões doutrinárias sobre a função social da empresa serão importantes para as conclusões deste trabalho, porque será a partir destas concepções que se tentará demonstrar e expor à crítica que a compreensão das externalidades positivas resultantes de uma determinada atividade econômica (empresa em sentido funcional) pode contribuir para o estudo da função social da empresa.

Neste capítulo, portanto, a pesquisa parte da função social da propriedade, trazendo para a discussão os conceitos de alguns estudiosos do tema, desde o seu berço na filosofia à passagem para as ciências sociais e, finalmente, a chegada ao direito, bem como da ideia de função social da empresa derivada do princípio da função social da propriedade, para que, num momento seguinte, se possa apresentar uma visão mais contemporânea da função social da empresa.

2.1 Função Social da Propriedade

Uma das ressalvas que já se faz no presente estudo é da dificuldade em conceituar e explicar o termo função social, principalmente pela própria composição do vernáculo. Embora este não seja o objeto central da pesquisa, resta primordial uma breve síntese da origem do termo, perfazendo o caminho de função social da propriedade até a função social da empresa, o que trará embasamentos para a investigação a que se propõe.

Como mostra Fábio Konder Comparato⁶⁶, o substantivo *functio*, na língua

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: WALD, Arnold (org.). *Direito Empresarial: Direito Societário. Edições Especiais. Revista dos Tribunais - 100 anos*. São Paulo: RT, 2011. v. 2. p. 77.

matriz, é derivado do verbo depoente *fungor* (*functus sum, fungi*), cujo significado primogênio é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa.

O termo função social, surgido na filosofia, foi ao decorrer dos estudos científicos, transferido para as ciências sociais e passou para o direito, sob a forma de função social da propriedade.

Este tema, que não é novo, remete, primeiramente, à doutrina cristã da Idade Média. Nestes estudos, São Tomás de Aquino, propôs a observância do bem, sobretudo através da *Lex Humana*⁶⁷, visando ao bem comum como causa final⁶⁸, e afirmou que “os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar”⁶⁹.

A questão da relação entre o todo social⁷⁰ e as pessoas que lhe são partes significa, em Tomás de Aquino, que cada pessoa contribui com a sua força, fornece parte de sua energia, submetendo-se consciente e voluntariamente ao conjunto e à sua finalidade⁷¹.

Por isso, na visão de São Tomás de Aquino, a função social da propriedade traduzia-se na necessidade de utilização do bem enquanto instrumento de realização da justiça divina, inaugurando-se assim, o primeiro conceito de função social⁷².

Já o filósofo e sociólogo Auguste Comte, no século XIX, revelou a preocupação de se buscar na sociedade explicações que antes eram atribuídas exclusivamente ao indivíduo; e, para tanto, partiu da ideia de que para se superar a crise social seria necessária uma reforma ou reorganização social. A partir desta

⁶⁷ Em Tomás de Aquino, *Lex Humana* é lei natural, a qual embasa a sua discussão de propriedade. Na visão tomista, “a lei pode ser considerada como um pedagogo por meio de quem Deus nos ensina a caminhar sempre em direção ao bem. [...] certa regra e medida de atos, segundo a qual alguém é levado a agir ou apartar-se da ação. Como a razão é a norma suprema dos atos humanos, cabendo a ela ordená-los ao fim, patenteia-se que a lei é algo pertencente à razão”. (PÊCEGO, Daniel Nunes. A lei e a justiça na Suma Teológica. *Revista Aquinate*. v. 6. p. 160-178. Disponível em <http://www.aquinate.net/revista/edicao_atual/Artigos/06/Artigo%209-Pecego.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2014.

⁶⁸ NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Cap. 11. p. 117-127

⁶⁹ SÃO TOMÁS DE AQUINO *apud* TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: WALD, Arnold (org.). *Direito Empresarial: Direito Societário. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 44.

⁷⁰ A expressão “todo social” deve ser lida como função de um fim, em virtude de se alcançar um bem.

⁷¹ MOTA, Maurício. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: A propriedade em Tomás de Aquino. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. (Coord). *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 141

⁷² SÃO TOMÁS DE AQUINO *apud* TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 85. n. 306. abr./jun. 1989. p.73-78.

pré-compreensão, Comte criou o positivismo sociológico⁷³, segundo o qual a ciência deveria se basear exclusivamente nos fatos positivos observados e identificados pelas leis causais⁷⁴. Dessa maneira, Comte propôs-se a resolver a crise do mundo moderno por meio do estudo das leis da sociedade⁷⁵.

Essa filosofia de Comte estava relacionada à solidariedade social; ao passo que criticava o liberalismo por achar que este descontextualizava o fenômeno econômico do todo social, estava ao lado dos liberais na crença de que os interesses sociais eram harmônicos e não consistiam em lutas de classes⁷⁶.

Determinava que os seres humanos fossem como funcionários, que deveriam agir segundo a ordem (social), portanto agindo em benefício ou em função da sociedade⁷⁷.

Assim, como afirma Aron⁷⁸, o problema da sociedade, para Comte, seria, antes de tudo, uma questão de organização e desenvolvimento da riqueza, o que possibilitaria uma conciliação final de interesses. Daí dizer que Comte não era contra a propriedade privada, mas buscava mudar o seu sentido por meio da função social.

Ainda de acordo com Aron⁷⁹, Comte tinha uma posição intermediária entre o liberalismo e socialismo. Não era a favor da propriedade privada, concebida à maneira do direito romano, tampouco era um reformador que se inclinava à socialização dos meios de produção. Era um organizador que desejava manter a propriedade privada e transformar seu sentido para que, embora exercida por alguns indivíduos, tivesse também uma função social.

Foi com base nesta premissa que Comte buscou acabar com o caráter arbitrário e pessoal da propriedade privada⁸⁰; propôs a mudança intelectual do ser

⁷³ O positivismo de Auguste Comte foi um movimento intelectual que dominou grande parte da cultura europeia por volta de 1840 até às vésperas da Primeira Guerra Mundial (em 28 de julho de 1914). É uma filosofia da Europa industrial, cuja característica essencial é rechaçar a metafísica, de usar como base fundamental os fatos positivos. Apesar de algumas outras vertentes, o positivismo apresenta alguns conceitos comuns, por exemplo, o único método de conhecimento é o das ciências naturais (observação, identificação das leis causais e seu domínio sobre tais fatos) e isto, na concepção de Comte, valeria para o estudo da sociedade.

⁷⁴ FRAZÃO. Ana. *Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 94

⁷⁵ Ibidem, p. 95

⁷⁶ Ibid., p. 95

⁷⁷ COMTE *apud* DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975. p. 240.

⁷⁸ ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução: Sergio Bath. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 100

⁷⁹ Ibidem, p. 101-102

⁸⁰ FRAZÃO. Ana. *Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 95

humano com a construção de uma sociologia que permitisse a reforma prática das instituições sociais, ao determinar a estrutura e os processos de modificação sociais, formulando assim o conceito de função social como dever de agir.

Desta forma, cabe mencionar a importante contribuição de Comte, ao ressaltar a sociabilidade e a solidariedade naturais, propiciando a discussão sobre função social da propriedade e até sobre a intervenção do Estado na economia. A falha na teoria de Comte, apontada por Frazão⁸¹, refere-se ao fato de o sociólogo ter caído no extremismo similar ao da teoria econômica, partindo do princípio de que o sistema de leis positivas da sociedade teria a resposta para todos os problemas da época; sendo que disciplinas como a economia, o direito e a política foram desconsideradas enquanto fontes de integração social.

No campo da ciência jurídica, o conceito de função social foi abordado por dois juristas; entretanto, com bases e visões diferentes. São eles Karl Renner e Léon Duguit.

O socialista austríaco Karl Renner, em 1904, escreveu sua obra sobre institutos de direito privado e sua função social⁸², definindo a função social como uma abstração do processo econômico⁸³. Para Renner, a função social de um instituto jurídico seria como a imagem da função econômica desse mesmo instituto. Assim, a imagem da função social, no campo da ciência jurídica, seria sempre alterada na medida em que o domínio econômico fosse também alterado⁸⁴.

E por esta linha de raciocínio, Renner é assim criticado: “[...] o direito não está em função da economia. A economia muda, sem que o direito mude e vice-versa. Além disso, o direito tem uma função criadora apenas na economia. Tem, sobretudo, uma grande força transformadora da realidade social [...]”⁸⁵.

Já León Duguit, jurista francês, no início do século XX, baseou sua conceituação na solidariedade. Afirmava que todo ser humano teria uma função social a desempenhar e deveria desenvolver sua individualidade física, moral e intelectual, o máximo possível⁸⁶.

Embora Duguit não fosse contra a propriedade privada, rejeitava a ideia de

⁸¹ FRAZÃO. Ana. Op. cit., p. 96

⁸² Sua famosa obra tem como título original *Die Sociale Funktion der Rechtinstitute*, no português Os institutos de direito privado e sua função social.

⁸³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 45

⁸⁴ Ibidem, p. 45

⁸⁵ Ibid., p. 46

⁸⁶ Ibid., p. 48

direito subjetivo por associá-la a uma concepção individualista. Não considerava a propriedade como um direito absoluto e, somente se o proprietário cumprisse a sua função social teria seus atos de proprietário protegidos. Daí porque Duguit afirmava que, por meio da função social, procurava-se resgatar a intersubjetividade da propriedade, a fim de ser compreendida como um vínculo intersubjetivo entre distintos indivíduos a respeito da utilização de um bem específico. Outra questão importante em Duguit é a equiparação de proprietário a funcionário. Ao passo que Auguste Comte trouxe a ideia de que os indivíduos eram como funcionários e deveriam zelar por uma ordem econômica e social, num binômio de ordem e progresso, agindo em função da sociedade, Duguit trouxe a linha de que o proprietário deveria ser como o funcionário público, tamanha era a responsabilidade do primeiro em relação à consecução dos fins sociais⁸⁷.

Tanto que Orlando Gomes⁸⁸ afirmou que Léon Duguit pode ser considerado o pai da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve se comportar e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário.

Por esse entendimento, Duguit também recebeu críticas à sua teoria, com base no argumento de que não fazia a distinção necessária entre a definição de um direito e a subordinação de um bem; e também pela dificuldade em estabelecer deveres positivos, decorrentes da função social como instituto jurídico⁸⁹. Sua obra se encontrava fragilizada, pois mostrava a dificuldade da tarefa de compatibilização entre os interesses privados e públicos, bem como o risco de se desconsiderar o próprio indivíduo⁹⁰.

Desta forma, apesar dos contratempos, as primeiras tentativas de teorizar a função social tiveram a importante atribuição de propiciar reflexões que foram incorporadas ao pensamento jurídico, iniciando-se uma discussão, que persiste até hoje, sobre o real alcance da função social da propriedade.

Assim, com base nas primeiras linhas deste breve esboço filosófico e teórico verifica-se que toda a conceituação e origem do termo função social está ligado à propriedade. Circunstância esta que exigirá, ainda que não seja o objeto central desta pesquisa, uma abordagem do tema neste aspecto, inclusive, para permitir

⁸⁷ FRAZÃO. Ana. Op. cit., p. 96

⁸⁸ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 97

⁸⁹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 48

⁹⁰ FRAZÃO. Ana. Op. cit., p. 97

explicar a função social da empresa, a partir do desenvolvimento dos conceitos de função social da propriedade.

Pode-se dizer que a propriedade, como um direito subjetivo, é uma construção social⁹¹. Esta construção se manifesta no triunfo dos movimentos liberais de 1776, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que traziam como fundamento a propriedade como direito subjetivo, fruto maior da liberdade do homem.

A partir deste momento, de acordo com Paolo Grossi,⁹² surge uma nova realidade social⁹³, onde não há mais que se falar em propriedade, no entanto em propriedades⁹⁴, vez que o termo singular torna-se impróprio para delinear a complexidade das diversas formas de apropriação da terra. E a partir deste momento as múltiplas propriedades ou várias formas de apropriação, é que insurge a ideia do domínio útil. Esta ideia refere-se à efetiva utilização do bem, à necessidade da existência de um vínculo entre a relação do homem e a coisa⁹⁵.

Decorreu dessas concepções, segundo Mota⁹⁶, o conceito de função social da propriedade, que se espalhou por todas as legislações constitucionais, como na Constituição de Weimar⁹⁷ e na Constituição Italiana⁹⁸. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, também por influência das legislações alemã e italiana, prevê, em seu art. 5º, XXIII, que a propriedade deve atender sua função social.

Entretanto, não há um consenso entre os juristas sobre a fundamentação teórica que explique o que compreende a propriedade e sua função social, e o que

⁹¹ MOTA, Maurício. Op. cit., p. 149

⁹² GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁹³ Importante mencionar que, Paolo Grossi escreveu suas principais obras e desenvolveu suas concepções a partir da realidade ítalo-européia, sobretudo a partir dos estudos de história do direito, na década de 50.

⁹⁴ Paolo Grossi lançou a obra, em italiano, denominada "*La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*", em 2006, que no mesmo ano foi traduzida para português e publicada no Brasil como "A propriedade e as propriedades", pela editora Renovar.

⁹⁵ VARELA, Laura Beck. Das Propriedades à Propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 732-736.

⁹⁶ MOTA, Maurício. Op. cit., p. 150

⁹⁷ Art. 153: "A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam de lei [...]. A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem, ao mesmo tempo, representar uma função no interesse social".

⁹⁸ Art. 42: "A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades ou a particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e de torná-la acessível a todos".

faz obrigar sua efetivação⁹⁹.

Antônio Herman esclarece que, anteriormente, defendiam-se os ideais da doutrina individualista, na qual a função social da propriedade era exercida por imposições negativas (não fazer ou deixar de fazer). Entretanto, em decorrência das normas constitucionais, o princípio da função social da propriedade passou a ser compreendido também nas regras de prestações positivas, as quais apresentam uma obrigação de fazer ao proprietário¹⁰⁰.

De forma a completar este sentido, importante é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello que acrescenta que, de acordo com este posicionamento positivista, a função social da propriedade deve ser exercida visando alcançar o “proveito social¹⁰¹”. Entretanto, estimado jurista não define qual o alcance deste proveito social ou, ao menos, tenta conceituar ou dar parâmetros para sua efetiva concretização.

Na mesma linha de Antônio Herman, que prescreve a função social como estrutura bipolar (imposições negativas e positivas), Eros Roberto Grau admite que “o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário [...] o dever de exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, de não exercer em prejuízo de outrem”¹⁰². Assim, para referido autor, a aplicabilidade deste princípio opera tendo por base a imposição de comportamentos positivos e não apenas os negativos.

Lado outro, a função social da propriedade pode ser compreendida como um poder de dar ao objeto da propriedade um destino determinado, ou seja, vinculá-lo a um objetivo. Para Mota, cada coisa que existe na natureza tem uma função social¹⁰³.

Nessa mesma linha, ensina Teori Zavascki¹⁰⁴:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar

⁹⁹ Maurício Mota traz os exemplos de Paul Roubier, que trata a propriedade como situação jurídica, e de Pietro Perlingieri, que classifica a propriedade como situação subjetiva complexa. Para maiores esclarecimentos, consultar a seguinte obra: MOTA, Maurício. Op. cit., p. 124-162.

¹⁰⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 93. n. 340. out./dez. 1997. p. 45-62.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público*. São Paulo. v. 20. n. 84. out./dez. 1987, p. 39-45.

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 250

¹⁰³ MOTA, Maurício. Op. cit., p. 153

¹⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 844.

que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, “função social das propriedades”) realiza-se, ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse.

Nesta concepção de Zavascki, Cristiane Derani afirma que, a função social da propriedade é a conexão dos efeitos da relação entre o sujeito-objeto com a sociedade, que conseqüentemente cria para o proprietário um ônus perante a sociedade. Este ônus, para referida autora, traduz-se na ideia de que o proprietário deve agir de modo a conferir um melhor resultado, mais vantajoso, à sociedade. Impõe-se, portanto, que a função social da propriedade, para Derani, deve ser disposta não apenas para atender os interesses individuais, mas também de modo a proporcionar vantagens sociais e uma melhoria na vida social. E assim, a jurista conclui que, a função social deve ser compreendida como sendo o cerne da propriedade, ou seja, este cerne é social e tem por objetivo alcançar o interesse coletivo¹⁰⁵.

Completando esta linha de raciocínio, Orlando Gomes afirma que a função social deve sempre seguir o conceito de propriedade, tendo em vista que a esta deve ser utilizada com o intuito de se respeitar os interesses sociais, de modo a preservar o bem comum¹⁰⁶.

Loureiro sintetiza esta “propriedade-função” como, um poder que o proprietário possui para utilizar este bem conforme os seus interesses, atrelado ao dever de atender aos interesses sociais. Essa relação de poder-dever pode ser assim explicada: o poder, refere-se ao direito subjetivo que o proprietário possui por

¹⁰⁵ DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “função social”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo. v. 7. n. 27. jul./set. 2002. p. 60

¹⁰⁶ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 129.

usufruir a coisa, e o dever, refere-se à imposição da vontade disposta na norma¹⁰⁷.

Sobre essa relação de poder-dever, Fábio Konder Comparato menciona que, a função social da propriedade representa um “poder-dever”, uma condição relacionada a uma finalidade específica, na qual o proprietário está obrigado a exercê-la sob pena de sofrer sanções jurídicas¹⁰⁸.

Já nas palavras de Bercovici, a função social, que passou a integrar o conceito de propriedade, tem por objetivo delinear a destinação a ser dada à propriedade. Este destino tem como fundamento os interesses da coletividade e não apenas os do proprietário. Ainda, este autor acrescenta que, no sistema jurídico-constitucional brasileiro a propriedade dotada de função social legitima-se pela sua função, e a que não cumprir sua função social não será mais objeto de proteção jurídica¹⁰⁹.

Entretanto, vale destacar, como assim o fez José Afonso da Silva, com base nas teorias de Karl Renner, que o princípio da função social da propriedade não é sinônimo de limitações à propriedade. Trata-se de conceitos distintos e que não se confundem, uma vez que, as limitações estão diretamente ligadas ao exercício do direito, e a função social intervém na própria composição do direito¹¹⁰.

Ainda sobre esta diferença, entre o princípio da função social e as limitações da propriedade, ressalta-se o argumento de Derani, segundo a qual, “não se trata de limitar o desfrute na relação de propriedade, mas confrontar seus elementos e seus fins dirigindo-a ao entendimento de determinações políticas públicas de bem-estar coletivo”¹¹¹.

Conforme anteriormente mencionado, e nas palavras de Sundfeld, a Constituição Federal da República, ao dispor sobre o princípio da função social objetivou transportar para o Direito Privado algo que anteriormente era exclusivamente do Direito Público, trata-se do “[...] condicionamento do poder a uma finalidade”¹¹².

¹⁰⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Propriedade como Relação Jurídica Complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.

¹⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. 1986. p. 71-79

¹⁰⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 167.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75

¹¹¹ DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 63

¹¹² SUNDFELD, Carlos Ary. Função Social da Propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle (Orgs.). *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: RT, 1987, p. 5.

Desta forma, esta transposição teve por fim a criação de um vínculo entre os interesses privados do proprietário e os interesses comuns à sociedade.

Neste sentido, Derani, completa esta ideia ao afirmar que, toda propriedade privada decorre de um “*pacto social*”, sobre o qual os proprietários estão obrigados a cumpri-lo de modo a buscar a satisfação da coletividade como um todo, não apenas a sua individual¹¹³.

Cortiano Júnior, ao analisar este novo entendimento, concluiu que a execução da função social ao direito de propriedade propiciou a diversificação de sua definição, sendo que atualmente a propriedade possui várias dimensões, como exemplo a econômica, financeira, ambiental, empresarial, entre outras. Acrescenta ainda que, ante a diversidade de bens, a aplicabilidade do princípio da função social deverá observar cada caso específico, vez que, para cada bem, haverá uma destinação específica, devendo o proprietário obedecer às orientações previstas na lei¹¹⁴.

Neste sentido, no que tange ao princípio da função social e sua utilização, Orlando Gomes destaca que, por ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem, sobre o qual recai o direito¹¹⁵. E outras palavras, a função social pode variar de acordo com o caso, com a disciplina que a regula e, sobretudo, através da temporaneidade.

Sobre isso, no que se relaciona a função social da propriedade, Caio Mario sabiamente já dizia: Função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábula axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época¹¹⁶.

O direito de propriedade, como direito fundamental (art. 5º, caput e XXII) está adstrito ao cumprimento da sua função social (art. 5º XXIII), que por sua vez está vinculado aos sentidos anteriormente propostos, como o bem estar social e ao bem comum¹¹⁷.

Desta forma, a ideia que decorre da leitura do art. 5º, XXIII, CF de que a

¹¹³ DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 59

¹¹⁴ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 158-159

¹¹⁵ GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 111

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Evolução do Direito de Propriedade*. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Curso de Direito da Universidade de Uberlândia*. S.I. 1982, p. 219

¹¹⁷ A relação existente entre o princípio da função social e os princípios constitucionais da ordem econômica será mais detalhada no capítulo 3 deste trabalho onde se desenvolverá uma perspectiva contemporânea do direito, fundamentado na teoria da integridade em Ronald Dworkin.

propriedade atenderá a função social transmitiu-se para outros ramos do direito privado.

Salomão Filho afirma que muitos são os exemplos desta tendência, como o Direito do Consumidor¹¹⁸ e o Direito Ambiental¹¹⁹, e conclui, afirmando que o princípio da função social deve ser aplicado a toda e qualquer relação civil¹²⁰.

Dessa forma, verifica-se que muitos dos autores mencionados abordam a função social da propriedade como princípio, e que em sua maioria, atrelam a expressão à melhoria da sociedade, ao bem comum e até à justiça social. Termos que, de fato são subjetivos, mas que nenhum dos citados juristas delimita de forma minimamente objetiva o conteúdo principiológico da função social.

Ainda, pode-se verificar que o princípio abarca também não só as disciplinas de direito do consumidor e direito ambiental; a expressão está presente ainda, na função social do contrato, na função social da família, e, no que interessa ao presente trabalho, na função social da empresa, o que passa a ser objeto no próximo item.

2.2 Função Social da Empresa como Propriedade dos Bens de Produção

No Brasil, os estudos acerca da função social da empresa tiveram o seu delineamento a partir do princípio da função social da propriedade, referindo-se os pensadores ao tratar da função social da empresa à propriedade sobre os bens de produção¹²¹.

¹¹⁸ Salomão Filho traz o exemplo do art. 18 do CDC, que trata a responsabilidade dos fornecedores pelo fato do produto.

¹¹⁹ Salomão Filho explica que, com relação ao Direito Ambiental, a obrigação de reparação dos danos é de todos, e não apenas daquele que causou o dano, por isso, o autor considera a função social como um princípio que se refere a todas as relações civis.

¹²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 823. ano 93. mai. 2004, p. 68-69.

¹²¹ Segundo Fábio Konder Comparato, em análise anterior à Constituição de 1988 e à revolução tecnológica, ao tratar da função social dos bens de produção, pode-se anotar: “[...] Os bens de produção são móveis ou imóveis, indiferentemente. Não somente a terra, mas também o dinheiro, sob a forma de moeda ou de crédito, podem ser empregados como capital produtivo. De igual modo os bens destinados ao mercado, isto é, as mercadorias, pois a atividade produtiva é reconhecida, na análise econômica, não pela criação de coisas materiais, mas pela criação de valor. Mas as mercadorias apenas se consideram bens de produção enquanto englobadas na universalidade do fundo de comércio; uma vez destacadas dele, ao final do ciclo distributivo, ou elas se incorporam a

Ana Frazão explica que:

As discussões a respeito da função social da propriedade sempre se projetaram com intensidade sobre os bens de produção e, conseqüentemente, sobre a função social da empresa. Para muitos autores, inclusive, a função social teria como objetivo exclusivo exatamente os bens de produção.

Se a função social seria capaz de alterar a própria estrutura da propriedade, o mesmo raciocínio poderia ser aplicado aos bens de produção utilizados pela empresa, cuja função social diria respeito aos compromissos e obrigações para com os empregados, os consumidores e a comunidade como um todo¹²².

Ainda de acordo com Ana Frazão, se reconhece que a análise da função social da empresa a partir dos bens de produção foi uma importante etapa de consolidação da matéria¹²³.

Para Calixto Salomão Filho e Fábio Konder Comparato, o princípio da função social da empresa deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade¹²⁴.

Seguindo este raciocínio, Comparato afirma que “[...] a relação de propriedade de bens de produção transmuda-se, quando eles se inserem numa organização empresarial, em poder de controle, isto é, na prerrogativa de comando e direção da empresa como um todo, compreendendo pessoas e bens”¹²⁵. E é por isso que referido autor menciona que no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados, não só dos empresários, como também os interesses da comunidade em que ela atua e de seus empregados. Ainda segundo Comparato, o princípio da função social da empresa que deriva do princípio da função social da propriedade, na perspectiva do controle e da propriedade dos bens de produção, apresenta uma diferença singular, que estaria no poder do proprietário dos bens de produção em dar-lhes um destino

uma atividade industrial, tornando-se insumos de produção, ou passam à categoria de bens de consumo.” (COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. 1986. p. 72). Ainda sobre a questão, afirma José Afonso da Silva que: “Bens de produção, chamados também capital instrumental são os que se aplicam na produção de outros bens ou rendas, como as ferramentas, máquinas, fábrica, estradas de ferro, docas, navios, matérias primas, a terra, imóveis não destinados à moradia do proprietário, mas à produção de bens.” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 793).

¹²² FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 109.

¹²³ Ibidem, p. 110.

¹²⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 132-133.

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 77-78.

determinado, de vinculá-los a certo objetivo¹²⁶.

Comparato¹²⁷ destaca que o dever de atribuir função social dos bens de produção não se confunde com as restrições ao uso e gozo dos bens particulares, ou seja, com os limites negativos aos direitos do proprietário de bens particulares¹²⁸. Para o autor, a função social destas propriedades enquanto destinadas à produção significa um poder do proprietário em dar-lhes um destino direcionado a determinado objetivo. E continua referido autor:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica¹²⁹.

A essencialidade dos bens de produção e a consequente função social por eles desempenhada em razão da destinação que lhes é dada, como propõe Comparato, proporcionam uma discussão acerca da possibilidade de se interpretar um tratamento diferenciado a esta categoria de bens, de modo a privilegiar sua manutenção e integridade, mesmo em detrimento de interesses particulares¹³⁰.

A função social da propriedade representa um poder-dever positivo, exercido no interesse da coletividade, e inconfundível, como tal, com as restrições tradicionais ao uso de bens próprios^{131 132}.

¹²⁶ Ibidem, p. 77-78.

¹²⁷ Ibid., p. 77-78.

¹²⁸ Esta ideia também é exposta por Gilberto Bercovici, segundo o qual: "A função social é mais do que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento. Razão e justificação da propriedade. [...] A função é o poder de dar à propriedade determinado destino, de vinculá-la a um objetivo. O qualificativo social indica que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo, não ao interesse do proprietário. [...] Enquanto instrumento garantidor da subsistência individual e familiar [...] a propriedade é um direito individual e cumpre uma função individual, não sendo imputada a ela a função social". (BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 76-77.)

¹²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 32.

¹³⁰ Ibidem, p. 15.

¹³¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. 1986. p. 79.

¹³² Em outro estudo, afirma Comparato que: "[...] a função jurídica pode também ser tomada, num sentido mais abstrato, como atividade dirigida a um fim e comportando, de parte do sujeito agente, um poder ou competência. Atividade, em direito, designa sempre uma série de atos unificados em razão do mesmo objetivo global. Se analisarmos mais de perto esse conceito abstrato de função, em

Portanto, para Comparato o proprietário dos bens de produção está diante de um poder-dever de atribuir a estes bens uma função social, que não se confunde ou se resume em um ato de abstenção vinculado a limitações legais, mas sim, de cumprir determinado interesse coletivo, ainda que este interesse coletivo deva se harmonizar com o interesse do próprio proprietário¹³³.

[...] o poder-dever do proprietário de dar a coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos¹³⁴.

Nesta mesma perspectiva, de que os bens de produção estão vinculados ao cumprimento de certo objetivo coletivo, Calixto Salomão Filho assevera que a função social passa a justificar a própria atribuição das atividades econômicas empresariais. Segundo referido autor, a função social, numa análise constitucional, passa a justificar a própria atribuição dos direitos fundamentais das pessoas jurídicas¹³⁵.

Ainda tratando da função social da empresa na concepção de propriedade dos bens de produção, Eros Roberto Grau, em estudo realizado antes da Constituição de 1988, estabeleceu uma classificação da propriedade, em propriedade estática e propriedade dinâmica, para diferenciar a propriedade dos bens de produção da propriedade dos demais bens, que seriam de uso individual.

Segundo Eros Grau, a propriedade estática é direito subjetivo, enquanto que a propriedade dinâmica representa função. Ao analisar a propriedade dos bens de produção têm-se dois elementos: sociedade e empresa. A sociedade, representada pelos acionistas, detém uma relação jurídica de “pertinência” e, a empresa detém o poder advindo dos bens. Assim, o autor conclui: “[...] a sociedade existe

suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder. O desenvolvimento da atividade é, portanto um dever, mais exatamente, um poder-dever; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido. Há funções exercidas no interesse de uma pessoa ou de pessoas determinadas – como o pátrio poder, a tutela e a curatela – e funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade. Nesta última hipótese, e somente nela, parece-me mais apropriado falar em função social”. (COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 73)

¹³³ COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.35

¹³⁴ Ibidem, p. 132-133

¹³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade anônima: interesse público e privado. In: *Revista de Direito Mercantil*, v. 127. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19

juridicamente enquanto situação subjetiva – direito – ao passo que a empresa existe juridicamente enquanto fonte de poder-função”¹³⁶.

Em seus estudos após a Constituição de 1988, Eros Grau manteve o seu critério de diferenciação entre a propriedade estática e a propriedade dinâmica, mas acrescentou novas reflexões a partir do texto constitucional, fazendo uma cisão entre propriedade dotada de função individual e o que denominou “propriedade-função social”.

Segundo o autor, a propriedade dotada de função individual está submetida aos ditames do art. 5º, XXII do texto constitucional, afirmando que a “propriedade que atenderá a sua função social”, a que faz alusão o inciso seguinte (XXIII), “só pode ser aquela que exceda o padrão qualificador da propriedade como dotada de função individual”¹³⁷.

Por sua vez, a propriedade-função social, segundo Eros Grau, que está diretamente vinculada à ordem econômica, enquanto propriedade dos bens de produção estaria submetida ao princípio inscrito no art. 170, III. Desta forma, para Eros Grau, a inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social, mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna¹³⁸.

Para Eros Grau, enquanto a propriedade é encarada como instrumento, como uma garantia da subsistência individual e familiar, tem uma função individual, isenta da função social, limitada tão somente pelo poder de polícia estatal, que estaria relacionada com o artigo 5º, XXII e XXIII da Constituição.

De outro lado, estando a propriedade relacionada com os bens de produção, ter-se-ia não um direito de propriedade, mas uma “propriedade-função”, perdendo sua condição de direito e passando a de dever, estando assentada no texto constitucional no art. 170, inciso III.

Assim, para Eros Grau o princípio da função social da propriedade posto no artigo 5º, XXII e XXIII da Constituição se refere à propriedade individual, enquanto que o princípio da função social da propriedade inscrito no artigo 170, III da

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.

131

¹³⁷ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 241

¹³⁸ Ibidem, p. 241

Constituição se refere à função social da propriedade dos bens de produção, o que denominou de “propriedade-função social”, estando os bens de produção subordinados aos ditames da justiça social, cujo objetivo seria propiciar a todos existência digna: “A propriedade em regime de empresa é discernida a partir da consideração da propriedade dinâmica, que não tem por objeto a fruição do seu titular – mero direito subjetivo – mas a produção de outros bens – função”¹³⁹.

Isabel Vaz, também faz a diferenciação apresentada por Eros Grau, entre propriedade estática e propriedade dinâmica, apesar de discordar das conclusões do referido autor sobre a função social da propriedade dos bens de produção. Para a autora, a propriedade estática se refere às propriedades imobiliárias, os créditos e as relações jurídicas delas derivadas para os seus titulares, que são regidas eminentemente pelo Código Civil¹⁴⁰. A propriedade dinâmica, por sua vez, está relacionada com as atividades econômicas, industriais e comerciais e se reservam “a produzir e promover a circulação, a distribuição e consumo de bens”¹⁴¹, estando sua regulamentação parcialmente assentada em outros diplomas legais. De acordo com a autora:

Retirar o capital, os bens de produção do estado de ócio (aspecto estático), consiste, pois, em utilizá-los em qualquer empresa proveitosa a si mesma e à comunidade. É dinamizá-los para produzirem novas riquezas, gerando empregos e sustento aos cooperadores da empresa e à comunidade. É substituir o dever individual, religioso, de dar esmola pelo dever jurídico inspirado no compromisso com a comunidade, de proporcionar-lhe trabalho útil e adequadamente remunerado¹⁴².

Ao criticar o pensamento de Eros Grau, Isabel Vaz afirma que o fato de os bens de produção em dinamicidade terem de cumprir a sua função social e estarem afeitos aos ditames da justiça social, não retira do proprietário o seu direito subjetivo de propriedade, uma vez que também é princípio constitucional balizador da ordem econômica brasileira a liberdade de iniciativa e a propriedade privada:

O direito subjetivo do proprietário dos bens de produção, da propriedade dinâmica, ao contrário do que afirma Eros Grau, não pode ser considerado abolido simplesmente porque a empresa privada tem uma função social a cumprir. Esta função impõe compromissos e deveres ao acionista controlador, conforme o artigo 170, caput, e inciso III da Carta vigente e

¹³⁹ Ibid., p. 241

¹⁴⁰ VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 145.

¹⁴¹ Ibidem, p. 145

¹⁴² Ibid., p. 151

ainda nos termos do parágrafo único do artigo 116 da Lei 6.404/76, mas não lhe retira a qualidade de titular de direitos subjetivos sobre os lucros ou os dividendos resultantes da atividade empresarial. Caso contrário, não se justificariam a inserção da 'livre iniciativa' no caput do citado artigo 170 nem do princípio da 'propriedade privada' no inciso II do mesmo dispositivo¹⁴³.

Isabel Vaz afirma que tanto a propriedade individual (estática), quanto a propriedade dos bens de produção (dinâmica) está sujeita ao cumprimento da função social, cada uma a sua maneira e que em nenhuma das hipóteses, há supressão do princípio constitucional garantidor do direito à propriedade privada¹⁴⁴.

¹⁴⁵

Do que foi exposto até aqui, não há dúvida de que o reconhecimento da função social dos bens de produção representou uma importante etapa para a concretização da função social da empresa, ao evidenciar que a propriedade dos bens postos em dinamismo não poderia comprometer-se somente com os interesses individuais do empresário, dos sócios ou acionistas das sociedades empresárias, “mas deveria atender igualmente aos interesses da coletividade”¹⁴⁶.

Todavia, a função social dos bens de produção não esgotou a questão da função social da empresa, principalmente na atual quadra histórica, em especial após a revolução tecnológica e o desenvolvimento da rede mundial de computadores (internet), quando muitas das maiores sociedades empresárias do mundo sequer possuem um parque industrial¹⁴⁷.

¹⁴³ Ibid., p. 154

¹⁴⁴ Ibid., p. 153

¹⁴⁵ Ainda que trabalhe em uma perspectiva mais contemporânea de interpretação do princípio da função social da empresa, como se verá no capítulo 3 deste trabalho, neste ponto as ideias de Ana Frazão também referendam a postura de Isabel Vaz: “A função social da propriedade e da empresa [...] não deixa de ser uma tentativa de inserir a solidariedade nas relações horizontais entre os indivíduos, transformando-os em co-responsáveis, ao lado do Estado, pela efetiva realização do projeto de uma sociedade de membros autônomos e iguais [...]. Há que se encontrar, pois, um equilíbrio entre as dimensões individual e funcional dos direitos subjetivos e das liberdades, sendo certo que tal harmonização, naquilo que envolve uma postura ativa dos cidadãos diante dos interesses sociais, não pode estar sujeita apenas à vontade e ao arbítrio de cada um. Se assim fosse, essa responsabilidade jurídica, que é imposta constitucionalmente, transformar-se-ia em mero compromisso moral, que poderia ser facilmente afastado por imperativos da racionalidade econômica (FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 190-191). Posição também adotada por Fábio Konder Comparato, ao afirmar que: “O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica” (COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 32).

¹⁴⁶ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 110.

¹⁴⁷ Nesse sentido, de acordo com Jeremy Rifkin, fala-se em uma “nova teoria de relações de acesso”, já que “[...] a economia global faz a transição de mercados para redes, do espaço geográfico para o ciberespaço e do capitalismo industrial para o cultural”. (RIFKIN, Jeremy. Tradução: Maria Lucia G. L.

Aliás, esta compreensão é de grande fundamento para a presente pesquisa, uma vez que o conceito de empresa aqui adotado é o conceito funcional¹⁴⁸, ou seja, empresa significa a própria atividade econômica em abstrato para a produção de bens e serviços¹⁴⁹ e não o conjunto de bens materiais e imateriais de uma sociedade empresária, que se limita a tratar do estabelecimento empresarial, segundo a teoria da empresa.

O conceito de empresa, em sua concepção funcional de atividade econômica, é uma realidade em tempos contemporâneos muito mais complexa do que apenas um conjunto de bens patrimoniais (materiais e imateriais) colocados em dinamismo, sendo muitas vezes mais importante o poder de controle da sociedade empresária do que propriamente a propriedade dos bens de produção¹⁵⁰.

Além disso, a compreensão da função social da empresa, enquanto princípio fundamental da ordem econômica, precisa ser compreendida constitucionalmente no âmbito dos demais princípios que o conformam, de forma a se obter uma interpretação hermeneuticamente íntegra e coerente.

Neste contexto, o presente trabalho sofrerá um pequeno corte, cuja ideia é fornecer as bases contemporâneas de um ordenamento jurídico constitucional formado por princípios e não apenas por regras de Direito. Para tanto, será utilizada a teoria de Ronald Dworkin, em especial o que o autor norte-americano denominou de “Integridade do Direito”.

Após, o trabalho retomará a sua marcha, pretendendo demonstrar uma compreensão contemporânea do princípio da função social da empresa, cujas bases estão na teoria constitucional.

Rosa. *A Era do Acesso. A Transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Pearson Makron Books, 2004, p. 194). Ilustram a questão proposta: Google, Facebook, Ibovespa, entre outros.

¹⁴⁸ Remete-se o leitor ao item 1.1 desta pesquisa.

¹⁴⁹ Ressalte, também, que este conceito foi adotado pelo legislador brasileiro que encampou a teoria da empresa no Código Civil de 2002, que em seu artigo 996 dispõe que: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

¹⁵⁰ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 110

3. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA A PARTIR DE RONALD DWORKIN

Para tratar da concepção de função social da empresa como princípio fundamental da ordem econômica, na forma como vem sendo adotado pela doutrina contemporânea, é preciso traçar as bases sobre as quais esta teoria da função social da empresa se desenvolve.

Neste contexto, é preciso compreender a concepção de princípio jurídico no constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, esta pesquisa se utilizará da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, em especial no que o referido autor denominou de Integridade do Direito.

Explica-se que, para o presente trabalho, opta-se pela concepção de Ronald Dworkin, pois, no ponto em que referido autor trata dos princípios jurídicos, sua concepção de integridade responde de forma mais adequada aos desafios da presente pesquisa.

Dessa forma, apresentado um dos marcos teóricos que delineiam o presente trabalho, avança-se para apresentar uma visão mais contemporânea do princípio da função social da empresa, em cotejo com os demais princípios constitucionais da ordem econômica brasileira (art. 170, CF).

3.1 A Integridade do Direito

Para tratar da concepção do Direito como integridade, na forma proposta por Ronald Dworkin, é preciso compreender que, em tempos atuais, superado o positivismo jurídico, o legislador e o julgador não possuem discricionariedade, exatamente porque o ordenamento jurídico é formado não apenas por regras jurídicas, mas também por princípios¹⁵¹.

¹⁵¹ OMMATI, José Emílio Medauar. *A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade*. In: CATTONI, Marcelo. (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 153.

Segundo Dworkin, os princípios são justificações, fundamentos para as instituições e leis da comunidade. São padrões de moralidade política da comunidade que justificam as suas práticas. Estão na dimensão hermenêutica, na dimensão da prática da interpretação, guiando a interpretação das regras na direção do melhor direito possível para o caso¹⁵².

Para Dworkin, os princípios morais preenchem os vazios de sentido da interpretação do direito. E também guiam a interpretação jurídica para resultados mais adequados e justificativos^{153 154}. Para o autor, os princípios possuem uma dimensão de peso e importância que sempre guiaram as decisões numa ou noutra direção.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção dos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é¹⁵⁵.

Por outro lado, as regras não possuem esta dimensão. Segundo Dworkin é possível dizer que as regras são funcionalmente importantes ou não, no sentido de que uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Todavia, não se pode afirmar, segundo o autor, que uma regra é mais importante que outra

¹⁵² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico*. Curitiba: 2014, p. 336-337

¹⁵³ Ibidem, p. 372

¹⁵⁴ Segundo Dworkin, mesmo aqueles princípios “[...] que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam. O caso mais notório é o usucapião – se eu atravesso suas terras sem autorização durante muito tempo, algum dia adquirirei o direito de cruzá-las quando o desejar. Há muitos exemplos menos dramáticos. Se um homem abandona seu trabalho, rompendo um contrato, para assumir outro emprego mais bem pago, ele pode ter que pagar indenização a seu primeiro empregador, mas em geral ele terá direito de manter seu novo salário. Se um homem foge quando está sob fiança e cruza a fronteira estadual para fazer um investimento brilhante em outro estado, ele poderá ser remetido de volta à prisão, mas ele manterá os lucros”. (DWORKIN, Ronald. Tradução: Nelson Boeira. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 40)

¹⁵⁵ Ibidem, p. 42

enquanto parte do mesmo sistema de regras, “de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta outra em virtude de sua importância maior” ¹⁵⁶.

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes ¹⁵⁷.

De acordo com Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

[...]

A regra pode ter exceções, mas se tiver será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.

[...]

Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção ¹⁵⁸.

Ronald Dworkin não nega que exista diferença entre direito e moral, pelo contrário, combina argumentos extrajurídicos (morais, pragmáticos, éticos) à fundamentação das decisões, sem, contudo, perder de vista o código próprio do Direito ¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Ibid., p. 42

¹⁵⁷ Ibid., p. 42

¹⁵⁸ Ibid., p. 39-42

¹⁵⁹ Não parecem corretas algumas críticas apontadas sobre a teoria de Dworkin no sentido de que o autor confundiria direito e moral, pois como afirmam Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti: “A diferenciação entre direito, moral e política deve ser mantida, mas isso se torna possível justamente pela tradução dos princípios morais e dos objetivos políticos na linguagem propriamente jurídica, internalizando e ressignificando assim seus conteúdos no direito positivo. A diferenciação interna ao direito entre direitos e políticas, proposta por Dworkin, reforça a distinção entre formas específicas de discursos, buscando garantir a primazia dos argumentos de princípios, que remetem aos conteúdos morais dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática de

Segundo Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti “é precisamente o conteúdo moral incorporado ao Direito como direitos fundamentais, funcionando como Direito e não mais como moral”, proposta por Dworkin, “que garante o pluralismo e a crescente complexidade da sociedade moderna”¹⁶⁰.

Porém, a decisão jurídica para saber quais direitos e deveres decorrem de decisões políticas anteriores, muitas vezes precisa recorrer tanto ao conteúdo explícito dessas decisões políticas, quanto à moral popular de uma comunidade, que abrange, segundo Dworkin, a moral pessoal (conjunto de opiniões sobre justiça e outras virtudes políticas pessoais vistas como opiniões pessoais) e a moral política¹⁶¹.

A moral pessoal, para Dworkin, é uma moral privada, particular, que espera que as pessoas próximas a nós se comportem com coerência. Não demanda que todos se comportem da mesma forma, ou seja, respeita as divergências individuais, porém, exige uma coerência de comportamento. Por sua vez, a moral pública espera o comportamento coerente por parte do Estado e da comunidade. Da mesma forma que a moral pessoal, a moral pública também admite graus de discordância, não se exigindo que todos os cidadãos ou grupos de cidadãos pensem da mesma maneira. Porém, apesar das divergências, exige-se que o Estado ou a comunidade atuem segundo um conjunto único e coerente de princípios, ainda que os cidadãos sobre eles divirjam. Segundo Dworkin, as convicções de moralidade pessoal, altamente fragmentadas, podem ser integradas por convicções substanciais de moralidade política, encontrando na unidade de princípios substanciais de moralidade política

políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos”. (CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 57-58). Ainda sobre este ponto, esclarece Lênio Luiz Streck: “Quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de política, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’ como enunciados assertórios ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que deve haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc.; ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa ‘blindagem’ contra a discricionariedade é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os *hard cases*”. (STRECK, Lênio Luiz. O Problema do “Livre Convencimento” e do “Protagonismo Judicial” nos Códigos Brasileiros: A Vitória do Positivismo Jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. (Coord.). *Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 63-64).

¹⁶⁰ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 61

¹⁶¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Op. cit., p. 372

um ponto de vista comum, para manter de modo íntegro a diversidade de convicções de moralidade pessoal. Este ponto de vista comum é a integridade¹⁶², que segundo Dworkin, pode ser dividida em integridade na legislação e integridade na aplicação.

A integridade na legislação exige que o legislador, ao criar as leis, mantenha a coerência em relação aos princípios morais, ou seja, deve manter o conjunto de leis moralmente coerente. Aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com os princípios subjacentes que lhe fundamentam.

A integridade na aplicação, segundo Dworkin, requer que aqueles responsáveis por decidir o sentido da lei busquem coerência com a sua integridade. Isso explica porque os juízes devem conceber o corpo de normas que eles administram como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual eles são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com o interesse meramente estratégico¹⁶³.

A virtude da integridade na interpretação das leis exige que os magistrados mantenham a coerência tanto em relação às convicções políticas do passado quanto aos princípios morais, perguntando-se sempre qual é a interpretação que melhor revela o projeto político que a inclui e que a justifica. Para Dworkin, a integridade é uma virtude que disciplina a leitura moral do direito, impedindo que se interprete o direito sem um compromisso substancial com a integridade dos princípios de moralidade política. O uso desses princípios não pode ser discricionário, pois não podem ser entendidos como meras convicções pessoais a respeito do que seria um ideal de justiça, tampouco podem ser entendidos como opiniões subjetivas ativistas sobre políticas do governo¹⁶⁴.

De acordo com Ronald Dworkin:

Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. Esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuam poder discricionário, já que um conjunto de princípios *pode* ditar um resultado. Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não tem igual peso, então ele deve decidir

¹⁶² Ibidem, p. 373.

¹⁶³ OMMATI, José Emílio Medauar. Op. cit., p. 156.

¹⁶⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Op. cit., p. 377, 374 e 336.

de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória¹⁶⁵.

O princípio da integridade propõe um programa interpretativo onde identificam os direitos e deveres legais a partir do pressuposto de que foram criados por um único autor, a comunidade de princípios, que expressa uma coerente concepção de justiça e equidade.

Segundo Dworkin, pelo menos alguns princípios devem ser reconhecidos como obrigatórios pelos juízes e considerados, no seu conjunto, como necessários para chegar a certas decisões, do contrário nenhuma regra ou muito poucas regras poderiam ser consideradas como obrigatórias para eles¹⁶⁶.

Para desenvolver este ponto da sua teoria, Dworkin apresenta três formas (modelos) segundo as quais as pessoas se associam: o modelo acidental, o modelo de regras e o modelo de princípios.

No primeiro modelo de associação, o acidental, os membros de uma comunidade pensam que se encontram associados por um incidente, um evento, que decorre de circunstâncias históricas, geográficas, etc. Nesta associação, os membros se mantêm vinculados enquanto a associação for benéfica a todos, podendo abandoná-la sempre que não mais for conveniente. No segundo modelo de associação, o das regras, os membros de uma comunidade estão unidos porque aceitaram obedecer regras decorrentes de uma negociação, sem, porém, se importar com a circunstância de que estas regras são fruto de princípios comuns que lhes garante a integridade e coerência. Não se considera os princípios subjacentes às regras como fontes diretas das obrigações. Cumprem-se as regras baseadas em um modelo contratual, porque são o produto, o resultado de negociações. No terceiro, o modelo baseado em princípios, os membros da comunidade aceitam que são governados por regras, mas que também são vinculados por princípios comuns, que fundamentam as regras. Neste modelo, cada membro da comunidade se encontra em um campo de debates sobre quais os princípios e quais as convicções merecem ser compartilhados pela comunidade. Este terceiro modelo de comunidade, a comunidade baseada e unida por princípios, é a que melhor se ajusta

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 57

¹⁶⁶ Ibidem p. 59

às sociedades plurais e complexas da contemporaneidade, garantindo o engajamento necessário que reflita a sua integridade política¹⁶⁷.

Para Dworkin é tarefa de uma comunidade densificar e interpretar reflexivamente esses princípios, não podendo compreender-se mais como um grupo de pessoas associadas somente por razões acidentais, externas e incontroláveis, históricas ou territoriais, tampouco como um grupo de pessoas vinculado pela submissão às mesmas regras, decorrentes de um procedimento aceito, a partir de um suposto acordo prévio¹⁶⁸.

Segundo Rafael Simioni¹⁶⁹, referindo-se às ideias de Dworkin, “é esse modelo de associação política, baseado em princípios, que garante o engajamento necessário para refletir a integridade política de uma comunidade moralmente plural” e arremata:

[...] a moral política é um modo de interpretação de nossa prática política, de nossa cultura política, que melhor revela o valor das nossas práticas. Ela tanto se ajusta às nossas descrições, quanto convém às nossas recomendações. E por isso ela é poderosa tanto na primeira quanto na segunda dimensão da interpretação, que são as dimensões da adequação e da justificação do modelo interpretativo às nossas práticas. A integridade política é o modelo de interpretação que melhor revela o valor das nossas políticas em sociedades plurais¹⁷⁰.

Segundo Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti:

Uma verdadeira comunidade, que Dworkin denomina de princípios, é uma comunidade especial. Além de compartilhar esses princípios comuns, eles a compreendem como uma comunidade de princípio, pois seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, há um respeito pela diferença do outro que não se confunde com a emoção moral, o altruísmo ou o amor. As obrigações recíprocas dessa comunidade decorrem dessa natureza especial que lhe é construtiva. Não se obedece a essas normas como realização de uma justiça global, universal. Tais obrigações nascem justamente desse senso de pertencimento a uma comunidade que compartilha os mesmos princípios¹⁷¹.

A integridade a que se refere Dworkin significa, sobretudo, uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente

¹⁶⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Op. cit., p. 376-377

¹⁶⁸ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 62

¹⁶⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Op. cit., p. 377

¹⁷⁰ Ibidem, p. 377

¹⁷¹ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 63

que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado¹⁷².

Com o recurso à integridade, Dworkin visa promover eficiência (além de coerência interna) ao sistema do Direito. Para isso parte da compreensão do Direito a partir de princípios, que assumem em sua teoria não o caráter de instrumento hermenêutico de preenchimento de lacunas, mas de normas, cujo uso torna o sistema mais complexo, abrindo a margem de legitimidade democrática¹⁷³.

[...] a aplicação de uma norma, de um princípio, requer que, na unicidade específica e determinada do caso concreto, diante das várias versões dos fatos que se apresentam, se tenha o tempo todo também em mente a norma geral ou princípio contrário, a configurar uma tensão normativa rica e complexa, cujo significado de cada uma delas delimita e matiza o da outra passando, assim, a conformá-lo profundamente, de tal sorte que uma é recíproca e inafastavelmente construtiva do sentido constitucional da outra¹⁷⁴.

O caráter normativo dos princípios jurídicos que, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados ao Direito¹⁷⁵.

O direito como integridade exige coerência de princípio ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. O direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito de decisões, mas também o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção¹⁷⁶.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que o seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para

¹⁷² BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85

¹⁷³ BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ. Conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 270

¹⁷⁴ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 38

¹⁷⁵ Ibidem, p. 60

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 273-274 e 263-264.

oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo realismo¹⁷⁷.

Para demonstrar a sua ideia de direito como integridade, em especial na integridade na aplicação do Direito, Dworkin idealizada o que denomina de “romance em cadeia”, segundo o qual o novo capítulo de um romance deve ser escrito em coerência e levando em consideração os capítulos anteriores, porém, não apenas o repete. Leva em consideração a história, ainda que o faça para mudar a própria história.

Segundo Dworkin:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um dos nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então¹⁷⁸.

Assim, o direito constitucional deve realizar o que Dworkin qualifica como a integridade do Direito, de maneira que não se pode mais ver a Constituição e os princípios, senão a partir da interpretação da totalidade constitucional. Não se interpreta o direito e os textos normativos “em tiras”, isoladamente, mas no seu todo.

Embora haja uma permanente tensão entre constitucionalismo e democracia e também entre os princípios constitucionais, conquanto muitas das vezes sejam opostos, eles não se repelem ou se contradizem, mas se complementam e se requerem. São equiprimordiais. Nesta concepção, a hermenêutica constitucional se apresenta como uma atividade complexa, sendo os princípios constitucionais

¹⁷⁷ Ibidem, p. 274

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. Tradução: Luís Carlos Borges. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238

opostos, não contraditórios, mas sim reciprocamente complementares, e, portanto, requerentes de seus respectivos opostos. Da mesma forma, não se pode mais pensar o constitucionalismo sem a democracia e, tampouco, a democracia sem constitucionalismo¹⁷⁹.

Esta é precisamente a forma com que devemos lidar com os princípios, sempre atentos à relação complexa de tensão que guardam entre si, nunca tornando-os isoladamente, mas considerando-os sempre na tensão com seus opostos, como, por exemplo, o princípio da privacidade só pode ser seriamente aplicado se se considera em todo o tempo do processo de aplicação o seu contraponto, o princípio da publicidade. O problema é exatamente o desafio de sermos capazes de apontar densidade e complexidade à nossa reflexão. Na teoria da Constituição, sobretudo, somente podemos considerar o constitucionalismo na sua complexidade¹⁸⁰.

É com base na ideia de integridade do Direito que os princípios e garantias constitucionais precisam ser compreendidos, uma vez que os princípios, diferentemente das regras, não se sujeitam à aplicação do “tudo ou nada”. Noutros termos, os princípios não são apenas conflitantes entre si, mas sim reciprocamente complementares.

Os limites da compreensão de um princípio são densificados e conformados por outros princípios de igual importância fundamental. Portanto, um princípio pode ser compreendido no âmbito de uma comunidade de princípios, a um só tempo, como sendo contorno e a extensão limitadora de outro princípio.

3.2 Função Social da Empresa como Princípio da Ordem Econômica e Social

Feitas as considerações anteriores acerca da necessidade de se interpretar a Constituição como um conjunto de princípios que antes de se antagonizarem se complementam e se conformam, de forma a delimitar as bases sobre as quais se desenvolve a teoria sobre o princípio da função social da empresa em tempos atuais, é o momento de verificar em que perspectiva este princípio tem sido tratado pela doutrina contemporânea.

¹⁷⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 124-125

¹⁸⁰ Ibidem, p. 124-125

A doutrina de um modo geral, com pequenas nuances, vai afirmar que a empresa, enquanto atividade econômica (sentido funcional), cumpre a sua função social quando a um só tempo além de gerar lucros e dividendos e, portanto, atender aos interesses internos, também atenda a interesses externos da coletividade sendo a atividade econômica desenvolvida com respeito aos demais princípios que fundamentam a ordem econômica. Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

Cumpra esta função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal¹⁸¹.

Neste contexto, cumprir a função social da empresa significa que a atividade econômica desenvolvida deve observar, concomitantemente, todos os princípios constitucionais que balizam a ordem econômica, em especial aqueles descritos no artigo 170 da Constituição, além dos demais princípios distribuídos por todo o texto constitucional.

A Constituição estabeleceu princípios que se conformaram e que se densificam, sendo que o princípio da livre iniciativa empresarial, por exemplo, mais do que encontrar limites nos princípios da livre concorrência, da proteção dos empregados, da defesa do consumidor e do meio ambiente¹⁸² também possui o seu próprio conteúdo preenchido por referidos princípios constitucionais.

Neste ponto, são esclarecedoras as afirmações de Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti:

É próprio da esfera normativa deontológica, especialmente no caso do direito, o requisito de se lidar com normas contrárias em permanente tensão sem que isso implique em contradição. Pelo contrário, como afirma Habermas, inspirado por Dworkin, os opostos aqui são equiprimordiais e complementares, reciprocamente constitutivos dos respectivos sentidos¹⁸³.

¹⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 37

¹⁸² FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 193

¹⁸³ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 144-145

Por se tratar de princípios não se pode de antemão pretender estabelecer as suas hipóteses de aplicação e exceções, ou mesmo seu conteúdo, como no campo das regras de Direito onde se aplica a lógica do “tudo ou nada”.

Por serem os princípios normas abertas, que não buscam regular aprioristicamente as suas hipóteses de aplicação, é preciso analisá-los de forma íntegra e coerente. Portanto, sempre que se enfocar um princípio deve-se estar atento ao princípio ou conjunto de princípios opostos, de forma que se possa “ver a relação de tensão produtiva ou de equiprimordialidade que, na verdade, guardam entre si, a matizar recíproca, decisiva e constitucionalmente os significados um do outro” ¹⁸⁴.

Por esta razão é que afirma Cristiane Derani que “o conteúdo dos princípios, sua real dimensão e alcance com todos os matizes da ideia que encerram, só é plenamente possível de ser determinado ao ser invocada sua aplicação num determinado contexto” ¹⁸⁵. Arremata a autora:

Os princípios desenvolvem seu próprio conteúdo (*Sinngehalt*) somente quando compõe uma dinâmica conjunta de recíproca complementação e limitação (*wechselseitiger Ergänzung und Beschänkung*). Portanto, deixa-se plenamente evidenciar o significado do princípio da livre iniciativa somente quando se compreendem os princípios que a ele reagem, impondo-lhe limites e delimitando o seu campo de atuação. Por exemplo, a existência da obrigação de contratar, a proteção à dispensa do empregado ou o direito a participação nos lucros da empresa são elementos que não contradizem o princípio da livre iniciativa, ao contrário, revelam-se como sustentadores do sistema para a afirmação da autonomia privada. Em outras palavras, a compreensão de um princípio é frequentemente ao entendimento de seus limites, isto é, o conhecimento de um princípio é permitido pela contraposição a outros princípios e à realidade a que se refere ¹⁸⁶.

Desta forma, não se pode mais afirmar de forma simplória e sem maiores reflexões, por exemplo, que a liberdade de iniciativa significa que todos aqueles que pretendam exercer atividade empresarial no território brasileiro são livres para fazê-lo, isto porque esta liberdade de empresa apenas existe se respeitados os demais princípios que a conformam, densificam e estabelecem o próprio conteúdo da liberdade de iniciativa ¹⁸⁷, sempre em tensão uns com os outros.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 146

¹⁸⁵ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25

¹⁸⁶ Ibidem, p. 25

¹⁸⁷ É importante esclarecer que podem surgir conflitos de interesses e os interesses podem ser antagônicos, como é o caso, muitas vezes, dos interesses dos latifundiários em contraposição aos

O Direito Econômico como tradução do que há de expresso ou latente numa sociedade, não desenrola uma rota sem conflitos. Ao espelhar as diferenças e divergências sociais ao mesmo tempo em que incorpora seu papel político de objetivar o bem comum da sociedade, transita pelas mais distintas esferas do relacionamento social. Assim, justifica-se, e mais, torna-se imprescindível esta dupla dimensão do direito econômico: garantidor da iniciativa econômica privada e implementador do bem-estar social¹⁸⁸.

Com efeito, quando se afirma no caput do art. 170 da Constituição que a ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa” e tem “por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, o texto constitucional protege a livre iniciativa em todos os seus desdobramentos, sendo livre e autônoma a liberdade dos cidadãos em iniciar e desenvolver suas atividades empresariais em território brasileiro, porém, aponta que a autonomia privada não pode se desenvolver sem a observância de outros direcionamentos.

Destarte, segundo Ana Frazão a função social relaciona-se com todos os princípios da ordem econômica, destacando que o fim da empresa é o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos com tal atividade (sócios, empregados, colaboradores e consumidores) e também para a coletividade. Por esses motivos, há atuação considerável do legislador nos assuntos descritos no art. 170 da Constituição, buscando concretizar vários destes princípios por meio de uma

interesses dos movimentos dos “sem-terra”. Nesta hipótese, há de fato um conflito de pretensões. Porém, não há um conflito de princípios constitucionais, que, apesar de estarem em tensão (propriedade privada e função social da propriedade) não se antagonizam, pois haverá sempre uma resposta correta a ser buscada na integridade dos princípios constitucionais, conforme concepção proposta por Dworkin. A respeito, são pontuais as críticas apresentadas por Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti: “Por certo se levarmos em consideração os interesses em jogo em disputas como a do exemplo dado apresentado pela autora [Vera Karan de Chueiri] – entre latifundiários e trabalhadores sem-terra -, dificilmente poderemos encontrar compatibilidade entre eles, já que claramente se antagonizam. Essa é uma das principais diferenças entre o Direito e a Moral: o direito não pode admitir atitudes guiadas pragmaticamente por interesses” [...] “A exegese a ser dada aos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, em discursos próprios da atividade judicial, não equivale a um juízo de preferência sobre interesses conflitantes, mas na busca do sentido que, diante das especificidades do caso concreto e da complexidade normativa envolvida, ofereça uma resposta coerente com a Constituição e o ordenamento jurídico como um todo, entendidos, é claro, à luz da compreensão que compartilhamos dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade que reciprocamente nos reconhecemos como constituição viva, enquanto comunidade de princípios” [...] Assim é que, por um lado, o direito individual de propriedade não pode ser válida e legalmente compreendido de forma a inviabilizar a sua função social – daí a previsão constitucional de taxa progressiva de propriedades improdutivas, por exemplo -, bem como, por outro, o direito da coletividade de atribuir funções socialmente relevantes aos bens apropriáveis não pode simplesmente desconsiderar a propriedade particular – não é outro o sentido, por exemplo, da exigência constitucional de indenização em caso de desapropriação.” (CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 143-147)

¹⁸⁸ DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 70

regulação jurídica específica¹⁸⁹. Esta compreensão é endossada por Fábio Comparato e Calixto Salomão, segundo os quais:

Estendida à empresa, a ideia de função social é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como o direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a extingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais¹⁹⁰.

Desta forma, a função social da empresa, enquanto princípio constitucional:

[...] não tem a finalidade de anular a livre iniciativa nem de inibir as inovações na órbita empresarial, mas sim de assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida¹⁹¹.

Portanto, a compreensão do princípio da função social da empresa está assentada na sua leitura, de forma atrelada aos demais princípios da Constituição, em especial, mas não apenas, aos relativos à ordem econômica, devendo a empresa, em seu sentido funcional, a um só tempo atender a diversos interesses tanto internos quanto externos à sociedade empresária, como salientam Fábio Comparato e Calixto Salomão:

Na verdade, seria mais correto falar no plural em finalidades ou objetivos, pois eles são de duas ordens: os intra e os extra-empresariais. Os primeiros correspondem à satisfação dos interesses de todos os participantes da empresa: acionistas, titulares de outros valores emitidos pela companhia, empregados, administradores. Quanto aos interesses extra-empresariais, eles dizem respeito à comunidade local, regional ou nacional, em que se insere a empresa¹⁹².

Porém, não se pode na contemporaneidade, a partir das proposições teórico-constitucionais ao argumento de se cumprir função social pretender transformar a empresa em uma atividade de interesse público, que não mais se

¹⁸⁹ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 193

¹⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto; COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 132-133

¹⁹¹ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 193

¹⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto; COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 364-365

resume ao bem comum, pois a partir do momento em que se reconhece a liberdade de projetos de vida em uma sociedade pluralista, “o interesse da sociedade e de todos os seus membros passa a ser a existência digna de cada pessoa, respeitadas sua individualidade, anseios, necessidades e limitações” ¹⁹³.

A função social da empresa não transforma a atividade empresarial em uma atividade pública, pois, se a empresa, para cumprir sua função social precisa atender aos interesses externos de uma comunidade, não é menos verdade que a mesma empresa deve atender seus interesses internos, dentre eles, dos sócios/acionistas e dos trabalhadores.

Diante disso é importante a menção sobre o lucro ¹⁹⁴, pois, é a partir deste que os interesses internos, em especial, dos sócios e investidores, refletem os projetos de vida destes, representando o lucro um item fundamental neste aspecto. Ademais, a figura jurídica da sociedade empresária pressupõe o lucro, pois, do contrário, estar-se-ia tratando de outra espécie jurídica, como associações e fundações.

Sobre este ponto específico, Ana Frazão ¹⁹⁵ leciona que a função social da empresa está associada também ao lucro, pois sem este, não haveria investimento. Segundo a autora, os princípios da ordem econômica e social, estampados no art. 170, CF, ampliam a noção de interesse social e os propósitos do direito societário, ao mesmo tempo em que prestigiam a livre iniciativa, os interesses dos acionistas (ou sócios) e a dimensão individual de suas participações societárias.

A Constituição estabelece que a atividade econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna”, motivo pelo qual ao mesmo tempo em que a dignidade deve ser garantida a toda a sociedade, cujos reflexos empresariais se estendam,

¹⁹³ BOTREL, Sérgio. Direito Societário Constitucional: Uma proposta de leitura constitucional do direito societário. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61.

¹⁹⁴ Cristiane Derani traz em sua obra relevante passagem sobre o lucro: “A economia de mercado é uma economia mobilizada pela vontade interna pessoal (individual) de obtenção de lucro. É calcada na concorrência, inovação tecnológica, crescimento de produção. Seu equilíbrio situa-se, basicamente, na possibilidade de obter um ótimo desenvolvimento da produção, de seu consumo e de investimento para uma futura produção. [...] A produção está diretamente ligada ao lucro (à expectativa de lucro, para ser mais exata, visto que lucro é um acontecimento futuro). O lucro é essencial ao movimento das atividades econômicas nas sociedades capitalistas, porque é a renda [...] que será empregada como capital para reprodução. A produção depende da quantidade de investimento, que, por sua vez, depende de um convencimento individual da possibilidade de um lucro futuro. Investimento significa expectativa de crescimento. Sem investimento, a economia não gira, não há crescimento. Uma deficiência em investimento [...] causa um declínio no lucro. Um declínio no lucro causa um declínio na produção [...]” (DERANI, Cristiane. Op. cit., p.76-77)

¹⁹⁵ FRAZÃO, Ana. Op. cit. 2011, p. 207-211

esta dignidade também deve ser garantida aos empresários, sócios e acionistas, empregados das sociedades empresárias¹⁹⁶.

Em sociedades plurais e complexas como as atuais, talvez com tantos objetivos e concepções de “vida boa” quanto sejam os seus membros (indivíduos), esquecer que a atividade empresarial visa também à dignidade das pessoas que se dedicam a ela, que também possuem expectativas de vida particulares, significaria violação extrema ao direito fundamental destes indivíduos.

Por outro lado, o desenvolvimento da atividade econômica em desrespeito aos limites constitucionais da liberdade de iniciativa, por exemplo, com o desenvolvimento de práticas empresariais que visem a eliminação da livre concorrência ou a violação de direitos do consumidor e do meio ambiente, constitui, na mesma medida, verdadeiro abuso de direito.

Segundo Eduardo Tomasevicius, o art. 170, CF deve servir de base na construção dos deveres positivos para a função social da empresa, afirmando o autor que a ordem econômica brasileira está assentada sob dois pilares: o trabalho e o capital. Através destes seria possível o exercício da livre iniciativa, consistente na liberdade de exercício de atividade econômica. A razão de ser da liberdade de empresa, de acordo com referido autor, é assegurar a todos os indivíduos uma existência digna – inclusive o empresário, mas não somente ele –, conforme os ditames da justiça social e o seu exercício deve necessariamente atender a uma função social¹⁹⁷.

O empresário ou a sociedade empresária só devem auferir os benefícios dessa liberdade na medida em que essa atividade empresarial possa proporcionar a todos um aumento das condições de vida da sociedade ou mantê-las, caso essa sociedade já tenha atingido um bom grau de desenvolvimento econômico. Não admite, segundo o art.170, que a liberdade de empresa seja considerada uma função individual do empresário que só a ele traga benefícios¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Segundo Ana Frazão: “A função social não tem [...] a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para fins sociais. Afinal, os direitos e liberdades têm uma função social, mas não se reduzem a ela”. [...] “Essa nova abordagem não pode levar, entretanto, à conclusão de que os interesses dos acionistas devam ser preteridos ou subordinados incondicionalmente aos demais interesses que se projetam sobre a empresa. Se assim fosse, haveria uma publicização da atividade empresarial, o que é frontalmente repellido pela Constituição brasileira”. (FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 199-200 e 207)

¹⁹⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 56-57

¹⁹⁸ Ibidem, p. 57

Segundo o mesmo autor, “a existência digna, nos termos da Constituição, está condicionada a uma justiça social¹⁹⁹” e nesta perspectiva “seria inadmissível o exercício de uma liberdade econômica que permita apenas o crescimento das riquezas, sem permitir a sua distribuição entre os indivíduos que contribuíram com o mesmo, através do trabalho²⁰⁰”.

Em boa síntese, Lemos Junior afirma que:

Encontra-se, portanto, a função social da empresa na geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimentos tecnológicos, movimentação do mercado econômico, entre outros fatores, sem esquecer do papel importante do lucro, que deve ser o responsável pela geração de reinvestimentos que impulsionam a complementação do ciclo econômico, realimentando o processo de novos empregos, novos investimentos, sucessivamente²⁰¹.

Ana Frazão, ao tratar do princípio da função social da empresa o faz com apoio, além de outros, em dois pontos principais. O primeiro, no princípio da dignidade da pessoa humana e nos objetivos fundamentais da República Brasileira (art. 1º e 3º da CF). O segundo, nos demais princípios da ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição.

Ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio que confere unidade de sentido aos princípios constitucionais e a sua correlação com o princípio da função social da empresa, Ana Frazão destaca que:

No caso brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana foi apontado, logo no art. 1º da Constituição de 1988, como fundamento do estado Democrático de Direito, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político e do reconhecimento expresso de que a legitimidade do poder pertence ao povo. Por outro lado, o artigo 1º é complementado pelo art. 3º, ao prever os objetivos fundamentais da República. Dispondo dessa maneira, a própria Constituição considerou tais princípios como elementos estruturantes da ordem constitucional, de forma que compõe diretamente o paradigma em função do qual todos os demais direitos e princípios serão interpretados²⁰².

O princípio da dignidade humana, destaca Ana Frazão, assegura a todos o igual direito de realizar os seus projetos de vida, “rompendo com a dicotomia entre interesse privado e o interesse público, mostrando que os direitos subjetivos são

¹⁹⁹ Ibid., p. 57

²⁰⁰ Ibid., p. 57

²⁰¹ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & Função Social*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24

²⁰² FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 188-189

relações sociais, intersubjetivas e comprometidas com uma sociedade formada por cidadãos livres e iguais²⁰³.”

Daí, afirmar citada autora que, a responsabilidade que decorre dos direitos não representa uma restrição à autonomia, mas é uma de suas consequências necessárias, pois os direitos subjetivos apenas fazem sentido enquanto instrumentos de realização da autonomia, pressupondo “necessariamente deveres que decorrem da sua intrínseca intersubjetividade, raciocínio que se impõe igualmente às situações patrimoniais²⁰⁴”.

Esta concepção também é adotada por Cristiane Derani, segundo a qual:

Não é possível, somente pela leitura do art. 170 [da Constituição], dissecar-se todos os princípios envolvidos na atividade econômica, posto que, para alcançar o seu objetivo maior, o da “existência digna”, é necessária a composição das demais normas do ordenamento jurídico perante a situação de fato que se vivencia²⁰⁵.

A função social da empresa, tal qual o princípio da dignidade da pessoa humana, neste contexto também se apresenta como um vetor interpretativo para a empresa, no seu sentido funcional, sendo que o produto da interpretação sistemática dos demais princípios da ordem econômica deve sempre estar dirigido e voltado para o cumprimento de sua função social.

Desta forma, o princípio da livre concorrência (CF, art. 170, IV), tem por objetivo “garantir certo nível de competitividade que tanto possibilite a liberdade dos agentes econômicos, como também assegure aos consumidores o menor preço que decorre da competição e a liberdade de escolha e de difusão do conhecimento econômico²⁰⁶”.

Por isso, “a necessidade da legislação em favor da concorrência e do controle e repressão estatal sobre diversos atos praticados por detentores de poder econômico²⁰⁷”.

Não é possível compreender o sentido, alcance e conteúdo do princípio da livre concorrência sem visualizar ao mesmo tempo o princípio da defesa do consumidor, do meio ambiente e da livre iniciativa. A suposta defesa da

²⁰³ Ibidem, p. 188-189

²⁰⁴ Ibid., p. 188-189

²⁰⁵ DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 244

²⁰⁶ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 194

²⁰⁷ Ibidem, p. 194

concorrência que implique em aniquilação da livre iniciativa, não é defesa da concorrência, mas abuso do direito. Como, da mesma forma, a liberdade de iniciativa que aniquile a concorrência caracteriza abuso de direito.

As discussões sobre a função social realçaram igualmente a dimensão negativa do princípio, que acaba coincidindo com a cláusula geral da vedação do abuso, para o fim de proibir o exercício dos direitos subjetivos e das liberdades que, embora estejam em aparente conformidade com uma regra de direito, sejam contrários às finalidades e aos princípios maiores do ordenamento jurídico²⁰⁸.

O princípio da defesa do consumidor (CF, art. 170, V), por sua vez, estabelece a necessidade de uma proteção diferenciada aos destinatários de produtos e serviços em suas relações contratuais e extracontratuais, circunstância que se regulou pelo Código de Defesa do Consumidor, com ampla aplicação às empresas. A tutela dos trabalhadores, enquanto princípio da proteção ao pleno emprego (CF, art. 170, VIII) deve ser interpretado em conformidade aos direitos fundamentais previstos no artigo 7º, da Constituição, não havendo dúvidas se tratar de uma das principais consequências da função social da empresa²⁰⁹.

Segundo Ana Frazão:

[...] além de todas as proteções que se projetam sobre os contratos de trabalho, previstas no art. 7º, da Constituição, na CLT e em leis específicas, a dimensão ativa da função social também implica, no tocante aos empregados, a implementação de mecanismos para a distribuição dos resultados da atividade empresarial (participação nos lucros), bem como para a viabilização de iniciativas de co-gestão empresarial²¹⁰.

Quanto à proteção ao meio ambiente (art. 170, VI, CF), a interpretação deve se dar em conformidade com o art. 225, da Constituição, que garante a todos o direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”²¹¹.

Por tudo o que foi dito, é evidente que a proteção ao meio ambiente não pode ser interpretada de tal maneira a implicar violação do princípio da livre iniciativa o que, com grande probabilidade, resultaria também em violação à liberdade de

²⁰⁸ Ibidem, p. 105

²⁰⁹ Ibid., p. 105-107

²¹⁰ Ibid., p. 195

²¹¹ Ibid., p. 195

concorrência e proteção ao consumidor²¹². Não se pode impor aos empresários normas incompatíveis com a liberdade de iniciativa que impeçam o exercício da atividade empresarial, pois, como afirma Cristiane Derani:

Não há atividade econômica sem influência no meio ambiente. E a manutenção das bases naturais da vida é essencial à continuidade da atividade econômica. Este relacionamento da atividade humana com o meio deve ser efetuado de modo tal que assegure a existência digna de todos. Existência digna, em termos de meio ambiente, é aquela obtida quando os fatores ambientais contribuem para o bem estar físico e psíquico do ser humano²¹³.

Destarte, segundo o princípio da função social da empresa, se a responsabilidade pelo meio ambiente cabe a todos, a empresa deve também assumir deveres positivos em favor deste objetivo, bem como está sujeita a inúmeras limitações tendentes à preservação dos recursos naturais²¹⁴, sendo que tais obrigações positivas e limitações, não podem, da mesma forma, implicar em violação aos demais princípios da ordem econômica, previsto no art. 170 e demais da Constituição.

O tratamento adequado do inter-relacionamento dos objetivos tratados pelos arts. 170 e 225 da Constituição Federal revela-se numa prática interpretativa que avalie a complexidade do ordenamento jurídico. Busca-se a concretização de políticas públicas capazes de revelar o texto constitucional em toda a sua globalidade, em vez de reproduzir os discursos que exaltam uma posição que não é material, mas ideológica. Se aceita, esta lógica conduz à impossibilidade de se encontrar uma lógica de

²¹² Segundo Cristiane Derani: “Uma política econômica consequente nunca despreza a relação da produção com o seu fator natureza. Por esse motivo, as normas que norteiam o direito ambiental não podem pretender limitar os seus objetivos concretos. Qualquer norma que se dirija à relação homem-natureza traz consequências vastas o suficiente para não mais ser possível identificar se seu efeito é na política de proteção da natureza – entendida esta como um recurso da produção, ou compreendida como a paisagem relacionada ao lazer – ou na política de desenvolvimento da atividade econômica. Até pouco tempo, tinha-se por óbvio, de modo expresso ou implícito, que a função do direito ambiental não poderia seriamente influir no ritmo de expansão de uma sociedade assentada no crescimento, pois nesta ideia de expansão estaria o germe indiscutível da política econômica do Estado contemporâneo. Tal obstinação pela pregação da concepção de crescimento fez dele um mecanismo que se tornou totalitário, dogmático, sendo grandemente responsável pelo constante fracasso da aplicação de uma política ambiental toda vez que atinge, ou procura atingir, algum ponto central de posições sócio-econômicas – constata Mayer-Tasch. Esta visão setorializada não pode prosperar, se se quer tornar efetivos os princípios da Constituição Federal, prescritos sobretudo nos arts. 170 e 225. Tanto a Constituição não pode ser interpretada aos pedaços como políticas econômicas e ambientais não são livros diferentes de uma biblioteca, manuseados, cada um a sua vez, segundo o interesse e conveniência de algum leitor” (DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 68/69).

²¹³ Ibidem, p. 244.

²¹⁴ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 196.

relacionamento do desenvolvimento produtivo com a utilização sustentada da natureza²¹⁵.

A função social ainda tem a importante consequência de assegurar a preservação e a manutenção da atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas para a comunidade. Aliás, para alguns autores, o feito principal da função social da empresa seria precisamente o atendimento deste objetivo²¹⁶. Sobre este ponto, esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em vista é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locução identificadora do princípio, “empresa” é conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (“empresário”), nem com o lugar em que é explorada (“estabelecimento empresarial”). O que se busca preservar na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento^{217 218}.

Neste aspecto, a atual lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005) é pautada da preservação da atividade econômica enquanto decorrência da função social da empresa²¹⁹⁻²²⁰.

²¹⁵ DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 103

²¹⁶ É o que sustenta Eloy Pereira Lemos Junior, conforme nota de rodapé 198.

²¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 40

²¹⁸ Segundo Fábio Ulhoa Coelho: “Diversas soluções para os conflitos de interesses decorrem do valor que embasa este princípio. A dissolução parcial da sociedade empresária, por exemplo, é uma construção jurisprudencial de meados do século passado, posteriormente prestigiada pela doutrina, em que se procura conciliar, de um lado, a solução do conflito societário, e, do outro, a permanência da atividade empresarial, evitando-se, com isso, que problemas entre os sócios prejudiquem os interesses de trabalhadores, consumidores, fisco, comunidade etc. A desconsideração da personalidade jurídica é outro instituto que decorre do mesmo princípio, ao estabelecer os critérios a partir dos quais a fraude na manipulação da autonomia patrimonial pode ser coibida, sem o comprometimento da atividade explorada pela pessoa jurídica instrumentalizada no ilícito. No campo do direito falimentar, o próprio instituto da recuperação judicial se fundamenta no princípio de que pode interessar à coletividade a preservação de determinada atividade empresarial, mesmo quando o empresário não se mostra suficientemente capaz de dirigi-la. Não há formulação, na lei, do princípio da preservação da empresa. Ele é concluído, pela jurisprudência e doutrina, das normas relacionadas à resolução da sociedade em relação a um sócio (CC, arts. 1.028 e s.), desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50; CDC art. 28) e recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005)” (COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 40-41).

²¹⁹ Segundo o art. 47 da Lei nº 11.101/2005: “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

²²⁰ O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do recurso especial nº 1.173.735/RN, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, pretendeu delinear as premissas a partir das quais devem ser decididas as questões envolvendo a recuperação judicial, tecendo considerações sobre a importância da preservação da empresa e assim escreveu: “[...] a hermenêutica conferida à Lei nº 11.101/05, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do

Com relação ao conflito de interesses na aplicação dos princípios constitucionais da ordem econômica brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de decidir diversos casos.

Em alguns deles, como o julgamento do RE 565.048/RS, a Corte Constitucional declarou inconstitucional as restrições impostas pelo Estado ao exercício da liberdade de iniciativa, em hipóteses nas quais o contribuinte era devedor do fisco. Neste julgamento, de relatoria do ministro Marco Aurélio de Mello, o STF decidiu ser inconstitucional legislação do estado do Rio Grande Sul que impunha ao empresário, como condição para se emitir notas fiscais, o pagamento de débito tributário ou a outorga de garantia real²²¹.

Do voto do relator Ministro Marco Aurélio de Mello, colhe-se o argumento de que a impossibilidade de impressão de notas fiscais coloca o contribuinte em situação de coação, pois este tende a garantir os débitos ou quitar as pendências (sem o direito de questioná-las), sob pena de ver encerradas suas atividades. Ainda segundo o relator, trata-se de restrições de direito, em que o Fisco se utiliza de subterfúgios oblíquos para cobrar os tributos (pois existem os meios legais, como a ação de execução), sendo essas práticas sancionatórias e limitadoras das atividades econômicas. Violam o direito fundamental da livre iniciativa, livre exercício do trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), o devido processo legal (art. 5º, LIV), e ampla defesa (art. 5º, LV).

Portanto, no caso mencionado e em diversos outros a ele similar²²², o STF entendeu ser inconstitucional as restrições ao exercício da livre iniciativa impostas

diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que - além de não fomentar -, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação judicial, sepultando o instituto. [...] Ao revés, pelos primados da lei, deve-se possibilitar meios e condições econômicas para que a empresa supere a situação de crise."

²²¹ O acórdão restou definido com a seguinte ementa: "TRIBUTO – ARRECADAÇÃO – SANÇÃO POLÍTICA. Discrepa, a mais não poder, da Carta Federal a sanção política objetivando a cobrança de tributos – Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. TRIBUTO – DÉBITO – NOTAS FISCAIS – CAUÇÃO – SANÇÃO POLÍTICA – IMPROPRIEDADE. Consubstancia sanção política visando o recolhimento de tributo condicionar a expedição de notas fiscais a fiança, garantia real ou fidejussória por parte do contribuinte. Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 42 da Lei nº 8.820/89, do Estado do Rio Grande do Sul". (RE. nº 565.048/RS, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, data de julgamento: 29.05.2014).

²²² São exemplos de julgamentos similares: RE nº 409.956/RS, relator ministro Carlos Velloso, julgado em 2 de agosto de 2004, Ag Reg. no RE nº 216.983/SP, relator ministro Carlos Velloso, julgado em 6 de outubro de 1998, e Medida Cautelar na Petição nº 2.772/RS, relator ministro Celso de Mello, examinada em 18 de outubro de 2002.

pelo Estado, nas hipóteses em que o contribuinte se encontra em débito com o fisco, compreendendo se tratar de medida excessiva, incompatível com a ordem econômica brasileira (art. 170 e seguintes, CF).

Por outro lado, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, lide em que uma empresa fabricante de cigarros foi interditada e teve o seu registro especial para produção cancelado pela Secretaria da Receita Federal, porque de forma sistemática restava inadimplente com o pagamento de impostos incidentes sobre a sua industrialização (IPI), entendeu o STF não haver inconstitucionalidade, pois, nesta hipótese específica, a conduta da empresa violaria o princípio da livre concorrência, uma vez que a carga tributária incidente sobre a industrialização compõe parte substancial do preço final do produto, de maneira que o não pagamento dos impostos violaria a liberdade de concorrência neste mercado tabagista²²³, considerada a sua especificidade²²⁴.

Neste caso, o julgamento da medida cautelar esvaziou a análise do mérito do recurso extraordinário, uma vez que os ministros analisaram muitas das questões constitucionais tratadas no caso. O Ministro Joaquim Barbosa, relator originário para o acórdão, logo no princípio do seu voto vencido, declarou a importância do julgamento, por ter a indústria do tabaco aspectos próprios como o tratamento fiscal diferenciado e rigoroso, já que é um produto que envolve questões como o da saúde pública (custeio dos serviços de profilaxia e tratamento das doenças causadas pelo consumo do cigarro), como da concorrência (produto de fácil circulação e com grandes riscos de sonegação).

²²³ Há questão a ser decidida pelo STF, ainda atinente à indústria do cigarro, que envolve uma série de questões referentes à ordem econômica constitucional, que diz respeito às restrições impostas à publicidade (propaganda comercial) dos produtos do tabaco, como a exigência feita aos meios de comunicação de divulgação de advertência sobre os malefícios do fumo, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde. Exige-se também que as embalagens e os maços de produtos fumígenos contenham tal advertência acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. A questão está sendo discutida na ADI 3.311/DF, de relatoria originária do Ministro Joaquim Barbosa, sendo relator atual o Ministro Luís Roberto Barroso.

²²⁴ O acórdão restou com a seguinte ementa: RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Estabelecimento industrial. Interdição pela Secretaria da Receita Federal. Fabricação de cigarros. Cancelamento do registro especial para produção. Legalidade aparente. Inadimplemento sistemático e isolado da obrigação de pagar Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. Comportamento ofensivo à livre concorrência. Singularidade do mercado e do caso. Liminar indeferida em ação cautelar. Inexistência de razoabilidade jurídica da pretensão. Votos vencidos. Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados, com consequente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência, viu cancelado o registro especial e interditados os estabelecimentos (Med. Caut. Em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, Rel originário Min. Joaquim Barbosa, Relator para o acórdão Min. Cezar Peluso, julgado em: 27.06.2007).

Já o Ministro Cezar Peluso, em divergência, analisou o pedido da liminar com base nas implicações sobre os consumidores, os concorrentes e o livre mercado, cujos interesses são também tutelados pela ordem constitucional. E seguiu com a seguinte fundamentação:

[...] A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, inc. IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, caput). [...] Dadas as características do mercado de cigarros, que encontra na tributação dirigida um dos fatores determinantes do preço do produto, parece-me de todo compatível com o ordenamento limitar a liberdade de iniciativa a bem de outras finalidades jurídicas tão ou mais relevantes, como a defesa da livre concorrência e o exercício da vigilância estatal sobre setor particularmente crítico para a saúde pública.²²⁵

O Ministro Gilmar Mendes, ressaltou em seu voto a existência de conflito de princípios da ordem econômica, salientando que o princípio da liberdade de iniciativa, tal qual os demais princípios constitucionais, não é absoluto, e que a grande questão é saber quais são os limites da intervenção estatal, em cada caso concreto, ou seja, até onde o Estado pode restringir a liberdade de iniciativa.

Ainda no âmbito da aplicação dos princípios da ordem econômica, em especial da liberdade de iniciativa, desenvolvimento nacional, dignidade da pessoa humana, preservação do meio ambiente e proteção à saúde, a Corte Constitucional, no julgamento da ADPF 101^{226 227}, reconheceu que a importação de pneumáticos

²²⁵ Med. Caut. Em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, Rel originário Min. Joaquim Barbosa, Relator para o acórdão Min. Cezar Peluso, julgado em: 27.06.2007.

²²⁶ A ADPF 101 foi proposta em 22 de setembro de 2006 pelo Presidente da República, tendo por objeto decisões que permitiam a importação de pneumáticos usados. Segundo a petição inicial, a conduta violaria a proteção constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proteção à saúde, sendo dever do Estado adotar políticas sociais e econômicas visando à redução de doenças.

²²⁷ O acórdão segue com a seguinte ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005,

usados, viola preceito fundamental. A Ministra relatora, Carmem Lúcia, ao argumento de que se fosse permitida a importação de pneus usados, os princípios constitucionais fundamentais da proteção à saúde e da defesa do meio ambiente saudável estariam sendo feridos, sendo assim julgou procedente o pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O ministro Marco Aurélio de Mello, único que julgou improcedente o pedido, direcionou seu voto com base na livre concorrência, ao argumento de que efetividade de um direito é dependente, em certa medida, da efetividade do outro direito; e com base no princípio da livre iniciativa e da legalidade, rechaçou que as carcaças são importadas para serem utilizadas, através da remodelagem e a colocação destes produtos no mercado, gera concorrência com as multinacionais no mercado a um preço mais acessível.

pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. [...] 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem os pneus, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil).

O STJ, no julgamento do REsp. 1.398.092/SC²²⁸, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, também decidiu importante questão envolvendo interesses internos e externos de sociedade empresária, sobre o princípio da manutenção da empresa. Ainda que a matéria em discussão tenha sido pautada pela interpretação de normas infraconstitucionais, a questão de fundo estava atrelada à interpretação de princípios constitucionais da ordem econômica brasileira.

O caso era de uma sociedade empresária que teve o seu pedido de recuperação judicial processado (art. 51, LF²²⁹), porém, após decisão da assembleia de credores, o pedido foi negado (art. 58, LF²³⁰), circunstância que levou à decretação da sua falência. Durante o pedido de processamento da recuperação judicial e o seu indeferimento, a sociedade contratou com diversas pessoas. O ponto central era saber se os créditos das pessoas que contrataram com a sociedade neste período seriam considerados créditos extraconcursais, portanto beneficiários do privilégio legal previsto nos arts. 67 e 84, V da Lei de Falências e Recuperação Judicial.²³¹

²²⁸ O acórdão restou assim descrito: DIREITO FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITOS. ATOS JURÍDICOS PRATICADOS DEPOIS DE DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE AUTOFALÊNCIA FORMULADO EM MOMENTO ANTERIOR À APRESENTAÇÃO DO PLANO DE REERGUIMENTO DA EMPRESA. RECONHECIMENTO DA NATUREZA EXTRACONCURSAL DOS CRÉDITOS. ARTIGOS ANALISADOS: 47, 52, 67 E 84 DA LEI 11.101/2005. [...] 4- O ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento. É ele que confere, também, publicidade à situação de crise econômico-financeira da sociedade. 5- Ainda que a recuperação judicial se mostre inviável e, por qualquer motivo, seja convolada em falência, como no particular, é salutar reconhecer que quem negociou com o devedor a partir do momento em que se evidenciou a situação de crise – data do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial – colaborou sobremaneira com a tentativa de reerguimento da sociedade e, portanto, deve ocupar uma posição privilegiada na fila de credores. 6- Atribuir precedência na ordem de pagamento àqueles que participarem ativamente do processo de soerguimento da empresa, na hipótese de quebra do devedor, foi a maneira encontrada pelo legislador para compensar o incremento do risco experimentado. 7- Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1398092/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 19/05/2014).

²²⁹ “Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial [...]”

²³⁰ “Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei”.

²³¹ “Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.”

“Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

[...]

A discussão se deu em torno de saber se o termo inicial do benefício de que tratam os referidos dispositivos legais dá-se com o ajuizamento do pedido de recuperação (LF, art. 51), a partir da decisão que defere o seu processamento (LF, art. 52) ou da decisão que a concede (LF, art. 58). A importância está no fato de que se compreendido se tratar de crédito extraconcursal, os demais credores da falida, inclusive aqueles com garantia hipotecária e credores trabalhistas poderiam ser prejudicados. Por outro lado, caso não se revestisse dessa qualidade, raras seriam as pessoas a contratar com as sociedades empresárias nesta fase, o que implicaria em anular ou pelo menos tornar extremamente difícil a recuperação e, portanto, a manutenção da empresa.

O STJ entendeu pela aplicação do princípio da manutenção da empresa. A Ministra relatora optou por fundamentar que a superação da situação de crise econômico-financeira da sociedade devedora, objetivo do instituto da recuperação judicial, é pré-condição necessária para promoção do princípio maior da Lei de Falências e Recuperação, que é o da preservação da empresa e de sua função social (art. 47). Isso significa, neste voto, que quem negociou com a sociedade empresária devedora, a partir do momento em que se evidenciou a situação de crise (data do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial), colaborou com a tentativa de reerguimento da sociedade e, portanto, deveria ocupar uma posição privilegiada na fila de credores.

Importante destacar e esclarecer que as decisões, em especial do STF, conforme se infere dos votos e ementas mencionadas, deixam claro que a Corte, diversamente do presente trabalho, entende existir conflito entre princípios constitucionais e que a forma de resolução deste conflito se dá pela ponderação de valores (proporcionalidade) ²³².

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.”

²³² Ressalte-se que o Ministro Eros Roberto Grau, muitas vezes chegando à mesma conclusão dos seus pares, sempre foi um crítico ferrenho da teoria da ponderação de valores, sendo emblemático a este respeito o seu voto proferido no julgamento da ADPF 101: “[...] 6. Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra a fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos. Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas

Na perspectiva do presente trabalho, ainda que as decisões nos casos citados sejam acertadas, compreende-se que não há conflito entre princípios, pois os princípios opostos não são contraditórios, mas reciprocamente complementares, muito embora haja uma permanente tensão entre eles.

O que houve, segundo a concepção teórica adotada neste trabalho, foi conflito de interesses entre diversos atores sociais, o que é comum e cotidiano às comunidades complexas como as atuais, interesses que devem se submeter à integridade da ordem econômica constitucional, que não pode ser compreendida a partir de um princípio isolado, mas considerando-os sempre na tensão com seus opostos. Portanto, o STF não criou o direito para os casos, mas sim, nas palavras de Ronald Dworkin, encontrou “a resposta correta”, a partir dos princípios constitucionais.

Por tudo que se disse neste item do trabalho, não se pode mais estudar a função social da empresa como aquela que é derivada exclusivamente da função social da propriedade. Deve-se, portanto, abrir os olhos para enxergar novos caminhos para a análise da função social. Este caminho é representado a partir da principiologia constitucional, em especial dos princípios da ordem econômica e social.

O princípio da função social da empresa deve ser compreendido a partir do “todo constitucional”. Na contemporaneidade, a função social da empresa é vista como algo mais complexo e que deve ser compreendida no âmbito da hermenêutica constitucional, a partir dos princípios da ordem econômica (art. 170), e não apenas deles, mas de toda a Constituição, como um todo íntegro e coerente, conforme proposto por Ronald Dworkin.

Limitar a extensão e a base da função social da empresa, como sendo a função que deve se atribuir aos bens de produção (propriedade-função) não responde mais as questões de alta complexidade existentes no cotidiano das atuais sociedades.

Com esta concepção é que no próximo capítulo do trabalho empreende-se à tentativa de constituir, a partir de uma análise interdisciplinar entre Direito e

suas premissas implícitas. [...]” (Med. Caut. Em Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, Rel originário Min. Joaquim Barbosa, Relator para o acórdão Min. Cezar Peluso, julgado em: 27.06.2007).

Economia, um conteúdo mínimo que possa exteriorizar o cumprimento da função social por uma empresa (atividade econômica).

Ressalte-se, desde logo, até mesmo por tudo que foi exposto até este momento da pesquisa, que não se pretende “matematizar” o Direito e a Economia, mas a partir de critérios jurídicos (princípios constitucionais) que alicerçam a concepção da função social da empresa e de concepções econômicas, tentar demonstrar no cotidiano prático das sociedades o cumprimento desta função social.

Para tanto, a pesquisa se utilizará da concepção de função social desenvolvida até este momento, tentando correlaciona-la com as ideias desenvolvidas a partir de Arthur Cecil Pigou e Ronald Harry Coase, em especial a relação entre função social e externalidades positivas, cujo objetivo final é verificar e expor à crítica se as externalidades positivas podem indicar, demonstrar, exteriorizar o conteúdo e o cumprimento efetivo do princípio da função social da empresa.

4. EXTERNALIDADES POSITIVAS

Neste capítulo, abordam-se as externalidades, seu conceito, seus principais expoentes, Ronald Harry Coase e Arthur Cecil Pigou, e também alguns exemplos de como as externalidades, positivas e negativas, afetam terceiros. Parte-se também para a análise de uma possível relação das externalidades com o direito empresarial, sobretudo com as sociedades empresárias e, mais especificamente, sua relação com o princípio da função social da empresa.

Neste contexto, busca-se discutir se, por meio do instituto das externalidades, advindo da Economia, é possível, com uma análise conjunta (interdisciplinar) entre direito e economia, contribuir para a compreensão do que seja o cumprimento do princípio da função social por parte de uma empresa, em seu sentido funcional.

4.1 Externalidades

Antes de adentrar a teoria de Ronald Coase e de Arthur Pigou, há que se explicar o que são externalidades para a Economia. Estas constituem uma falha de mercado e podem ser entendidas como os efeitos que não são internalizados (pelo indivíduo ou pela empresa) em suas ações e que impõem custos ou benefícios diretamente a terceiros.

Qualquer decisão e consequente ação acarretam custos e benefícios. Quando os custos ou benefícios decorrentes da decisão incidem apenas sobre o agente decisor, são chamados de custos ou benefícios internos. Se incidirem também, parcial ou totalmente, sobre outras pessoas que não o agente decisor, geram as chamadas externalidades positivas ou negativas²³³.

²³³ PORTO, Antônio José Maristrello. Colaborador: GRAÇA, Guilherme Melo. *Análise Econômica do Direito*. FGV – Direito Rio. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

Nas palavras de Gregory Mankiw, a externalidade surge “quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto” ²³⁴.

Quando ocorre um benefício, denomina-se externalidade positiva; quando existe um custo externo, denomina-se externalidade negativa. Externalidade, portanto, nada mais é senão o impacto ou consequência da ação de um agente sobre um terceiro que não participou dessa ação. O terceiro, para este trabalho, pode ser, por exemplo, uma comunidade ou uma cidade, que a princípio não paga nem recebe nada por suportar esse impacto. As externalidades caracterizam-se por apresentar um custo ou benefício maior para a sociedade (terceiro) do que para o produtor (autor da ação). Assim, nas externalidades negativas, o custo social é superior ao custo privado; nas positivas, o valor social é superior ao valor privado²³⁵. Isso significa que, aquilo que foi gerado de positivo, a princípio, não era o principal objetivo do agente. Como abordado no presente trabalho, empresa (como atividade) tem como um de seus objetivos o lucro, mas, quando gera outros efeitos positivos, estes são observados, no campo da economia, como externalidades positivas.

O foco dos economistas ao analisarem as externalidades é, geralmente, o mercado, o que destoa desta pesquisa, pois, no presente trabalho, o estudo dirige-se ao princípio da função social da empresa²³⁶. Entretanto, para facilitar a explicação das externalidades, impõe-se o esclarecimento sobre uma das regras de mercado, a denominada oferta²³⁷ e demanda²³⁸, ou seja, a regra mais antiga da economia, também conhecida como oferta e procura. Para tanto, observe-se o gráfico abaixo:

²³⁴ MANKIW, Nicholas Gregory. Tradução: Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima. *Introdução à Economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 195-196.

²³⁵ PORTO, Antônio José Maristrello. Op. cit.

²³⁶ Apenas para acrescentar, no campo econômico, diante da existência de externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado não fica adstrito apenas ao bem-estar dos compradores e vendedores, mas também ao interesse dos terceiros afetados indiretamente pelas externalidades. Entretanto, questões como análise de mercado e suas implicações, maximização de benefícios, ineficiência de mercado, alocação de recursos, entre outros, são questões complexas da macroeconomia e que não fazem parte do presente estudo.

²³⁷ Refere-se a determinado bem ou serviço que os vendedores desejam e podem vender. A lei da oferta pode ser assim resumida: quando o preço de um bem aumenta, a quantidade ofertada desse bem também aumenta, e, quando o preço de um bem cai, a quantidade ofertada desse bem também cai. (MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 73)

²³⁸ Refere-se a determinado bem que os compradores desejam e podem comprar. A lei da demanda está na seguinte relação: quando o preço de um bem aumenta, sua quantidade demandada diminui; quando o preço diminui, a quantidade demandada aumenta. (MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 67.)

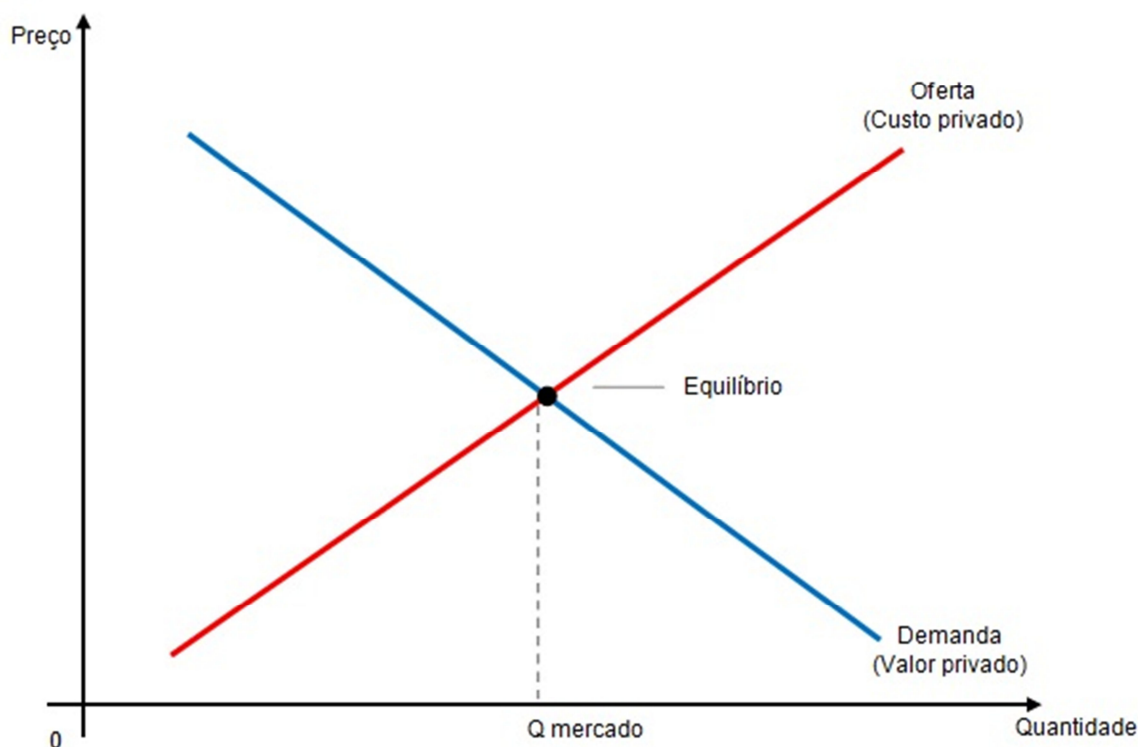


Gráfico 1: Oferta e demanda²³⁹

Suponha-se, como exemplo, uma empresa, no sentido funcional, do setor de alumínio. A curva da demanda de alumínio reflete o valor do alumínio para os consumidores, medido pelo preço que estão dispostos a pagar. Para qualquer quantidade dada, a altura da curva de demanda indica a disposição que o comprador tem para pagar. Ou seja, a curva da demanda representa o valor que a última unidade de alumínio comprada tem para o consumidor. Da mesma forma, segue o raciocínio para a oferta. A curva da oferta reflete os custos de produção do alumínio. Para qualquer quantidade dada, a altura da curva de oferta indica qual é o custo para o vendedor. Assim, a curva da oferta indica o custo que a última unidade de alumínio vendida tem para o produtor²⁴⁰.

Nesse gráfico, não se observa a presença de externalidades, por isso, o preço se ajusta para equilibrar a oferta e demanda. A quantidade produzida e consumida no equilíbrio de mercado, representada por *Q mercado*, é eficiente porque potencializa a soma dos excedentes do consumidor e do produtor; assim, não há sobras nem faltas. O mercado destina recursos de uma maneira que

²³⁹ Gráfico com base na Figura 1: O Mercado de Alumínio. Conforme: MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 197

²⁴⁰ Ibidem, p. 197

maximiza o valor total para os consumidores que comprem e usam o alumínio menos o custo total para os produtores que fabricam e vendem o alumínio²⁴¹.

Analisando o gráfico, pode-se concluir que a curva de demanda reflete o valor para os compradores e a curva de oferta reflete o custo para os vendedores. A quantidade de equilíbrio, *Q mercado*, maximiza o valor total para os compradores reduzidos os custos totais dos vendedores. Na ausência de externalidades, portanto, o equilíbrio do mercado é eficiente.

Desta forma, observa-se, a partir deste gráfico, que enquanto não houver externalidades, a curva da oferta e da demanda possui um ponto de equilíbrio, denominado, *Q mercado*. A partir do momento em que as falhas de mercado (externalidades negativas ou positivas) são inseridas para observação, surgirão outras curvas para análise, como o custo social (para as negativas) e o valor social (para as positivas).

Nesse sentido, existem vários tipos de externalidades e de respostas que buscam resolvê-las. Seguem alguns exemplos enumerados por Gregory Mankiw: a) O latido dos cachorros cria uma externalidade negativa, pois os vizinhos são perturbados pelo barulho. Os donos não arcam com o custo total do barulho e, diante disso, tomam poucas precauções para impedir que seus cães latam. Os governos municipais lidam com esse problema tornando ilegal a perturbação da paz ou do silêncio; b) A pesquisa de novas tecnologias oferece uma externalidade positiva, na medida em que cria novos conhecimentos, novos métodos que as pessoas possam utilizar. Entretanto, como os inventores e cientistas não conseguem receber os benefícios totais de suas invenções e pesquisas, tendem a dedicar menos recurso à pesquisa. Então, o governo cria o sistema de patentes, premia os estudiosos, condecorando-os com títulos e com valores em dinheiro²⁴².

Como a externalidade negativa é representada por um impacto negativo que atinge terceiros proveniente da ação de outrem, pode-se ilustrá-la com o seguinte exemplo: quando uma pessoa se utiliza de seu carro para ir ao trabalho, o faz pensando em fatores como conforto, rapidez, preço da gasolina, entre outros. Essa ação, entretanto, tem efeito na vida de terceiros, pois contribui para o aumento do trânsito e da poluição. Esses dois resultados podem ser vistos como negativos pelos terceiros que suportam a ação do agente. Dessa forma, o custo dessa ação para a

²⁴¹ Ibidem, p. 197

²⁴² Ibid., p. 196

sociedade será maior do que para o agente que se utiliza do carro. Isso porque o custo social é a somatória dos custos privados de quem age e do impacto suportado pelos terceiros²⁴³.

Da mesma forma, optando-se pela continuidade do exemplo da empresa de alumínio, supondo que esta, ao produzir o alumínio, emita poluição, para cada unidade de alumínio produzida, uma determinada quantidade de fumaça contaminada entra na atmosfera. A poluição é uma externalidade negativa gerada pela empresa, elevando o custo social da atividade. Assim, observe-se o gráfico abaixo:

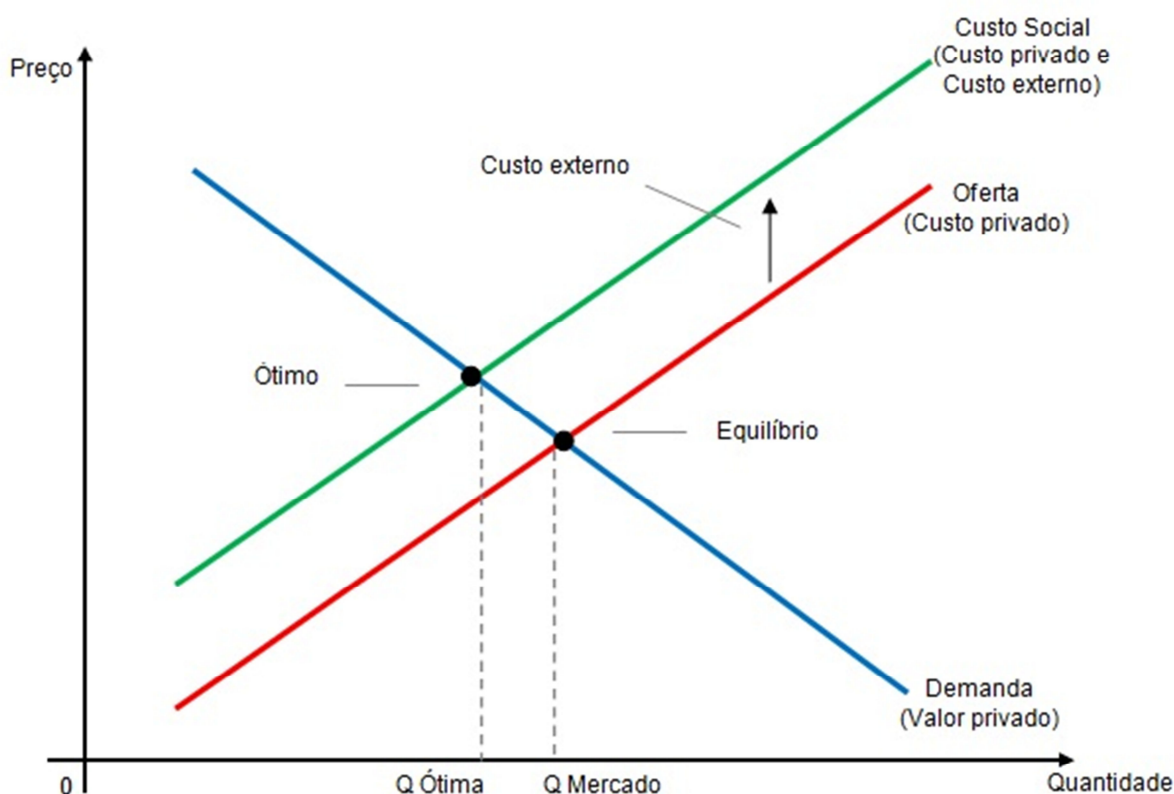


Gráfico 2: Externalidades negativas²⁴⁴

Diante da poluição, o custo de produção do alumínio para a sociedade (terceiro) é maior do que o custo para os produtores de alumínio. Para cada unidade de alumínio produzida, o custo social inclui os custos privados para os produtores, acrescentados dos custos das pessoas afetadas pela emissão de fumaça. Este

²⁴³ PORTO, Antônio José Maristrello. Op. cit.

²⁴⁴ Gráfico com base na Figura 2: Poluição e Ótimo Social. Conforme: MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 198

gráfico demonstra o custo social da produção de alumínio. A curva de custo social se localiza acima da curva de oferta, porque leva em consideração os custos externos impostos à sociedade. A diferença entre as duas curvas reflete o custo da poluição emitida. A quantidade de equilíbrio de alumínio, $Q_{mercado}$, é maior do que a quantidade socialmente ótima, representada por $Q_{ótima}$ ²⁴⁵. Essa ineficiência ocorre porque o equilíbrio de mercado reflete somente os custos privados de produção. No equilíbrio de mercado, o consumidor atribui ao alumínio um valor inferior ao custo social de produção, pois não se leva em consideração os custos sociais. Assim, em $Q_{mercado}$, a curva de demanda está abaixo da curva do custo social. Com isso, pode-se concluir que, reduzindo a produção e o consumo de alumínio, deixando-os abaixo de $Q_{mercado}$, eleva-se o bem estar da sociedade. Assim, o $Q_{ótimo}$ representa a elevação do bem estar da sociedade, pois esta passa a consumir menos (o preço se torna mais alto) e os produtores passam a produzir menos (custo está mais alto, já que se deve incluir o custo social)²⁴⁶.

O mesmo gráfico pode ser analisado também no exemplo do excesso de carros que gera poluição e trânsito. A diferença entre as duas curvas é o custo dos impactos suportados pelos terceiros. A quantidade desejável de uso de veículo pelos agentes pode ser representada pelo $Q_{ótimo}$. O ponto de equilíbrio de mercado, no entanto, encontra-se localizado entre as curvas da oferta, e da demanda, ou seja, há mais carros do que deveria ter. Uma vez que o custo privado não engloba o custo da externalidade produzida (representada pela curva do custo social), a quantidade ótima, $Q_{ótima}$ é, portanto, menor do que a quantidade de equilíbrio, $Q_{mercado}$, pois na externalidade negativa, o custo social do bem excede seu custo privado.

Ou seja, quando as pessoas passam a arcar com os custos do aumento da poluição, decorrente, no primeiro exemplo, do aumento da quantidade de alumínio; e, no segundo exemplo, do aumento da quantidade de carros, a produção de alumínio e de carros tende a diminuir. Isso pode ser obtido, segundo Antônio José Maristrello Porto, pela imposição de taxa, pelo Estado, com o objetivo de imputar aos agentes o

²⁴⁵ Ponto ótimo, na economia, advém do conceito de eficiência de Pareto ou ótimo de Pareto. “[...] pode ser traduzido no ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos outro agente econômico, ou seja, a posição de uma parte A melhora sem a constatação de prejuízo da posição de uma parte B. Ou, ainda, mais precisamente, quando não há mudanças suficientes a satisfazer uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior.” (PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. (PUCMG), vol. 11, p. 100, 2008)

²⁴⁶ MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 197-198

custo decorrente da externalidade negativa. Além disso, há o exemplo da cidade de São Paulo, que propôs, há vários anos, o rodízio de carros; ou ainda de Estocolmo e de Londres, onde foram criadas taxas pelo uso de veículos, o que também ajudou a diminuir consideravelmente o número de veículos nas ruas²⁴⁷.

Essas taxas ou impostos deslocariam para cima, no montante do tributo, a curva de oferta de alumínio (ou de carros). Se o imposto refletisse o custo externo da poluição, a nova curva de oferta coincidiria com a curva de custo social. Nesse novo equilíbrio de mercado, os produtores de alumínio (e de carros) produziriam a quantidade socialmente ótima (*Q ótima*).

O uso desse tipo de imposto é denominado, na Economia, de internalização de uma externalidade, porque dá aos compradores e vendedores de uma determinada atividade, incentivo para que considerem os efeitos externos de suas ações²⁴⁸. Assim, os vendedores observariam seus reais custos (acrescidos deste imposto) para produzir determinada quantidade de produtos e lançá-los no mercado, ao passo que os compradores também observariam essas questões no momento de comprá-los, já que, acrescidos de impostos, os produtos seriam mais caros e haveria um incentivo para usá-los em menor quantidade (ou um desestímulo para comprá-los).

São outros exemplos de externalidades negativas: poluição das águas, festas barulhentas na vizinhança, fumantes passivos, aumento nos prêmios de seguros de veículos devido ao consumo de álcool.

Já as externalidades positivas, ações que geram benefícios indiretos a terceiros, pode ser assim exemplificadas: o morador de uma cidade que mantém a fachada de sua residência em bom estado está realizando uma ação em benefício próprio (a boa conservação de sua propriedade privada), mas também sua conduta reflete sobre os demais moradores e toda a cidade, uma vez que contribui para a sensação de limpeza e boa conservação do ambiente urbano, logo, para o bem-estar da população²⁴⁹.

Outro exemplo de acessível demonstração é a educação. A princípio, o benefício da educação é privado, já que o consumidor da educação se torna um trabalhador mais produtivo e recebe, na maioria das vezes, um maior salário. Além

²⁴⁷ PORTO, Antônio José Maristrello. Op. cit.

²⁴⁸ MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 198

²⁴⁹ PORTO, Antônio José Maristrello. Op. cit.

disso, porém, a educação gera externalidades positivas, pois uma população mais instruída produz eleitores mais bem informados, o que significa um governo melhor para todos; tende-se a reduzir a criminalidade; encorajam-se o desenvolvimento e os avanços tecnológicos, propagando o nível de produtividade e salários a todos; com melhores salários, tende-se a consumir e circular mais riquezas²⁵⁰. Abaixo, o gráfico que ilustra as externalidades positivas.

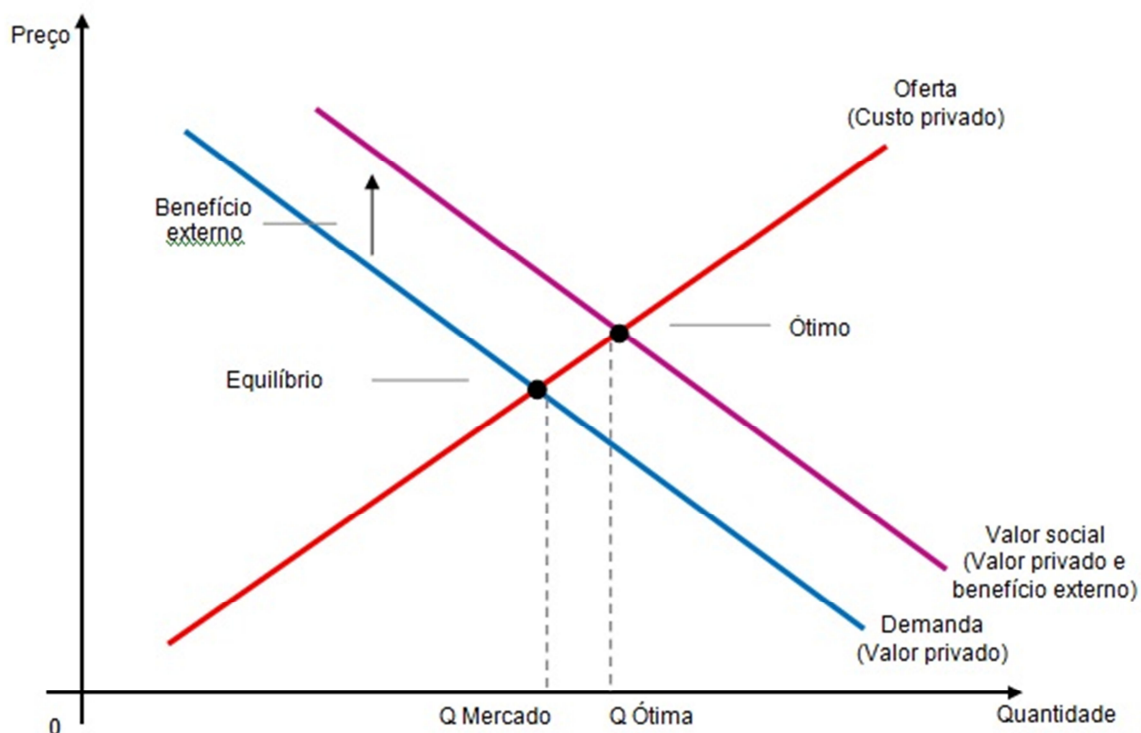


Gráfico 3: Externalidades positivas²⁵¹

No gráfico acima, a curva da demanda não reflete o valor do bem para a sociedade. Como o valor social é maior que o valor privado, a curva de valor social fica acima da curva da demanda. A quantidade ótima se encontra onde a curva de valor social e a curva de oferta (que representa os custos privados) se interceptam. Portanto, a quantidade social ótima é maior que a quantidade determinada pela demanda.

Como na externalidade positiva há a presença de um ganho, o valor social é superior ao valor privado e a curva do valor social está localizada acima da curva da demanda. Sendo assim, há um número menor de escolas ou de fachadas

²⁵⁰ MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 199

²⁵¹ Gráfico com base na Figura 3: A Educação e o Ótimo Social. Conforme: MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 200

conservadas que o desejável pela população, fazendo com que o ponto de equilíbrio, representado pela interseção das curvas de oferta e demanda, afaste-se do ponto ótimo de encontro das curvas da oferta e do valor social. Para que esse último ponto seja alcançado, é necessária alguma forma de incentivo a fim de que mais pessoas estudem (como mais escolas públicas e bolsas concedidas pelo governo) e mais pessoas contribuam com o melhoramento das fachadas, de modo a aumentar a quantidade e deslocar o ponto de equilíbrio para o ponto ótimo²⁵².

Concluindo as observações do gráfico, quando há uma externalidade positiva, o valor social do bem excede seu valor privado. A quantidade ótima, *Q ótima*, é, portanto, maior o que a quantidade de equilíbrio, *Q mercado*.

A internalização das externalidades positivas é exatamente o oposto das externalidades negativas. Ao passo que, nas negativas, existe um desestímulo com a criação de impostos; nas positivas, há um incentivo, subsídio ou desoneração.

São outros exemplos: uma pessoa que está com perfume agradável e senta-se ao lado de outras, melhores hábitos de condução, que reduzem o risco de acidentes, uma descoberta científica, vacinação, etc.

Após essa abordagem do conceito e exemplos das externalidades, negativas e positivas, torna-se possível avançar para uma breve consideração sobre os dois mais relevantes economistas que buscaram, por meio de teorias diferentes, corrigir estas falhas de mercado.

4.2 A Correção das Externalidades: o Imposto de Pigou e o Teorema de Coase

A questão das externalidades foi abordada tanto por Arthur Cecil Pigou como por Ronald Harry Coase, ambos economistas ingleses, muito embora este segundo tenha realizado pesquisas, no final de sua vida, nos Estados Unidos (Universidade de Chicago).

Arthur Pigou desenvolveu e publicou, em 1932, a obra *The Economics of Welfare* (A Economia do Bem-Estar), em que denominava os efeitos sociais danosos da produção privada de “deseconomias externas” (externalidades negativas); e, de

²⁵² Ibidem, p. 198

“economias externas” os efeitos do aumento de bem-estar social da produção privada (externalidades positivas) ²⁵³.

Cristiane Derani, explicando Arthur Pigou, afirma que, em ambos os casos, tanto nas externalidades negativas, quanto nas positivas, o mercado não transporta todas as informações necessárias para que seus agentes (empresa e consumidor) realizem a destinação ótima de fatores ²⁵⁴. É por isso que, quando se analisaram os gráficos anteriores, o *Q mercado* não incluía os custos sociais ou o valor social, respectivamente.

Arthur Pigou concluiu que, no caso das falhas de mercado (externalidades), o Estado deve introduzir um sistema de imposto, em caso de deseconomias externas (externalidades negativas); e, em caso de economias externas (externalidades positivas), instrumentos de subsídio ou incentivo. Esses impostos ficaram conhecidos como impostos corretivos ou impostos de Pigou ²⁵⁵.

O imposto corretivo ideal seria igual ao custo externo de uma atividade com externalidades negativas; e um subsídio corretivo ideal seria igual às benesses externas de uma atividade com externalidades positivas ²⁵⁶. Dessa forma, aplicando-se este entendimento de Pigou e observando-se os gráficos anteriores, pode-se concluir que a utilização destes impostos visa encontrar o ponto de interseção, *Q ótimo*, tanto nas externalidades negativas quanto nas positivas.

Nesse sentido, Arthur Pigou ²⁵⁷ afirmou que as formas das curvas da demanda e da oferta e o tamanho do incentivo devem ocorrer de forma que, quando a curva da demanda é elevada pelo subsídio, o ponto de interseção ocorre no ponto de equilíbrio mais à direita. E isso é demonstrado pelo gráfico anterior da externalidade positiva (Gráfico 3), em que o ponto de encontro está representado pelo *Q ótimo* (mais à direita).

²⁵³ PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. 4th Edition. London: Macmillan and Co. Limited, 1932, p. 26.

²⁵⁴ DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 91

²⁵⁵ MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 201

²⁵⁶ Ibidem, p. 201

²⁵⁷ “The shapes of the demand and supply curves and the size of the bounty must be such that, when the demand curve is raised by the bounty, it does not cut the supply curve at any point corresponding to its former point of intersection, but does cut it at a point corresponding to a point of stable equilibrium further to the right than this. This condition can readily be depicted in a diagram”. Conforme: PIGOU, Arthur Cecil. Op. cit., p. 113

O mesmo acontece nas externalidades negativas, mas, ao invés de o Q *ótimo* estar mais à direita, está mais à esquerda, porque acrescido do imposto referente ao custo social (Gráfico 2).

Gregory Mankiw explica o Imposto de Pigou através por meio dos exemplos de duas fábricas, uma produtora de papel e outra de aço, que estão despejando 500 toneladas de lixo num rio por ano. A Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (EPA²⁵⁸) pretende reduzir a quantidade de poluição emitida e apresenta duas soluções: a primeira, com relação à legislação, em que a EPA determina que cada fábrica reduza sua poluição para 300 toneladas por ano; a segunda, com relação ao imposto corretivo, em que a EPA tributa cada fábrica em U\$ 50 mil dólares, por tonelada de poluição despejada no rio²⁵⁹.

O autor segue afirmando, que “a regulamentação determinaria um nível de poluição, ao passo que o imposto conferiria aos proprietários das fábricas um incentivo econômico para reduzir a poluição²⁶⁰”. Embora ambas as soluções apontadas no exemplo possam ser úteis para a redução da poluição, o imposto corretivo, apresenta-se, para os economistas²⁶¹, mais eficiente, pois, cobra um preço pelo direito de poluir. Da mesma forma que os mercados alocam bens aos compradores que lhes atribuem maior valor, os impostos alocam a poluição às empresas que enfrentam maiores custos para reduzi-la²⁶².

Outro argumento interessante que defende os impostos é o fato de, segundo Gregory Mankiw, serem melhores para o meio ambiente. Na proposta de legislação de comando e controle, as empresas não teriam motivo para reduzir sua poluição abaixo de 300 toneladas, pois, a meta da lei seria essa no exemplo exposto. Já nos impostos, as empresas teriam um incentivo para desenvolver tecnologias e buscar alternativas para poluírem menos, pois, cada tonelada de poluição emitida significa um maior custo (mais imposto a pagar)²⁶³.

Já Ronald Coase desenvolveu e publicou em 1937 a obra *The Nature of the Firm* (A Natureza da Firma²⁶⁴), que abordava o estudo das transações econômicas,

²⁵⁸ EPA - Environmental Protection Agency.

²⁵⁹ MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 202

²⁶⁰ Ibidem, p. 202

²⁶¹ Pode-se incluir dentre esses economistas o próprio Nicholas Gregory Mankiw e Antônio José Maristrello Porto, autores citados na presente pesquisa.

²⁶² Ibidem, p. 202

²⁶³ Ibid., p. 202

²⁶⁴ Firma na obra de Coase pode ser interpretada como sinônimo de empresa. Coase, assim explica: “The firm in modern economic theory is an organization which transforms inputs into outputs.”

e posteriormente, em 1960, publicou *The Problem of Social Cost* (O Problema do Custo Social), sua mais famosa obra. Pode-se dizer que, nesta obra, Ronald Coase, tentou uma relação de temas notavelmente econômicos, com o custo social e os efeitos externos ocasionados pelo exercício da atividade econômica, possibilitando a interação entre o mundo jurídico e o mundo econômico.

Os economistas mais conservadores, como Alfred Marshall e Arthur Cecil Pigou²⁶⁵, acreditavam que as falhas de mercado, ou seja, as externalidades, poderiam ser controladas apenas com o aumento na regulação estatal, evitando-se, assim, que o capitalismo prejudicasse a sociedade. Entretanto, na obra de 1960, Coase inovou o raciocínio economista, sustentando que as externalidades não eram ocasionadas pelos custos sociais e escreveu sobre a possibilidade de não só mudar o comportamento do agente que causava o custo, mas também mudar o comportamento do terceiro que sofria o dano²⁶⁶. Trata-se do Teorema de Coase.

No exemplo de uma fábrica que polui e gera prejuízos a terceiros, diferentemente de Pigou, que defendia a condenação do dono da fábrica pelos prejuízos causados, um tributo a ser pago ou a remoção da fábrica de local, Coase²⁶⁷ defendia que todas essas hipóteses seriam inapropriadas e que gerariam resultados nem sempre desejáveis. Coase explicou sua proposta (ou problema – *The problem to be Examined*) por meio de vários exemplos e de *hard cases* que ocorreram nas cortes superiores de Londres, entre os quais está o que abaixo se analisa.

No caso *Sturges v. Bridgman*, de 1879, um confeitiro da Rua Wigmore usava dois almofarizes e pilões para moenda e realização de seu trabalho, sendo que um deles estava em uso naquele mesmo local há mais de 60 anos e o outro há mais de 26 anos. O médico, Octavius Sturges, abriu um consultório vizinho ao

(COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. The University of Chicago Press: 1990, p. 5). Tradução livre: A firma na teoria econômica moderna é uma organização a qual transforma bens em produção. Esse trabalho de Ronald Coase lhe garantiu em 1991 a indicação e o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas.

²⁶⁵ A obra mais conhecida de Pigou é "*The Economics of Welfare*". De forma simplista, a ideia de Pigou era solucionar os problemas dos efeitos prejudiciais (externalidades negativas) através da utilização de tributos e recompensas. A maior crítica de Coase a esse argumento de Pigou era que, embora representasse uma importante solução para os problemas econômicos, Pigou era seletivo e lacônico em sua fundamentação. Como os danos são diferentes e variam de acordo com a quantidade do prejuízo gerado, os economistas, na opinião de Coase, avaliam sem considerar essa discrepância, apontando uma regra como solução a casos distintos. (COASE, Ronald Harry. Op. cit., p. 151)

²⁶⁶ MANKIW, Nicholas Gregory. Op. cit., p. 206-207

²⁶⁷ COASE, Ronald Harry. Op. cit., p. 95

confeiteiro, na Rua Wimpole, e as máquinas do Sr. Bridgman não o atrapalhavam até que, oito anos depois, o médico construiu uma nova sala para consultas no fundo de seu jardim, ou seja, pareando-se com a cozinha da confeitaria. O ruído e a vibração das máquinas do Sr. Bridgman criaram dificuldades para o médico consultar seus pacientes, sobretudo realizar exames de auscultação e manter-se atento. O médico, portanto, ajuizou uma ação contra o confeiteiro para que ele parasse de usar seu maquinário. A decisão do tribunal garantiu ao médico o direito de impedir que o confeiteiro usasse suas máquinas²⁶⁸.

Para Coase, essa decisão poderia ter sido diferente, se houvesse barganha entre as partes. Se o confeiteiro estivesse disposto a indenizar o médico em determinado valor, maior do que a perda de renda que ele sofreria por ter que se mudar para outro local, ou, ter que construir outra parede para isolar os ruídos; o médico então renunciaria de seu direito e deixaria que as máquinas continuassem funcionando. E, na mesma medida, o confeiteiro só indenizaria o médico, se este valor fosse menor do que a queda em sua renda, caso o confeiteiro tivesse que mudar seu modo de trabalho, mudar-se de local, encerrar sua atividade. A questão para Coase está na seguinte análise: *“The solution of the problem depends essentially on whether the continued use of the machinery adds more to the confectioner’s income than it subtracts from the doctor’s”*²⁶⁹. Ou seja, deve-se analisar se o uso contínuo das máquinas acrescenta mais à renda do confeiteiro do que diminui a renda do médico.

Ronald Coase²⁷⁰ propôs a seguinte observação: e se ao invés do médico, quem tivesse ganho a demanda judicial fosse o confeiteiro? Este último teria ganho o direito de continuar suas atividades produzindo ruídos e vibrações, sem ter que pagar qualquer indenização ao médico. E a situação se inverteria: o médico teria que indenizar o confeiteiro para que este deixasse de usar suas máquinas. E se a renda do médico tivesse diminuído mais com a permanência das máquinas, ao passo que a renda do confeiteiro tivesse aumentado, o médico teria que indenizar o confeiteiro para que ele parasse de usar seus equipamentos.

Para Coase, a propositura de barganha deveria ser observada. E, entretanto, para transacionar deve-se descobrir quem é a outra parte com a qual vai

²⁶⁸ COASE, Ronald Harry. Op. cit., p. 104-105

²⁶⁹ Ibidem, p. 106

²⁷⁰ Ibid., p. 106

se negociar, informar sobre quais pontos se pretende negociar, como também as condições, formular contratos e termos, empreender tempo e meios para alcançar estes objetivos, o que conseqüentemente gera custos²⁷¹.

Uma vez que os custos das operações de mercado (e de barganha também) fossem considerados, ficaria constatado, na perspectiva de Coase, que se deveria avaliar se o aumento da produção “valeria” o custo incorrido para implementá-la. Para ele, deveria ser analisada inclusive a possibilidade de uma “*administrative decision*” (decisão administrativa), que se trata de uma espécie de barganha entre os proprietários dos fatores de produção²⁷²⁻²⁷³.

Desta forma, Coase estudou até que ponto o mercado privado é eficaz ao lidar com externalidades, e concluiu: se os agentes econômicos envolvidos pudessem negociar (sem custos de transação), a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, poderiam alocar os recursos de modo mais eficiente, solucionando o problema das externalidades (negativas), o que ficou conhecido entre os economistas como Teorema de Coase.

O que diferencia Coase dos economistas tradicionais, como Arthur Pigou, além de todo o exposto anterior, é também pelo fato de ter indicado em sua obra que algumas atividades seriam “*socially justified*” (socialmente justificáveis), em que se deveria sopesar o ganho com a eliminação das externalidades negativas e o ganho com a manutenção dessas atividades²⁷⁴.

Coase ainda esclareceu que o que deveria ser observado, em caso de eliminação de uma atividade produtora de efeitos negativos, era se o ganho obtido ao se impedir a externalidade negativa seria maior do que a perda que ocorreria pela falta da atividade. E o autor ainda criticou dizendo que decisões judiciais daquela época estavam sendo tomadas para decidir como os recursos seriam empregados, inclusive quem ganharia e quem perderia com a eliminação de determinada atividade que a princípio tinha efeitos prejudiciais. Acrescentou à sua crítica o fato de o Estado editar leis que modificaram o contexto destas atividades, ou seja, aquilo que antes era proibido por gerar prejuízos (efeitos negativos), com a edição dessas leis, passou a ser legalizado (mesmo continuando a gerar efeitos negativos). O que

²⁷¹ Ibid., p. 114

²⁷² Ibid., p. 115-116

²⁷³ Neste ponto Coase não faz alusão a algo que se pareça com cartel, o que ele pretende com essa análise é dizer que aos proprietários de um mesmo ramo de atividade, pudessem barganhar entre eles, sem que houvesse a participação de empreendedores de várias atividades diferentes.

²⁷⁴ Ibid., p. 130

antes era tido como proibido pelo *common law*, passou a ser legalizado, através de edição de leis. E nesse aspecto, Coase advertiu ser perigoso o fato de os entes públicos ampliarem, excessivamente, a proteção dos responsáveis pelas externalidades negativas²⁷⁵.

Entretanto, depois de abordadas as possibilidades de correção das externalidades, tanto para Arthur Pigou, quanto para Ronald Coase, verifica-se que o Teorema de Coase só se aplica quando as partes não têm dificuldades para chegar a uma composição. Isso, nos dias de hoje, torna-se extremamente complexo e dificultoso, pois, as atividades empresariais possuem cada vez mais externalidades que repercutem em esferas difusas, que ultrapassam as barreiras do estabelecimento empresarial, tornando-se difícil medir e realizar um acordo diretamente entre os envolvidos.

Dessa forma, na presente pesquisa, os Impostos de Pigou se aproximam mais da realidade em que a empresa (sentido funcional) vive, pois podem representar o custo externo de uma atividade com externalidades negativas, e podem também representar um subsídio na atividade com externalidades positivas. Os impostos corretivos são propostas interessantes para as externalidades, pois, deslocam a alocação de recursos para mais perto do ponto *Q ótimo*, nos gráficos 2 e 3 (das externalidades negativas e positivas, respectivamente); além disso, arrecadam mais ao governo e contribuem para a eficiência econômica.

Ultrapassada essa breve explanação sobre externalidades, pretende-se passar ao ponto central do trabalho, em que se pretende discutir se, e como, as externalidades positivas podem ser vistas como o cumprimento da função social das empresas, tendo por base, como anteriormente exposto, a definição de empresa em seu sentido funcional, enquanto atividade econômica organizada, e a teoria da integridade do Direito, de Ronald Dworkin, que permite analisar o princípio da função social da empresa em cotejo com todos os demais princípios constitucionais da ordem econômica.

²⁷⁵ Ibid., p. 132-133

4.3 Relação entre Externalidades e o Princípio da Função Social da Empresa

Busca-se, neste momento, a partir dos fundamentos anteriores, discutir a possibilidade de uma relação entre as externalidades positivas e o princípio da função social da empresa, que, conforme demonstrado no decorrer do trabalho, há tempos tem desafiado os operadores do direito, especialmente, na evidenciação de aspectos práticos ou de indicadores de seu cumprimento.

Importante ressaltar que, para a pesquisa, adotam-se apenas as externalidades positivas, mais pertinentes ao sentido adotado de função social (cumprimento dos princípios do art.170, CF). Primeiro, porque os traços iniciais do conceito de função social da empresa (doutrina clássica) derivam de bem-estar social, harmonizando-se com a ideia de efeitos positivos. Segundo, porque, mesmo com relação aos doutrinadores contemporâneos, que se utilizam do art. 170 e 7º da CF, para explicar a função social da empresa, os quais, aliás, embasam o conceito adotado nesta pesquisa, os princípios da ordem econômica e social possuem aspectos eminentemente positivos (valorização do trabalho humano, livre iniciativa, concorrência, proteção do consumidor e do meio ambiente).

Dessa forma, a empresa, enquanto atividade, gera externalidades positivas, quaisquer que sejam, produzindo resultados, custos sociais positivos²⁷⁶, ou melhor, valores sociais.

Nesta pesquisa, não se pretende uma análise exclusivamente econômica do sistema jurídico, o que a tornaria puramente economista. Em outras palavras, não se pretende subordinar o Direito à Economia, ou vice-versa; tampouco negar a autonomia do Direito²⁷⁷, mas buscar uma análise interdisciplinar e complementar, a

²⁷⁶ A expressão custo social positivo advém do estudo das externalidades, a partir de Ronald Coase. Referido autor iniciou seus estudos com as externalidades negativas, através da publicação do estudo conhecido como "O problema do custo social", daí o termo. Entretanto, ao mencionar neste trabalho as externalidades positivas, elas serão denominadas de valor social, termo mais condizente com as publicações de economistas mais contemporâneos, como o citado Gregory Mankiw.

²⁷⁷ Segundo Simioni: "[...] algumas concepções pós-positivistas recomendam, para os problemas de colisão e de realização adequada do direito, a negação da autonomia do direito para adequá-lo às exigências sociais. São exemplos dessa análise a ponderação de princípios no procedimentalismo de Robert Alexy e a eficiência econômica no pragmatismo de Richard Posner." (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 143-144). Ainda acrescenta: "[...] um direito sem autonomia perde uma das mais importantes conquistas civilizatórias da sociedade, que é a possibilidade de ele se constituir

partir da hipótese de que o conceito (econômico) de externalidades positivas pode contribuir para a compreensão e, conseqüentemente, para o desenvolvimento do conceito (jurídico) de função social da empresa.

A partir do momento em que surge uma empresa (perfil funcional, como atividade), e em todo o seguimento de sua atividade, ela gera efeitos positivos, como aumento de empregos, crescimento do IDH da cidade, aumento do PIB local, arrecadação de tributos, maior circulação de riquezas, que podem ser considerados como externalidades positivas.

A questão que se coloca, portanto, é: esses efeitos (externos) positivos podem ser enxergados como o cumprimento, por parte da empresa (atividade), do princípio da função social? Ou seja, se a empresa (atividade) gera repercussões positivas na sociedade na qual está inserida (ponto de vista da Economia), isso não seria dizer que esta empresa cumpre sua função social (ponto de vista do Direito)?

Analise-se o seguinte exemplo: uma empresa do ramo de panificação, cuja atividade principal seja a produção de pães de vários tipos, como integrais, doces, *light*, do tipo forma, do tipo para sanduíches, entre outros, além de empacotamento e distribuição. Quando um estabelecimento empresarial desse porte se instala em determinada cidade, surgem vários efeitos, tanto para o mercado quanto para a sociedade.

O primeiro efeito, ou a primeira externalidade positiva, será verificada com a contratação das pessoas que trabalharão nesta indústria. E, numa reação em cadeia, surgem, derivados deste efeito, vários outros, como maior renda *per capita*, crescimento e circulação de riquezas, pois os funcionários terão melhores condições financeiras, comprarão mais, seus filhos estudarão em escolas melhores ou farão cursos complementares, provocarão e incentivarão o surgimento de outros comércios, contribuindo, inclusive, para a geração de mais concorrência naquela cidade, incentivarão o crescimento de outros setores, como o imobiliário, etc.

Outro efeito positivo é advindo dos tributos que serão arrecadados naquela cidade e dos repasses que ocorrerão em virtude da instalação deste

como uma regra contramajoritária, quer dizer, a possibilidade de o direito constituir-se na experiência política como um critério importante para se opor inclusive às opiniões das maiorias democráticas. E não é só: um direito sem autonomia não é mais direito, pois aí já não haveria nenhuma diferença entre os critérios jurídicos para a solução de problemas concretos e os demais critérios políticos, econômicos, organizacionais etc.” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Op. cit., p. 147)

estabelecimento naquele local. Isso pode repercutir de inúmeras formas, sobretudo em melhorias de infraestrutura e dos serviços públicos.

O fato de existir uma empresa desse ramo de atividade em determinada cidade ou região pode facilitar a implantação de um parque industrial ou incentivar outras empresas, de outros ramos, a se instalarem ali, enfim, são inúmeros os efeitos sociais positivos advindos de uma empresa.

Nesse sentido, partindo do conceito contemporâneo de função social da empresa, em que este princípio significa a geração de empregos, tributos e riquezas, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, estabelecendo-se assim, uma relação com o arts. 170 e 7º da CF, verifica-se, portanto, no conteúdo destes atos que permeiam o conceito de função social da empresa, características eminentemente positivas.

Isso permite uma relação com as externalidades positivas, do campo econômico. Como o conceito adotado de função social da empresa se constrói a partir do arts. 170 e 7º CF, orientando-se no sentido de uma existência digna e da justiça social, e de outros princípios jurídicos que encerram valores sociais positivos, a relação entre esses dois institutos torna-se perfeitamente possível, e o conceito de externalidades positivas se apresenta como uma valiosa ferramenta para evidenciar o cumprimento do princípio da função social da empresa.

Dessa maneira, os efeitos positivos gerados pela empresa (sentido funcional) podem ser vistos como o cumprimento da função social da empresa. Verifique-se o gráfico abaixo:

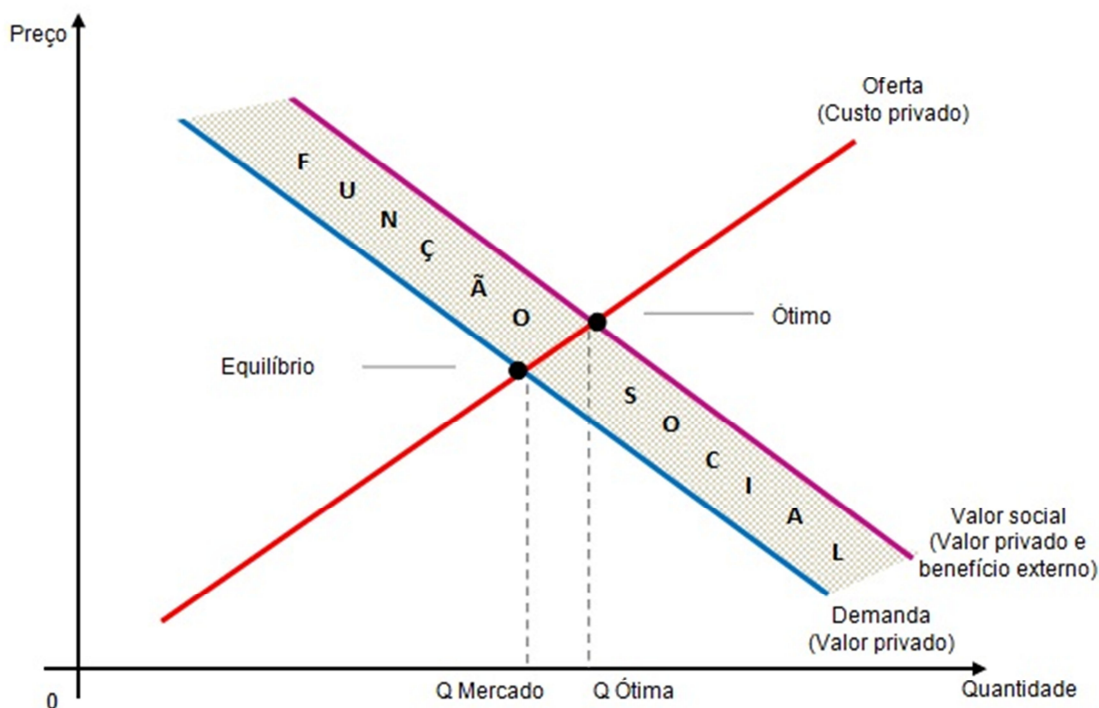


Gráfico 4 : Função Social da Empresa

O gráfico acima possui a mesma estrutura do Gráfico 3, apresentado no item 4.1, entretanto, entre a curva da demanda e a curva do valor social, onde são localizadas as externalidades positivas, também foi indicada, no campo hachurado, a função social da empresa. Assim se evidencia que as externalidades positivas representam o cumprimento, pela empresa, de sua função social. Significa, sobretudo, que é possível enxergar o efetivo cumprimento da função social da empresa, através da observação das externalidades positivas.

Ao observar os efeitos positivos citados no exemplo da empresa de panificação, como a contratação de vários funcionários, observa-se o cumprimento do art. 170, CF, referente aos princípios (constitucionais da ordem econômica) do pleno emprego (inc. VIII) e da valorização do trabalho humano (*caput* e art. 7º). Quando a atividade empresarial se inicia, surge também o cumprimento da livre iniciativa (*caput*), faz crescer a concorrência daquele ramo de atividade (inc. IV), auxilia com a redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII), pois possibilita melhores condições às pessoas que ali residem, trabalham, etc., enfim, todas essas consequências representam algo positivo, todas estas, representam externalidades positivas.

A partir do ponto de equilíbrio, *Q mercado*, todos os efeitos positivos que são produzidos pela empresa, como atividade empresarial, podem ser vistos como cumprimento de sua função social.

O ponto ótimo (ideal) surge a partir do momento em que o poder público verifica que esta empresa (atividade) produz atos positivos que repercutem em terceiros (sociedade, cidade, por exemplo) e que estas atividades, por gerarem tais efeitos positivos, devem ser recompensadas, por meio de subsídios ou incentivos. Quando isso ocorre, nota-se o *Q ótimo*.

Entretanto, quando verificado o ponto *Q ótimo*, as externalidades deixam de ser externas, pois passam a ser tratadas como internalizações da atividade empresarial. Dessa forma, a função social estará inserida (internalizada) no valor social que gera, e quando isso ocorrer, a empresa continuará a cumprir sua função social, porém, receberá incentivos ou subsídios para continuar a exercer esse papel de tão relevante importância para a sociedade.

Mas cabem aqui duas importantes reflexões. Primeira, isso significa que apenas os grandes estabelecimentos empresariais (de grande porte, como indústrias e fábricas) podem cumprir a função social? Segunda, como abordado no presente trabalho, as empresas geram tanto efeitos positivos, quanto negativos; o fato de a empresa gerar também externalidades negativas compromete o cumprimento da sua função social?

Como são duas importantes reflexões, inicia-se a análise com relação ao porte dos estabelecimentos empresariais. Da forma como foi transcorrido no presente trabalho, não se pode concluir que apenas os grandes estabelecimentos e indústrias poderão cumprir a função social, pelo contrário. As pequenas atividades também podem cumprir com o princípio da função social da empresa.

Para tanto, na mesma linha de raciocínio da grande indústria no ramo de panificação, observa-se o exemplo do pequeno produtor de pães, que possui uma pequena padaria. Este pequeno empreendedor realizará atos positivos, assim como a grande indústria, porém, numa escala menor. E ao se perguntar se esta pequena empresa cumpre o princípio da função social da empresa, a resposta vem da seguinte análise: essa empresa, mesmo sendo de pequeno porte, cumpriu os princípios elencados no art. 170, CF, como “valorização do trabalho humano” (*caput* e art. 7º, CF) e do “pleno emprego” (inc. VIII); realizou a livre iniciativa (*caput*) por ter iniciado uma empresa (atividade), contribuiu para a concorrência daquele ramo de

atividade (inc. IV), realizou a função social da propriedade (inc. II), dando destino ao estabelecimento comercial, auxiliou com a redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII), enfim, todas essas consequências representam algo positivo, e podem ser analisadas, no campo econômico, como externalidades positivas.

Dessa forma, respondendo à primeira reflexão, observa-se que não importa o tamanho do estabelecimento empresarial, nem da empresa, em seu sentido funcional (atividade), mas sim, se ela gera efeitos positivos que podem ser analisados como externalidades positivas, que representam o cumprimento da função social da empresa. Resta claro, a partir dos exemplos citados, que tanto o estabelecimento empresarial de grande porte, quanto o de pequeno porte, podem cumprir o princípio da função social; e que a verificação das externalidades positivas é uma forma de visualizar o seu cumprimento.

Já para analisar a segunda importante reflexão, derivada da relação entre externalidades positivas e função social da empresa, tem-se a questão da existência das externalidades negativas. O fato de a empresa (atividade) gerar também externalidades negativas não compromete o cumprimento da sua função social?

Derivado deste questionamento pode-se também perguntar: o estabelecimento empresarial de grande porte (fábrica ou indústria) produz mais empregos diretos do que o pequeno estabelecimento empresarial. Isso significa que as grandes atividades possuem mais externalidades positivas e, portanto, cumprem melhor sua função social?

Esclarece-se, primeiro, que, as externalidades negativas não fazem parte do objeto da presente pesquisa. Não é objeto desta pesquisa mensurar as externalidades negativas e as externalidades positivas para se chegar a um resultado matemático de viabilidade de determinada atividade econômica, ou seja, criar uma fórmula matemática que pudesse, a partir de dados estatísticos acerca das externalidades positivas e negativas, apresentar um resultado também matemático.

Segundo, as externalidades negativas não comprometem a relação das externalidades positivas com a função social da empresa. O que se pretende demonstrar é que quanto às externalidades positivas elas podem representar, de forma prática, no mundo dos fatos, o cumprimento da função social.

Para a presente pesquisa, pouco importa se haverá duas, três ou quatro externalidades positivas e duas, três ou quatro externalidades negativas. A questão quantitativa, repita-se, não é objeto da pesquisa, pois o problema aqui apresentado

é se as externalidades positivas podem ser vistas como a efetivação ou exteriorização do cumprimento da função social da empresa. E foi demonstrado que sim.

Todavia, apenas para que se deixe claro, é preciso pontuar que as externalidades negativas não se confundem com o descumprimento dos princípios que orientam a ordem econômica e social (art. 170 e art. 7º, CF). Qualquer empresa que desrespeite os limites hermenêuticos decorrentes da integridade do texto constitucional, ainda que gere externalidades positivas, não cumpre a função social.

Toda atividade econômica gera algum impacto ao meio ambiente. A montadora de automóveis ao colocar os veículos em circulação gera externalidade negativa face ao meio ambiente, da mesma forma que o simples ato de comprar uma pilha gera também efeitos negativos ao meio ambiente. Estes representam exemplos de externalidades negativas, porém, estas externalidades negativas estão condizentes aos limites hermenêuticos da ordem econômica e social. São externalidades permitidas pelo Direito, analisado de forma íntegra e coerente a partir da Constituição.

Quanto à questão de o estabelecimento empresarial de grande porte produzir mais empregos diretos do que o pequeno estabelecimento empresarial, isso não significa que as grandes atividades possuem mais externalidades positivas e, portanto, cumprem melhor a sua função social.

O que se verifica é que algumas atividades (ou determinado porte de estabelecimentos empresariais) terão mais externalidades positivas do que outras em escala, como é o caso dos dois exemplos trazidos ao texto. Isso, porém, não significa que a grande empresa cumpra melhor a função social do que a pequena empresa.

Se os autores mais contemporâneos, como visto no capítulo anterior, conceituam função social da empresa como cumprimento do art. 170 e art. 7º da CF, tanto a indústria do ramo de panificação que se instala em determinada cidade, quanto o pequeno empreendedor, ao exercerem empresa geram externalidades positivas que podem ser analisadas como o cumprimento dos princípios estabelecidos pela ordem econômica e social, e assim, pode-se dizer que as externalidades positivas representam a concretização da função social da empresa.

Cabe ressaltar que não se trata de um novo conceito para o princípio da função social da empresa, que, como visto, é complexo, e pendente de maiores

reflexões pela academia brasileira, sobretudo a partir da CF, entretanto, a análise jurídico-econômica das externalidades possibilita uma interlocução entre as disciplinas que enriquece e traz substância, forma, concretude a este princípio.

Estes valores sociais (externalidades positivas), repercutidos na sociedade, quaisquer que sejam, significam que a empresa (atividade) está cumprindo os princípios da ordem econômica e social e, portanto, corporificam o princípio da função social da empresa. Esses efeitos positivos podem ser vistos, pela empresa (atividade) como cumprimento de uma função social.

Se os autores mais contemporâneos, conceituam função social da empresa como cumprimento do art. 170 e art. 7º da CF e se para a observação das externalidades positivas não importa o tamanho do estabelecimento empresarial, tem-se que as externalidades positivas representam a concretização, a substância da função social da empresa.

As externalidades positivas representam o cumprimento do princípio da função social da empresa. São nelas que residem as características do cumprimento dos arts. 170 e 7º da CF, que a doutrina contemporânea se utiliza para conceituar o princípio da função social da empresa.

Desta forma, as externalidades positivas podem ser analisadas no campo do Direito, de forma a facilitar o pesquisador para encontrar respostas se uma determinada atividade cumpre ou não sua função social, nos moldes dos estudos contemporâneos.

CONCLUSÃO

O *Codice Civile* de 1942 unificou o Direito Privado italiano (Direito Civil, Comercial e Trabalhista). Todavia, esta ocorrência foi meramente formal, uma vez o direito comercial continuava sendo uma disciplina autônoma, com didática e cientificidade independentes.

A maior relevância trazida pelo *Codice Civile* italiano, no entanto, não foi a unificação, mas a grande virada no fundamento primário do estudo do direito comercial. Ao adotar a teoria da empresa desenvolvida por Alberto Asquini, a legislação italiana tira o foco do comerciante e dos atos de comércio, para atentar-se para a atividade econômica desenvolvida de forma organizada.

A teoria do direito comercial, antes fundada na figura dos atos de comércio e na pessoa do comerciante, passa a centrar-se na empresa e no empresário, em especial na sua concepção funcional, ou seja, na atividade econômica na qual o empresário organiza os fatores de produção (capital, trabalho e tecnologia).

No Brasil, o Código Comercial de 1850 adotou a teoria dos atos de comércio e também procedeu à unificação das questões civis e comerciais.

Isso porque, antes da edição do Código, no Brasil, havia decretos e leis esparsas, que regulavam o direito civil e o direito empresarial. Entretanto, como o comércio da época era considerado pequeno, houve um longo processo de codificação da disciplina. Inúmeras foram as comissões e juristas empenhados em escrever um código para o direito comercial, mas como não existia um código civil brasileiro, algumas matérias civis tiveram que englobar o projeto do código.

Os organizadores do Código Comercial, ante a ausência de um Código Civil, foram, de certa forma, obrigados a inserir na codificação comercialista, matérias civis.

Esta unificação esfacelou o Direito Comercial, uma vez que as regras e princípios de natureza mercantil e civil se misturavam sem qualquer estrutura metodológica e principiológica.

Houve uma tentativa de regulamentar a unificação entre direito civil e direito empresarial e torná-la formal com o Código Civil de 1916, entretanto isso só ocorreu em 2002, com a edição do Código Civil e a derrogação de grande parte do Código

Comercial de 1850, sob forte influência do Código Civil italiano de 1942, na busca de uma unificação (formal) do direito privado.

O Código Civil brasileiro de 2002 derogou grande parte do Código Comercial de 1850 e unificou, de maneira formal, o direito comercial e o direito civil, restando do Código Comercial apenas a segunda parte que trata do comércio marítimo. Existindo, ainda, algumas matérias comerciais reguladas por leis esparsas.

No Código Civil de 2002 exclui-se a figura do comerciante e dos atos de comércio, passando à teoria do direito da empresa, fundamentada nas figuras da empresa e do empresário, este último concebido como aquele que exerce atividade econômica organizada com o objetivo de produção ou a circulação de bens ou de serviços.

A partir da teoria da empresa que o fenômeno econômico empresa é visto no direito empresarial com o sentido técnico e jurídico de atividade econômica organizada e, sobre esta concepção, circulam os demais conceitos fundamentais do direito empresarial contemporâneo.

Todavia, esta unificação meramente formal entre normas civis e empresariais repetiu o erro do Código Civil Italiano de 1942 e fez ressurgir debates em torno das relações entre direito civil e direito comercial e seus princípios.

No Brasil, com a unificação das matérias civis e comerciais, os operadores do Direito muitas vezes têm aplicado na interpretação de questões estritamente empresariais (questões entre empresários e empresas), princípios de natureza eminentemente civis.

As discussões atuais são as mesmas enfrentadas pelos juristas e legisladores dos séculos XIX e XX, a unificação a partir do Código Civil de 2002 girou em torno da falta de estrutura metodológica e principiológica do direito empresarial e a falta de um eixo central, baseado em princípios próprios, enfraqueceu o direito empresarial.

A grande questão contemporânea é que os ordenamentos jurídicos não são mais sistemas de regras, mas de regras e princípios, e as regras apenas se sustentam diante de um fundamento principiológico que lhe dê suporte.

É neste contexto que surge o Projeto de Lei nº 1.572/2011, cujo objetivo é a publicação de um novo Código Comercial. O projeto propõe resolver as questões metodológicas e principiológicas, criando um microssistema para regular as

questões envolvendo empresários e empresas, ou seja, questões eminentemente de direito empresarial.

O projeto nasce de obra escrita por Fábio Ulhoa Coelho, cujo fundamento primeiro é o de que os princípios do direito comercial foram esquecidos pelos operadores do direito e precisam ser resgatados. A ideia central do projeto é reunir, em uma codificação, com sistemática e técnica, os princípios e regras próprios do direito empresarial, dentre eles o princípio da função social da empresa.

Ainda que não se defenda neste trabalho o PL nº 1.572/2011, uma codificação do Direito Empresarial, sobretudo principiológica, é importante em razão da necessidade de se interpretar o ordenamento jurídico de forma íntegra e coerente.

De toda forma, quanto ao princípio da função social da empresa o projeto o prevê de forma expressa, mas não estabelece o seu conteúdo ou hipóteses de incidência, cujo fundamento apenas pode ser concebido a partir da Constituição.

No âmbito constitucional, o princípio da função social da empresa inicialmente foi visto como derivação da função social da propriedade (art. 5º, XXVIII).

A função social da propriedade, no início, representava um dever de abstenção do proprietário em usar e fruir da propriedade sem afetar direitos alheios, ou seja, um dever de abstenção (negativo) do proprietário face à coletividade.

Adiante, surgiu nova perspectiva do princípio da função social da propriedade, atribuindo-se ao proprietário deveres positivos de conduta, direcionando o comportamento do empresário e da empresa para o cumprimento do interesse coletivo.

O princípio da função social da propriedade passa a impor ao proprietário o dever de exercê-la em benefício de outrem e não apenas de não exercer em prejuízo de outrem, operando o princípio a partir da imposição de comportamentos positivos e não apenas os negativos.

A função social passa a integrar o próprio conceito de propriedade, delineando a sua destinação. Este destino tem como fundamento os interesses da coletividade e não apenas os do proprietário.

Esta acepção da função social da propriedade é deslocada para o princípio da função social da empresa a partir da ideia de que os bens de produção, mais ainda do que os bens particulares, devem cumprir a sua função social. Para muitos,

a função social da propriedade teria como objetivo exclusivo exatamente os bens de produção.

A função social da propriedade dos bens de produção significa um poder-dever do proprietário em dar-lhes um destino direcionado ao cumprimento de certa função de interesse coletivo, ainda que este interesse coletivo deva se harmonizar com o interesse do próprio proprietário.

Esta concepção da função social dos bens de produção, porém, não esgotou a matéria atinente à função social da empresa, principalmente porque na atualidade existem sociedades empresárias que sequer possuem um parque industrial ou mesmo a propriedade de bens.

A partir de contratos empresariais sequer é preciso ter propriedade – na acepção técnica – para ser empresário. A propriedade do empresário pode ser até mesmo imaterial (direito autoral) ou o empresário ser mero prestador de serviços.

Esta compreensão é fundamental a partir do conceito funcional de empresa, que não se remete a estabelecimento empresarial, mas sim à própria atividade econômica (concepção funcional de Asquini). Portanto, não apenas a propriedade dos bens de produção, mas toda a atividade econômica exercida de forma organizada para produzir bens e serviços, ou seja, toda a empresa deve cumprir a sua função social.

Além disso, ainda mais fundamental do que dizer que a empresa deve cumprir a sua função social é tentar estabelecer um conteúdo mínimo para este princípio, uma concretude que permita a sua verificação, uma vez que a sua abstração e indeterminação são extraordinárias.

A substância da função social da empresa, enquanto princípio fundamental da ordem econômica, precisa ser compreendida constitucionalmente no âmbito dos demais princípios que o conformam, de forma a se obter uma interpretação hermeneuticamente íntegra e coerente.

Neste sentido, a concepção de função social da empresa a partir da propriedade dos bens de produção, não responde à concepção funcional da empresa, enquanto fenômeno econômico, bem como à complexidade que emerge das relações sociais atuais.

O princípio de função social deve ser compreendido a partir de uma hermenêutica que considere o “todo constitucional”, ou seja, que busque na integridade e coerência dos princípios da Constituição de 1988, em especial, mas

não apenas, aqueles atinentes à ordem econômica e social (art. 7º e art. 170), uma resposta íntegra e coerente com todo o sistema.

O ordenamento jurídico, em especial a Constituição, não pode ser concebido e interpretado em partes estanques, pois os princípios constitucionais, antes de se antagonizarem, se conformam e delineiam, sendo o conteúdo de um princípio ao mesmo tempo, o limite hermenêutico do conteúdo do outro princípio (ou possivelmente outros princípios) quanto estiverem em discussão no caso concreto.

A partir desta concepção, fundada no pensamento de Ronald Dworkin, o princípio da função social da empresa se abstrai da ideia da propriedade sobre os bens de produção e se desloca para um campo maior da hermenêutica constitucional, passando a ser concebido a partir dos outros princípios que regem a ordem econômica e social, previstos nos arts. 7º e 170 da Constituição - defesa do meio ambiente e do consumidor, livre iniciativa e concorrência, redução das desigualdades sociais, garantia do pleno emprego -, além de outros princípios fundamentais, previstos em diversos outros pontos da Constituição, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Definir se uma empresa, no sentido funcional, observa o princípio da função social, passa por aferir se a atividade econômica desenvolvida a partir da livre iniciativa respeita os demais princípios constitucionais. Ao mesmo tempo, é preciso identificar em qual medida cada um destes outros princípios constitucionais podem delimitar hermeneuticamente a liberdade da atividade empresarial, sem violá-la. A resposta está na integridade da Constituição.

Isto porque não há atividade econômica que gere empregos e não gere efeitos ao meio ambiente. Não há liberdade de iniciativa, quando a atividade econômica extermina a concorrência. Não há defesa do consumidor, sem a proteção da liberdade dos empresários, em um mercado que permita a competitividade. Não há atividade empresarial sem a busca do lucro, mas o lucro encontra limites nos diversos princípios, em especial na proteção do pleno emprego, redução das desigualdades sociais e valorização do trabalho humano.

Portanto, a empresa deve atender a interesses internos e externos e, dentre os interesses internos, está o do empresário na obtenção de lucro, isto porque, o projeto de vida do empresário e as suas expectativas, caracterizam-se como direitos fundamentais decorrentes do princípio da dignidade humana.

De toda sorte, ainda que a doutrina contemporânea tenha estabelecido esta compreensão acerca do princípio da função social da empresa, é de grande dificuldade acadêmica identificar o cumprimento por determinada empresa de sua função social.

Quanto às condutas negativas (deixar de fazer), ou seja, o abster-se de não desrespeitar o meio ambiente, o consumidor, a livre iniciativa, a livre concorrência, não há maiores discussões. Porém, verificar o cumprimento positivo da função social da empresa (o fazer), ou seja, o atuar do empresário em conformidade com a Constituição na implementação dos direitos e garantias fundamentais e sociais atrelados à ordem econômica e social, sempre foi tarefa hercúlea.

A doutrina não conseguiu estabelecer um conteúdo a este fazer positivo, noutros termos, como seria possível conferir se uma dada empresa estaria cumprindo a sua função social.

Na tentativa de encontrar uma resposta adequada à questão, a pesquisa empreendeu-se na tentativa de estabelecer uma correlação entre a função social da empresa e as externalidades positivas, em um estudo interdisciplinar do Direito com a Economia.

Viu-se que as externalidades são falhas de mercado, efeitos não internalizados pelo indivíduo ou pela empresa, mas que impõem custos ou benefícios a terceiros que não participam da relação analisada, por exemplo, a sociedade. Quando se impõe um custo, tratam-se das externalidades negativas; e quando se impõe um benefício, tratam-se das externalidades positivas.

Os principais estudiosos das externalidades foram Arthur Pigou e Ronald Coase. O primeiro tentou resolver as falhas de mercado, aplicando-se um imposto que tinha por objetivo corrigir o custo das externalidades negativas, enquanto que o segundo optou pela transação para solucioná-las, em que se objetivava simultaneamente, o menor prejuízo e um melhor ganho, para ambas as partes.

Entretanto, muito embora estes economistas tenham se utilizado, para suas pesquisas, das externalidades negativas, optou-se para a relação com o princípio da função social, as externalidades positivas. Isso, porque, estas possuem características que se interligam com o que se entende, contemporaneamente, como o princípio da função social da empresa.

As externalidades positivas podem ser vistas como a geração de empregos, redução das desigualdades regionais, pelo crescimento do IDH, pelo pagamento de

impostos, pela circulação de riquezas, ou seja, todas as consequências positivas geradas pela empresa (sentido funcional) podem ser consideradas como externalidades positivas.

Como o princípio da função social da empresa, no conceito adotado no presente trabalho, corresponde à efetividade dos princípios elencados no art. 170 da Constituição e os demais princípios a eles correlatos (art. 7º, CF), pode-se verificar uma relação entre os efeitos positivos gerados pela empresa (externalidades positivas) com o seu conceito contemporâneo.

As externalidades positivas externam no mundo dos fatos, o cumprimento da função social da empresa, permitindo que possa o referido princípio ser vislumbrado a partir de um conceito econômico.

Obviamente, por tudo que foi dito, a função social da empresa é um princípio de direito, não é um princípio econômico, porém, o seu conteúdo, a sua substância e a verificação do seu cumprimento de forma prática por uma empresa pode se dar a partir da análise das externalidades positivas geradas pela empresa.

As externalidades positivas geradas pela empresa são demonstrações do cumprimento do art. 170 e do art. 7º da CF. O início da atividade, impendendo a livre iniciativa (*caput*), fazendo crescer a concorrência daquele ramo de atividade (inc. IV), auxiliando na redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII), possibilitando melhores condições às pessoas que ali residem, trabalham, etc., gerando emprego (inc. VIII) e a valorização do trabalho humano (*caput* e art. 7º), são externalidades positivas que representam o cumprimento da função social da empresa.

Assim, é possível verificar uma relação entre o princípio da função social da empresa e as externalidades positivas, pois, estas trazem as características positivas da atividade empresarial. Isso permite que se visualize o cumprimento da função social da empresa, ou melhor, através das externalidades positivas permite-se que se verifique se determinada empresa cumpre ou não este princípio.

Desta forma, conclui-se que o trabalho possibilitou a compreensão do princípio da função social da empresa, a partir da interdisciplinaridade entre o direito e as externalidades positivas, do campo econômico, que propiciou a visualização do cumprimento deste princípio.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução: Sergio Bath. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 884p.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 35, nº 104, out/dez 1996. p. 109-126.

BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ. Conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. 355 p.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 93. n. 340. out./dez. 1997. p. 45-62.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função da propriedade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo. v. 2. n. 7. jul/set. 2001. p. 69-84.

_____. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. 190 p.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 316 p.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5. ed Rio de Janeiro: Forense, 1971. 568 p.

BOTREL, Sérgio. *Direito Societário Constitucional: Uma proposta de leitura constitucional do direito societário*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. v. 1. 549 p.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 167 p.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. The University of Chicago Press: 1990. 217 p.

_____. *The Problem of Social Cost*. In: COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. The University of Chicago Press: 1990. 217 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011. 249 p.

_____. *Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012. 245 p.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Forense: Rio de Janeiro, 2005. 502 p.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo. v. 25. n. 63. jul/set. 1986. p. 71-79.

_____. *A reforma da empresa*. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. 553 p.

_____. *Estado, empresa e função social*. In: WALD, Arnold (org.). *Direito Empresarial: Direito Societário. Edições Especiais. Revista dos Tribunais - 100 anos*. São Paulo: RT, 2011. v. 2. p. 69-80.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 296 p.

DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da “função social”. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo. v. 7. n. 27. jul./set. 2002. p. 58-69.

_____. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2009. 290 p.

DWORKIN, Ronald. Tradução: Luís Carlos Borges. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593 p.

_____. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

_____. Tradução: Nelson Boeira. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 568 p.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975. 315 p.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. O “Antiprojeto” de Novo Código Comercial. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, Ano XVII, nº 400, 15/set. 2013. p. 32-37.

FRAZÃO, Ana. *Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 335 p.

_____. *Função Social da Empresa: Repercussão sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 468 p.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 416 p.

_____. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 436 p.

_____. *Direitos Reais*. 19. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador Luiz Edson Fachin. Coordenação Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 462 p.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. 143 p.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 391 p.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 384 p.

GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaio*s. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 146 p.

ITÁLIA. *Codice Civile*. Regio Decreto 16 marzo 1942, nº 262. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>. Acesso em: 9 mar. 2014.

LEMOs JUNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & Função Social*. Curitiba: Juruá, 2008.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 206 p.

MANKIw, Nicholas Gregory. Tradução: Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima. *Introdução à Economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009. 838 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público*. São Paulo. v. 20. n. 84. out./dez. 1987, p. 39-45.

MOTA, Maurício. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: A propriedade em Tomás de Aquino. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI,

Marcio. (Coord). *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. 587 p.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 318 p.

OMMATI, José Emílio Medauar. *A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade*. In: CATTONI, Marcelo. (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 587 p.

PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 17, nº 29, jan./mar. 1978. p. 39-56.

PÊCEGO, Daniel Nunes. A lei e a justiça na Suma Teológica. *Revista Aquinate*. v. 6. p. 160-178. Disponível em http://www.aquinate.net/revista/edicao_atual/Artigos/06/Artigo%209-Pecego.pdf. Acesso em: 04 mai. 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Evolução do Direito de Propriedade. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Curso de Direito da Universidade de Uberlândia*. S.I. 1982, p. 219.

PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. 4th Edition. London: Macmillan and Co. Limited, 1932.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. (PUCMG), vol. 11, p. 100, 2008.

PORTO, Antônio José Maristrello. Colaborador: GRAÇA, Guilherme Melo. *Análise Econômica do Direito*. FGV – Direito Rio. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf.>. Acesso em: 17 out. 2014.

RIFKIN, Jeremy. Tradução: Maria Lucia G. L. Rosa. *A Era do Acesso. A Transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Pearson Makron Books, 2004. 264 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade anônima: interesse público e privado. *In: Revista de Direito Mercantil*. v. 127. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 7-20.

_____. Função Social do Contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 823. ano 93. mai. 2004. p. 67-86.

_____. Função Social do Contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo. v. 132. out/dez. 2003, p. 17.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 900 p.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 924 p.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico*. Curitiba: 2014. 832 p.

_____. Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. *In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coord.). Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ary. Função Social da Propriedade. *In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle (Orgs.). Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

STRECK, Lênio Luiz. O Problema do “Livre Convencimento” e do “Protagonismo Judicial” nos Códigos Brasileiros: A Vitória do Positivismo Jurídico. *In: BARROS,*

Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. (Coord.). *Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 305 p.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. 645 p.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 85. n. 306. abr./jun. 1989. p. 73-78.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: WALD, Arnold (org.). *Direito Empresarial: Direito Societário. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 43-67.

VARELA, Laura Beck. Das Propriedades à Propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 862 p.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 673 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 862 p.