

Frederico Viegas (Organização)

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

1ª Edição



Brasília / 2009

Luiz Edson Fachin	
Ensaio sobre a Incidência dos Direitos Fundamentais na Construção do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo Mediante o Direito Civil-Constitucional no Brasil.....	267
Maria Celina Bodin de Moraes	
A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil.....	275
Marcelo Cama Proença Fernandes	
A Eficácia da Relação Contratual Privada na Perspectiva Civil-Constitucional...	295
Paulo Luiz Netto Lôbo	
Direito Civil Constitucional na Contemporaneidade Brasileira	313
Ronaldo Rebelo de Britto Poletti	
Princípios Gerais e Terminologia Jurídica.....	337
Suzana Borges Viegas de Lima	
Por um Estatuto Jurídico das Relações Homoafetivas: uma Perspectiva Civil-Constitucional	355
Zeno Veloso	
A Sucessão dos Cônjuges.....	363

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

ANA FRAZÃO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As discussões a respeito da função social da propriedade e da empresa iniciaram-se ainda na segunda metade do século XIX, intensificando-se depois da positivação do princípio pelas primeiras constituições sociais. Destaca-se, nesse processo, a Constituição de Weimar de 1919, clara ao prever que “a propriedade obriga”.

A partir daí, a doutrina e a jurisprudência, tanto na Europa como no Brasil, foram paulatinamente construindo a orientação segundo a qual a função social determina uma mudança da própria estrutura da propriedade e da atividade empresarial, impondo a estas não apenas limitações e abstenções, mas também deveres positivos e obrigações de fazer decorrentes da interdependência social.

O grande problema é que a dimensão ativa da função social, que obriga o proprietário e o empresário a agirem em favor da coletividade, sempre encontrou muitas dificuldades interpretativas para a sua efetiva aplicação. Até hoje, salvo nas hipóteses em que a própria Constituição ou a lei já contemplam as obrigações positivas impostas aos proprietários ou empresários¹, o aspecto impulsivo da função social ainda se encontra cercado de dúvidas e questionamentos.

Todos esses problemas potencializam-se em países que, como o Brasil, pretendem ser Estados democráticos de direito, reconhecendo como princípios fundamentais a propriedade privada e a livre iniciativa, mas os condicionando à realização da dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da pobreza, da marginalização e à redução das desigualdades sociais.

¹ São exemplos os artigos em que a Constituição trata da função social dos imóveis rurais e urbanos, inclusive para efeitos de desapropriação (arts. 182 a 191).



É inequívoca a necessidade de um exame criterioso da Constituição, para o fim de precisar o sentido da função social da empresa, evitando interpretações que restrinjam indevidamente o seu conteúdo ou que impossibilitem a construção de um discurso jurídico coerente sobre o assunto.

É sob essa perspectiva que o presente artigo pretende analisar a função social da empresa diante da Constituição de 1988. Para isso, retomará, em um primeiro momento, as discussões que possibilitaram o surgimento e a consolidação do princípio para, em um segundo momento, contextualizá-las com a nova ordem constitucional, destacando as repercussões desta última sobre o alcance e o sentido da função social.

2. A CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA

2.1. A origem do princípio da função social da propriedade

A primeira metade do século XIX foi caracterizada, no que se refere ao direito, por um grande individualismo e formalismo. Por essa razão, os direitos subjetivos e as liberdades individuais eram entendidos como imunidades em relação ao Estado, totalmente alheios ao contexto social. Esse foi um dos motivos pelos quais a liberdade de iniciativa foi associada ao *laissez-faire* e compreendida exclusivamente sob a ótica dos interesses econômicos.

A partir da metade do século XIX, esse modelo exageradamente individualista passou a ser alvo de uma violenta crítica, com o que se tornou necessária a revisão do formalismo que caracterizava os direitos subjetivos e as liberdades individuais, a fim de se buscar soluções que os harmonizassem com os interesses da sociedade.

É nesse contexto que Auguste Comte propôs a ideia de que a propriedade teria uma função social, devendo ser exercida em prol da coletividade e não em benefício do seu titular, diante da primazia absoluta da sociedade sobre os seus membros².

Esta abordagem, que mitigava por completo a individualidade, teve influência sobre o pensamento jurídico, como se observa pelo pensamento de León Duguit, célebre autor francês que, no início do século XX, propôs a extinção dos direitos subjetivos, sob o fundamento de que os indivíduos teriam apenas funções sociais a cumprir³.

² Coleção Grandes Cientistas Sociais. Organizador José Albertino Rodrigues. São Paulo: Ática, 1989.

³ *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris: Alcan, 1912. É importante advertir que, apesar de ser contra a ideia de direitos subjetivos, Duguit não era contra a propriedade privada, entendendo que a sua extinção implicaria inclusive o retorno à barbárie. Portanto, a verdadeira razão da inconformidade do autor decorria da circunstância de que os direitos subjetivos estavam associados ao interesse egoístico dos seus titulares.

Todavia, não obstante as teorias mais extremistas, os esforços da doutrina e da jurisprudência voltaram-se prioritariamente para tentar compatibilizar o aspecto funcional e o individual que simultaneamente haviam sido atribuídos à propriedade e aos demais direitos subjetivos, como se verá em seguida.

2.2. O aspecto funcional da propriedade

A constitucionalização da função social da propriedade, tanto na Europa como no Brasil, veio acompanhada da garantia constitucional à propriedade privada. Daí porque as teorias que reduziam a propriedade à função social, desconsiderando o aspecto individual, não tiveram muita aceitação, salvo nos períodos marcados pelo totalitarismo.

A doutrina e a jurisprudência procuraram encontrar uma solução intermediária, que assegurasse a efetiva realização da função social da propriedade, ao mesmo tempo em que fosse contrária à sua completa funcionalização, até para evitar o intervencionismo estatal sem limites. Era necessário delimitar o significado da propriedade, de forma a esclarecer que esta conteria uma função social, mas não se reduziria a uma função social, motivo pelo qual os interesses individuais do proprietário precisavam estar igualmente assegurados.

Para a construção do sentido da função social da propriedade, a doutrina italiana ocupou um importante papel, ajudando a consolidar o entendimento de que a função social alterava a própria estrutura do direito, que passava a assumir um papel promocional do interesse coletivo, mas sem comprometer o núcleo de individualidade inerente à propriedade privada.

Tal ideia é defendida por Pietro Perlingieri, segundo o qual a função social determina que, ao lado das prerrogativas de usar, gozar e dispor do bem, o proprietário tenha limitações ao exercício do seu direito e também obrigações positivas em favor da coletividade⁴. Assim, a proposta da função social não seria apenas a de anular as condutas antissociais, mas também a de direcionar e orientar o exercício do direito para a realização do interesse público.

Apesar das diferenças encontradas na doutrina sobre o aspecto positivo da função social da propriedade⁵, a base comum de sentido que une as várias teorias sobre o assunto é a preocupação de que os direitos subjetivos possam e devam ser instrumentos de construção de uma sociedade mais justa e solidária, resgatando o compromisso dos mesmos com a liberdade e a emancipação não apenas dos seus titulares, como também dos demais membros da sociedade.

⁴ *Introduzione allá problematica della proprietà*, Camerino: Jovene Editora, 1971, p. 69-73.

⁵ A título de exemplo, pode ser citada a classificação de Salvatore Pugliatti (*Instituzioni di Diritto Civile. La Proprietà*, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1938, p. 149-152), que considera que a dimensão ativa da função social corresponde à finalidade mediata do princípio, enquanto que a finalidade imediata diria respeito aos limites negativos ao exercício da propriedade. Já Ludovico Barassi (*La Proprietà nel Nuovo Codice Civile*, 2ª ed. Milão: A. Giuffrè Editore, 1943, p. 80-99) considera a dimensão ativa da função social como o seu aspecto impulsivo, em contraste com o aspecto limitativo, que se preocupa tão somente em impossibilitar o exercício da propriedade que causa prejuízos a terceiros.

Tais preocupações já estavam presentes na doutrina brasileira mesmo antes da Constituição de 1967, que foi a responsável pela positivação do princípio em nosso ordenamento⁶. Pode-se citar, como exemplo, a opinião de Eduardo Espínola, ao ressaltar que o conceito de função social, implícito no direito de propriedade, impunha a consideração deste diante da solidariedade social, de forma a ensejar para o proprietário não apenas direitos como também deveres em prol da sociedade⁷.

Após o reconhecimento expresso da função social da propriedade pela Constituição de 1967, a doutrina nacional foi igualmente reconhecendo a ideia de que o princípio, além dos limites negativos para a utilização da propriedade, impõe uma atuação positiva do proprietário em favor do interesse social, especialmente quando se trata dos bens de produção. Aliás, para Orlando Gomes, não se poderia questionar que a função social da propriedade, no tocante aos bens de produção, acarretaria a modificação conceitual do próprio direito, o que não se confundiria com as limitações específicas ao seu uso⁸.

É certo que a função social também foi vista por alguns autores brasileiros como uma mera limitação ao exercício da propriedade, a fim de coibir abusos⁹. No entanto, a parte mais significativa da doutrina acabou reconhecendo que a função social exige, antes de tudo, um compromisso positivo do proprietário com o atendimento dos interesses sociais, resgatando a responsabilidade e a intersubjetividade que devem caracterizar o exercício dos direitos subjetivos.

Para Fábio Konder Comparato, o próprio termo “função” já traz em si a necessidade do direcionamento da propriedade a uma finalidade social, criando para o proprietário um poder-dever¹⁰. Na mesma orientação, defendendo a dimensão positiva da função social, encontram-se Eros Grau¹¹, Celso Antônio Bandeira de Mello¹², Gustavo Tepedino¹³ e outros doutrinadores¹⁴.

⁶ Com efeito, as constituições sociais anteriores (1934 e 1946) utilizaram-se de expressões ambíguas, que não deixavam claro o comprometimento ativo do proprietário com a consecução dos interesses sociais. A Constituição de 1934 mencionava apenas que a propriedade deveria atender ao interesse social, enquanto que a Constituição de 1946 condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social.

⁷ *Posse, Propriedade/ Compropriedade ou condomínio/ Direitos Autorais*, Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 127.

⁸ *Direitos Reais*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 100.

⁹ Como exemplos, podem ser lembrados Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, 14ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 67) e Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 210).

¹⁰ *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 32-33.

¹¹ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 269.

¹² Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público. *Revista de Direito Público – RDP*, v. 20, n. 84, out/dez 1987, p. 39-45, p. 45.

¹³ *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339.

¹⁴ Podem ser lembrados Sérgio Varella Bruna (*O poder econômico e a Conceituação do abuso em seu exercício*, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 140-141), José Diniz de Moraes (*A Função Social da Propriedade e a Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 124), Marise Pessoa Cavalcanti (*Superfície Compulsória – Instrumento de Efetivação da Função Social da Propriedade*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 44), e Melhim Namem Chalhub (*Propriedade Imobiliária. Função social e outros aspectos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12).

Daí porque se pode afirmar que a orientação predominante da doutrina brasileira alicerçou-se no sentido de que a função social não se restringe a impor limitações ao uso da propriedade, mas vai além, para o fim de exigir do proprietário obrigações de fazer para o atendimento dos interesses sociais.

2.3. O aspecto funcional da empresa

2.3.1. A função social dos bens de produção

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 tem como objeto exclusivo exatamente os bens de produção. Daí o ensinamento de Orlando Gomes, no sentido de que as mudanças legislativas que visavam à implementação da função social da propriedade dirigiam-se essencialmente à empresa, sendo impensável cogitar-se de função social para os bens de uso¹⁵.

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 todo¹⁶.

É certo que a função social dos bens de produção não esgotou a questão da função social da empresa, tendo em vista que esta é uma realidade complexa e que não se restringe ao seu aspecto patrimonial. Com efeito, a empresa é vista hoje principalmente como a organização profissional da atividade de produção de bens e serviços para mercados¹⁷, apresentando diversos perfis e desdobramentos que impossibilitam a sua conceituação em fórmulas fechadas.

Entretanto, dúvida não há de que o reconhecimento da função social dos bens de produção representou uma importante etapa da consolidação da função social da empresa, ao ressaltar que o patrimônio desta não poderia estar comprometido apenas com os interesses do empresário ou dos sócios da sociedade empresária, mas deveria atender igualmente aos interesses da coletividade.

¹⁵ *Direitos Reais*, op.cit., p. 97.

¹⁶ É o que defende, dentre outros, Isabel Vaz (*Direito Econômico das Propriedades*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 151).

¹⁷ É essa inclusive a definição adotada indiretamente pelo Código Civil, ao definir o empresário, em seu art. 966, como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.”

2.3.2. A função social do poder de controle e do poder de administração da empresa

A partir do século XX, ficou claro que a empresa não poderia ser entendida apenas a partir da propriedade dos bens de produção, diante da crescente importância das sociedades empresárias e de seus gestores: os controladores e administradores.

No caso específico do controle¹⁸, poder-se-ia pensar que seria ele uma decorrência direta da propriedade, aqui traduzida na maior participação societária. Entretanto, há muito tempo que se fala na dissociação entre a propriedade e o controle, a fim de se mostrar o fenômeno da separação entre a titularidade do capital social (ou participação societária) e a efetiva gestão da empresa.

O tema passou a ser objeto de reflexões aprofundadas a partir da década de 30 do século passado, tendo como um dos marcos a divulgação da célebre pesquisa de Berle e Means. Com base em dados estatísticos das companhias norte-americanas, os autores mostraram que o controle, muitas vezes, não era exercido pelos principais acionistas, mas sim por acionistas minoritários ou mesmo por administradores não acionistas¹⁹.

Desde então, a doutrina costuma reconhecer, ao lado dos controles totalitário e majoritário²⁰, o controle minoritário, exercido por acionista que não detém a maior parte das ações com direito a voto, e o controle gerencial, exercido pelos próprios administradores não sócios²¹. O aspecto interessante do fenômeno é que, em relação aos controles minoritário e gerencial, é nítida a dissociação entre a propriedade e o controle que, no caso do controle gerencial, é absoluta²².

É em face da existência do poder de controle e da dissociação entre este e a propriedade que se pode afirmar que a função social da empresa é um princípio mais amplo do que a mera função social da propriedade dos bens de produção, estendendo-se igualmente ao

¹⁸ Apesar das controvérsias a respeito do que seria o controle, existe um certo consenso de que tal fenômeno se exterioriza principalmente pela influência dominante nas deliberações da Assembleia Geral.

¹⁹ *The Modern Corporation & Private Property*, New Brunswick (EUA) and London (U.K.): Transaction Publishers, 2005. Dentre as causas que foram atribuídas para tais formas de controle, encontravam-se a dispersão acionária, as dificuldades para a reunião de todos os acionistas nas assembleias, o desinteresse de muitos acionistas em participar das deliberações sociais e a crescente especialização que passou a ser exigida para a tomada das decisões societárias.

²⁰ O controle totalitário pressupõe a titularidade individual ou coletiva de todas as ações com direito a voto, enquanto que o controle majoritário pressupõe a titularidade da maioria das ações com direito a voto.

²¹ Embora a classificação, que será apresentada, não seja uma reprodução perfeita da classificação de Berle e Means, é amplamente aceita na doutrina nacional, encontrando-se descrita nas obras de Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (*O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005) e Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de Direito Comercial*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2003), dentre outras.

²² Não se pode esquecer igualmente do controle externo, quando exercido por agente estranho à sociedade, como um banco ou um outro credor que, por via contratual, acaba tendo influência dominante sobre a direção da mesma. Também no controle externo, a dissociação entre a propriedade e o controle é manifesta.

controle. Como ensina Fábio Konder Comparato, “o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos”.²³

Sob essa perspectiva, a ênfase da função social desloca-se da propriedade dos bens de produção e da titularidade das participações societárias para o poder de organização e controle.

Não é sem razão que a Lei 6.404/76 reconhece a importância do controle como uma instância autônoma de poder, imputando-lhe uma série de compromissos e deveres, ao afirmar, em seu art. 116, § único, que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Outro aspecto importantíssimo da Lei 6.404/76 foi o de impor a responsabilidade pelo cumprimento da função social não apenas aos controladores, mas também aos administradores da sociedade, sejam eles conselheiros (necessariamente acionistas) ou diretores (não necessariamente acionistas). Por essa razão, prevê a lei que devem “exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa” (art. 154).

O que deve ser destacado é a preocupação da Lei 6.404/76 em atribuir as responsabilidades pelo cumprimento da função social da empresa a todos aqueles que a controlem ou administrem, independentemente de serem acionistas e, neste caso, independentemente da sua participação no capital social. Consequentemente, não só a propriedade dos bens de produção fica sujeita à função social, mas também a própria gestão e a condução dos negócios sociais por parte dos controladores e administradores da empresa.

Tal raciocínio aplica-se igualmente às sociedades limitadas, especialmente no que se refere à imputação das responsabilidades e deveres que decorrem da função social da empresa aos seus administradores, que não precisam necessariamente ser sócios²⁴. Nesse ponto, embora o novo Código Civil não tenha uma regra expressa sobre o assunto, a conclusão decorre diretamente do texto constitucional.

²³ *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34.

²⁴ O art. 1.061, do Código Civil, admite expressamente que o contrato social da sociedade limitada pode permitir administradores não sócios.

2.4. As dificuldades para se compatibilizar a função social da propriedade e da empresa com a individualidade e a livre iniciativa

Reconhecido que a função social impõe ao titular igualmente obrigações positivas em favor da coletividade, resta saber como tal aspecto pode se compatibilizar com a natureza de direito subjetivo que, tradicionalmente, se atribuiu à propriedade. Este problema também se projeta sobre a livre iniciativa empresarial, classicamente considerada como uma liberdade individual.

Para parte da doutrina, a solução da controvérsia dependeria de uma prévia discussão sobre a própria alteração da natureza jurídica da propriedade, que teria deixado de ser um direito subjetivo, tornando-se uma situação complexa, tal como defendem Pietro Perlingieri²⁵ e Cabral de Moncada²⁶. A vantagem de se recorrer à situação jurídica decorre do fato de que tal conceito, de acordo com a lição de Roubier, sugere essencialmente uma composição de direitos e obrigações para o titular²⁷.

Sobre esse aspecto, cumpre advertir que muitas das discussões terminológicas a respeito da propriedade devem-se a tentativas de se compatibilizar um conceito de propriedade consolidado no Estado liberal, em que os direitos subjetivos eram absolutos e voltados para a satisfação exclusiva do titular, com as novas exigências impostas pela função social. É essa compreensão antiparadigmática que faz com que muitos autores vejam-se forçados a abandonar o conceito de direito subjetivo, pretendendo definir a propriedade a partir de outras categorias.

O que nem sempre é percebido é que, a partir do Estado social, tornou-se necessária uma nova reflexão a respeito do conceito de direito subjetivo. Isso porque o direito subjetivo de propriedade, tal como entendido no Estado liberal, não se compatibiliza com a noção de deveres que decorrem da função social. A persistência em utilizar o conceito liberal até hoje apenas leva a situações de impasse, justificando a busca por outras categorias mais abrangentes ou flexíveis, tal como é o caso da “situação subjetiva”.

Porém, toda a questão muda de enfoque quando se percebe que a função social implica o resgate da intersubjetividade e da responsabilidade de cada um para que todos possam exercer livremente os seus iguais direitos. Não existe, pois, antinomia insuperável entre uma noção de direito subjetivo que contenha, ao lado das prerrogativas e faculdades, deveres e responsabilidades.

²⁵ Op.cit., p. 70.

²⁶ *Direito Econômico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 126.

²⁷ *Théorie Générale du Droit. Histoire des Doctrines Juridiques et Philosophie des Valeurs Sociales*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1946, p. 209.

Daí porque estão corretas as reflexões de Rafael Garea, ao mostrar que, a partir do momento em que o direito subjetivo deixa de ser visto como absoluto e arbitrário, desaparece a contradição entre a propriedade privada e a função social, já que a existência de um âmbito de prerrogativas e liberdades não é incompatível com a existência de deveres e obrigações que limitem a extensão dos poderes e faculdades dos proprietários²⁸. Tal opinião é compartilhada também por importantes expoentes da doutrina estrangeira e nacional²⁹.

Portanto, a noção de direito subjetivo impõe um equilíbrio entre a esfera de prerrogativas e faculdades do titular e a função social, o que possibilitará que a propriedade seja direcionada igualmente aos fins sociais sem transformar o proprietário, no entanto, em um funcionário público. Há que se resguardar o âmbito de liberdade do proprietário, sob pena de, aí sim, a propriedade deixar de ser um direito subjetivo e transformar-se unicamente em uma função social.

Sobre o assunto, é indispensável a referência à obra de Konrad Hesse, especialmente na parte em que mostra que a interpenetração entre o direito público e o direito privado, de forma que este último também possa considerar os interesses públicos, não pode ir ao ponto de invadir a área que é própria e irrenunciável para a preservação e garantia da personalidade e da autodeterminação dos indivíduos. Afinal, a personalidade pressupõe um âmbito de vida “privado”, que se refere exclusivamente ao indivíduo e não ao Estado nem à comunidade³⁰. A funcionalização dos direitos não pode violar, pois, o âmbito em que a pessoa deve atuar como ser autônomo, campo em relação ao qual não é lícito converter o indivíduo em meio para os fins sociais.

Essa relação entre a propriedade e a personalidade é frequentemente reforçada pela doutrina. Podem ser lembrados Cabral de Moncada, ao apontar a propriedade privada como “*pressuposto da livre realização da personalidade individual*”³¹ e Isabel Vaz, cuja conclusão é de que “*nos regimes políticos onde os direitos individuais, inclusive o direito de propriedade, se submetem, de modo absoluto ao interesse coletivo, existe o risco de aniquilamento da personalidade, da mente, do senso de responsabilidade e da vontade humana, ‘la muerte de todos en pro de uno’, para usarmos a expressão de Lévy-Bruhl*”³².

²⁸ *La Función Social de la Propiedad Privada en la Constitución Española de 1978*, Barcelona: J.M.Bosch Editor, 1997, p. 199-200.

²⁹ Como exemplos, podem ser lembrados Barassi (op.cit., p. 162) e Isabel Vaz (op.cit., p. 322). Fazendo referência ainda a autores brasileiros, podem ser citados Rogério Gesta Leal (*A função social da propriedade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*, Porto Alegre: Santa Cruz do Sul, 1998, p. 120), 1998, p. 120), Roberto Wagner Marquesi (*Direitos Reais Agrários e Função Social*, Curitiba: Juruá, 2001, p. 97), André Gondinho (Op.cit., p. 403 e 418), Marise Cavalcanti (Op.cit., p. 46) e Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli (*Da Função Social para a Responsabilidade da Empresa*. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERI, Rosa Maria de Andrade, *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 248).

³⁰ *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madri: Editorial Civitas, 1995, p. 73-74.

³¹ Op.cit., p. 124-125.

³² Op.cit., p. 42-46.

É essa a razão pela qual muitos autores brasileiros já se referem ao conteúdo mínimo da propriedade³³, que seria aquela esfera essencial sem a qual a propriedade privada deixaria de existir enquanto instituto que visa igualmente a atender os interesses do seu titular.

Como o conteúdo mínimo deve coexistir com a função social, é irretocável a conclusão de Perlingieri no sentido de que “o conteúdo mínimo e a função social são aspectos complementares e justificativos da propriedade”³⁴, pensamento que é compartilhado pela doutrina mais acertada³⁵. Vale ressaltar a lição de Gustavo Tepedino (2008, p. 343-344 e 349) de que a discussão sobre o conteúdo mínimo da propriedade não é quantitativa, mas qualitativa, envolvendo um redimensionamento da propriedade, traduzido por uma disciplina dirigida à sua compatibilidade com outras situações jurídicas constitucionalmente protegidas.

Da mesma forma, a livre iniciativa e a função social são aspectos complementares e justificativos da atividade empresarial, motivo pelo qual a função social da empresa jamais pode chegar ao ponto de publicizar esta última. Os interesses privados dos empresários precisam ser igualmente reconhecidos, até porque é o lucro o principal estímulo ao investimento e ao empreendimento na atividade econômica.

O problema é que o discurso conciliatório é mais fácil na teoria do que na prática³⁶, o que mostra a atualidade da advertência de Fábio Konder Comparato no sentido de que “defender a função social da propriedade, sem especificações maiores, pode ser e tem sido um argumento valioso para a sustentação do status quo em matéria de regime agrário e de exploração empresarial capitalista”.³⁷

Tais considerações mostram a importância de uma maior reflexão sobre o tema a partir da Constituição, que é a única a poder oferecer os parâmetros para a efetiva implementação e aplicação da função social da empresa, em perfeita harmonia com a propriedade privada e a livre iniciativa.

³³ É exemplo José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 275).

³⁴ *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 231.

³⁵ No mesmo sentido, podemos citar Rafael Garea (*Op.cit.*, p. 354-361).

³⁶ E tal problema não é exclusivo do Brasil. Segundo Fábio Konder Comparato (*Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 33), a doutrina estrangeira, incluindo a germânica, também não conseguiu extrair uma aplicação prática do princípio constitucional.

³⁷ *Op.cit.*, p. 34.



3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1. Os fundamentos do Estado Democrático de Direito e suas repercussões sobre a compreensão do problema

Um dos objetivos fundamentais de um Estado Democrático de Direito é superar a suposta tensão existente entre a liberdade e a igualdade, buscando vê-las a partir da ideia de intersubjetividade, no contexto de uma sociedade em que todos os cidadãos se veem como indivíduos livres e iguais em direitos e deveres.

Para isso, tem sido resgatada a ideia de autonomia, segundo a qual cada cidadão tem o direito de realizar o seu projeto de vida desde que este não seja incompatível com o igual direito dos demais membros da sociedade. A autonomia traz em si a necessária compatibilização entre a liberdade e a igualdade a partir de um critério de justiça.

A experiência do Estado liberal deixou claro que o mero reconhecimento das liberdades formais não é suficiente para assegurar a autonomia, pois a liberdade cai no vazio sem os recursos materiais para implementá-la. É inequívoco que não pode haver autonomia sem que se encontre uma forma de compensar as desigualdades existentes por meio de um critério de justiça distributiva. Por outro lado, a pretensão do Estado social de assegurar uma igualdade material absoluta mostrou-se inexecutável e violadora da autonomia.

Uma das formas pelas quais as Constituições democráticas vêm procurando destacar a importância da autonomia é por meio da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana³⁸, que traz em si a ideia kantiana de que cada um tem o direito de decidir, de forma autônoma, sobre o seu próprio projeto de vida³⁹. O grande avanço é que, com a constitucionalização do princípio, o mesmo deixa de ter um valor apenas moral e passa a assumir a vinculação e a obrigatoriedade que são características dos comandos jurídicos.

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.

³⁸ Ingo Sarlet (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63-65) destaca que houve o reconhecimento expresso do princípio da dignidade da pessoa humana pelas Constituições da Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda, Portugal, Itália, Bélgica, Paraguai, Cuba, Venezuela, Peru, Bolívia, Chile, Guatemala e Rússia.

³⁹ É o que fica muito claro na lição de Ingo Sarlet (*op.cit.*, p. 51).



Por outro lado, o art. 1º é complementado pelo art. 3º, ao afirmar serem objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação.

Ao elencar tais princípios como fundamentos da República, é inequívoco que a própria Constituição considerou-os como elementos estruturantes da ordem constitucional, de forma que compõem diretamente o pano de fundo em função do qual todos os demais direitos e princípios serão interpretados. Daí porque a dignidade da pessoa humana e os demais princípios fundamentais apresentam uma importância paradigmática, impondo uma releitura de todo o texto constitucional a partir do sentido que é inerente ao paradigma, inclusive no que se refere a dispositivos que já estavam presentes em outras Constituições.

Esse aspecto é bem ressaltado por Ingo Sarlet, ao chamar a atenção para a função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, “na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”⁴⁰. Em outras palavras, é a dignidade, em seu sentido paradigmático de autonomia, que confere unidade de sentido à Constituição e aos demais direitos fundamentais⁴¹.

Assim, a autonomia resgata o sentido de que a ordem constitucional tem o propósito de assegurar o igual direito de todos de realizarem os seus respectivos projetos de vida, enquanto estes sejam compatíveis com os projetos dos demais. Consequentemente, a sua influência direta sobre a compreensão dos direitos subjetivos é a de mostrar que estes são relações sociais, intersubjetivas e comprometidas com uma sociedade formada por cidadãos livres e iguais.

Como sintetiza Habermas, os direitos subjetivos não podem mais se restringir a uma relação entre indivíduo e Estado, como se a sociedade fosse composta por sujeitos atomísticos e estranhos que, autopossessivamente, se empenham uns contra os outros⁴². Se a sociedade pressupõe o reconhecimento recíproco de uns aos outros como sujeitos de direito, livres e iguais, a responsabilidade que decorre dos direitos, longe de ser uma restrição à autonomia, é uma consequência necessária da mesma, de acordo com a lição de Konrad Hesse⁴³.

⁴⁰ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, op.cit., p. 83.

⁴¹ Esse aspecto já vem sendo reconhecido amplamente pela doutrina nacional, valendo destacar, além da obra do próprio Ingo Sarlet (op.cit., p. 70-71), o pensamento de Gisele Cittadino (*Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 13).

⁴² *Facticidad y Validez*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 3ª ed. Madri: Editorial Trota S/A, 2001, p. 154.

⁴³ *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, op.cit., p. 87.



Dessa maneira, os direitos subjetivos, inclusive os direitos fundamentais, apenas fazem sentido enquanto instrumentos de realização da autonomia, motivo pelo qual pressupõem necessariamente responsabilidades e deveres que decorrem da intersubjetividade que lhes é inerente.

Mesmo a propriedade e a livre iniciativa devem ser vistas, antes de tudo, como instrumentos da realização da autonomia, o que pressupõe a liberdade do proprietário e do empresário enquanto compatível com o igual direito de liberdade dos demais membros da sociedade.

Consequentemente, a função social da propriedade e da empresa, expressamente reconhecida pela Constituição Federal (art. 5º, XXIII e art. 170, *caput*), não pode ter outra finalidade senão a de estabelecer o compromisso da propriedade e da atividade empresarial com a dignidade, inclusive para o fim de ressaltar os deveres que resultam para o proprietário e para a empresa. Daí porque Ingo Sarlet, ao analisar a relação entre a propriedade e a dignidade da pessoa humana, conclui que esta “*não exclui o já referido conteúdo social da propriedade, mas, pelo contrário, outorga-lhe ainda maior sentido*”⁴⁴.

Em um Estado Democrático de Direito, alicerçado na dignidade e autonomia de todos os seus membros, não existe qualquer oposição conceitual entre a propriedade privada e a livre iniciativa, por um lado, e a função social, por outro. Os referidos princípios fazem parte de uma estrutura harmônica cuja unidade de sentido lhe é conferida pela autonomia ou, como prefere a Constituição, pela dignidade da pessoa humana.

A propriedade e a livre iniciativa empresarial recebem a total proteção constitucional enquanto manifestações da autonomia do proprietário, do empresário, do controlador ou do administrador. Deixam de merecer o amparo constitucional quando estes desconhecem os limites e deveres que decorrem da intersubjetividade inerente à autonomia e à responsabilidade, transformando o seu direito em instrumento de afirmação exclusiva do egoísmo e da ganância.

3.2. A função social da empresa e suas relações com os demais princípios da ordem econômica

O art. 170, da Constituição Federal, assim contempla os princípios da ordem econômica:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁴⁴ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, op.cit., p. 91-92.



I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela EC n. 42/03);

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”. (Redação dada pela EC n. 6/95)

Uma leitura apressada da Constituição poderia sugerir que a mesma procura conciliar princípios conflitantes, como a livre iniciativa e a propriedade privada, de um lado, e a função social da propriedade e a justiça social, de outro.

No entanto, já foi esclarecido que o paradigma do Estado Democrático de Direito traz em si uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a compreensão dos demais princípios: a dignidade da pessoa humana. Logo, mais importante do que discutir qual é o “grau de capitalismo” adotado pela Constituição é saber que a ordem econômica é “*fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa*” e “*tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social*”, tal como acentua o próprio *caput* do art. 170.

Se o *caput* do art. 170 já permitiria a compreensão da base comum que une os princípios da ordem econômica brasileira, esta conclusão é reforçada pelos princípios fundamentais constantes dos arts. 1º e 3º, da Constituição. Estes mostram claramente que não existe oposição entre a liberdade de iniciativa e as responsabilidades inerentes à autonomia, o mesmo podendo ser dito em relação à propriedade privada.

É inequívoco que a livre iniciativa, enquanto manifestação da autonomia, da emancipação do homem e do desenvolvimento da personalidade, recebe a proteção constitucional em todos os seus desdobramentos que, como sintetiza Manuel Afonso Vaz (1998, p. 165), são a liberdade de investimento, a liberdade de organização e a liberdade de contratação.

Dessa maneira, a função social não tem a finalidade de se substituir à livre iniciativa e nem a de inibir as inovações na órbita empresarial. O seu papel é o 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 vida. Como resume Alfredo Lamy Filho (1992, p. 59-60), a função social da empresa traz em si uma proposta de re-humanização, a fim de que os indivíduos possam ser reconhecidos como valores supremos e não como meros instrumentos da atividade econômica.

A própria Constituição já previu alguns princípios que necessariamente orientam e direcionam o exercício da livre iniciativa empresarial – tais como a livre concorrência, a proteção do empregado, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e o tratamento diferenciado à empresa de pequeno porte –, sendo inequívoco que a função social relaciona-se com todos eles⁴⁵.

Consequentemente, o fim da empresa passa a ser o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos com tal atividade (sócios, empregados e colaboradores) e também para a coletividade, como é o caso dos consumidores e dos demais cidadãos. Não é sem razão a atuação considerável do legislador nos assuntos descritos no art. 170, da Constituição, buscando concretizar vários destes princípios por meio de uma regulação jurídica específica.

Com efeito, o princípio da livre concorrência (CF, art. 170, IV) pretende assegurar um certo nível de competitividade que tanto possibilite a liberdade dos agentes econômicos, para os fins de ingresso e permanência no mercado, como também assegure aos consumidores o menor preço que decorre da competição e a liberdade de escolha e de difusão do conhecimento econômico. Daí a necessidade da legislação em favor da concorrência e do controle e repressão estatal sobre diversos atos praticados por detentores de poder econômico⁴⁶.

Já o princípio da defesa do consumidor (CF, art. 170, V) exige uma proteção diferenciada aos destinatários finais de produtos e serviços em suas relações contratuais e extracontratuais, o que se obteve por meio do Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, com ampla aplicação a todas as atividades empresariais, incluindo o setor bancário⁴⁷.

⁴⁵ Vale ressaltar a seguinte lição de Calixto Salomão Filho (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op.cit., p. 132-133): “No Brasil, a ideia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa 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 distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.”

⁴⁶ Vale ressaltar que a atual lei de defesa da concorrência, a Lei 8.884/94, já passou por diversas alterações, sendo a mais recente implementada pela Lei 11.482/2007. Em que pese isso, vem sendo considerada inadequada e ultrapassada, motivo pelo qual um dos debates atuais diz respeito exatamente à tramitação do projeto de nova lei da concorrência.

⁴⁷ Por essa razão, o STF, no julgamento da ADI 2591 (Relator para o acórdão Ministro Eros Grau, DJ 13.04.2007), considerou que “as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.”

No que toca ao princípio da proteção ao pleno emprego (CF, art. 170, VIII), deve estar ele associado aos direitos fundamentais dos trabalhadores previstos no art. 7º, da Constituição, inclusive o previsto no inciso XI, que assegura a “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

Dessa maneira, 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 implementação de iniciativas de cogestão empresarial.

Vale ressaltar que este último desdobramento da função social da empresa foi regulamentado, no que se refere à participação dos trabalhadores nos lucros empresariais, pela Lei 10.101/2000⁴⁸, e, no tocante à cogestão, pela Lei 10.303/2001 que, acrescentando um § único ao art. 140 da Lei das S/A (Lei 6.404/1976), passou a admitir a possibilidade de que o estatuto das companhias contenha regra permitindo que representantes dos trabalhadores componham o Conselho de Administração⁴⁹.

É claro que a disciplina legal nestes dois aspectos acabou sendo tímida, uma vez que é meramente facultativa, de modo que fica submetida à discricionariedade do empresário. Entretanto, o mero respaldo legal para a adoção de tais iniciativas já mostra a tentativa de se conceber a função social da empresa em uma maior extensão.

Ainda merece destaque a proteção ao meio ambiente (CF, art. 170, VI), que deve ser interpretada em conformidade com o art. 225, da Constituição, claro ao prever que “*todos têm 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*”.

Se a responsabilidade pelo meio ambiente cabe a todos, dúvida não pode haver de que a atividade empresarial deve assumir deveres positivos em prol deste objetivo, bem como deve estar sujeita a inúmeras limitações em prol da conservação deste bem.

⁴⁸ O art. 2º, da referida lei, assim determina: “A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo: I – comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; II – convenção ou acordo coletivo”.

⁴⁹ A Lei 10.303/2001 incluiu o § único, no art. 140 da Lei 6.404/1976, com a seguinte redação: “O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destas, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem.”

É este o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁵⁰, que já teve oportunidade de considerar constitucionais não apenas limitações à livre iniciativa em prol do meio ambiente⁵¹, como também deveres positivos, tais como a cobrança de compensação devida pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental, sob o fundamento de que o referido instrumento seria “*um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica*.”⁵²

Vale ressaltar que, para assegurar o cumprimento da proteção ao meio ambiente e de outros princípios constitucionais já mencionados, tais como a defesa do consumidor, o legislador igualmente ampliou a responsabilidade dos empresários, tornando-a objetiva em diversas hipóteses. É manifesta, inclusive, a relação entre a responsabilidade objetiva e a função social da empresa, já que a primeira é motivada por razões de equidade e justiça, a fim de imputar a responsabilidade pelo risco empresarial a quem o criou ou dele tira proveito.

Além dos princípios já expostos, não se pode esquecer da proteção e fomento às empresas de pequeno porte⁵³, da soberania nacional e da redução das desigualdades regionais e sociais que, juntamente com os princípios já analisados, estão intrinsecamente relacionados à função social da empresa⁵⁴, ainda que esta tenha um sentido que ultrapassa todos eles, como se passará a demonstrar.

⁵⁰ Vale ressaltar o seguinte trecho da ementa da ADI 3540 (Relator Ministro Celso de Mello, DJ 03.02.2006): “A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.”

⁵¹ Um exemplo foi a vedação da importação de pneumáticos usados, discussão estabelecida na STA-AgR 171 (STF, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 28.02.2008) e na STA-AgR 118 (STF, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 29.02.2008).

⁵² O trecho citado foi extraído da ementa da ADI 3378 (STF, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 19.06.2008).

⁵³ A questão está atualmente regulamentada pela Lei Complementar 123/2006 (com alterações da Lei Complementar 128/2008) e pela Lei 9841/1999. No aspecto tributário, destaca-se a Lei 9.317/1996 que prevê uma tributação simplificada, por meio de regime unificado de pagamento de impostos e contribuições denominado de “SIMPLES”.

⁵⁴ Calixto Salomão Filho (O Poder de Controle na Sociedade Anônima, op.cit, p. 133-134) expressamente relaciona exemplos nos quais o legislador cria obrigações positivas para o empresário – tais como (i) a lei antitruste, (ii) o CDC e o regime de responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços e (iii) a responsabilidade do direito ambiental mesmo sem a causação do dano, além de obrigações positivas como tratamento de resíduos sólidos, reciclagem de determinados produtos, dentre outros – à função social da empresa, concluindo que “*todos esses exemplos demonstram a total ligação da ideia de função social à proteção de terceiros interesses envolvidos pela grande empresa que cada vez mais influencia e modifica a comunidade em que atua. A proteção de interesses externos (e não internos) parece ser, portanto, o grande objetivo da disciplina da função social da empresa*”.

3.3. A função social da empresa como princípio que orienta a atividade empresarial à realização da justiça social

Os princípios descritos nos incisos do art. 170, da Constituição, embora estejam diretamente associados à função social da empresa, não esgotam o sentido desta última. Afinal, o equilíbrio entre a liberdade empresarial e o igual direito à liberdade dos demais membros da sociedade é extremamente delicado e envolve a questão da justiça social. Esta, por sua vez, não tem como ser reduzida a fórmulas fechadas e que sejam insensíveis ao processo democrático e ao contexto social e histórico em que é analisada.

Daí porque o princípio da função social da propriedade, cuja decorrência necessária é a função social da empresa, pode ser considerado como uma forma que a Constituição encontrou de condicionar o exercício da atividade empresarial à justiça social sem ter que recorrer a nenhum compromisso previamente determinado.

Consequentemente, a função social da empresa, embora não se dissocie dos demais princípios da ordem econômica, não se restringe aos mesmos, diante do compromisso maior e mais amplo que assume com a justiça social⁵⁵. Como sintetiza Celso Antônio Bandeira de Melo (1987, p. 44), a função social é um meio de exigir o comprometimento da empresa com “o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada – como é o caso do Brasil – no qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos independentemente da utilização produtiva que já esteja tendo”.

A função social não tem, portanto, a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins sociais⁵⁶. Afinal, os direitos e liberdades têm uma função social, mas não se restringem a ela.

⁵⁵ É o que defende igualmente Sérgio Varella Bruna (op.cit., p. 141), ao mostrar que “a liberdade de iniciativa empresarial, portanto, porque inserida no contexto constitucional, há de ser exercitada não somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social – da melhor distribuição de renda – com a devida valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos uma existência digna. Assim, o lucro não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresarial, segundo as finalidades sociais estabelecidas em lei.”

⁵⁶ A ressalva é importante porque alguns autores adotam uma posição mais extremada em favor dos interesses sociais. Como exemplo, cita-se Fábio Konder Comparato (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op.cit., p. 365), quando defende que “a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se, naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito”, arrematando, adiante (op.cit., p. 371), o seguinte: “Tal não significa, excusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse coletivo. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo (art. 2º.), deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito.” Não é sem razão que o autor (op.cit., p. 558) conclui no sentido de que “o poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade.” Oral, tal abordagem acaba levando a uma publicização da empresa, já que não deve haver supremacia da função social sobre a livre iniciativa, mas sim equilíbrio entre ambos os princípios.

O objetivo da função social é, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade social na atividade econômica, tal como já entendeu o Supremo Tribunal Federal⁵⁷.

Especialmente em um país como o Brasil, onde a pobreza e a miséria impedem parte substancial da sociedade de ter o legítimo direito à autonomia, a função social da empresa implica necessariamente um padrão mínimo de distribuição da riqueza e dos benefícios da atividade econômica, aspecto que também já foi reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

No célebre julgamento da ADI-QO 319, assentou o Tribunal o entendimento de que a livre iniciativa não será legítima enquanto exercida com objetivo de puro lucro e realização individual do empresário, mas o será enquanto propiciar a justiça social, vista aqui igualmente no seu aspecto distributivo, como se observa pelo voto do Ministro Moreira Alves⁵⁸:

“Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos deste artigo. Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos uma existência digna) por meio dos ditames dela –, e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, sem conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos comuns deles – existência digna”.

Por essa razão, decidiu o Tribunal no sentido da constitucionalidade da Lei 8.039/90, que dispunha sobre critérios cogentes de reajuste das mensalidades escolares, sob o fundamento de que a livre iniciativa empresarial precisaria ser conciliada com os demais princípios da ordem econômica, especialmente o relacionado à justiça social.

Em julgamento mais recente, o Supremo Tribunal Federal teve que voltar ao tema dos fundamentos da ordem econômica, para o fim de apreciar a constitucionalidade de lei estadual que assegurava a “meia entrada” para estudantes regularmente matriculados em instituições de ensino. Acabou prevalecendo o entendimento de que a livre iniciativa precisaria ser harmonizada com o direito à educação, à cultura e ao desporto, motivo pelo qual a “meia entrada” seria constitucional⁵⁹.

⁵⁷ Vale ressaltar as seguintes palavras do Ministro Relator Celso de Mello no julgamento da ADI 1.003-4 (STF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 10.09.99): “Cumpra aduzir que a Constituição Federal, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades regionais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade (...)”.

⁵⁸ STF, ADI-QO 319, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 30.04.1993.

⁵⁹ STF, ADI 1950, Relator Ministro Eros Grau, DJ 02.06.2006.

Outra importante decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema ocorreu em 2008, oportunidade em que foi declarada constitucional a Lei 8.899/94, que concedia o passe livre aos portadores de deficiência. Neste caso, entendeu o Tribunal que a lei era constitucional por implementar “a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana.”⁶⁰

É certo que são inúmeras as dificuldades de se estabelecer critérios de justiça social, ainda mais quando estes não dizem respeito a uma distribuição de benefícios pelo Estado, mas sim dos resultados de uma atividade privada. Por outro lado, sabe-se que a imposição de ônus à atividade empresarial é normalmente repassada para os preços finais dos produtos e serviços, de forma que a sociedade acaba pagando, ainda que reflexamente, pela implementação positiva da função social, ainda mais quando se trata de atividades desenvolvidas em mercados competitivos.

Mais difícil ainda é exigir a referida distribuição de resultados da atividade empresarial em hipóteses nas quais não há a prévia identificação das obrigações pelo legislador. Não é sem razão que os três últimos precedentes acima mencionados dizem respeito a casos em que as obrigações positivas impostas aos empresários haviam sido previamente determinadas por lei, cabendo ao STF tão somente a análise sobre a compatibilidade de tais leis com as normas constitucionais.

Todavia, a questão, embora complexa, não pode deixar de ser enfrentada, já que a função social da empresa requer, de fato, a análise da distribuição social dos benefícios gerados pela empresa. Consequentemente, resta saber que efeitos concretos podem ser extraídos do princípio, mesmo quando não há a prévia disciplina legal, e se tais efeitos podem ser exigidos não apenas das sociedades empresárias, mas também dos seus gestores, especialmente diante da previsão dos arts. 116, § único, e 154, da Lei das S/A, que condiciona o exercício do poder de controle e dos poderes de administração das companhias à função social da empresa.

⁶⁰ Vale destacar o seguinte trecho da ementa da ADI 2649 (STF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJ 17.10.2008): “(...) Em 30.03.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.” Ressalta-se, todavia, que o caso concreto tinha a peculiaridade de envolver concessão de serviços públicos, motivo pelo qual entendeu o Tribunal que o ônus a ser imposto aos transportadores poderia ser compensado pelos próprios instrumentos administrativos, como a revisão de tarifas.



3.4. A função social da empresa como princípio que amplia e modifica o interesse social das sociedades empresárias e os objetivos da atividade empresarial

Até por ser princípio que condiciona a atividade empresarial à realização da justiça social, a função social da empresa tem impactos diretos sobre a compreensão do interesse social das sociedades empresárias, que é importante parâmetro para guiar as condutas dos sócios, controladores e administradores.

Pela visão liberal, fortemente influenciada pelo contratualismo, o interesse de uma sociedade empresária corresponderia exclusivamente ao interesse dos próprios sócios. Além do grande individualismo, tal concepção igualmente impossibilitava a compreensão da empresa por outras formas que não o contrato de sociedade e a propriedade dos bens de produção.

A partir das discussões a respeito da função social da empresa, o interesse social começou a ser visto de forma distinta. Merece destaque a contribuição da teoria institucionalista, ao destacar a importância da empresa como um instrumento de crescimento dos países e de geração de benefícios também para os trabalhadores e para a comunidade.

É claro que, em suas versões mais extremadas, o institucionalismo acabou propondo uma indevida publicização da empresa, desconsiderando que ela igualmente se justificaria para o atendimento do interesse dos seus sócios. Entretanto, em suas vertentes mais moderadas, o institucionalismo mostrou que os interesses dos sócios, embora sejam importantes, não são os únicos que estão relacionados à empresa. Afinal, a exploração empresarial diz respeito igualmente aos trabalhadores, aos consumidores, ao meio ambiente, ao Poder Público e à própria coletividade como um todo, que sofre as externalidades da atividade empresarial.

Dai o acerto da observação de Calixto Salomão Filho⁶¹, no sentido de que o maior saldo do institucionalismo foi mostrar que a empresa é uma “*instituição não redutível ao interesse dos sócios.*” Tal afirmação, que é válida na atualidade para todas as sociedades empresárias, o é com maior razão em relação às companhias abertas, em face do seu caráter marcadamente institucional e “*quase público*”⁶².

⁶¹ *O Novo Direito Societário*, op.cit., p. 31.

⁶² Fábio Konder Comparato (2005, p. 558) é um dos autores que insiste na diferenciação entre a macro e a microempresa, afirmando que, em relação a última, “*ainda se pode reconhecer a primazia do interesse particular dos sócios – e mesmo a affectio societatis em seu relacionamento recíproco*”, mas assim concluindo em relação à primeira: “*No que tange, porém, à macrocompanhia de capital aberto, isto é impossível. Além dos interesses dos acionistas, que já não são homogêneos, deve aduzir-se o dos empregados e colaboradores autônomos da empresa, o da comunidade em que atua e o próprio interesse nacional, por vezes.*” Ressalta-se que este tipo de diferenciação já foi acolhida, pelo Superior Tribunal de Justiça algumas vezes, para determinados efeitos. Um exemplo é a admissibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima familiar em razão da quebra da *affectio societatis*, solução que já foi pacificada pela 2ª Seção no julgamento do EREsp n. 111.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007).



Por essa ótica, até mesmo o lucro passa a ser visto como um meio para assegurar a existência a longo prazo da empresa e a consequente satisfação dos acionistas, consumidores, empregados e a sociedade em geral. Logo, a função social da empresa impõe que a racionalidade empresarial, naturalmente voltada para o lucro, seja direcionada igualmente a padrões mínimos de justiça⁶³.

É inequívoco que a redefinição do interesse social traz consequências concretas para os deveres a que estão sujeitos os gestores de companhias. Como ensina Teubner (1985, p. 157), tal tipo de perspectiva rompe com a relação tradicional entre recursos, controle e responsabilidade, já que não é mais a contribuição para os recursos da companhia o que determina a quem os administradores devem suas obrigações, mas sim o interesse da sociedade no sucesso da companhia.

No caso brasileiro, dúvida não há de que o atendimento dos princípios da ordem econômica, tal como previstos no art. 170, da Constituição Federal, passam a fazer parte igualmente do interesse social. Consequentemente, há um aumento considerável do nível de complexidade da gestão das companhias, suscitando diversas discussões e perplexidades, tais como a de que grupos sociais devem ser beneficiários diretos da atividade empresarial⁶⁴.

Outra importante questão é a de saber até que ponto e em que medida se pode exigir dos gestores o cumprimento da “missão universal”⁶⁵ de mediar, equilibrar e atender adequadamente todos os interesses envolvidos na atividade empresarial, quando não há clareza nem mesmo sobre a exata delimitação desses interesses.

Não obstante a dificuldade desta questão, uma consequência pode ser extraída, de modo relativamente simples, desta nova e mais ampla noção do interesse social das companhias: a necessária legitimação da responsabilidade social voluntária.

Consequentemente, há que se considerar como lícitas e pertinentes ao interesse social as doações e atividades altruístas das sociedades empresárias, salvo em casos de manifesta desproporção ou da possibilidade de comprometimento da própria realização do objeto social ou da manutenção da empresa.

⁶³ É esta a lição de Horst Steimann (1985, p. 401-402), cujo destaque é o Manifesto de Davos ocorrido em 1974, que ressalta a necessidade de que a administração de companhias pondere os interesses conflitantes dos quatro grupos envolvidos – acionistas, empregados, consumidores e sociedade em geral – de forma justa, de forma que a obtenção de lucros deixaria de ser um fim em si mesma, mas um instrumento para a conciliação de todos os interesses envolvidos. Daí a relação entre a racionalidade empresarial e a justiça. É interessante notar que o próprio autor (op. cit., p. 417) defende a necessidade de um lucro mínimo, como condição da existência da empresa.

⁶⁴ Teubner (1985, p. 156-157), por exemplo, destaca que as principais questões a respeito dos deveres decorrentes da responsabilidade social das companhias são: (i) que grupos sociais são precisamente os beneficiários deste dever; (ii) qual é o escopo e o conteúdo do princípio e (iii) qual é o papel do direito na institucionalização desta responsabilidade fiduciária. Todavia, adverte o autor que a ampliação do interesse social das companhias não oferece um critério para distinguir normativamente tais interesses.

⁶⁵ A expressão vem de Galgano (1984, v. VII, p. 38), segundo o qual, diante da complexidade da gestão das atuais companhias, a sociologia norte-americana já chegou a definir os administradores como artífices de uma “missão universal”.

Isso porque a função social da empresa, neste aspecto, não implica que os interesses dos empresários e sócios de sociedades empresárias devam ser desconsiderados, sob pena de haver uma indevida publicização da empresa. Como já se adiantou, a solução da questão envolve o delicado equilíbrio entre as dimensões individual e funcional da livre iniciativa empresarial.

Entretanto, desde que sejam razoáveis ao implementar o que o direito anglo-saxão chama de “*social responsibility*”, “*business conscience*” ou “*corporate altruism*”, estarão os gestores das companhias agindo em conformidade ao interesse social, conclusão que decorre diretamente do texto constitucional, ainda que seja igualmente objeto de previsão legislativa específica no Brasil⁶⁶.

3.5. A função social como princípio que impõe o estímulo e a preservação da empresa

Além dos desdobramentos retratados anteriormente, cumpre ressaltar que a função social ainda tem a importante consequência de assegurar a preservação e manutenção da atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas para a comunidade.

Sob essa perspectiva, uma das principais consequências da função social é impedir que a subsistência da sociedade empresária fique sujeita à vontade de um dos sócios ou mesmo de credores que estejam movendo ação de execução contra a sociedade.

Tal questão já havia sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo da Constituição de 1988, ao tratar do pedido de dissolução de sociedade feito por um dos sócios. Nessa oportunidade, entendeu o Tribunal que “*pedida a dissolução total por um sócio, e a dissolução parcial pelos dois outros, o interesse social da conservação do empreendimento econômico, viável ou próspero, indica a adoção da segunda fórmula.*”⁶⁷

Já sob a égide da Constituição de 1988, o Superior Tribunal de Justiça reforçou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, alegando que nem mesmo a maioria dos sócios poderia requerer a dissolução total da sociedade quando existisse interesse de pelo menos um sócio em prosseguir com a atividade empresarial. Alegou o Tribunal, referindo-se ao empreendimento empresarial, que “*a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento de comunidades em que se integra, e em outros*

⁶⁶ Prevê o art. 154, § 4º, da Lei das S/A que “*o conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.*”

⁶⁷ STF, RE 91044, Relator Ministro Décio Miranda, DJ 31.08.1979.

*benefícios gerais*⁶⁸. Em tais hipóteses, a única solução possível seria a dissolução parcial da sociedade, a fim de possibilitar a retirada dos sócios descontentes.

Tal orientação foi recentemente confirmada em julgado no qual o Superior Tribunal de Justiça asseverou que *“não é plausível a dissolução de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais não que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas.”*⁶⁹

Vale ressaltar que o princípio da manutenção da empresa já justificou, inclusive, a posição do Supremo Tribunal Federal de que sociedade formada por apenas dois sócios deveria ser mantida mesmo na hipótese de morte de um deles, em razão da necessidade da preservação da empresa⁷⁰.

A questão não gera maiores problemas na atualidade, tendo em vista que o art. 1.033, IV, do novo Código Civil, expressamente prevê o prazo de 180 dias para tal recomposição da pluralidade de sócios sem a dissolução da sociedade, regra que se aplica subsidiariamente às sociedades empresárias. Entretanto, mesmo antes de tal dispositivo, o Supremo Tribunal Federal já adotara solução que, embora incompatível com o conceito formal de sociedade, era a única que assegurava a preservação da atividade empresarial.

Realmente, em casos como este, a melhor solução é a de liquidar a quota do sócio falecido para o pagamento dos seus herdeiros, a fim de que a sociedade prossiga com o sócio remanescente até a recomposição da pluralidade societária, solução que foi confirmada por julgamento recente do Superior Tribunal de Justiça⁷¹.

Outra consequência importante do princípio da manutenção da empresa diz respeito à impossibilidade de penhora integral e indiscriminada do faturamento de sociedade empresária que possa comprometer a continuidade de suas atividades⁷². Afinal, os interesses dos credores não são os únicos a serem considerados em hipóteses como esta.

⁶⁸ Superior Tribunal de Justiça, RESP 61278, Relator Ministro César Rocha, DJ 06.04.1998.

⁶⁹ Superior Tribunal de Justiça, RESP 247002, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 25.03.2002. Este caso é interessantíssimo, porque os autores requereram a dissolução da companhia, sob o argumento de que ela não teria como realizar seu objeto social, já que não daria lucros há tempo considerável. Apesar de ser sensível aos motivos de interesse social que justificariam a manutenção da companhia, o STJ não foi indiferente ao interesse privado dos acionistas. Tanto é assim que o voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi salientou que os demais acionistas pretendiam prosseguir com a companhia, bem como que a inexistência de lucros no período analisado seria algo decorrente do objeto social – plantio de árvores a longo prazo –, sugerindo haver perspectiva de lucros no futuro.

⁷⁰ Vale destacar que tal entendimento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 104596 (Relator Ministro Leitão de Abreu, DJ 21.06.1985), quando se assegurou a continuidade da empresa pelo sócio sobrevivente.

⁷¹ Em julgado recente, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que a morte de um dos dois sócios de sociedade não tem como efeito a extinção da sociedade, mas apenas a sua dissolução parcial (RESP 138428, Relator Ministro Ruy Rosado, DJ 30.03.1998).

⁷² Tal aspecto foi discutido no RESP 251151 (Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Relator Ministro César Rocha, DJ 22.10.2001).

Por fim, precisa ser destacado que a recente Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005) é igualmente pautada pelo princípio da manutenção da empresa, considerando a falência como último recurso para a solução das dívidas do empresário. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já considerou que *“a novel legislação busca a preservação da sociedade empresária e a manutenção da atividade econômica, em benefício da função social da empresa.”*⁷³

Assim, fica claro que o princípio da função social da empresa projeta-se igualmente sobre a manutenção e a preservação da atividade empresarial, destacando que a interrupção da mesma não pode ficar ao critério exclusivo de alguns sócios ou credores, diante dos diversos outros interesses relevantes que justificam a continuidade da sua atividade.

Por outro lado, esta dimensão da função social mostra a necessidade de que os interesses dos empresários e sócios de sociedades empresárias sejam considerados com a devida atenção, sob pena de não haver estímulo para o empreendimento e para a manutenção da atividade empresarial. Tal preocupação projeta-se, com maior intensidade, em relação às companhias abertas, nas quais há a socialização do investimento.

Não é sem razão que a Lei 6.404/76, com as alterações da Lei 10.303/2001, disciplina minuciosamente os dividendos obrigatórios para os acionistas (art. 202), bem como determina que os atos gratuitos de responsabilidade social sejam razoáveis (art. 154, § 4º), a fim de não comprometer nem a manutenção da empresa nem os resultados econômicos lícitamente esperados pelos acionistas.

Dessa maneira, o princípio da manutenção da empresa, ao mesmo tempo em que não deixa à continuidade da atividade empresarial sujeita apenas à vontade do empresário ou dos credores, igualmente impõe a proteção dos sócios, sem o que não haveria investimento produtivo. Trata-se de mais um assunto no qual os diferentes interesses que se projetam sobre a empresa precisam ser conciliados de forma cuidadosa.

3.6. A função social da empresa e a proibição do excesso na livre iniciativa empresarial

Por fim, ainda há que se mencionar a dimensão passiva da função social, traduzida na existência de limites explícitos e implícitos ao exercício da atividade empresarial, decorrentes dos princípios constantes do art. 170, da Constituição.

⁷³ Superior Tribunal de Justiça, CC 73.380, 2ª Seção, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 21.11.2008.

Embora sejam atos ilícitos, os atos abusivos possuem a particularidade de decorrerem, ao contrário dos demais ilícitos, de um suposto assento em direito. Daí terem apuração mais difícil do que a do ato ilícito comum, até porque ensejam a análise dos limites a partir dos quais o exercício de um direito ou de uma liberdade deixa de ser legítimo e passa a ser abusivo. É exatamente essa particularidade que conferiu ao abuso de direito uma autonomia diante dos demais atos ilícitos, tendo em vista que a sua identificação é mais difícil e complexa.

Apesar da diversidade de teorias existentes sobre o tema, pode-se constatar que, em última análise, todas as abordagens têm em comum a premissa de que o exercício dos direitos subjetivos não pode ficar confinado a uma definição do tipo formal-legalista; precisa, pelo contrário, ser contextualizado diante das finalidades sociais, da moral, da boa-fé, dos bons costumes, da aceitação ou reprovabilidade social das condutas, dentre outros. Todos esses aspectos, em maior ou menor grau, procuram destacar o equilíbrio que deve existir entre a liberdade do titular do direito subjetivo e os direitos dos demais membros da sociedade.

Eis porque o novo Código Civil brasileiro prevê, no seu art. 187, que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*”

Não se pode esquecer que o novo Código busca romper com o individualismo e o formalismo do código anterior, dando uma maior abertura para a interpretação construtiva a partir dos princípios gerais do direito e de cláusulas gerais como a boa-fé, a equidade, a probidade e a finalidade social do direito. Essa a razão pela qual o abuso foi definido como o excesso no exercício do direito, diante dos limites impostos pelos seus fins econômicos e sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Dessa maneira, dúvida não pode haver de que a função social da empresa tem como desdobramento uma cláusula de vedação ao abuso da livre iniciativa empresarial, a fim de conformar o exercício desta com os demais princípios da ordem econômica. Embora não haja previsão explícita sobre o assunto, como ocorre em relação ao abuso de poder econômico⁷⁴, é inequívoco que esta é uma das consequências do caráter deontológico e vinculante dos princípios previstos no art. 170, da Constituição.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou mostrar que, mais do que um princípio ou uma proposta, o Estado democrático de direito representa um novo paradigma em face do qual os princípios constitucionais e os direitos fundamentais são contextualizados e

⁷⁴ Trata-se do art. 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*”



recebem uma nova leitura. Daí a importância que deve ser atribuída aos arts. 1º e 3º da Constituição, especialmente no que mostram os compromissos com a dignidade da pessoa humana, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a erradicação da pobreza e da miséria.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma releitura de todo o texto constitucional. A sua influência direta sobre a compreensão dos direitos subjetivos é a de mostrar que estes são relações sociais, intersubjetivas e comprometidas com uma sociedade formada por cidadãos livres e iguais. Daí porque a responsabilidade que decorre dos direitos, longe de ser uma restrição à autonomia, é uma consequência necessária da mesma.

Dessa maneira, os direitos subjetivos, inclusive a propriedade, apenas fazem sentido enquanto instrumentos de realização da autonomia, motivo pelo qual pressupõem necessariamente responsabilidades e deveres que decorrem da intersubjetividade inerente aos direitos e liberdades, a fim de que a satisfação pessoal do titular seja compatível com o igual direito de liberdade dos demais indivíduos. O mesmo raciocínio deve orientar a compreensão da livre iniciativa.

Não existe qualquer oposição conceitual entre a propriedade privada e a livre iniciativa, por um lado, e a função social, por outro. Todos os princípios fazem parte de uma estrutura harmônica cuja unidade de sentido lhe é conferida pela autonomia ou pela dignidade da pessoa humana.

A intersubjetividade inerente à autonomia impõe que os cidadãos comecem a assumir, no exercício cotidiano de seus direitos, as responsabilidades que a eles são inerentes. É necessário reinserir a solidariedade na sociedade, ressaltando o aspecto da responsabilidade compartilhada que cada indivíduo assume, em razão da sua condição de cidadão, perante os outros. O esforço isolado do Estado para assegurar a justiça social é inócua se a sociedade e os indivíduos que a compõem não assumirem a efetiva participação nesse processo.

No caso brasileiro, a ordem econômica, constituída por princípios constitucionais deontológicos e vinculantes, *tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social*, tal como acentua o próprio *caput* do art. 170. Se o *caput* do art. 170 já permitiria a compreensão da base comum que une os princípios da ordem econômica brasileira, esta conclusão é reforçada pelos princípios fundamentais constantes dos arts. 1º e 3º, da Constituição.

A própria Constituição já previu alguns princípios que necessariamente orientam e direcionam o exercício da livre iniciativa empresarial, tais como a livre concorrência, a proteção do consumidor, do pleno emprego e do meio ambiente. No entanto, tais princípios obviamente não esgotam os compromissos da empresa e da atividade



econômica em geral. Afinal, o equilíbrio entre a liberdade empresarial e o igual direito à liberdade dos demais membros da sociedade é extremamente delicado e envolve a questão da justiça social. Esta, por sua vez, não tem como ser reduzida a fórmulas fechadas e que sejam insensíveis ao processo democrático e ao contexto social e histórico em que é analisada.

Consequentemente, o princípio da função social da propriedade, cuja decorrência necessária é a função da empresa, pode ser considerado como uma forma que a Constituição encontrou de condicionar o exercício da atividade empresarial à justiça social sem ter que recorrer a nenhum compromisso previamente determinado, resgatando, de modo amplo, a solidariedade e a intersubjetividade da liberdade de iniciativa e mostrando a sua relação com a dignidade da pessoa humana.

Para efeitos da função social da empresa, o que verdadeiramente importa é a distribuição social dos benefícios gerados pela empresa, diante da finalidade da ordem econômica de assegurar a todos uma existência digna. Tal aspecto atrela diretamente a função social à justiça distributiva, tal como já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda possibilita a compreensão da empresa como instituição não redutível ao interesse dos empresários, dos sócios das sociedades empresárias ou dos seus credores.

Apesar das dificuldades inerentes ao tema, o artigo procurou demonstrar que algumas consequências podem ser extraídas do princípio da função social da empresa, tais como a da legitimação da responsabilidade social voluntária das sociedades empresárias, desde que razoáveis, bem como a proibição de excessos e abusos no exercício da livre iniciativa empresarial.

Entretanto, a dimensão de significado do princípio da função social da empresa é bem mais ampla, motivo pelo qual precisa ser considerada para o exame da constitucionalidade dos ônus e deveres que são impostos à atividade empresarial, para a interpretação das regras a respeito da utilização do patrimônio da empresa e do exercício dos poderes dos sócios, controladores e administradores, bem como para resolver os problemas que dizem respeito ao interesse social, inclusive no que diz respeito à manutenção e à preservação da empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARASSI, Ludovico. *La Proprietà nel Nuevo Codice Civile*. 2ª ed. Milão: A. Giuffrè Editore, 1943.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation & Private Property*, New Brunswick (EUA) and London (U.K.): Transaction Publishers, 2005.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Da Função Social para a Responsabilidade da Empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NÉRI, Rosa Maria de Andrade. *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a Conceituação do abuso em seu exercício*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- CARVALHOSA, Modesto. A Co-gestão (a função social da empresa e o estado de direito). *Revista Forense*. Ano 74, vol. 262, abr/jun de 1978, pp.31-39.
- CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície Compulsória – Instrumento de Efetivação da Função Social da Propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária. Função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.
- _____. Regime Constitucional de Controle de Preços no Mercado. *Revista de Direito Público — RDP*, v. 24, n. 97, jan/mar 1991, pp. 17-18.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto Salomão Filho. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COMTE, Auguste. *Coleção Grandes Cientistas Sociais*. Organizador José Albertino Rodrigues. São Paulo: Ática, 1989.

DUGUIT, Leon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: Alcan, 1912.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, Propriedade/ Compropriedade ou condomínio/ Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

GALGANO, Francesco. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Padova: Cedam, 1984.

GAREA, Rafael Colina. *La Función Social de la Propiedad Privada en la Constitución Española de 1978*. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 1997.

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

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 3ª ed. Madri: Editorial Trota S/A, 2001.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Civitas, 1995.

LAMY FILHO, Alfredo. A Função Social da Empresa e o Imperativo de sua Reumanização, *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 190, out/dez 1992, p. 54/60.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Santa Cruz do Sul, 1998.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários e Função Social*. Curitiba: Juruá, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público. *Revista de Direito Público – RDP*, v. 20, n. 84, out/dez 1987, p. 39-45.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, José Diniz. *A Função Social da Propriedade e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione allá problemática della proprietà*. Camerino: Jovene Editora, 1971.

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.



PUGLIATTI, Salvatore. *Instituzioni di Diritto Civile. La Proprietá*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1938.

ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit. Histoire des Doctrines Juridiques et Philosophie des Valeurs Sociales*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1946.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEIMANN, Horst. *The enterprise as a political system*. In: HOPT, Klaus J.; TEUBNER, Gunther (org.). *Corporate Governance and Directors' Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1985.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CC 73.380, 2ª Seção, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 21.11.2008.

_____. EREsp n. 111.294/PR, Relator Ministro Castro Filho, por maioria, DJ 10.09.200).

_____. RESP 247002, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 25.03.2002.

_____. RESP 61278, Relator Ministro César Rocha, DJ 06.04.1998.

_____. RESP 138428, Relator Ministro Ruy Rosado, DJ 30.03.1998.

_____. _____.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2649, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJ 17.10.2008.

_____. ADI 3378, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 19.06.2008.

_____. STA-AgR 171, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 28.02.2008.

_____. STA-AgR 118, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 29.02.2008.

_____. ADI 2591, Relator para o acórdão Ministro Eros Grau, DJ 13.04.2007.

_____. ADI 3540, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 03.02.2006.

_____. ADI 1950, Relator Ministro Eros Grau, DJ 02.06.2006.

_____. ADI 1.003-4/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 10.09.1999.

_____. ADI-QO 319, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 30.04.1993.

_____. RE 104596, Relator Ministro Leitão de Abreu, DJ 21.06.1985.

_____. RE 91044, Relator Ministro Décio Miranda, DJ 31.08.1979.



TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEUBNER, Gunther. "Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries. A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility." In: HOPT, Klaus J.; TEUBNER, Gunther (org.). *Corporate Governance and Directors' Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1985, p. 149-177.

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

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Econômico. A Ordem Econômica Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

A PROPRIEDADE E A CIDADE NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – A SEPARAÇÃO DO DIREITO DE CONSTRUIR DO DIREITO DE PROPRIEDADE

CLAUDIA DO AMARAL FURQUIM

1. PRIMEIRAS REFLEXÕES

O constituinte originário brasileiro, ao elaborar a Carta de 1988, não só garantiu a coexistência do direito de apropriação de bens entre os cidadãos – e nesse ponto é inegável a carga genérica⁷⁵ de patrimonialidade da garantia – como atrelou o exercício do direito à observância de ditames. Dentre eles, merecem destaque os de cunho urbanístico, ambiental e de preservação do patrimônio histórico-cultural.⁷⁶ Além disso, assentou no capítulo destinado à ordem econômica, a propriedade privada, e a função social da propriedade como um de seus princípios informadores.

Ao assim proceder, segundo entendemos, o legislador deslocou parte da disciplina do instituto da propriedade privada do Direito Privado para o Direito Público, no qual são valoradas as questões que transcendem os interesses de mera fruição privada dos bens e valores.

Tal observação, longe de ser uma crítica à normativa do direito privado, apenas ressalta a diferença de tratamento dispensada pelos dois ramos do direito que hoje regem, em maior medida, o instituto da propriedade.

⁷⁵ Defendemos que é uma carga genérica de patrimonialidade porque haverá casos em que, em benefício da ordem urbanística, ambiental ou de preservação histórico-cultural, poderá o titular ter parcela de sua expectativa de proveito patrimonial frustrada pelo Estado. Assim ocorre com os imóveis tombados, também com os imóveis cujo coeficiente de aproveitamento seja inferior aos lindeiros por força de contingências urbanísticas adremente estabelecidas em lei.

⁷⁶ Essa ilação decorre de interpretação sistemática do texto constitucional.

