

Opinião: A função social da empresa e do empresário

A função social da empresa, diversamente da função social da propriedade, não é expressamente citada pela Carta Constitucional [1], ainda que seja tradicionalmente identificada e reconhecida pelo inteiro ordenamento jurídico enquanto resultado de um conjunto de normas principalmente constitucionais, que (entre os demais):



I) Promover a livre iniciativa (artigo 170, *caput* e artigo 1º

§6º, da CF);

II) Promover a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, §3º, da CF);

III) Observar a solidariedade (artigo 3º, §1º, da CF);

IV) Reduzir as desigualdades sócias (artigo 170, §7º, da CF);

V) Promover a justiça social (artigo 170, *caput*, da CF);

VI) Buscar o pleno emprego (artigo 170, §8º, da CF); e

VII) Valorizar o trabalho (artigo 1, §4º, da CF).

Princípios (estes últimos) que concretizam o importante disposto do *caput* do artigo 170 da Constituição: "*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 (...)*".

Sobre a função social da empresa, a Lei da S.A. é bem mais explícita: de um lado, I) o artigo 116 PU estabelece: "*O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender*"; doutro, II) o artigo 154 prevê: "*O administrador deve 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*".

Também o Código de Defesa do Consumidor dedica uma parte específica aos aspectos fundamentais da função social da empresa: *"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) XIV — infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais"* (artigo 51, §14, do Código de Defesa do Consumidor) [2].

Ainda, a mais recente conhecida Lei da Liberdade Econômica (L. 13.874/19), fundamentando-se nos ditados previstos pelo artigo 170 da CF de 1988, *estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador*. No específico, a lei contempla diversos aspectos das relações econômicas com a finalidade de facilitar a vida do empresário, evitando — através específicas garantias normativas — abusos "formais" e "substanciais" por parte do poder regulatório. Entre os demais dispostos, parece-nos importante destacar o artigo 3º, V, da lei que (literalmente) obriga todas as pessoas, físicas e/ou jurídicas, a *"gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário"*.

Em síntese, a Lei da Liberdade Econômica, "quer traduzir" e "regulamentar" de forma mais detalhada e (ou) material a regulamentação das relações econômicas, inclusive o princípio da função social da empresa.

Mas o que é a empresa? E como a empresa pode respeitar a sua função social?

O Código Civil de 2002 identifica a atividade da empresa na figura do empresário (artigo 966 CC), sendo o sujeito (pessoa física) que exerce a atividade empresarial! É, de fato, o empresário que, através de uma estrutura organizada e planejada, circula bens e serviços, visando a resultados lucrativos. A empresa é um conjunto de atividades que representam várias realidades dinâmicas e diferenciadas, dependendo: I) do tipo de atividade desenvolvida pelo empresário; II) da organização montada e utilizada pelo empresário; III) do capital investido pelo empresário; IV) da força trabalho empregada pelo empresário; e V) do tipo de "reconhecimento jurídico" que é dado pelo empresário a estas atividades etc. A empresa em si é, portanto, uma *ficção jurídica* [3], uma entidade criada pelo ordenamento jurídico para o empresário e a sua organização desenvolverem *"atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens e serviços, gerado mediante a organização dos fatores de produção"* [4].

Não por acaso, o Código Civil de 2002 reconhece a figura imprescindível do empresário qual figura central do sistema empresarial: como aquele que cria a conexão entre capital-sociedade-trabalho-riqueza!

Não existe empresa sem empresários! É o empresário que: I) promove a livre iniciativa, combinando e transformando os fatores do capital e do trabalho: assim como II) assume o risco empresarial, ou seja, a eventualidade de não ter lucro e (ou) de não "cobrir" os custos dos investimentos e dos funcionários com os proventos das suas atividades.

A empresa é expressão da atividade do empresário, e é um complexo organizacional, formado de pessoas e bens, funcionais à realização das próprias atividades empresariais.

Como em uma estrutura piramidal e hierarquizada, o empresário — por seus diretores e gestores etc. — administra a inteira organização e todas as atividades empresariais, no respeito de regras organizativas internas e as estabelecidas pelo ordenamento jurídico. A importância das pessoas na estrutura da empresa é, portanto, fundamental, em quanto a empresa é feita por pessoas e são as pessoas que: I) fazem funcionar a empresa; II) que fazem o sucesso da empresa; e III) que exercem a função social da empresa.

Sendo assim — provocativamente —, talvez seria mais correto se referir ao empresário qual "titular" e "vinculado" ao exercício da função social, e não simplesmente à empresa!

O empresário e a sua estrutura organizativa (a empresa), feita de pessoas, opera por meio de processos internos que executam a estrutura operacional interna (relações internas), mas também opera através de relações com sujeitos e organismos externos (relações externas). A existência das relações internas e externas dependem, além dos valores da própria empresa, também do ordenamento jurídico considerado como sistema dentro do qual a empresa pode e deve operar (ou seja, na delimitação da sua função social), e também das pessoas (empresário e sua organização interna) que agem em relacionamento orgânico com a empresa, para que esta haja e exprima qualquer vontade operacional.

Não por outra razão, a conceptualização da função social é — na prática — contínuo objeto de discussões que — de um lado — partem do princípio da livre iniciativa econômica (que se refere propriamente ao empresário) para chegar — doutro lado — à aplicação de outros importantes paradigmas para regulamentar a livre iniciativa econômica através de mecanismos "compensativos" e de "controle", como as assim chamadas *corporate governance* e *corporate social responsibility*, que não deixam de se referir a pessoas físicas (incluindo o próprio empresário)!

Dessa forma, a atividade da empresa pode, contextualmente, perseguir o interesse "individualíssimo" do empresário (maximização dos úteis etc.), mas — ao mesmo tempo — também aquelas "funções sociais" individuadas e reconhecidas pelo ordenamento como meritórias de interesse público ou solidário, como o crescimento individual e coletivo, aumento da riqueza, a ocupação, o pagamento dos impostos, o bem-estar coletivo, o *welfare state* etc. A finalidade da função social é, evidentemente, a de adaptar a visão individualista do empresário a exigências solidárias ou de interesse público que permeiam o inteiro ordenamento jurídico.

A intervenção estatal na economia, assim como nas regulações privadas, sempre foi, e ainda é, objeto de profunda discussão: em particular, pela incidência que o Estado passa a ter — principalmente — na própria autonomia privada.

Na Itália, Tullio Ascarelli, em 1936, evidenciou como o Estado estava sendo menos "agnóstico" [5] em relação à introdução de novas formas de instrumentos jurídicos de natureza empresarial justamente a tutela de determinadas categorias de contraentes (veja-se, os assim chamados "contratos standard de empresa"). Pensamento que também reflete a impositação "solidaria" da obra de Cesare Vivante, cuja mensagem — entendemos — pode ser sintetizada em: *"O individuo não existe e não prospera, se não existe e não prospera a sociedade"* [6].

Na Europa, aparece fundamental citar — entre as demais — a obra de Josserand, que cria a própria conceptualização de "dirigismo" (no caso, contratual) por parte dos poderes públicos, ou seja, identifica e reconhece a ingerência estatal na autonomia privada para limitar o interesse privado em nome da tutela de interesses gerais [7].

No Brasil, Calixto Salomão Filho ensina: *"A ideia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (artigo 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"* [8].

Tratam-se de normativas não necessariamente de natureza jurídica típica própria do Direito Empresarial, mas pertencentes aos diferentes ramos do Direito, como o Direito Administrativo, o Direito do Trabalho, o Direito do Meio Ambiente, o Direito da Concorrência, o Direito Tributário ou ainda o Direito Criminal etc.

Quase a "querer regulamentar" a ingerência do Estado nas relações giusprivatísticas (principalmente para limitar quaisquer assimetrias na aplicação principiológica formal da lei), a Lei da Liberdade Econômica se destaca para introduzir a aplicação de específicos princípios (artigo 2º) como: I) liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas; II) boa-fé do particular perante o poder público; III) intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV) reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

O papel do Estado — de acordo com a normativa constitucional e ordinária assim citada — é, portanto, fundamental: I) não unicamente para "ampliar" o âmbito de proteção, a esfera de direitos e interesses empresariais dos administradores, dos acionistas, dos empregados, e da sociedade, e da coletividade como todo; mas também II) para preservar e defender o empresário e a sua estrutura organizacional (no respeito do princípio de livre iniciativa econômica) para que, através da empresa, continue a perseguir a sua atividade econômica e a sua função social, garantindo crescimento individual e coletivo, aumento da riqueza, ocupação, pagamento dos impostos, bem-estar coletivo, *welfare state!*

[1] No sentido que a Carta Constitucional não utiliza a expressão *função social da empresa*.

[2] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo, RT, 2016; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, RT, 2016.

[3] MARIGHETTO, Andrea. *Perfis históricos e metodológicos da técnica das ficções jurídicas*. Em Revista Forense, 414, Rio de Janeiro, 2011.

[4] COELHO, Fabio Ulhoa, *Curso de Direito Empresarial*, Vol. I, São Paulo, RT, 2017.

[5] ASCARELLI, Tullio. *Appunti di diritto commerciale*, Roma, 1936; ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes. *Direito Empresarial Contemporâneo — Tullio Ascarelli no Século XXI*, São Paulo, YK Editora, 2018.

[6] VIVANTE, Cesare. *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Roma, 1902.

[7] JOSSERAND, Louis. *Le Contrat dirigé, Recueil hebdomadaire Dalloz*, Paris, 138.

[8] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário. Eficácia E Sustentabilidade*, São Paulo, Saraiva, 2019.

Date Created

26/06/2020