

Melford Vaughn Neto

A função social da empresa e a tutela dos interesses difusos e coletivos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do -----título de MESTRE em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Nelson Nery Junior.

São Paulo

2022

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data _____

e-mail _____

[ficha catalográfica]

Melford Vaughn Neto

A função social da empresa e a tutela dos interesses difusos e coletivos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito.

Aprovado em: __ / __ / __

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nelson Nery Júnior – PUC-SP (orientador)

Prof. Dr. Nome Completo – Sigla da Instituição

Prof. Dr. Nome Completo – Sigla da Instituição

Para Cassia, Gustavo e Gabriela, com amor.

AGRADECIMENTOS

Aconselham os manuais que sejam lacônicos os agradecimentos das monografias jurídicas. Com respeito, ousou contrariar tais ensinamentos, uma vez que mais triste do que contrariar instruções da escrita é deixar de agradecer aqueles que em muito contribuíram para com o meu sonho. Tenho muito que agradecer.

Agradeço primeiramente minha esposa, Cassia, por toda parceria e companheirismo, pelo amor incondicional de sempre e pelo incansável incentivo em prol de minha formação. Espero retribuir cada momento de completa doação, bem como, compartilhar com você todas as conquistas.

Agradeço minha filha, Gabriela, pela sua existência, sensibilidade, pureza e, especialmente, por nos ensinar a cada dia a viver no amor e para o amor.

Agradeço meu filho, Gustavo, jovem e brilhante jurista, que com sua inesgotável fonte de bondade, apoiou-me e incentivou-me incansavelmente nessa trajetória acadêmica.

Agradeço minha mãe, Onilda, pela sua bondade, positividade, orações e por seu apoio incondicional.

A meu pai Jeseoph Levy *in memoriam* que certamente estaria irradiando felicidades com este trabalho e que tenho certeza de que emanou suas energias para essa conquista.

Agradeço meu sogro, Moacyr, por seu inesgotável incentivo, desde muito cedo, para com os meus estudos.

Agradeço minha sócia e prima, Kelly, pela parceria de longos anos. Agradeço meu amigo e companheiro de trabalho, Raphael, jovem e competente jurista que muito colaborou com minhas pesquisas. Agradeço a todos os colegas da Advocacia Favero e Vaughn.

Minha reverência à PUC-São Paulo, aos professores Ricardo Sayeg, Marcelo Sodré, Patrícia Miranda Pizzol, Willis Santiago Guerra Filho, Roque Antonio Carraza, Paulo de Barros Carvalho, demais professores e funcionários, colegas com que fiz meus créditos, pela minha formação acadêmica e, também, humana.

Por fim, agradeço ao professor Nelson Nery Junior, pelos excepcionais ensinamentos, pelos ouvidos sempre à disposição e por ter concordado em acompanhar de perto a evolução do presente estudo.

A todos vocês, meu obrigado!

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo descritivo e analítico da função social da empresa como instrumento de regulação dos interesses difusos e coletivos, em consequência das transformações profundas da sociedade humana em todas as suas esferas – social, econômica, política, jurídica –, da qual se originou o corpo social contemporâneo e, especialmente, a empresa hodierna. O objetivo geral é, portanto, a análise da função social da empresa como meio apto a tutelar os interesses difusos e coletivos, a partir de um exame sobre possíveis articulações entre direito, mercado e o princípio da solidariedade social e que, consequentemente, perpassa pelo fenômeno empresarial (construção histórico-dogmática) e pela função social da empresa (compreensão, delimitação, inter-relacionamento e instrumentalização). Objetiva-se enfrentar os componentes históricos do Estado de Direito e seu relacionamento para com a economia, como também, apresentar a perspectiva contemporânea do fenômeno empresarial e seu relacionamento para com a coletividade – à luz da dogmática jurídica. Enfrentamos, assim, a construção do princípio da função social da empresa, colocando-o, por consequência, como instrumento a serviço dos direitos difusos e coletivos, assim como, buscamos responder pela sua dimensão hermenêutica-integrativa nos processos de caráter coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: empresas; função social; direitos difusos e coletivos.

ABSTRACT

The scope of the present work is the descriptive and analytical study of the social function of the company as an instrument for the regulation of general and collective interests, as a consequence of the profound transformations in human society in all its spheres - social, economic, political, legal - from which originated the contemporary social body and, especially, the modern company. The general objective is, therefore, the analysis of the social function of the company as a means capable of protecting the general and collective interests, stemming from an examination of possible articulations between law, market and the principle of social solidarity and that, consequently, encompasses the business phenomenon (historical-dogmatic construction) and the social function of the company (understanding, delimitation, interrelationship and instrumentalization). The objective is to face the historical components of the Rule of Law and its relationship with the economy, as well as, to present the contemporary perspective of the corporate phenomenon and its relationship with the collectivity - in light of the legal dogmatics. We face, thus, the construction of the principle of the social function of the company, placing it, consequently, as an instrument at the service of the general and collective rights, as well as, we seek to respond for its hermeneutic-integrative dimension in collective processes.

KEY-WORDS: companies; social function; general and collective rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. DIREITO, MERCADO E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL – DA ECONOMIA LIBERAL À ORDEM JURÍDICA DE MERCADO	17
1.1 Direito e mercado na conjuntura do estado de direito liberal e social	17
1.2 Direito e mercado na conjuntura do estado democrático de direito.....	25
1.3 Princípio da solidariedade social vis-à-vis o exercício da atividade econômica: a construção do princípio jurídico	27
2. A EMPRESA.....	33
2.1 Antecedentes históricos.....	33
2.2 Evolução histórica da empresa no direito brasileiro	35
2.3 A natureza jurídica da empresa no ordenamento brasileiro	39
2.4 A empresa no Código Civil de 2002	43
2.5 Análise de preceitos/princípios constitucionais sociais e econômicos aplicáveis à empresa.	45
3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	51
3.1 Função social <i>lato sensu</i> e a função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro.....	51
3.2 Função social: o nascimento do princípio no Brasil e no mundo	54
3.3 Função social da empresa e a teoria da <i>social responsability</i> : uma distinção necessária	60
3.4 Função social da empresa e o <i>compliance</i>	66
3.5 A análise econômica do direito e a função social da empresa	69
4. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO TUTELA PROCESSUAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS	77
4.1. Enfoques constitucionais da defesa dos direitos coletivos.....	77
4.2. Defesa da tutela dos interesses ou direitos coletivos	78
4.3. Aspectos processuais das ações coletivas	82
4.4. As espécies de ações coletivas	85
4.4.1 Ação civil pública.....	86
4.4.2 A ação popular.....	89
4.4.3 Mandado de segurança coletivo	90
4.5 – A dimensão hermenêutica-integrativa do princípio da função social da empresa nos procedimentos de caráter coletivo.....	91
4.6 – Análise de casos	92
4.7 – Proposta para aplicação do princípio da função social na empresa no âmbito do processo coletivo.....	98
CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	107

INTRODUÇÃO

A globalização e os avanços tecnológicos das últimas décadas trouxeram importantes avanços para a vida em sociedade e o desenvolvimento humano, mas ao mesmo tempo implicam em um gradual aprofundamento das complexidades sociais. De um lado, testemunhamos o progresso da ciência, da medicina, da computação, incrementando a saúde e a qualidade de vida de um número cada vez maior de pessoas. De outro lado, observamos o aprofundamento das desigualdades sociais na maioria dos países, especialmente naqueles de economia emergente, o que gera conflitos e desafios para a tarefa de alcançar justiça social.

Diante desse cenário, é fundamental que os mais diversos atores sociais, desde o cidadão isoladamente considerado, até os governos, passando pelas instituições públicas e privadas, colaborem, na medida de suas capacidades, para o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais justa em termos formais e materiais. Dentre esses atores, é possível destacar as empresas, entidades privadas que, diante de seu poder econômico, têm a capacidade de contribuir de forma substancial para a tarefa mencionada.

No entanto, em um sistema capitalista competitivo, os incentivos para que as empresas se engajem em atividades que promovam a justiça social são poucos, sendo que o Direito desponta como instrumento fundamental na produção desses incentivos. Uma das principais ferramentas jurídicas nesse sentido é o princípio da função social da empresa, o qual tem potencial para favorecer uma atuação socialmente responsável das empresas, especialmente se conjugado com outros instrumentos jurídicos presentes no ordenamento brasileiro que buscam proteger e dar efetividade aos chamados direitos coletivos. Paralelamente, temos o princípio da solidariedade social, que busca entender as ações humanas no contexto de suas repercussões coletivas, conforme veremos.

A articulação entre o princípio da função social da empresa, o princípio da solidariedade social e o sistema de proteção de direitos coletivos é, porém, tema pouco explorado na literatura jurídica brasileira. Com essa lacuna em mente, o presente trabalho tem por escopo o estudo descritivo e analítico da função social da empresa como instrumento de regulação dos interesses difusos e coletivos, em consequência das transformações profundas da sociedade humana em todas as suas esferas – social, econômica, política, jurídica –, da qual se originou o corpo social contemporâneo e, especialmente, a empresa hodierna.

O nascimento das grandes concentrações urbanas, a explosão demográfica, a evolução dos agentes econômicos (multinacionais, parques industriais, grandes conglomerados financeiros etc.), a transformação e expansão do conjunto de bens necessários à atividade humana, o desaparecimento das barreiras geográficas, o patente desenvolvimento das tecnologias e, singularmente, das telecomunicações, fizeram com que a empresa atual se adequasse a uma nova ordem (econômica, social e jurídica) e, concomitantemente, desenvolvesse novas condutas – estratégicas, produtivas e concorrenciais – para a afirmação de sua atividade econômica e persecução de seus interesses.

A empresa de outrora – produtora e circuladora de bens mediante a exclusiva perspectiva de lucro e corporificação de seu capital de giro – ganha uma nova função dentro da estrutura capitalista contemporânea, passando a estabelecer novos padrões de relacionamento para com a coletividade. Novas demandas sociais impingem um espírito mais desenvolvido em torno de temáticas e disfunções, tais como as questões ambiental, trabalhista, consumerista e comunitária.

Novos patamares de atuação são exigidos das empresas, o que demonstra uma profunda alteração nas expectativas da coletividade quanto à sua função e papel, indicando, conseqüentemente, a necessidade de expandir o diálogo entre a sociedade civil, as empresas e o Estado (em todos os seus níveis institucionais), a fim de que aquela possa contribuir para o fortalecimento da democracia e das condições sociais de modo geral.

Hoje, a empresa deve estar voltada para fora, isto é, para sua equipe de colaboradores, para a sociedade que consome seus produtos e para o ambiente em que está inserida. Trata-se de uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, é, ainda, agente ativo e impulsionador da civilização.

É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população economicamente ativa de qualquer país, no tocante à criação e oferta de postos de trabalho, distribuição e geração de renda. É a célula empresarial que faz circular a grande maioria dos bens e serviços consumidos pela sociedade, como, também, é por meio dela que o Estado recebe a parcela maior de suas receitas derivadas. É em torno da empresa que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores e os prestadores de serviços.

A empresa moderna cada vez mais obtém para si funções antes inerentes ao Estado, que perde parcela considerável de sua soberania perante os possíveis benefícios trazidos pela empresa, que detém um poder constantemente intensificado perante a administração superior do país.

Com esse poder que hoje lhe é inerente, pergunta-se se não seria justo a mesma arcar com um papel social pré-determinado pela comunidade. Terá o empresário contemporâneo, além dos deveres negativos impostos pelo ordenamento jurídico, deveres positivos? Teriam os empresários atuais o dever de desenvolver planos assistenciais ou de previdência complementar aos seus empregados? O artigo 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404 obrigaria, por hipótese, o acionista controlador a fazer com que a companhia participasse de campanhas beneficentes em prol da comunidade onde sua sede está inserida? Em caso de conflito entre os interesses da empresa, como fração econômica, e o interesse geral da coletividade, deve o empresário sacrificar o interesse empresarial em proveito do bem comum, sem estar a isso legalmente obrigado? A empresa atual estaria adstrita, legalmente, a uma função social? O primado da função social da empresa anularia a liberdade empresarial e todos os seus desdobramentos?

E para além disso tudo: se se trata de interesses coletivos, de que forma pode o direito processual servir para sua defesa? Podem as ações coletivas tutelar os interesses associados à função social da empresa, informados pela solidariedade social?

Essas são as questões que norteiam a pesquisa empreendida neste trabalho. O objetivo geral é, portanto, a análise da função social da empresa como meio apto a tutelar os interesses difusos e coletivos, a partir de um exame sobre possíveis articulações entre direito, mercado e o princípio da solidariedade social e que, conseqüentemente, perpassa pelo fenômeno empresarial (construção histórico-dogmática) e pela função social da empresa (compreensão, delimitação, inter-relacionamento e instrumentalização).

Objetiva-se enfrentar os componentes históricos do Estado de Direito e seu relacionamento para com a economia, como também, apresentar a perspectiva contemporânea do fenômeno empresarial e seu relacionamento para com a coletividade – à luz da dogmática jurídica.

Enfrentamos, assim, a construção do princípio da função social da empresa, colocando-o, por consequência, como instrumento a serviço dos direitos difusos e coletivos, assim como,

buscamos responder pela sua dimensão hermenêutica-integrativa nos processos de caráter coletivo.

Para alcançar esses objetivos, o presente trabalho se organizou da seguinte forma: no primeiro capítulo, propomos uma discussão histórico-teórica acerca dos processos que condicionaram e condicionam as relações entre direito e mercado, com vistas a ancorar uma conceituação do princípio da solidariedade social enquanto princípio fundamental da atividade empresarial na atualidade.

No segundo capítulo, buscamos delimitar historicamente e conceitualmente a empresa, especialmente no contexto jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo é dedicado a estabelecer os parâmetros para uma definição do princípio da função social da empresa, seus contornos teóricos e seu âmbito de aplicação.

Por fim, no capítulo quatro, apresentamos uma proposta de articulação entre o princípio da função social da empresa com o processo coletivo, buscando alcançar uma possível instrumentalização desse princípio para a garantia e proteção de direitos difusos e coletivos, contemplando a jurisprudência atual e ensaio de hipótese pelo qual esse princípio possa ser utilizado para o bem da coletividade.

Com isso, esperamos contribuir de forma positiva para o debate mais amplo sobre o papel das empresas em uma sociedade em constante mudança, destacando a importância do princípio da função social da empresa e sua aplicação na proteção dos direitos difusos e coletivos.

1. DIREITO, MERCADO E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL – DA ECONOMIA LIBERAL À ORDEM JURÍDICA DE MERCADO

Em um Estado Democrático de Direito, necessita-se constantemente tentar coadunar o princípio do “livre jogo de forças de mercado” ao de uma necessidade social que, conforme certificado pelas escolhas coletivas da política democrática, se transforma em Direito. Como tentaremos expor abaixo, o Estado Democrático de Direito está sob pressão para honrar ambos os princípios simultaneamente, embora, na prática, até hoje os dois pouco tenham estado em consonância.

Como veremos, a superação da dicotomia entre público e privado deve passar por uma superação da divisão entre Estado e mercado: este último pode ser visto, também, como responsável pelos imperativos de justiça social. É fundamentado nesta noção que apresentaremos, mais abaixo, o delineamento de um “Princípio da Solidariedade”, positivado no ordenamento jurídico brasileiro em nossa Constituição Federal (Preâmbulo, art. 1º, III; art. 3º, I, III e IV; art. 4º, IV; art. 170 e art. 193). Trata-se do fundamento na liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Para exploração adequada dessa temática, passaremos brevemente, abaixo, por um histórico da criação do estado de direito liberal, culminando no Estado Democrático de Direito no contexto das lutas políticas travadas nos últimos séculos. Após isso, fundamentaremos sociológica e dogmaticamente o uso de um Princípio da Solidariedade como base para a superação pincelada acima – ou seja, como cogente não somente perante a atuação pública, mas também como norma constitucional norteadora da atividade privada e econômica, geradora de deveres positivos, de maneira que se permita um capitalismo humanizado e socialmente consciente.

1.1 Direito e mercado na conjuntura do estado de direito liberal e social

As mudanças na filosofia política e no direito, em geral, acompanham, influenciam e são influenciadas pelas mudanças na ordem social e econômica. Por isso, qualquer estudo sobre o Estado e sua relação com demais elementos que compõem uma organização social – em nosso

caso, o mercado –, passa necessariamente não só pela investigação acerca das teorias que justificam determinado modelo de Estado, como também por uma orientação mais concreta, que volta o olhar investigativo para as manifestações do Estado no mundo real.

Nos próximos parágrafos, buscaremos, de maneira introdutória, apresentar brevemente como se estabeleceu a relação entre direito e mercado a partir da observação das diversas formas que o Estado adquiriu ao longo da história moderna, em cotejo com as teorias que justificam cada uma dessas formas do Estado. Trata-se de uma breve incursão histórica que tem como objetivo entender os processos políticos e sociais que antecedem as formas e relações contemporâneas, em que se situam os problemas a serem enfrentados no presente trabalho.

A nossa delimitação temporal é o surgimento do Estado moderno, por ser este a forma estatal que constitui a essência do que se pode chamar por Estado hoje. É nesse momento de rompimento com a ordem feudal, a qual dá lugar à sociedade capitalista moderna, que é possível observar a primeira experiência de associação mais próxima entre Estado e mercado.

A característica principal do capitalismo – essa forma de organização social que substitui o feudalismo – é o fato de que, nessa sociedade, os produtos que são fruto do trabalho se destinam não ao consumo próprio daquele que o produziu, mas à troca no ambiente social denominado mercado. O comércio é, portanto, a primeira razão de ser do capitalismo. E seu mecanismo é o mercado. Através deste mecanismo social, os produtos circulam, deslocando-se uns aos outros como mercadorias disponíveis para troca. Segundo Mascaro (2016, p. 253 e ss.), a característica especial do mercado é que ele não presta atenção ao caráter social dos produtos e da troca de trabalho. As relações econômicas são voltadas para a troca capitalista.

A partir de suas conformações embrionárias, a sociedade capitalista necessitava multiplicar os caminhos abertos de comércio entre comunidades localizadas que compunham a fragmentada sociedade feudal, de forma a intensificar as trocas mercantis e contribuir para o desenvolvimento econômico da classe de mercadores, que depois viria a ser identificada como a burguesia. Nesse contexto, o Estado moderno surge como força centralizadora do poder, a partir do qual emanariam os esforços de abertura comercial.

Aqui aparecem as primeiras teorias que defendiam o abandono da justificativa teológica do poder político, substituída pelo princípio da racionalidade política. São propostas teóricas, como as de Nicolau Maquiavel e de Thomas Hobbes, que sustentam a existência de um Estado Absolutista, em que o rei soberano representa o centro catalizador do poder político capaz de

garantir a proteção à propriedade privada e, ao mesmo tempo, promover as políticas de abertura comercial. Nessa etapa, o Estado parece figurar como organização jurídica que possibilita o pleno desenvolvimento do mercado, em um momento em que a produção ainda se restringia à manufatura e à agricultura familiar ou comunal. Nesse sentido, Perry Anderson explica acerca dessa transição e seu elemento paradoxal:

A burguesia no Ocidente já era forte o bastante para deixar a sua marca indistinta no Estado, sob o absolutismo. Com efeito, o paradoxo aparente do absolutismo na Europa ocidental era que ele representava fundamentalmente um aparelho para a proteção da propriedade e dos privilégios aristocráticos, embora, ao mesmo tempo, os meios através dos quais tal proteção era promovida pudessem simultaneamente assegurar os interesses básicos das classes mercantis e manufatureiras emergentes. O Estado absolutista centralizou crescentemente o poder político e esforçou-se por criar sistemas jurídicos mais uniformes [...]. Aboliu um grande número de barreiras internas ao comércio e patrocinou tarifas externas contra os concorrentes estrangeiros [...]. Proporcionou ao capital usurário investimentos lucrativos, ainda que arriscados, nas finanças públicas [...]. Mobilizou a propriedade rural por meio do confisco das terras eclesiásticas [...]. Patrocinou empreendimentos coloniais e companhias de comércio [...]. Em outras palavras, cumpriu certas funções parciais na acumulação primitiva necessária ao triunfo ulterior do próprio modo capitalista de produção. As razões que lhe permitiram desempenhar este papel “dual” residem na natureza específica do capital mercantil ou manufatureiro: já que nenhum deles assentava na produção de massa característica da indústria mecanizada propriamente dita, não exigiam, por si, uma ruptura radical com a ordem agrária feudal que ainda englobava a ampla maioria da população (o futuro mercado de trabalho e de consumo do capitalismo industrial). Em outros termos, podiam desenvolver-se dentro dos limites estabelecidos no quadro do feudalismo reorganizado. (ANDERSON, 2004, p. 39-40).

A forma do Estado absolutista, porém, gradativamente se mostrou limitada frente às aspirações de crescimento econômico e liberdade da burguesia, especialmente em razão dos privilégios concedidos pela monarquia à nobreza. É a partir desse ponto que as teorias liberais se desenvolvem, buscando legitimar as liberdades da burguesia, especialmente o direito à propriedade privada e o livre comércio. A teoria absolutista da representação política foi sendo desafiada por princípios universais emergentes, tais como os direitos à vida e à liberdade, e a igualdade de todos os cidadãos perante a lei.

Aqui nasce a ideia de direitos subjetivos, ou seja, os direitos que os indivíduos possuem e que o protegem frente ao arbítrio do Estado, até então visto como detentor de um poder absoluto e ilimitado. Nas palavras de Alysson Mascaro (2016, p. 126), a “noção de direitos subjetivos – fundamental ao desenvolvimento do capitalismo – conduz a uma reflexão sobre os limites do Estado, de seus poderes, de seu governo”. São ideias que estão inseridas no contexto

do desenvolvimento do Iluminismo, o movimento científico, filosófico, artístico e cultural por excelência do auge do capitalismo mercantilista.

O Iluminismo faz consolidar o paradigma da centralidade da razão humana e do individualismo, que fundamentarão a filosofia do direito moderna, caracterizada pelas propostas contratualistas (de John Locke, Hugo Grócio, Jean-Jacques Rousseau, entre outros – resguardadas as diferenças entre os autores). Quanto a esse ponto, Alysson Mascaro alerta que

[...] na maioria dos filósofos modernos as teorias do contrato social, embora cheias de matizes próprios, têm um fundo comum: a sociedade civil é um momento superior em relação ao convívio originário, de natureza. A união em sociedade, para a maioria dos pensadores da modernidade, advém da razão e do consenso. (MASCARO, 2016, p. 138)

Segundo essa abordagem, ao contrário da filosofia medieval, e também da teoria absolutista, o poder não emana da vontade divina, mas sim de contrato estabelecido entre homens livres e iguais entre si, o qual representa a reunião de indivíduos antes isolados. Esse contrato entre indivíduos seria, portanto, o fundamento da sociedade civil, sendo o Estado depositário e o soberano representante da vontade traduzida no contrato.

No campo da filosofia do direito, o Iluminismo se encontra representado no pensamento jusnaturalista de fundamentação racional – em contraponto ao jusnaturalismo de fundamentação religiosa, característico do período medieval. O jusnaturalismo racionalista, em sua forma mais detalhada, abrange a crença de que o direito comum é construído sobre uma base de direito natural que, por sua vez, se baseia em conceitos abstratos como justiça e igualdade.

A corrente jusnaturalista racional coloca o direito natural como “ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem” (BOBBIO, 2006, p. 20).

Ainda segundo Norberto Bobbio (2006, p. 22), “[...] o direito natural é aquele que obtemos conhecimento através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas; o direito positivo é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador”. O legislador, então, é quem coloca em forma de norma escrita a vontade dos indivíduos que representa, membros do contrato que funda a ordem social.

As revoluções liberais dos séculos XVI e XVII¹, que permitiram que a burguesia finalmente acessasse o poder das principais nações modernas, estão umbilicalmente associadas ao pensamento jusfilosófico moderno e desenvolvem, a partir dele, as primeiras codificações de direito privado, caracterizadas por um rol de direitos inquestionáveis – em especial o direito à propriedade privada –, cuja rigidez garantiria a segurança jurídica necessária para fazer florescer de vez o sistema capitalista.

Essa certeza racional dos direitos subjetivos, em especial os direitos à propriedade privada e à liberdade, compõem a “alavanca das possibilidades negociais burguesas” (MASCARO, 2016, p. 144), uma vez que garantem a estabilidade necessária para que as trocas mercantis se desenrolem sem maiores problemas. Ao Estado resta a função de organização da vida social em torno do mercado e mediador dos conflitos que surgem a partir das relações sociais, cada vez mais complexas.

O Estado aparece, nesse contexto, como “legalidade administrativa”, o que significa dizer que o poder estatal passa a ser atribuído por lei e a ela se submete. Nesse sentido é o ensinamento de Gianluigi Palombella:

O Estado aparato (de governo e de administração) tem o rosto do poder de supremacia de que a ação estatal se vale em relação aos cidadãos. O princípio da legalidade, cerne do novo Estado, aliado à separação dos poderes, é acima de tudo a submissão à lei da ação administrativa (em sentido formal: atribuição legislativa do poder; em sentido material: eventual limitação “interna” dos modos e meios de exercício) e símbolo da perseguição, sobreposta a qualquer outra, do interesse geral, que, aliás, a lei prefigura e determina constitutivamente. (PALOMBELLA, 2005, p. 136)

Assim, o Estado é o ente que administra, dentro de um quadro normativo, as relações sociais, de forma a favorecer o interesse geral, constituído pela produção e reprodução da vida, o que depende necessariamente de um mercado próspero. Essa administração se dá por meio da garantia dos direitos de liberdade e propriedade privada, protegendo-os contra todo e qualquer arbítrio, inclusive aquele que vem do próprio Estado.

Por isso, o Estado liberal é necessariamente limitado, restringindo sua atuação às medidas necessárias para criar a base sobre a qual um mercado autorregulado possa funcionar

¹ Nos referimos, aqui, à Revolução Liberal Inglesa (1640-1688), a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789).

normalmente, oferecendo um ambiente em que os indivíduos possam levar a cabo seus interesses de forma livre. Nesse âmbito, liberdade e igualdade – em seu sentido estritamente formal – compõem o paradigma liberal do direito moderno, cujos elementos jurídicos centrais são a propriedade e o contrato.

Na filosofia do direito, por sua vez, passa a prevalecer o paradigma positivista, que deixa de operar na dicotomia entre direito natural e direito positivo, colocando este último como “o direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como ‘lei’”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva [...] do direito” (BOBBIO, 2006, p. 119). Segundo o positivismo jurídico, a lei prevalece enquanto fonte do direito, concebido como ordenamento racional da sociedade.

O conceito de lei “geral e abstrata”, aplicável a todos indistintamente e que, por isso, é tradução da igualdade formal estrita, permitiu que o Estado liberal garantisse a segurança jurídica essencial ao pleno desenvolvimento das transações comerciais e das relações de trabalho e assegurou que a iniciativa privada pudesse se envolver em toda e qualquer atividade potencialmente lucrativa. Conforme Dalmo Dallari (2015), o Estado de Direito liberal garante, ademais, por meio da segurança jurídica, a manutenção desse *status quo* favorável à troca de mercadorias e, por consequência, à burguesia.

São essas bases que, de modo geral, sustentarão o Estado liberal durante todo o século XIX, até pelo menos a Primeira Guerra Mundial, momento em que esse modelo de Estado será fortemente abalado. A contestação ao Estado liberal é, segundo Mascaro (2016), frequentemente atrelada a duas mudanças que ocorrem principalmente no final do século XIX e início do século XX: uma na estrutura econômica e a outra na estrutura social.

A primeira tem a ver com o processo de industrialização e concentração econômica em torno da figura das grandes empresas monopolistas. Nesse contexto, os instrumentos jurídicos da propriedade individual e do contrato vão dando lugar a novas figuras institucionais, notadamente a sociedade por ações e ao contrato de trabalho, que passaram a se submeter a regras específicas do direito do trabalho, e não do direito privado.

Essas transformações evidenciaram o fato de que o mercado não é capaz de se autorregular satisfatoriamente, dependendo da ação estatal para evitar resultados indesejados, como os grandes monopólios, que prejudicavam a ampla concorrência, princípio caro ao

pensamento liberal. É nesse momento que surgem as primeiras leis antitruste, que proíbem os acordos de domínio de mercado, de forma a resgatar o modelo liberal de mercado concorrencial (BITTAR; DE ALMEIDA, 2022, p. 410 e ss.).

A admissão da insuficiência do modelo de Estado liberal até então preconizado está na base da própria derrocada do liberalismo nesse período, uma vez que abre as portas para a concepção de um modelo de Estado que intervém muito mais na ordem social e econômica, inclusive para garantir mais direitos à classe trabalhadora, até então ocupando um espaço de subordinação, ocultado pela imagem da igualdade estritamente formal.

Uma maior organização dos trabalhadores em torno dos sindicatos permitiu que reivindicações por melhores condições de trabalho fossem atendidas, ampliando o campo de atuação do Estado, que passa a não mais ver o contrato de trabalho como aquele estabelecido entre partes iguais e livres.

Essas mudanças foram graduais, impulsionadas por momentos importantes de tensão social, sendo um dos mais emblemáticos a Revolução Russa de 1917, que destituiu o Estado czarista e instaurou um modelo de Estado intervencionista de cunho social, que serviria, em tese, de transição para o socialismo. O restante da Europa sentiu o impacto da Revolução Russa e da Primeira Guerra Mundial e, como forma de apaziguar os movimentos sociais, além de promover uma reconstrução da teia social após anos de guerra, aderiu a um modelo mais brando de intervencionismo estatal, realizando concessões à classe trabalhadora e adotando políticas de assistencialismo, caminhando aos poucos para o modelo de Estado social que veio a se concretizar no período pós Segunda Guerra Mundial. Em outras palavras,

O Estado Social nascido no século XX como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo é o Estado Social Material, aquele modelo de Estado historicamente determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e que veio superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal. O adjetivo “social”, dessa maneira, refere-se “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”. (DE MORAES, 2014, p. 275)

Há, dessa forma, uma adaptação do capitalismo e do Estado a novos imperativos da ordem social, que impedem a permanência do modelo liberal estrito. O Estado se torna mais intervencionista como forma de garantir o desenvolvimento econômico necessário, já que o

modelo anterior passou a ser limitado quanto a esse aspecto, bem como o desenvolvimento social, traduzido nas promessas programáticas de igualdade material inseridas nas constituições promulgadas em grande parte dos países europeus no período pós Segunda Guerra Mundial. Isso não significa, porém, um total abandono do paradigma da liberdade. Aos direitos de propriedade e de liberdade são adicionados direitos sociais, que permitem articular à igualdade formal uma igualdade material, bem como princípios de participação democrática ampla.

No entanto, o intervencionismo estatal não precisa ser o único modelo para uma superação desse paradigma. Nesse sentido, como proporemos no item 1.3 abaixo, pode ter grande relevância uma nova dogmática do direito que se baseie no princípio da solidariedade, princípio norteador já positivado em nosso ordenamento jurídico, mas de pouca aceitação prática pelos operadores do direito e pela subjetividade do indivíduo liberal contemporâneo.

Aos poucos, a democracia se fortaleceu – especialmente impulsionada após as experiências autoritárias na Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, principalmente –, constituindo-se em torno de um modelo de democracia partidária que caminhou paulatinamente ao sufrágio universal. Dessa forma, os interesses de determinadas camadas sociais, que até então não eram legitimadas, passam a ecoar nos espaços de decisão política, contribuindo para as transformações que já mencionamos. Conforme descreve Luiz Carlos Bresser-Pereira:

Em meados do século XX, tem início uma democracia de opinião pública na qual os eleitores aumentam seu interesse pela política, as pesquisas de opinião pública passam a auferir suas preferências e um número crescente de organizações de advocacia política começa a intervir no processo de formulação e implantação de leis e políticas públicas. Esse maior ativismo político dos eleitores leva a um aumento da demanda social e, em consequência, ao aumento dos serviços sociais e científicos do Estado, que passa a assumir funções novas na proteção do trabalho e do trabalhador. (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 113)

Vai se conformando um modelo de Estado ao mesmo tempo democrático e intervencionista, vinculado a um paradigma ético de proteção dos membros da sociedade considerados hipossuficientes – ainda que o imperativo da liberdade econômica e da propriedade privada continuasse vigente. Há, assim, uma importante inversão: o Estado, que era tributário ao mercado, funcionando como mero mediador de conflitos emergentes das relações sociais e facilitador da concorrência e do livre desenvolvimento econômico das empresas, passa a também servir de protetor dos mais fracos frente às desigualdades decorrentes

desse mesmo mercado. Nesse contexto, surge o constitucionalismo social, que concebe um Estado forte e autorizado a intervir no domínio socioeconômico, sob os parâmetros da justiça social. Essas reflexões terão grande importância ao defendermos um novo paradigma, do princípio da solidariedade, no item 1.3 abaixo.

1.2 Direito e mercado na conjuntura do estado democrático de direito

O Estado democrático de direito pode ser resumido enquanto a síntese dos modelos anteriores de Estado. De um lado, privilegia o império da lei, a liberdade individual e o princípio democrático. De outro lado, coloca esses princípios a favor da justiça social e do objetivo de combater as desigualdades materiais. No entanto, em contraposição ao Estado social, estritamente considerado, o Estado democrático de direito tem como preocupação evitar que “as suas funções sociais se transformem em funções de dominação, em vista do poderio que atribuem à máquina estatal” (DE MORAES, 2014, p. 278).

As suspeitas de que o capitalismo e a democracia poderiam encontrar conflitos estão longe de ser novas. A partir do século XIX, a burguesia e a direita política temiam que a maioria, sendo inevitavelmente o governo dos pobres sobre os ricos, acabaria com a propriedade privada e o livre mercado. A classe trabalhadora em ascensão e a esquerda política, por sua vez, temiam que os capitalistas se aliassem às forças de reação para abolir a democracia, em busca de proteção para não serem governados por uma maioria permanente dedicada à redistribuição da vantagem econômica e do status social. Obviamente não vem ao caso discutir os méritos relativos das duas posições. No entanto, nos anos imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, era uma suposição amplamente compartilhada que para que o capitalismo fosse compatível com a democracia, e, portanto, com o Estado Democrático de Direito, sua fundamentação jurídica, ele tinha que ser submetido a um amplo controle político, como tentamos expor acima.

Há várias maneiras de tentar entender o que está por trás do aparente conflito entre a economia de mercado e o Estado Democrático de Direito. O princípio do “livre jogo de forças de mercado”, contraposto ao de uma necessidade social que, conforme certificado pelas escolhas coletivas da política democrática, se transforma em Direito, precisa na verdade a este coadunar-se. O Estado Democrático de Direito está sob pressão para honrar ambos princípios

simultaneamente, embora substantivamente os dois até hoje pouco tenham concordado. Os governos que não atendem às reivindicações democráticas correm o risco de perder sua maioria, enquanto os governos que desconsideram as reivindicações de indenização dos proprietários de recursos produtivos, causam distorções econômicas cada vez mais insustentáveis e, portanto, acabam por também prejudicar seu apoio político. Uma abordagem integradora é necessária.

Pode-se dizer que Estado liberal e Estado social são duas faces de uma mesma moeda, que reduz a um mero conflito a complexidade da relação entre as esferas pública e privada da vida social. O Estado democrático de direito, por sua vez, no já mencionado esforço de síntese, assume o caráter complementar entre público e privado. Conforme argumenta José de Oliveira Baracho Júnior:

[público e privado] são esferas equiprimordiais, para empregar o termo cunhado por Habermas. E exatamente aí residiria o engano dos paradigmas anteriores, pois ao sacrificarem a esfera pública em favor da esfera privada ou vice-versa, no afã de garantir a cidadania, eliminavam precisamente o florescimento e consolidação de uma cidadania universal e efetiva. É assim que o aspecto formal, processual, adquire novamente uma relevância superlativa, é claro que não mais entendido como mera garantia da esfera egoísta burguesa, mas como elemento essencial para a configuração discursiva do jogo democrático e da cidadania. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 168)

No âmbito do Estado democrático de direito surgem conceitos jurídicos e ramos do direito novos, que refletem justamente a complexidade dessa relação entre individualidade e coletividade, liberdade e justiça social. É o caso do direito do consumidor, da tutela coletiva, do direito ao meio ambiente, do acesso à justiça, entre outros. São direitos e categorias que vão além da dicotomia entre público e privado, e cujos titulares não são mais apenas o Estado ou o indivíduo, mas a coletividade, as minorias, as gerações futuras, etc.

A superação da dicotomia entre público e privado permite que se supere também a separação entre Estado e mercado, sendo que este último passa a ser também responsável perante os imperativos de justiça social. É nesse sentido, por exemplo, que a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 170, um rol de princípios gerais da atividade econômica que orientam a conduta das empresas e outros atores do mercado no Brasil, como veremos abaixo em maiores detalhes, destacando-se especialmente a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca pelo pleno emprego.

As empresas e demais atores privados do mercado não mais se limitam a respeitar determinadas normas de regulação econômica, mas devem atuar efetivamente de maneira orientada à consecução desses comandos abstratos da atividade comercial.

1.3 Princípio da solidariedade social vis-à-vis o exercício da atividade econômica: a construção do princípio jurídico

No direito positivo – assim como em sua interpretação sociológica e teleológica, como veremos – os contornos de um possível “Princípio da Solidariedade”, existência do qual queremos aqui demonstrar e defender, observa-se já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que expressamente se fundamenta na liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Nesse diapasão, não podemos olvidar que, no Estado democrático de direito, regido pela Constituição como expressão da soberania popular, colocam-se os direitos fundamentais como os principais pilares para atingimento do ideal de justiça: afinal, "o Estado de direito democrático é um Estado de direitos fundamentais" (CANOTILHO, 2002, p.54).

Mais especificamente, no direito positivo brasileiro, delinea-se o princípio da solidariedade não somente em seu preâmbulo, mas também no artigo 1º, inciso III; artigo 3º, incisos I, III e IV; artigo 4º, inciso IV; artigo 170 e artigo 193, *in verbis*:

Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na **harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: [...]

III - a **dignidade da pessoa humana**;

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma **sociedade livre, justa e solidária**; [...]

III - **erradicar a pobreza** e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

IX - cooperação entre os povos para o **progresso da humanidade**;

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:

Art. 193 - A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o **bem-estar e a justiça sociais**. (grifos nossos)

O texto constitucional é importante ponto de partida para as reflexões deste item. É nele que encontramos o conteúdo programático, ou dirigente (CANOTILHO, 1994) que orienta, por meio de princípios jurídicos fundamentais, como a função social da propriedade e a justiça social, os diversos atores sociais.

A Constituição, ao delinear a liberdade, a justiça e a solidariedade como valores sociais fundamentais do Estado brasileiro, permite uma análise sistêmica e principiológica que nos leva à evidente conclusão, que defenderemos adiante, de que nosso Estado é não apenas democrático e de direito, mas, também, social e solidário. Afinal, como esclarece Barroso (1999, p. 285): “os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica”. De acordo com o autor, ainda, estes “consustanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema”.

Mas, para podermos avançar no debate de maneira qualificada, devemos antes de mais nada aprofundar e melhor esclarecer o conceito do princípio da solidariedade aqui sob análise. E nesse ponto, arrojamo-nos uma definição: trata-se, de maneira simplificada, de comando jurídico que ordena que as pessoas cooperem em favor da sociedade em geral. Assim, os menos necessitados devem, em prol da sociedade como um todo, agir em favor dos mais necessitados ou hipossuficientes – seja por idade, raça, etnia, gênero, local de residência ou posição jurídica subjetiva, por exemplo. Não poderia ser outra interpretação a de trechos como “promover o

bem de todos”, “sociedade livre, justa e solidária”, “objetivo de bem-estar e justiça sociais”, etc., presentes no texto constitucional e destacados acima.

O conceito de solidariedade já pressupõe e indica que as ações individuais têm repercussão positiva ou negativa sobre outros indivíduos, assim como sobre a sociedade como um todo. A solidariedade, assim, implica na compreensão da transcendência social das ações humanas, ou seja, na compreensão, por todas as pessoas, do fato de que as ações humanas não se inserem num vácuo, mas são determinadas e determinantes das relações sociais (NABAIS, 2005, p. 81).

Tipicamente, o Estado, por meio por exemplo da seguridade social e das coletas fiscais, é um dos principais garantidores da execução deste princípio na esfera dos direitos de segunda dimensão (em que pese as evidentes deficiências que sua atuação, por si só, apresentam no sentido da efetiva concretização do comando constitucional da solidariedade). Nessa esteira, vale mencionar os artigos 194 e 195 da Constituição Federal:

Art. 194 – Parágrafo único - Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - **universalidade da cobertura** e do atendimento;

II - **uniformidade e equivalência** dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - **seletividade e distributividade** na prestação dos benefícios e serviços; [...]

V - **equidade** na forma de participação no custeio;

VI - **diversidade da base de financiamento**;

Art.195 - A seguridade social será financiada por **toda a sociedade**, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais. (grifos nossos)

No entanto, a concretização da solidariedade enquanto preceito constitucional não passa tão somente pela atuação do Poder Público, mas, também, da sociedade civil e do indivíduo, informados por uma hermenêutica do direito que supere o individualismo característico do modelo moderno e liberal, apresentado no item anterior. Essa percepção se estende, ainda, ao mercado e seus participantes (em especial as empresas), que devem pautar sua atuação também por esse princípio.

Com efeito, a ordem jurídica positiva exige de seu operador o discernimento de que o direito não é só imposição, mas, também, uma técnica de ordenação social fundamentada na justiça (MONTORO, 1985, p. 177 e ss.). É aí que se insere a importância ímpar da solidariedade enquanto princípio jurídico. Não podemos nos furtar de avaliar o sistema positivo com as mazelas reais da sociedade. Com efeito, levando-se em consideração que o Estado Democrático de Direito se destina exatamente a utilizar o Direito como instrumento de realização dos direitos da pessoa humana e cidadã, nota-se, na verdade, como mostramos acima e ainda aprofundaremos posteriormente, uma enorme dívida a ser paga. Isto é: concretamente, pouco se pode dizer que a solidariedade enquanto princípio constitucional atingiu suas manifestações concretas de maneira justa na sociedade de hoje (STRECK, 2003, p. 86 e ss.).

Se a Constituição assume a obrigação de instituir uma sociedade solidária, distributiva e social, como é evidente no texto positivado exposto acima, nota-se com clareza que o dever de solidariedade deve ser, assim como qualquer outro, e como já indicado acima, passível de exigibilidade (MORAES, 2003, p. 167). Não se trata a solidariedade, portanto, de uma imposição à liberdade individual, mas sim de um valor focado na dignidade humana, que somente poderá ser concretizado por meio da ponderação sóbria entre liberdade e solidariedade. Trata-se de observar o caráter complementar desses dois elementos – tanto quanto a complementariedade entre os elementos do Estado liberal e aqueles do Estado social –, e não os considerar em separado, ou em oposição.

Nessa mesma esteira, deve-se notar a lição de Marco Aurélio Greco (2005, p. 176), segundo o qual a interpretação dos textos infraconstitucionais não poderá ser oposta ao comando constitucional pela solidariedade, operando (tal qual qualquer comando constitucional), como proibição de se interpretar contrariamente ou produzir novas normas que se oponham a esse objetivo.

A crise do modelo individualista-liberal que se operou no período pós Segunda Guerra Mundial e deu lugar ao Estado social e, posteriormente, ao Estado democrático de direito (conforme expusemos no item anterior), com a percepção de que a solidariedade e a justiça não podem estar separadas das demais liberdades, ocorreu justamente porque o ordenamento jurídico até então prevalecente atuou primordialmente com a perspectiva de, tão somente, lidar com conflitos entre indivíduos. A falha do paradigma anterior exige um novo posicionamento dogmático do operador do direito.

No entanto, o paradigma liberal parece continuar a gerar efeitos sobre o pensamento jurídico e, principalmente, sobre a forma como os juristas se comportam. Isso se evidencia na clara falta de consideração do princípio da solidariedade pelos operadores do direito, especialmente aqueles preocupados com as relações contratuais, de propriedade ou empresariais, assim como a própria aparente ausência de efetividade do princípio, demonstra que não se o considera em geral um ditame constitucional, a despeito da fundamentação social e teórica ampla que tem, e do próprio fato de ser positivado em nossa Carta Maior.

Parte do problema é que, exatamente como buscamos aqui demonstrar – e é exatamente este o curso que queremos ajudar a corrigir – a solidariedade não informa ou instrui a atuação individual de cada cidadão. Ferrajoli (2002, p. 755) afirma ser necessário um sentido “da própria identidade de pessoa e da própria dignidade do cidadão” para funcionar como uma “garantia social” que concede a “efetividade de todo o ordenamento e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas”. Com efeito, a solidariedade tem por pressuposto a concepção, por cada indivíduo, de que todos os outros têm os mesmos direitos e prerrogativas – formais e materiais – que ele próprio, e que todos seus direitos e prerrogativas, da mesma forma, influenciam e são influenciados pela atuação de cada membro da sociedade.

Assim, perguntamo-nos finalmente: de que maneira pode o princípio da solidariedade social coadunar-se com a livre iniciativa e a liberdade individual? Queremos aqui demonstrar a possibilidade prática, fundamentada numa construção jurídica cujas bases positivas já estão postas, de um capitalismo equilibrado, humanizado e social, que observe o direito dos hipossuficientes não somente na dimensão da atuação do Estado, como apontado acima, mas, principalmente, na atuação dos indivíduos e da atividade privada.

A solidariedade, enquanto princípio jurídico, pode se apresentar como o fundamento necessário, como uma ordem de conduta passível de exigibilidade, como apontado acima, para a correção de uma realidade injusta, direcionando o ordenamento jurídico às suas funções reais. São elas, segundo Celso Lafer (1988, p. 67, destaques nossos): “1. tornar possível uma **vida digna em sociedade**, 2. garantir a liberdade, 3. manter a **paz social** e 4. buscar o **ideal de justiça**”. O princípio sob cotejo se mostra, portanto, como um importante arquétipo para um novo paradigma norteador do próprio direito privado, dado que permite o desenvolvimento da noção de interesses coletivos e difusos de cooperação e responsabilidade social em uma área tipicamente preocupada tão somente com o indivíduo “atomizado”.

E aqui devemos ressaltar: a solidariedade não precisa sobrepor-se à propriedade e aos direitos dela decorrentes, mas sim informar seu uso de maneira legítima a partir do respeito à sua (já positivada, frisamos) função social. Afinal, a propriedade, assim como qualquer direito, não é um direito isolado e absoluto, mas fruto de uma relação social informada pela dignidade humana e pelo mandamento por uma sociedade livre, justa e solidária – ou seja, pelo princípio da solidariedade. Esse é o paradigma fundamental do Estado democrático de direito enquanto síntese do Estado liberal e do Estado social, conforme já expusemos.

Para tanto, a solidariedade deve ser vista não como limitação dos direitos privados pelo direito público, mas sim como norma orientadora do próprio direito de propriedade, fundamento da atividade econômica, e, por consequência, das próprias relações contratuais e do direito empresarial. Afinal, a própria ordem econômica, fundada na livre iniciativa, “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (artigo 170 da Constituição, vide acima).

Sem proibir o exercício da livre iniciativa e da propriedade, o princípio da solidariedade deve, muito pelo contrário, garantir um ambiente propício ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões (CUNHA, 2006, p. 219 e ss.), e, nesse diapasão, permitir a concretização do ideal de justiça em seu sentido mais amplo: ou seja, em seu âmbito difuso. Somente por meio da aplicação do princípio da solidariedade nas relações privadas é que a própria livre iniciativa poderá ser garantida para todas as pessoas de forma realmente justa.

O princípio da solidariedade, assim, derivado de uma interpretação socialmente consciente do que já se encontra positivado em nossa Constituição, deve ser visto como norteador de toda a sociedade, tanto em seu âmbito coletivo e Estatal, como por exemplo pretende a própria instituição da seguridade social e outros institutos fiscais, como mencionado perfunctoriamente acima, quanto, e aqui mais importante, em seu âmbito propriamente privado. São normas que, como apontado, devem informar o direito privado de maneira a integrá-lo, efetivamente, a um sistema verdadeiramente democrático e solidário.

Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da solidariedade social é logicamente anterior ao da função social (que pode, este, como veremos, aplicar-se à propriedade, aos contratos, à empresa; enfim, às relações privadas no geral).

2. A EMPRESA

No presente item, exploraremos o conceito de empresa em suas acepções histórica e jurídica. Trataremos do nascimento da empresa enquanto conceito, passando pelas imbricações entre a realidade socioeconômica capitalista que a ela deu origem, e as codificações voltadas a sua regulação (ou à regulação do comércio, mais propriamente dito).

Aprofundar-nos-emos na natureza jurídica hodierna do conceito, assim como na estrutura normativa a ela aplicável sob a legislação brasileira; em especial o Código Civil de 2002.

Por fim, exploraremos os princípios constitucionais aplicáveis à atividade empresarial, como forma de esclarecer e dar base para as discussões que serão travadas nos itens 3 e 4 adiante.

2.1 Antecedentes históricos

O desenvolvimento da noção histórica e jurídica de empresa pode ser traçado originalmente, de maneira mais clara, às corporações de ofício medievais, como detalharemos mais adiante. Trata-se de fenômeno intimamente ligado ao desenvolvimento histórico do comércio, e, portanto, é do Direito “Comercial”, centrado na figura do comerciante ou das atividades por eles tipicamente realizadas, que posteriormente se desenvolverá o paradigma do Direito “Empresarial”, focado na empresa enquanto – conforme entendimento majoritário hodierno – atividade realizada para circulação de bens e serviços.

O desenvolvimento histórico do instituto nos serve para esclarecer de que maneira podemos manusear o conceito jurídico face aos novos desafios econômicos (e, portanto, empresariais) a que a sociedade moderna está sujeita. Sobre tais desafios falou-se introdutoriamente no item 1 acima, mas voltaremos a eles ao tratarmos da função social e, novamente, do princípio da solidariedade social no contexto empresarial. O postulado da atividade privada norteadá pela solidariedade social, associado à centralidade da empresa na vida do homem moderno, devem ser acompanhados de um breve excursó à origem do tratamento jurídico ao comerciante e ao comércio, de maneira que a imbricação entre realidade histórica e o conceito jurídico talhado para a ela fazer frente se torne clara aos olhos do leitor.

A principal fonte histórica dos atos de comércio pode ser remontada ao período clássico. Foi no Direito Romano que institutos como a ação pauliana, contratos mercantis e fraude contra credores encontram sua origem, sendo ali existentes também regras relativas à agricultura, pecuária, empréstimo e juros². Mas os romanos não chegaram a tratar as regras pertinentes à vida civil e as pertinentes ao comércio como doutrinas diferentes; vendo-as tão unicamente sob o guarda-chuva do direito privado. Naturalmente, não se tratava do método predominante de produção e circulação de bens. A situação jurídica na Grécia antiga, no entanto, era curiosamente diferente. Sobre o tema, explica Corrêa:

A questão é tanto mais interessante quanto o direito grego, estreitamente aparentado ao romano e exercendo sobre este profunda influência, distinguia o Direito Comercial do Civil muito mais nitidamente do que o faziam os romanos. Existem, em Direito Grego processos comerciais ("emporikáí díkai") sujeitos a regras especiais e quanto ao Direito Marítimo encontramos corpos de direito costumeiro ou legislativo ("emporikòì nòmoi") dotados de unidade e autonomia. O Direito Grego antigo, semelhante neste ponto ao Direito Inglês, não chegou à divisão da maioria das legislações modernas devido à insuficiência da doutrina, interpretando o direito e elaborando-lhe a síntese. (CORRÊA, 1970, p. 68)

No entanto, é apenas no final da Idade Média que se fortalece a noção de moeda, mercadoria e lucro, especialmente nas feiras realizadas nos burgos medievais, assim como se fortalecem o poder das corporações de ofício e a influência do comércio marítimo em expansão. Inicialmente, os artesãos produziam somente sob encomenda de seus clientes, os quais, inclusive, lhes forneciam a própria matéria-prima. Posteriormente, os artesãos começaram a produzir diretamente para o mercado, com ajuda de intermediários que levavam seus produtos às feiras medievais, dando origem à oficina artesanal, espécie de versão embrionária da empresa de hoje.

Nesse contexto é que o Direito Comercial se estabelece como doutrina autônoma do Direito. A regulação da atividade comercial coube às corporações de ofício, que montaram câmaras de comércio para a resolução de conflitos nessa seara. Ao mesmo tempo, passa-se a exigir o registro de comerciantes às corporações, maneira de organização burocrática da classe e atividade em surgimento e expansão. Surgiram nesse momento, assim, as primeiras normas escritas voltadas à regulação da atividade mercantil enquanto tal.

² Essas últimas, por sua vez, já remontando ao Código de Hamurábi.

É esse pano de fundo histórico que mostra a razão pela qual, originalmente, o direito comercial enquanto disciplina “autônoma” distinguia-se do direito civil exatamente por basear-se nos costumes, essencialmente subjetivos, dos comerciantes matriculados em uma corporação. Trata-se do nascimento da noção “subjetivista” do Direito Comercial: aquela atrelada à figura do comerciante enquanto entidade formalmente definida – e.g., registrada na corporação de ofício. Com o tempo, como apontaremos em maiores detalhes abaixo, essa posição subjetiva, atrelada ao próprio comerciante, foi substituída por uma noção fundada nos atos de comércio em si, o que forneceu o fundamento para o nascimento da empresa enquanto conceito histórico (e jurídico).

No entanto, na medida em que ainda predominava o pequeno comércio e a manufatura, pouco se preocupava com uma definição formal de empresa. E, ainda no século XIX, a despeito do fortalecimento do liberalismo econômico e do sistema capitalista como um todo, conforme descrito no item 1 acima, não havia ainda conceito jurídico uniforme para empresa; relações de troca mercantil eram dirimidas com ajuda do Código Francês de 1807 (o “Código de Napoleão”).

O código francês seguia corrente mais objetiva, enumerando os atos reputados “comerciais”. Sylvio Marcondes nos leciona sobre a limitação desta lei:

“no quadro de codificação operada no século passado, sob influência do sistema francês, os comercialistas não lograram fixar uma segura concepção unitária da empresa, em nítidos termos jurídicos.” (MARCONDES, 1970, p. 17).

O estabelecimento de um conceito formal mais unitário só veio a ser possível com o advento do Código Civil Italiano de 1942. Por guardar estreita relação com o sistema positivado em nosso próprio Código Civil de 2002, trataremos deste diploma nos dois itens abaixo.

2.2 Evolução histórica da empresa no direito brasileiro

O Código Comercial Brasileiro, aprovado pela Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850, afastou-se do Código de Napoleão ao não arrolar os atos de comércio. Entendia-se que a limitação objetiva da matéria, a listagem de atos e suas regulações a título de “Direito

Comercial”, traria demasiados conflitos e contradições. O legislador do Código de 1850 buscou, originalmente, diminuir os antagonismos advindos dessas definições, posicionando-se, por consequência, a favor do retorno de uma corrente subjetivista, centrada na figura do comerciante (EUNÁPIO BORGES, 1959, p. 98).

Algumas normas contidas no Código Comercial deixam clara a corrente subjetivista. Por exemplo, seus artigos 4º e 9º exigem o registro dos comerciantes perante os Tribunais de Comércio do Império, já neles centralizando a matéria sendo instituída. *In verbis*:

Art. 4º – Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (artigo nº 9).

Art. 9º – O exercício efetivo de comércio para todos os efeitos legais presume-se começar desde a data da publicação da matrícula.

O problema estava, no entanto, exatamente na definição de “mercancia”, atividade pela qual o comerciante se definia (vide artigo 4º do Código, acima). A dificuldade em manter uma posição subjetivista num contexto de crescimento da atividade econômica mostrou-se na posterior regulação deste mesmo artigo 4º. Veja-se que, de maneira a atrair o foco para a figura do comerciante, logo após a promulgação deste Código, o Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, decidiu em seu artigo 19 por aproximar-se de uma corrente mais objetivista ao elencar os atos do comércio.

Faz isso, exatamente, ao definir “mercancia” a partir de um rol taxativo de possibilidades:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem.

§ 3º As empresas de fabricas; de commissões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. (Vide Decreto nº 1.102, de 1903)

§ 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaisquer contratos relativos ao commercio marítimo.

§ 5.º A armação e expedição de navios.

Sobre o conceito de mercancia, mencionamos importante lição de Eunápio Borges, defensor do abandono da teoria objetiva do ato de comércio. Em sua exposição, interessante notar também um dos exemplos das disputas originadas com base no antigo sistema jurídico, aquelas em torno da própria compra e venda.

Para tornar bem claro que a mercancia, a que se refere o Art. 4º do Código e o art. 19 do Regulamento n. 737, não é sinônimo de ato de comércio, mas de profissão mercantil, porque, ao passo que o art. 191 exige, como condição *sine qua non* para que a compra e venda sejam mercantis, que pelo menos um dos contratantes, comprador ou vendedor, seja comerciante, o art. 19, § 1º, do Regulamento n. 737 considera mercancia “a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes”, destinados à revenda ou locação, sem fazer a mesma exigência do art. 191 do Código. (BORGES, 1959, p. 101)

Note-se que o Código Comercial de 1850 utilizava-se também da palavra “associação”; neste caso, como equivalente ao conceito moderno de sociedade empresária. (REQUIÃO, 2003, p. 328). Naturalmente trata-se de acepção diferente de seu uso moderno, referente à entidade de fim não-econômico e contraposto à sociedade empresária (e à sociedade simples). Da mesma forma, o Código de 1950 utilizava-se do conceito de “Companhia” para descrever o equivalente à época da noção moderna de sociedade anônima.

A dificuldade doutrinária em conciliar a natureza subjetivista do Código de 1950 com a natureza objetivista de sua regulamentação deu origem à “teoria da intermediação”, segundo a qual é comerciante somente a pessoa que realiza atos de comércio. Este entendimento, com o tempo, apresentou lacunas ao deparar-se com a multiplicidade de formas de troca de mercadorias que se desenvolveu com o fortalecimento do capitalismo industrial.

Assim, a teoria objetiva, na prática, prevaleceu na ordem jurídica do Brasil, já que, para fazer frente a tais lacunas, leis esparsas tiveram de denominar expressamente certos atos como “comerciais”, de acordo com os costumes e as vicissitudes específicas de cada situação socioeconômica concreta. No Brasil, essa situação perdurou até o Código Civil de 2002, como veremos abaixo.

O principal desenvolvimento moderno da noção de empresa iniciou-se na Itália da segunda guerra mundial. O Código Civil Italiano de 1942 teve a função de unificar o direito privado do país, buscando, nesse contexto, elaborar uma teoria da empresa capaz de a colocar como cerne do próprio direito comercial. Assim, abandonou-se aqui a caracterização dessa disciplina a partir tão somente dos atos de comércio ou do comerciante, com foco renovado sobre a “a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (artigo 2.082 do Código Civil Italiano de 1942, redação original).

Desloca-se o foco, aqui, para a figura do empresário (no Código Italiano de 1942, o “*Imprenditore*”) enquanto aquele que trabalha na empresa, sendo esta, por consequência, a atividade econômica organizada e realizada de forma habitual. De maneira essencialmente similar ao artigo 2.082 do Código Italiano, a legislação pátria atual, como veremos em maiores detalhes abaixo, considera “empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (artigo 966).

Sobre o tema, são esclarecedoras as palavras de Ulhôa Coelho:

O sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica, sintetizado pela teoria da empresa, acabou superando o francês, ou seja, as legislações de direito privado sobre matéria econômica, a partir de meados do século XX, não têm mais dividido os empreendimentos em duas categorias (civis e comerciais), para submetê-los a regimes distintos. A isso, têm preferido os legisladores criar um regime geral para a disciplina privada da econômica, excepcionando algumas atividades de expressão econômica marginal. A teoria dos atos de comércio vê-se substituída pela da empresa, ainda que não se adotem, na lei ou na doutrina, exatamente estas designações para fazer referência, respectivamente, ao modelo francês de partição das atividades ou ao italiano, de regime geral parcialmente excepcionado. (ULHÔA COELHO, 2002, p. 20)

Relevante repercussão fática do avanço normativo é que, sob essa abordagem, a empresa pode, juridicamente, expandir sua atuação, não se limitando mais ao comerciante ou a uma listagem taxativa de atos comerciais. Pode, nesse momento,

“se dedicar tanto a atividades eminentemente comerciais como a atividades de prestação de serviços ou agricultura, antes não abrangidas pelo direito comercial” (GAMA; BARTHOLO, 2007, p. 94).

No entanto, é de se notar que a superação da figura do comerciante não ocorreu num vácuo. Fatores sociais e históricos, como a necessidade de capital fixo com o avanço da industrialização, o ideal do crescimento econômico como prioridade da atividade socialmente organizada, a internacionalização da economia que teve como seu protótipo o comércio marítimo medieval, entre outros, catapultaram a necessidade de uma nova visão jurídica. Visando superar uma visão factualmente obsoleta e permitir uma resolução de conflitos mais eficiente em torno da atividade econômica, tornou-se necessária a formulação de um parâmetro orientador do comportamento empresarial. E, como veremos mais adiante, o avanço desse contexto histórico nos indica uma nova necessidade: a do aprofundamento do princípio da função social da empresa, no contexto do Princípio da Solidariedade de que falamos anteriormente e da função social da propriedade, a que chegaremos adiante.

O Código Civil Brasileiro de 2002, nos moldes de seu precursor italiano, recepcionou a abordagem europeia. Assim, rompendo com a tradição focada no ato jurídico comercial, revoga a parte geral do Código Comercial, tirando de cena a figura tradicional do comerciante em prol da teoria da empresa. Isso se mostra, principalmente, pela instituição de um novo modelo voltado à formulação dogmática e organizacional da empresa, novo centro do agora denominado “Direito de Empresa” (Livro II do Código Civil de 2002).

Não nos cabe aqui maiores detalhamentos acerca do Código Civil de 2002, cuja estrutura normativa atual será novamente abordada nos itens abaixo.

2.3 A natureza jurídica da empresa no ordenamento brasileiro

Como vimos acima, o Código Civil de 2002 coloca seu foco na empresa enquanto “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Como mencionado, trata-se de uma das possíveis acepções do instituto jurídico, tal qual formuladas pelo clássico jurista italiano Alberto Asquini.

Para Asquini (1997), atuante no início do século XX, a empresa pode ser caracterizada de quatro maneiras diferentes, chamadas por ele de “perfis”. Assim, uma empresa pode se caracterizar pelo seu (i) “perfil subjetivo”, onde a empresa é o empresário; (ii) “perfil funcional”, em que ela se trata, exatamente, da própria atividade de produção e circulação de bens e serviços

(*imprenditizia*); (iii) “perfil patrimonial”, em que a empresa é vista como os bens utilizados na atividade econômica; ou pelo seu (iv) “perfil corporativo”, em que a noção se concentra na própria integração de indivíduos centralizados social e organizacionalmente em torno de um objetivo econômico.

Trata-se da “Teoria Poliédrica da Empresa”: um marco importante na concepção do conceito jurídico de empresa. Esclarece o jurista italiano:

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa, podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. (ASQUINI, 1997, p.125)

Ao atribuir à empresa a possibilidade de se definir por diferentes perfis, Asquini indica a aparente impossibilidade em englobar todas as diferentes esferas possíveis da empresa em torno de uma natureza jurídica unitária. Trata-se naturalmente de um fato observável da realidade; cabe exatamente ao direito distinguir entre as diferentes acepções e utilizá-las de acordo com as especificidades do ordenamento e da situação fática em questão.

Rachel Sztajn leciona sobre o tema:

O desenvolvimento doutrinário sobre a empresa repetia e baseava-se no entendimento de juristas italianos e talvez por isso, a recepção da empresa pelo ordenamento positivo seguiu a mesma linha de orientação do Código Civile, que parte da noção de empresário, tendo o sujeito como foco. Essa forma de apresentar o instituto, tem fulcro no ensinamento de Alberto Asquini, em texto de 1943, que aborda os perfis da empresa. (SZTAJN, 204, p. 7)

Assim, vemos que o fenômeno da empresa é recente na história da humanidade. No entanto, hoje, a empresa consiste em pilar central da vida do homem ocidental. Como se sabe, a empresa é o responsável central pela produção e distribuição de alimentos, vestuário, mobiliário, saúde, habitação e diversos outros itens de última necessidade social e individual. Fabio Konder Comparato ilustra o papel moderno da empresa:

Tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos, os profissionais liberais e as Forças Armadas - todo esse mundo tradicionalmente avesso aos negócios viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa. A constelação de valores típica do mundo empresarial - o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios - acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações. (COMPARATO, 1995, p. 9)

O conceito de empresa, em compasso com sua centralidade na vida moderna a que aludimos acima, é empregado nos Direitos consumerista, do trabalho, tributário, público, entre outros, de maneira que toma contornos diferentes a depender da situação normativa e fática a que se refira (BULGARELLI, 1985, p. 206). Ora o conceito se refere ao empresário, ora ao estabelecimento em si, ora à atividade desenvolvida etc., em sobrevida impressionante da clássica teórica de Asquini. Sylvio Marcondes pondera sobre a Teoria Polidrica:

“A tese de Asquini, hoje generalizadamente acolhida, é de que a empresa tem um conceito unitário econômico, mas não um conceito unitário jurídico, porque a lei ora a trata como uma, ora, como outra” (MARCONDES, 1977, p. 7).

No entanto, isso não afasta a realidade de que a ideia da empresa enquanto organização da produção e circulação é a majoritária na doutrina e a que mais encontra guarida na legislação pátria. Senão vejamos.

A leitura do artigo 966 do nosso Código Civil demonstra o desejo do legislador pátrio em evitar a controvérsia sobre a natureza jurídica da empresa, definindo-a aqui exatamente através da noção do *empresário*, de maneira similar ao Código Italiano de 1942. Parece socialmente conveniente o posicionamento do Código Civil Brasileiro de 2002 ao, seguindo o protótipo italiano, definir tão somente a figura do “empresário”, mas de maneira mais abrangente do que seus precursores históricos. Como mencionado acima, foca-se na empresa enquanto “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Miguel Reale, um dos redatores do anteprojeto do Código Civil de 2002, explica em sua exposição de motivos o desejo de sistematizar e unificar a parte geral do direito das obrigações. E após isso, apontava que, uma vez unificado o direito das obrigações, a consequência do movimento seria,

“levar na devida conta a estrutura da atividade empresarial, antes chamada atividade negocial, e que, ao sair da Câmara, passou a ser denominada atividade empresarial: ela não é senão uma especificação do direito obrigacional” (REALE, 1986, p. 6).

Esse posicionamento fortalece a noção da empresa enquanto atividade, e não enquanto entidade; dá com isso origem ao direito de empresa, uma continuação lógica, complementar, ao direito das obrigações. Ulhôa Coelho (2002, p. 58), nessa mesma esteira, define empresa como uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, e, como esclarece o jurista, não se a pode confundir com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).

Pode-se facilmente observar, portanto, que o perfil funcional da empresa enquanto definido por Asquini, focado exatamente na “atividade de produção e circulação de bens e serviços”, é o que efetivamente encontrou guarida no nosso Código Civil.

E, deve-se dizer, a definição positivada pelo nosso sistema, centrada *in verbis* na “atividade econômica” e na “produção e circulação de bens e serviços”, claramente se fundamenta na realidade socioeconômica do que se constitui empresa no mundo de hoje. Nesse sentido:

O conceito jurídico de empresa deve necessariamente coincidir com o conceito econômico, quer dizer, que a Economia e o Direito com o termo empresa devem referir-se ao mesmo fenômeno da realidade social. Parece, pois, lógico concluir que para o ordenamento positivo deve ser válido o conceito econômico de empresa. (o qual deve ser adotado, pois, como conceito jurídico de empresa). (PONT, 1974, p. 87)

Como pincelamos acima, na sociedade atual, a empresa se revelou como um fenômeno amplo, complexo, que inclui diferentes elementos tanto objetivos quanto subjetivos, e de natureza jurídica dinâmica a depender do momento histórico e do contexto específico do sistema de normas que a prevê.

No entanto, considerada como atividade econômica organizada, a empresa acaba exatamente por revelar seu valor jurídico, pois norteia a atuação do empresário assim como a organização da atividade econômica. Nas palavras de Bulgarelli:

E é justamente por este prisma – a empresa concebida como atividade econômica organizada – que se revela seu valor jurídico, pois serve de critério orientador para a qualificação do empresário, sem que fique ausente a referibilidade ao estabelecimento, que surge através do conceito de organização técnica dos bens e ao empresário, como agente dessa atividade, revelando assim a íntima conexão entre os três conceitos. (BULGARELLI, 1997, p. 100)

Assim, em conclusão, e considerando-se que há conceitos específicos para empresário e estabelecimento, como veremos abaixo (artigos 966 e 1.142 do Código Civil), para os fins do presente trabalho e em compasso com a doutrina majoritária, trataremos empresa a partir do foco em sua atividade econômica, ou seja, enquanto atividade voltada à circulação de bens e serviços. Naturalmente isso não exclui outros usos possíveis do termo, inclusive jurídicos, tal qual a complexidade da Teoria Polidrica sugere. Tais outros usos, no entanto, só serão utilizados por nós de maneira explícita; neste trabalho, predominará a empresa sob o prisma apontado neste parágrafo.

Para finalizar, devemos complementar ao delineamento da natureza jurídica do conceito a partir de importantes considerações doutrinárias recentes. Requião, em especial, esclarece que empresa é *objeto de direito*. Trata-se, para o autor, de um organismo econômico que combina capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado. Na definição do jurista, o sujeito dessa atividade é o empresário, seja ele individual ou coletivo, que se relaciona com o restante do ordenamento jurídico através da figura da sociedade empresária. Disso se depreende, inclusive e interessantemente, que pode haver sociedade empresária sem empresa. Nessa concepção, uma sociedade registrada, e.g. perante a Junta Comercial, não será uma empresa enquanto se mantiver inativa (REQUIÃO, 2003, p. 60). Não se deve confundir, portanto, o empresário individual e o sócio de uma sociedade. E, nessa mesma esteira, a empresa enquanto atividade não se confunde com o sujeito de direito que a explora: a sociedade empresária.

2.4 A empresa no Código Civil de 2002

Já fizemos, acima, detalhada introdução ao conceito e natureza jurídica de empresa, assim como excuro à importância do Código Civil Brasileiro de 2002 relativamente à matéria.

Aqui, buscaremos tratar de maneira mais sistemática e normativa, para fins de clareza ao leitor quanto ao assunto, o direito positivado sobre o tema.

Nosso Código Civil regula, em seu Livro II, o “Direito da Empresa” (artigos 969 a 1196). Disciplina ainda, em seu Título I, a figura do empresário (artigos 969 a 983), sobre o qual trataremos tão somente na medida em que se relacione diretamente com o conceito de empresa.

Como aludimos acima, o artigo 966 do Código Civil define empresa a partir do empresário. Vale aqui finalmente uma transcrição do artigo completo, sobre o qual nos deteremos aqui.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Vemos que o cerne do suporte fático da empresa se encontra nos ditames da norma transcrita. Assim, a empresa inclui: (i) atividade (conjunto de atos organizados em função de uma finalidade comum); (ii) tem natureza negocial (exercida profissionalmente para a produção e circulação de bens ou serviços); e (iii) não pode ter natureza intelectual, científica, literária ou artística, salvo se constituir elemento de empresa.

Antes de avançarmos, devemos nos deter no parágrafo único do artigo 966. O que significa dizer que a empresa não pode ter natureza intelectual, científica, literária ou artística? Trata-se do mandamento positivado de que a empresa se trate de atividade “econômica organizada”. No entender de Ulhôa Coelho, a atividade é econômica quando gera lucro para quem a explora. E, nesse contexto, será organizada na medida em que os fatores de produção estejam organizados para o empresário para a obtenção do lucro: capital, tecnologia, trabalho etc. Assim, na visão do doutrinador, o profissional intelectual que não conta com a ajuda de outras pessoas, auxiliares ou colaboradores, e que não organiza fatores de produção tal qual aludidos acima, não pode ser considerado empresário, nem explorador, portanto, de uma empresa. (ULHÔA COELHO, 2002, p. 13)

Para além desta temática, o Direito Empresarial brasileiro fala ainda da empresa no sentido de estabelecimento (ou no “perfil objetivo” de Asquini), conforme se define no artigo

1.142 do Código Civil: “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Sociedade, por outro lado, como aludido no item acima, não se confunde com empresa. Trata-se, nesse caso, da entidade jurídica, do sujeito de direito, que explora a empresa. Nos termos do artigo 981 do Código Civil de 2002, celebram contrato de sociedade as “pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. E, naturalmente, dando força ao delineamento da empresa enquanto atividade econômica organizada (v. item 2.3. acima), o artigo 982 definirá como “empresária” a sociedade que, exatamente, “tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro”, remetendo à definição fundamental do artigo 966, por nós já extensivamente destrinchado. Este mesmo artigo 982 define que as sociedades não empresárias são as assim denominadas “sociedades simples”.

A distinção entre ambos tipos de sociedade se dá, portanto, tão somente em função da forma como a atividade explorada pela sociedade se dá. Se se tratar de atividade econômica, tratar-se-á de empresa, e, portanto, de sociedade empresarial. No entanto, talvez buscando simplificar a matéria ou de maneira a melhor demarcar as proteções civis concedidas à classe empresária, como a própria responsabilidade limitada, o legislador reservou taxativamente às cooperativas às regras das sociedades simples, a despeito de estas também realizarem atividade econômica organizada. A promulgação da Lei nº 5.764, em 1971, fortaleceu esse posicionamento. Outra exceção são as sociedades por ações, que sempre serão consideradas empresárias.

2.5 Análise de preceitos/princípios constitucionais sociais e econômicos aplicáveis à empresa.

Antes de passarmos a tratar mais detidamente da função social da empresa, no item 3 adiante, importa explorar a fundamentação constitucional deste instituto. Aqui, passaremos brevemente pelos preceitos e princípios constitucionais sociais e econômicos aplicáveis à empresa, como maneira de bem estruturar a rede de normas que a regulam, dando-nos subsídio para sua hermenêutica de maneira crítica e mais bem informada, na qual adentraremos nos itens seguintes do presente trabalho.

Em primeiro lugar, se se trata a empresa aqui na acepção de “atividade econômica, voltada à circulação de bens e serviços”, como vimos acima, é por consequência lógica que ao falarmos de empresa estamos falando, também, da ordem econômica brasileira. É a empresa, afinal, como esmiuçado acima, o centro ubíquo desta mesma ordem; a entidade responsável pelo acesso do homem moderno à grande maioria de bens e serviços a ele disponíveis.

Os princípios constitucionais explorados influenciam diretamente o regramento infraconstitucional das atividades empresariais, seja por meio da regulação direta de suas ações, seja pelo oferecimento de garantias para concretização dos objetivos previstos no texto constitucional. Em outra formulação, podemos afirmar que as normas constitucionais concernentes ao direito de empresa formam a estrutura institucional e jurídica do próprio instituto, além de poderem consistir em “direitos fundamentais” de natureza subjetiva e econômica, exercíveis contra qualquer ação estatal que busque ilegitimamente restringi-los, por exemplo. Por fim, servem como norteadores e informadores do sistema jurídico concernente à empresa, como falamos mais detidamente ao tratarmos do Princípio da Solidariedade Social no item 1 acima.

A eficácia dos princípios constitucionais é bem ilustrada por José Afonso da Silva:

Como objeto do Direito Constitucional positivo, consiste não num conceito autônomo de Constituição ao lado da Constituição política, mas, sim, no conjunto de normas desta que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico estabelece os princípios fundamentais de determinada forma de organização e funcionamento da economia. (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 722)

Estruturalmente, os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira encontram-se no artigo 1º, IV da Constituição, enquanto fundamentos da própria República Federativa do Brasil, quais sejam: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Para além dessa espinha dorsal fundamental, os princípios gerais da atividade econômica se encontram apontados nos artigos 170 a 181, contidos no Capítulo I do Título VII da Carta Maior. Os artigos 182 a 190 tratam de outros aspectos do sistema econômico em mais três capítulos; nomeadamente, da Política Urbana, da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, e do Sistema Financeiro Nacional. Por somente tangenciarem o tema da

empresa com o qual aqui nos ocupamos, não exploraremos tais demais capítulos do sistema constitucional, focando-se nos princípios gerais apontados no Capítulo 1.

Além disso, a propriedade privada está prevista na Constituição Federal como direito individual fundamental (artigo 5º, XXII), atrelada à concretização de sua função social (artigo 5º, XXIII). Como vimos, a função social da propriedade é prevista também pelo artigo 170, inciso III da Carta Maior; neste último artigo, já explicitamente enquanto princípio da ordem econômica e financeira. Na Carta de 1988, assim, vemos que a propriedade transcende uma noção simplista de mero direito subjetivo, configurando-se como uma situação jurídica complexa e elástica, imiscuída por direitos e deveres de cunho social, não restritos à mera relação entre indivíduos contratantes.

Por fim, diversas outras normas constitucionais tratam do tema. O artigo 3º da Carta Maior, por exemplo, trata de objetivos como erradicação da pobreza (inciso II), construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), entre outros princípios evidentemente atrelados à ordem econômica. Os artigos 8º e 9º, por exemplo, tratam da associação profissional e sindical, assim como da greve e de outras questões em torno do direito ao trabalho. Explica-nos Eros Roberto Grau:

Encontramos inúmeras disposições que operam a institucionalização da ordem econômica (mundo do ser) que não se encontram englobadas no chamado Título da Ordem Econômica e Financeira. Assim, como aquelas inscritas nos artigos. 1º e 3º, em inúmeros artigos do Título da Ordem Social, especialmente o 8º e 9º. (ROBERTO GRAU, 2005, p. 88)

Assim, focaremos, para as finalidades deste trabalho, nos princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I, Título VII da Constituição). Para início de discussão, relembremos os termos exatos do artigo 170 da Constituição:

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:

- 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;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A leitura do texto constitucional nos informa que a Ordem Econômica brasileira se fundamenta na propriedade privada e na liberdade de iniciativa econômica, conforme os ditames da justiça social. Trata-se de sistema econômico baseado, como bem se sabe, na economia de mercado capitalista, envolvendo para tal a exploração da empresa pela iniciativa privada, a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, e o aferimento de lucros pelos proprietários da empresa. Temos, ainda, “princípios objetivos”, como, por exemplo, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego, informados como se percebe pela garantia da existência digna e pelo fundamento de justiça social aplicável à matéria.

Para além disso, da leitura deste artigo e do próprio artigo 1º, IV da Constituição Brasileira, conclui-se que a empresa, enquanto ente integrante da ordem econômica nacional, é entidade fundada e informada pela valorização do trabalho humano e pela livre iniciativa, observados, paralelamente, os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade.

Ao atrelar a ordem econômica à priorização do trabalho humano e à livre iniciativa, o legislador constituinte buscou proteger os ditames da justiça social e da função social da propriedade. Tipicamente, tais princípios são assegurados por meio da intervenção estatal no domínio econômico, por exemplo por meio da atuação fiscal e previdenciária. No entanto, como começamos a ver no item 1 acima e aprofundaremos posteriormente, esta não é a única dimensão possível para tais normas. A finalidade da ordem econômica, qualquer que seja a hermenêutica aplicada ao texto constitucional, será sempre proporcionar uma existência digna,

conforme os ditames da justiça social. Disso já se extrai que o desenvolvimento econômico exclusivamente em função da proteção à propriedade privada e à livre iniciativa não encontra guarida em nosso texto constitucional. O lícito desenvolvimento econômico deve, assim, permitir o atingimento de melhores condições de vida para todos. Tepedino é cristalino quanto ao tema:

O legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para a violação do projeto constitucional (TEPEDINO, 2003, p.118).

As normas constitucionais têm importante papel a exercer neste desafio, como vimos no item 1 acima, podem repercutir inclusive nas relações entre particulares:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. (BARROSO, 2004, p. 39)

A incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas tem como objetivo construir, portanto, um Direito voltado aos desafios específicos da sociedade moderna, que deve aliar o desenvolvimento econômico com a promoção da dignidade e justiça social. Nesse mesmo sentido, Theodoro Júnior preceitua:

A ordem constitucional de nossos tempos, por isso, evita o intervencionismo gerencial público no processo econômico; deixa de atribuir ao Estado a exploração direta dos empreendimentos de ordem econômica; mas também não pode permitir que em nome da liberdade negocial a força econômica privada seja desviada para empreendimentos abusivos, incompatíveis com o bem-estar social e com valores éticos cultivados pela comunidade. (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 34)

Esta interpretação pode não corresponder com a visão mercadológica aparentemente predominante na sociedade, a qual se foca, como se observa, na proteção irrestrita da propriedade privada e na livre iniciativa enquanto máxima pouco relativizada. No entanto, começa a despontar reconhecimento da complexidade do tema, suportada exatamente pelo tratamento jurídico dado à matéria. A empresa enquanto atividade econômica organizada, cujo objetivo primeiro é obter lucros em detrimento do bem-estar social, da dignidade humana e da justiça social, vem sendo questionada. O despontamento de práticas de ESG – *Environmental, social, and corporate governance*, ou Governança ambiental, social e corporativa – é exemplo recentíssimo dessa mudança a nível social.

Em seu lugar, surge um conceito jurídico (e inspiração social) fundamentado no texto constitucional, qual seja: o da empresa enquanto instituição (também) social, voltada ao desenvolvimento sustentável, norteadas pela sua função social e pelo princípio da solidariedade, preocupada com a defesa do consumidor, do meio ambiente e com a redução das desigualdades. Essa nova concepção busca atender às novas exigências econômicas e sociais apresentadas pelo mundo moderno. Requião leciona sobre o tema:

Hoje o conceito social de empresa, como o exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o empresário comercial não seja mais o empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, mas um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, mas consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana. Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da sociedade em que vive. (REQUIÃO, 2003, p. 76)

É nesse contexto que se coloca o princípio da função social da empresa enquanto norma que compõe a própria concepção de empresa na sociedade brasileira contemporânea, e que tem a capacidade de orientar a atividade empresarial na direção de uma participação contributiva para alcançar os mandamentos de justiça social presentes no marco constitucional fundante da nossa sociedade.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Após delinear, de forma geral, o conceito de empresa e os princípios jurídicos que norteiam a atividade empresária, propomos a partir deste ponto aprofundar a análise do princípio que mais importa para fins deste trabalho: o princípio da função social da empresa.

Como veremos no item abaixo, toda relação privada deve ser permeada pelo princípio da função social. **Trata-se de norma interpretativa, integrativa, e criadora de deveres positivos para a atividade privada:** seja ela focada na propriedade, no contrato, ou na empresa. Não se confunde com o princípio da solidariedade, que é mais amplo do que o da função social, nem com a *social responsibility*, voltado mais ao aspecto ético e extrajurídico da atuação empresarial.

Nos pontos abaixo, exploraremos diferentes abordagens da função social. Primeiramente, definiremos o conceito de maneira ampla, passando posteriormente a um breve histórico do conceito, desde suas concepções éticas originárias até sua conformação normativa hodierna. Buscaremos mostrar de que maneira evoluiu de um mandamento ético para uma função atrelada às relações privadas; especialmente à propriedade.

Trataremos, por fim, da função social no ordenamento jurídico brasileiro, explorando seu significado no contexto das práticas empresariais de *compliance*, assim como enquanto norma orientadora das ações para tutela de interesses coletivos e difusos.

3.1 Função social *lato sensu* e a função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro

A função social, como veremos no item seguinte em maiores detalhes, desenvolveu-se a partir de mandamentos de natureza eminentemente ética; da prescrição de que as ações humanas “contribuam para o bem geral” e “cimentem mais estreitamente a sociedade humana, de homem para homem” (CÍCERO, 1913, p. 24, tradução livre do inglês).

Como veremos, tais mandamentos éticos desenvolveram-se e culminaram, no início do século XX, na função social enquanto princípio jurídico, ou seja, enquanto norma interpretativa,

integrativa, e criadora de deveres positivos, em contraposição a uma mera orientação ética ou moral.

Essa transição, associada à falência do modelo formal do Estado Liberal, é bem explicada por Ana Frazão na Enciclopédia Jurídica da PUC-SP:

A função social da empresa e, antes disso, a noção de finalidade social dos direitos subjetivos são discussões que se inserem no contexto de crítica e superação do formalismo e individualismo exacerbados do Estado Liberal, quadro que possibilitou, a partir do final do século XIX e início do século XX, maior discussão acerca da intersubjetividade das relações jurídicas e da reaproximação do direito com a moral e a justiça.

Nesse sentido, tem-se que a alteração do paradigma do Estado Liberal – caracterizado pela fruição absoluta e egoística de direitos subjetivos e pelo receio de intervenção estatal nas relações privadas – para o Estado Social ocorreu antes mesmo do advento das primeiras Constituições sociais do século XX, isto é, da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919, em razão da crescente superação da ideia de direitos subjetivos e liberdades como poderes absolutos, vistos sob uma perspectiva individualista e formalista.

Foi nesse contexto que, no intuito de reparar falhas do sistema de livre mercado e de compensar desigualdades econômicas, surgiram diversas teorias favoráveis à intervenção do Estado na economia, de maneira a conciliar a liberdade de iniciativa e a propriedade privada, de um lado, e os interesses sociais, de outro. (FRAZÃO, 2018, n.p.)

Em sentido amplo, portanto, função social se define como o princípio jurídico da socialidade das relações privadas; ou seja, uma norma que busca garantir que ações privadas só sejam legitimadas na medida em que reconheçam ser parte de uma estrutura social maior, que tanto influencia quanto é influenciada pelos atos individuais. Trata-se de princípio bastante próximo ao da solidariedade social, tratado anteriormente, na medida em que formalmente se fundamenta, também, nos ditames de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, Constituição Brasileira de 1988). No entanto, a função social, mesmo *lato sensu*, é histórica e juridicamente atrelada ao exercício das relações privadas, e tem escopo de aplicação, portanto, menos extenso do que o paradigma da solidariedade social. Esta última, tipicamente, se aplica a todo o ordenamento jurídico, vide os exemplos das políticas estatais tributárias e previdenciárias de que falamos anteriormente.

Formalmente, o princípio da função social é acolhido expressamente em diversos diplomas normativos brasileiros. Por exemplo, no Código Civil Brasileiro de 2002. Seu artigo 421, tratando da função social do contrato, estabelece que “a liberdade contratual será exercida

nos limites da função social do contrato”. Ao mesmo tempo, seu artigo 1.228, § 1º, já tratando da função social da propriedade, preceitua que:

[...] o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O direito de propriedade, com efeito, é talvez o que tipicamente mais se deixou permear pelo princípio geral da função social. A obra de León Duguit, de que trataremos mais detalhadamente no item seguinte, é marco histórico para criação desse conceito. A função social da propriedade é prevista no nosso texto constitucional, como aludimos anteriormente. Como vimos no item anterior, a ordem econômica brasileira, seguindo os preceitos do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, fundamenta-se na propriedade privada e na liberdade de iniciativa econômica, conforme os ditames da justiça social. Nossa Carta Maior preceitua em seu artigo 5º, inciso XXII, que a todos é garantido o direito de propriedade. Logo depois, no inciso XXIII do mesmo artigo, relativiza o caráter “absoluto” da propriedade ao determinar, exatamente, que esta deverá atender à sua função social.

Naturalmente a empresa, enquanto ponto nevrálgico das relações privadas – depende, como bem se sabe e facilmente se observa, tanto da propriedade privada quanto da liberdade de contratar, exemplos – exatamente – de relações privadas norteadas legalmente pela função social. Assim, decorre evidentemente que, conforme apontado acima, também a empresa será objeto do princípio da função social.

Com efeito, da leitura dos artigos mencionados acima e do artigo 1º, IV da Constituição, conclui-se que a empresa, enquanto parte da própria ordem econômica brasileira, é entidade fundada e informada pela valorização do trabalho humano e pela livre iniciativa, observados, paralelamente, os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade. Ao atrelar a ordem econômica à priorização do trabalho humano, livre iniciativa, justiça social e função social da propriedade, o legislador buscou garantir uma existência digna para todos os cidadãos brasileiros, como vimos nos itens acima deste trabalho. É nesse contexto que se deve entender a função social da empresa.

Neste sentido, como vimos, trata-se a função social *lato sensu* como decorrência do princípio da solidariedade social. E assim o sendo, seu exercício pode ser exigido por meio dos diferentes tipos de ações coletivas, como veremos em maiores detalhes adiante.

Por fim, deve-se mencionar que a função social da empresa pode ter, também, a acepção da própria manutenção desse tipo de atividade, dada sua importância e centralidade para a sociedade moderna. Por se tratar de atividade econômica geradora de empregos, que circula bens e serviços, e geradora de tributos para o Estado, serve a empresa uma “função social” tão somente por existir, razão pela qual a manutenção de suas atividades deve ser objetivo positivo do ordenamento jurídico e da atuação estatal. Com efeito, como veremos no item 4 a seguir, é essa a acepção mais corrente na jurisprudência pátria. É com fundamento nessa forma de se enxergar a função social da empresa que o art. 47 da Lei 11.101, de 2005, a Lei das Recuperações Judiciais, preceitua:

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

3.2 Função social: o nascimento do princípio no Brasil e no mundo

O correto entendimento do alcance e significado da função social deve passar por um breve histórico do nascimento do princípio. Traços de uma teoria da função social podem ser encontrados na antiguidade, por exemplo, na obra *De officiis* de Cícero, baseada em sua teoria de ocupação da propriedade. Já dizia Cícero:

Mas como Platão o expressou admiravelmente, não nascemos para nós mesmos sozinhos, mas nosso país reivindica uma parte de nosso ser, e nossos amigos uma parte; e como, como dizem os estoicos, tudo o que a terra produz é criado para o uso do homem; e como os homens também nascem para o bem dos homens, para que possam ajudar-se mutuamente; nesta direção devemos seguir a Natureza como nosso guia, para contribuir para o bem geral através de um intercâmbio de atos de bondade, **dando e recebendo, e assim por nossa habilidade, nossa indústria e nossos talentos para cimentar mais estreitamente a sociedade humana, de homem para homem.** (CÍCERO, 1913, p. 24, tradução livre do inglês, grifos nossos)

Vê-se que o nascimento do conceito tem natureza ética, como era de se esperar. De qualquer forma, desenvolveu-se posteriormente como conceito jurídico propriamente dito, separado da mera ética ou “responsabilidade social”, como veremos adiante. O aspecto ético da gênese do conceito se reforça mais de um milênio depois de Cícero, quando Tomás de Aquino, na Questão 61, artigo 1º, do 6º Volume de suas Sumas Teológicas, afirma já no século XIII o seguinte quanto à justiça:

Como já dissemos, **a justiça particular se ordena a uma pessoa privada, que está para a comunidade como a parte, para o todo.** Ora, as partes são susceptíveis de dupla relação. Uma, entre si, a que se assemelham as relações das pessoas particulares entre si. E, esta relação é dirigida pela justiça comutativa, que regula os atos entre duas pessoas particulares. **Outra é a relação entre o todo e as partes, à qual é comparável a relação entre o comum e o particular.** E essas relações as dirige a justiça distributiva, que distribui os bens comuns proporcionalmente. Por onde, duas são as espécies de justiça: a distributiva e a comutativa. (...) Assim como a parte e o todo se identificam, de certo modo, assim também, o que é do todo pertence, de certo modo à parte. Por onde, na distribuição dos bens comuns aos particulares cada um recebe de certo modo o que lhe pertence. (AQUINO, 2005, p.110, grifos nossos)

É bastante interessante que aqui já se cristalice o núcleo ético da função social: o fato de que as relações privadas não se realizam em um “vácuo”, mas sim enquanto parte de uma rede relacional socialmente integrada, tal como exploramos rapidamente no item 1 deste trabalho quanto à solidariedade social. É do mandamento de que as ações humanas “contribuam para o bem geral” e “cimentem mais estreitamente a sociedade humana, de homem para homem”, como preceitua Cícero, considerando-se que “a justiça particular se ordena a uma pessoa privada, que está para a comunidade como a parte, para o todo”, como preceitua Aquino, que nasce o mandamento da função social. Com efeito, como nos ensina Ana Frazão:

Os primeiros delineamentos sobre a função social da propriedade advêm do pensamento de Auguste Comte, que procurou substituir o caráter pessoal e arbitrário da propriedade privada por finalidade orientada para o bem da sociedade, o que posteriormente ainda foi desenvolvido pela sociologia e pela doutrina social da Igreja Católica. (FRAZÃO, 2018, n.p.)

A importância da Igreja Católica para esse desenvolvimento é bem ilustrada pelas Encíclicas Papais *Rerum Novarum* de 1891, escritas pelo Papa Leão XIII no contexto do

fortalecimento do liberalismo e capitalismo industrial na Europa à época. Na carta, o pontífice, citando o mesmo trecho de Tomás de Aquino transcrito acima, preceitua:

Mas, ainda que todos os cidadãos, sem exceção, devam contribuir para a massa dos bens comuns, os quais, aliás, por um giro natural, se repartem de novo entre os indivíduos, todavia as constituições respectivas não podem ser nem as mesmas, nem de igual medida. Quaisquer que sejam as vicissitudes pelas quais as formas do governo são chamadas a passar, haverá sempre entre os cidadãos essas desigualdades de condições, sem as quais uma sociedade não pode existir nem conceber-se. Sem dúvida são necessários homens que governem, que façam leis, que administrem justiça, que, enfim, por seus conselhos ou por via da autoridade, administrem os negócios da paz e as coisas da guerra. Que estes homens devem ter a proeminência em toda a sociedade e ocupar nela o primeiro lugar, ninguém o pode duvidar, pois eles trabalham diretamente para o bem comum e duma maneira tão excelente. (LEÃO XIII, grifos nossos)

Auguste Comte, mencionado por Frazão (2018) acima, deve ser lembrado. Raymond Aron nos explica sinteticamente o posicionamento do filósofo francês, que teorizou sobre a propriedade privada no início do século XIX:

[A] propriedade privada é necessária, inevitável, indispensável; **mas só é tolerável quando assumida, não com o direito de usar e abusar, mas como o exercício de uma função coletiva por aqueles que a sorte ou o mérito pessoal designou para isso.** Comte assume, portanto, uma posição intermediária entre o liberalismo e o socialismo. Não é um doutrinário da propriedade privada, concebida à maneira do direito romano. Não é um reformador que se inclina à socialização dos meios de produção. É um organizador que deseja manter a propriedade privada e transformar seu sentido, para que, embora exercida por alguns indivíduos, tenha também uma função social. Essa concepção não se afasta muito de certas doutrinas do catolicismo social” (ARON, 2016, pp. 101-102 *apud* FRAZÃO, 2018, grifos nossos)

Mas foi somente um pouco mais tarde, no início do século XX, que León Duguit destilou essa filosofia e a propôs enquanto conceito jurídico propriamente dito, focando-se aqui, assim como seu conterrâneo Comte, num dos aspectos centrais da produção econômica: o direito de propriedade. Em 1920, falou em uma palestra proferida em Buenos Aires sobre uma necessidade de transformação do conceito de propriedade, sobre o mandamento de sua *socialização*:

[...] *propriété* é uma instituição legal que se formou para responder a uma necessidade econômica, como aliás todas as instituições legais, e que evolui necessariamente com

as próprias necessidades econômicas. No entanto, **em nossas sociedades modernas, a necessidade econômica à qual a instituição jurídica proprietária deu respostas se transforma profundamente; consequentemente, a *propriété* enquanto instituição jurídica também deve se transformar.** A evolução aqui está acontecendo em um sentido socialista. Ela é novamente determinada por uma interdependência dos diferentes elementos sociais que está se tornando mais estreita. Portanto, a *propriété* está se socializando a si mesmo, se assim posso dizer. Isto não significa que ele se torne coletivo no sentido da literatura coletivista; mas significa duas coisas: **primeiro, que a *propriété* individual deixa de ser um direito do indivíduo de se tornar uma função social e, segundo, que os casos de afetação de riqueza às comunidades, que devem ser protegidos legalmente, aumentam.** (BABIE, VIVEN-WILKSCH, 2019, p. 37, tradução livre, grifos nossos)

Na mesma palestra, Duguit leciona sobre a codificação do direito de propriedade existente até então e sobre o fato de tais normas, até então, focarem-se no poder ilimitado e exclusivo do proprietário.³ Logo depois, questiona esse posicionamento a partir da noção de que “cada indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma determinada função diretamente ligada ao lugar que ocupa dentro dela”. Os escritos do jurista francês são extremamente elucidativos, razão pela qual os traduzimos e citamos extensivamente abaixo:

Vocês sabem, e eu cito desde a primeira palestra os textos que sancionam este sistema [da propriedade]: o artigo 17 da Declaração de Direitos de 1789: "*a propriété* é um direito inviolável e sagrado..." Artigo 17 de sua Constituição [Argentina]: "*a propriété* é inviolável..." Artigos 544 e 545 do Código Napoleônico: "A propriedade é o direito de usufruir e dispor das coisas da maneira mais absoluta". Artigo 2540 do Código Civil Argentino, ainda mais enérgico e mais significativo: "A *propriété* é um verdadeiro direito segundo o qual uma coisa está sob a vontade de uma pessoa". Este texto é completado pelo artigo 2542: "*a propriété* é exclusiva: duas pessoas não podem deter cada uma a totalidade da *propriété* de uma coisa". **Estes textos marcam bem o direito de propriedade nas concepções civis como absoluto, como exclusivo. É a demonstração por excelência da autonomia da vontade humana, da soberania do indivíduo,** da mesma forma que o poder legislativo é a demonstração por excelência da soberania do Estado.

(...)

O sistema civil da *propriété* também se decompõe, pois tendeu apenas a proteger fins individuais, considerados auto-suficientes em si mesmos. Ele correspondeu exatamente à ideia individualista da sociedade e encontrou sua perfeita expressão no artigo 2 da Declaração de Direitos de 1789: "O objetivo de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem". Estes direitos são a liberdade, a *propriété* ". **Se alguém protegia a afetação individual da riqueza, era somente através da consideração do indivíduo; era somente a utilidade individual que era proeminente. Entretanto, hoje temos a consciência muito clara de que o indivíduo não é um fim, mas um meio, que o indivíduo é apenas uma engrenagem na ampla máquina que é o corpo social,** que para cada um de nós é a única razão de estar no mundo por causa da tarefa que ele cumpre no esforço social.

³ Com efeito, é o que a legislação brasileira até a Constituição de 1934 fez, como veremos logo abaixo.

Assim, o sistema individualista está em óbvia contradição com este estado de consciência moderna.

(...)

Cada indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma determinada função diretamente ligada ao lugar que ocupa dentro dela. No entanto, o detentor desta riqueza, uma vez que ele possui riqueza, pode realizar uma tarefa particular que só ele pode realizar. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, exercendo o capital que detém. Assim, ele é obrigado socialmente a realizar esta tarefa e só será protegido socialmente se a realizar. *Propriété* não é mais um direito subjetivo do proprietário, é a função social do detentor dessa riqueza. Esta ideia foi novamente August Comte o primeiro no século XIX, particularmente, a destacá-la. Ele escreveu a este respeito em 1850 no Sistema de Política Civil: "em todo estado normal de humanidade, qualquer cidadão constitui genuinamente um funcionário público, cujo mandato mais ou menos definido determina tanto as obrigações quanto os direitos". Este princípio universal deve certamente estender-se ao proprietário, onde o positivismo vê especialmente uma função social indispensável, destinada a formar e administrar capitais, nos quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte. Sabiamente concebida, esta avaliação normal confere um título a sua titularidade sem restringir sua justa liberdade e até mesmo impondo melhor respeito" (BABIE, VIVEN-WILKSCH, 2019, pp. 41 a 45, tradução livre, grifos nossos)

Para Manoel Gonçalves Filho, a função social da propriedade decorre exatamente da doutrina clássica que vem de São Tomás de Aquino, sobre a qual discorremos acima, e, do outro lado, da contribuição dos positivistas do final do século XIX e início do XX, como a doutrina de Duguit aqui apontada (FERREIRA FILHO, 1982, pp. 32-33).

Uma das primeiras codificações desta nova abordagem jurídica ao direito de propriedade se concretizou, finalmente, na Constituição Mexicana de 1917 – ao lado da Constituição da República de Weimar, “uma das primeiras constituições sociais do século XX” (FRAZÃO, 2018). O artigo 27 desta Carta, em sua redação original, determina que “a propriedade das terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional corresponde originariamente à nação, a qual possuiu e possui o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo a propriedade privada” (MEXICO, 1917, tradução livre). Assim, estabelece-se nesse documento a distinção entre a propriedade originária – pertencente à nação – e a propriedade derivada, que pode ser atribuída aos particulares. Essa relativização do caráter absoluto da propriedade é um dos primeiros exemplos de direito positivo submetendo o uso da propriedade ao interesse de toda a sociedade.

Mais clara ainda foi a Constituição Alemã da República de Weimar, que em 1919, em seu artigo 153, preceituou: “A propriedade é garantida pela constituição. Seu conteúdo e seus limites são derivados das leis. (...) **A propriedade obriga. Seu uso será ao mesmo tempo um serviço para o bem comum.**” (ALEMANHA, 1919, tradução livre do inglês, grifos nossos)

No Brasil, nossas Constituições de 1824 a 1969 consagraram a propriedade privada, essencialmente, enquanto mero direito individual inviolável, com poucas exceções conforme veremos em seguida.

A Constituição do Império do Brasil de 1824, por exemplo, previa o direito de propriedade enquanto absolutamente inviolável, exceto se o bem público exigisse ingerência na propriedade do cidadão, nesse caso mediante indenização. No artigo 179 de seu título 8º, que tratava das Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, colocava a propriedade como base exatamente de tais direitos cíveis e políticos, prevendo *in verbis*, no inciso XXII deste artigo 179, “o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude”. Linha similar adotou a Constituição de 1891, que em seu artigo 72, § 17 da redação original, preceituava que “o direito de propriedade se mantém em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública”.

Este posicionamento se manteve até a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, agora já influenciada pela Constituição da República de Weimar a que aludimos anteriormente, assim como pelos movimentos europeus de questionamento do Estado liberal que se fortaleciam à época. No texto de 1934, garantia-se no artigo 113, item 17, “o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. No entanto, a Constituição de 1937, do Estado Novo de Getúlio Vargas, abandonou estes avanços, que só voltariam no artigo 147 da Constituição de 1946: “O uso da propriedade será condicionado a bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

Finalmente, a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969 utilizaram, pela primeira vez, a expressão da “função social” da propriedade, estabelecendo, em seu art. 157, III, a função social da propriedade enquanto princípio da ordem econômica brasileira. Como vimos, estrutura similar foi adotada pela Constituição de 1988.

Embora a função social tenha encontrado sua forma jurídica e histórica principalmente enquanto atrelada ao exercício do direito de propriedade, não há razão para que se a entenda enquanto limitada, tão somente, à propriedade privada. Com efeito, como vimos, trata-se de princípio que encontra aplicabilidade também nas relações contratuais, assim como deve ser encarado enquanto princípio da própria ordem econômica brasileira. Ressaltamos, portanto, que

se trata de norma aplicável a todas as relações privadas; por consequência, evidentemente, aplica-se também à atividade empresarial.

Para melhor entender o contexto de aplicação do princípio da função social à atividade empresária, é necessário realizar alguns aprofundamentos e distinções, buscando-se, assim, os exatos contornos desse princípio.

3.3 Função social da empresa e a teoria da *social responsibility*: uma distinção necessária

Como vimos acima, no desenvolvimento de qualquer atividade econômica – atrelada à propriedade privada e à liberdade de iniciativa econômica conforme os ditames da justiça social – dever-se-á observar tanto as necessidades do sujeito que realiza a ação – o proprietário, contratante, *empresário* – quanto da sociedade como um todo. Por força das normas constitucionais, assim como de diplomas infraconstitucionais basilares como o próprio Código Civil (vide acima), a atividade empresária livre se condiciona às limitações impostas por sua função social (e princípio da solidariedade, como vimos).

Sobre o tema, diz José Afonso da Silva:

[...] tem-se configurada sua [da função social] direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico. (SILVA, 2005, pp. 712-713)

Ressaltamos que a função social da empresa, portanto, se define como norma interpretativa, integrativa, e criadora de deveres positivos, para orientação da atividade empresarial em consideração dos sujeitos atingidos por essa atividade: tanto o empresário quanto a sociedade. Ana Frazão nos esclarece em termos nítidos o conceito:

A função social da empresa é importante princípio e vetor para o exercício da atividade econômica, tendo em vista que o seu sentido advém da articulação entre os diversos princípios da ordem econômica constitucional. **Longe de ser mera norma interpretativa e integrativa, traduz-se igualmente em abstenções e mesmo em deveres positivos que orientam a atividade empresarial, de maneira a contemplar,**

além dos interesses dos sócios, os interesses dos diversos sujeitos envolvidos e afetados pelas empresas, como é o caso dos trabalhadores, dos consumidores, dos concorrentes, do poder público e da comunidade como um todo. Dessa maneira, a função social da empresa contém também uma essencial função sistematizadora do ordenamento jurídico, sendo adensada por intermédio de normas jurídicas que têm por objetivo compatibilizar os diversos interesses envolvidos na atividade econômica ao mesmo tempo em que se busca a preservação da empresa e da atividade lucrativa que assim a qualifica. (FRAZÃO, 2018, n.p., grifos nossos)

Agora que já definimos o conteúdo e os contornos do princípio da função social da empresa, faz-se necessário distinguir esse princípio da ideia de responsabilidade social da empresa. Hodiernamente, trata-se de ideia que decorre de um conjunto de teorias, desenvolvidas principalmente nos Estados Unidos, que são denominadas de *corporate social responsibility* (CSR). No entanto, estruturalmente, guardam relações com os próprios mandamentos éticos que exploramos acima.

São abordagens teóricas diversas, que empregam o termo “responsabilidade social das empresas” também de variadas formas, o que por vezes dificulta uma delimitação satisfatória do conceito. Uma classificação interessante dessas propostas teóricas foi elaborada por Garriga e Melé (2004), para quem as teorias mais relevantes sobre CSR focam na relação entre as empresas e o ambiente social, considerando aspectos econômicos, políticos, sociais e éticos dessa relação.

As autoras classificam, assim, as teorias em três principais grupos (GARRIGA; MELÉ, 2004, p. 52-53). Em primeiro lugar, destacam o grupo de teorias que assumem que a empresa é mero instrumento para criação de riqueza e geração de lucro, sendo esta sua única responsabilidade social, de forma que essa abordagem se limita ao aspecto econômico da relação entre empresas e sociedade. Nesse sentido, qualquer atividade da empresa que seja voltada a algum benefício social deve necessariamente ser realizada em função da geração de lucro.

Trata-se de abordagem que se fundamenta principalmente na famosa asserção de Milton Friedman, célebre economista da Escola de Chicago, no jornal *The New York Times* de que “a única responsabilidade da empresa perante a sociedade é a maximização de lucros para os acionistas dentro da moldura legal e o costume ético do país” (FRIEDMAN, 1970, p. 33, tradução livre). É um modelo que localiza a atuação ética e social da empresa nos limites estritos do marco legislativo e em sempre em função da atividade econômica, primordial, da empresa.

Nesse sentido, mesmo atividades de assistência social desenvolvidas pela empresa devem estar relacionadas com o objetivo maior de maximização dos lucros. Assim, o atendimento a demandas sociais deve sempre servir ao incremento do valor das ações da empresa e ao lucro dos seus acionistas.

O segundo grupo é entendido como aquele que reúne abordagens focadas no poder das empresas na sociedade como um todo. Ou seja, admite-se que o poder da empresa abarca, além do aspecto econômico, um aspecto político. Isso significa entender que a empresa possui direitos e deveres na esfera política, o que envolve a participação nos processos públicos de tomada de decisão, a atuação organizada em torno de sindicatos patronais, entre outras atividades.

A ideia fundamental desse grupo de teorias é que a empresa está inserida na sociedade, assim como qualquer outro membro, e, por isso, possui determinadas responsabilidades. Trata-se de uma cidadania da empresa, que, por também integrar o contrato social, deve seguir determinadas normas sociais e éticas que vão além da mera regulação da atividade empresarial, de forma que participem ativamente do debate público e das decisões que favorecem o bem comum da sociedade que integram. Trata-se de fundamentação similar à que exploramos anteriormente quanto à função social das relações privadas; com este conceito não se confunde, no entanto, na medida em que não se lhe atribui força normativa.

Um terceiro grupo de teorias entende que as empresas devem integrar, em seu planejamento e atividades, determinadas demandas sociais. Isso porque as empresas, segundo essa abordagem, não existem de forma isolada, mas dependem da sociedade e de seus membros para continuar existindo e lucrando, o que se traduz em um dever perante a sociedade de responder, dentro de certos limites, a essas demandas.

É no interior desse grupo que surge a ideia de “responsabilidade” social das empresas, que significa que as empresas devem permanecer atentas ao seu entorno social, considerando as expectativas que os demais membros da sociedade têm em relação à sua atuação, de forma a atender a essas expectativas e às demandas delas decorrentes.

Essa abordagem propõe, ainda, a ideia de responsabilidade pública das empresas, no sentido de que não se trata de simplesmente atender a demandas individuais advindas do ambiente social, mas de se engajar no processo público em geral – o qual não se limita apenas ao marco legal e regulatório correspondente à atividade da empresa, mas também a um padrão

mais amplo de atuação social engajada com a opinião pública e com os mais variados problemas sociais.

Por fim, o quarto grupo de teorias entende que o aspecto ético é central na relação entre empresas e sociedade. Trata-se de entender que as empresas assumem – ou devem assumir – as responsabilidades sociais como obrigações éticas perante a sociedade. Esse tipo de abordagem se aproxima das propostas inseridas no campo do já mencionado ESG (*Environmental, Social and Corporate Governance*), envolvendo a adoção, pela empresa, na sua gestão interna e na atuação externa, de princípios de direitos humanos e de desenvolvimento sustentável.

Esse último grupo se aproxima mais da ideia de responsabilidade social das empresas como propomos aqui. Trata-se de entender as empresas como entes que contribuem de forma significativa para o bem comum da sociedade, ao gerar riqueza e desenvolvimento econômico e ao fornecer bens e serviços essenciais para a vida em sociedade. Ao assumir esse papel de promoção do bem comum, as empresas devem se adequar a princípios de dignidade humana e direitos universais, tanto internamente, em relação a seus empregados, quanto externamente, em relação a seus clientes, fornecedores e demais membros da sociedade.

Como se vê, trata-se de abordagem mais ampla do que a da função social, hodiernamente associada principalmente à sua *vis* jurídica. Trata-se de observações de natureza eminentemente éticas, e perfeitamente válidas enquanto tal, mas não formam, tal qual a função social, normas interpretativas, integrativas, e criadoras de deveres positivos.

No Brasil, essa abordagem tem alcançado cada vez mais espaço, admitindo-se, a partir do conceito de responsabilidade social, que a empresa, ao exercer sua função social, deve ir *além do âmbito demarcado pela lei*. Segundo Ana Frazão:

[...] a incidência da função social da empresa tão somente sobre o controle ou a administração se mostra insuficiente para tutelar as situações de materialização do poder empresarial de maneira a proteger os demais afetados por suas consequências. [...] a função social não serve apenas à delimitação dos limites dos interesses e direitos subjetivos, mas também comporta uma dimensão ativa ou impulsiva. (FRAZÃO, 2018, n.p.)

É importante destacar, para os fins deste trabalho, essa ideia, presente no trecho acima destacado, de uma dimensão ativa da função social das empresas, a qual se relaciona mais proximamente com a ideia de responsabilidade social até aqui discutida. A autora citada, no

entanto, chama atenção para o fato de que não se pode responsabilizar empresas por cláusulas amplas que obrigariam um comportamento social ativo, como por exemplo a partir do artigo 154, da Lei das Sociedades Anônimas, que determina que 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”. Para Ana Frazão,

[...] impor às empresas que executem políticas sociais internas e externas depende da existência de obrigações legais específicas e claras, sob pena de sujeitar os gestores das sociedades empresárias à tarefa complexa e praticamente inexecutável, com muitos efeitos deletérios. (FRAZÃO, 2018, n.p.).

De qualquer forma, podemos dizer que o ordenamento jurídico brasileiro prevê cláusula de natureza programática que orienta a chamada responsabilidade social voluntária das empresas. Trata-se de comando também contido no artigo 154, da Lei das S/A, segundo o qual “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”. Vê-se que se trata de dimensão estreitamente relacionada à função social, mas que com ela não se confunde.

Assim, pode-se concluir que, com base nas normas brasileiras, a responsabilidade social das empresas está relacionada principalmente à integração voluntária à gestão empresarial de demandas sociais relevantes, que ultrapassam as questões inseridas no âmbito estritamente legal – o que estaria no âmbito da função social da empresa. Essa distinção é fundamental.

Para melhor esclarecer, trazemos uma definição de responsabilidade social proposta pelo Instituto Ethos (2004), uma ONG voltada para a responsabilidade social em empresas:

[...] a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para gerações futuras, respeitando a diversidade e a redução das desigualdades sociais.

Trata-se de definição que muito se aproxima da abordagem integrativa proposta pelo terceiro grupo de teorias, conforme classificação apresentada acima, e que tem a ver com um modelo empresarial que não é mais voltado para si mesmo, mas que se abre para os *inputs*

externos advindos da sociedade. Em outras palavras, a responsabilidade social das empresas, no direito brasileiro, tem a ver com a “integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade” (TOMASEVICIUS, 2003, p. 46).

A Organização Internacional de Normalização (ISO) editou a Norma ISO 26000:2010, cujo objetivo é orientar empresas, governos e demais atores sobre:

os princípios que fundamentam a responsabilidade social, o reconhecimento da responsabilidade social e o envolvimento com as partes interessadas, as matérias fundamentais e os assuntos que constituem a responsabilidade social e sobre as maneiras de integrar um comportamento socialmente responsável na organização. (ISO, 2010, tradução livre).

A norma citada – adotada no âmbito nacional por meio da norma ABNT NBR ISO 26.000 – estabelece alguns princípios que compõem a responsabilidade social e orientam as organizações em geral na adoção de padrões de qualidade socioambiental nos seus processos decisórios e na estruturação interna. São eles:

- (i) *accountability*, que impõe às empresas a prática de prestar contas à sociedade acerca de suas atividades e do impacto que geram;
- (ii) transparência, o qual orienta que as empresas divulguem, de forma clara, precisa e completa, as suas políticas e ações que produzam algum impacto sobre os atores envolvidos (internos e externos);
- (iii) comportamento ético, o qual deve ser pautado por um código de conduta ética interno, aplicável a todas as instâncias da empresa, orientando o comportamento geral segundo esses parâmetros éticos;
- (iv) respeito pelos interesses das partes interessadas, que vão desde os acionistas, passando pelos empregados da empresa, até os seus clientes, fornecedores e demais cidadãos que possam ser afetados por suas ações, devendo essas partes serem identificadas e incluídas nos processos internos de avaliação de riscos e impactos;
- (v) respeito ao estado de direito, segundo o qual as empresas, assim como qualquer membro da sociedade, devem observar e se submeter à ordem social estabelecida e à legislação, respeitando todas as normas do ordenamento;
- (vi) respeito pelas normas internacionais de comportamento, devendo reconhecer e aplicar, em suas atividades e organização interna, as normas internacionais pertinentes ao seu âmbito de atuação; e
- (vii) respeito pelos direitos humanos, o que envolve a observação, proteção e promoção de direitos individuais fundamentais presentes tanto na Constituição Federal, quanto nas normas internacionais de direitos humanos.

Em conclusão, ressalta-se mais uma vez que se trata de conceito mais amplo que o da função social da empresa, abrangendo diversos atores, internos e externos à corporação, bem como diversos âmbitos de atuação: desenvolvimento sustentável, diversidade, desigualdades sociais, condições de trabalho, saúde dos trabalhadores, entre outros. Aproxima-se mais do princípio da solidariedade social, mas, por não ter força normativa, com este igualmente não se confunde. Nesse sentido, destacamos finalmente a definição proposta por Elizabeth de Melo Rico (2004, p. 73):

[...] a responsabilidade social empresarial é uma forma de conduzir as ações organizacionais pautadas em valores éticos que visem integrar todos os protagonistas de suas relações: clientes, fornecedores, consumidores, comunidade local, governo (público externo) e direção, gerência e funcionários (público interno), ou seja, todos aqueles que são diretamente ou não afetados por suas atividades, contribuindo para a construção de uma sociedade que promova a igualdade de oportunidades e a inclusão social no país.

Fica clara, portanto, a distinção entre os dois princípios e seu âmbito de aplicação. Em resumo, de um lado, em relação à função social da empresa, temos um princípio constitucional orientador da atividade empresarial, de aplicação obrigatória, gerando diversas consequências jurídicas práticas. De outro lado, em relação à responsabilidade social, temos um princípio elaborado por normas regulamentares, sem aplicação obrigatória, que tem como escopo direcionar a atividade empresária em uma esfera voluntária de conformação a padrões de responsabilidade socioambiental.

Ainda assim, ressalvadas as diferenças, pode-se entender que ambos os princípios se encontram conectados, sendo que a responsabilidade social pode servir de instrumento importante para a consecução do princípio da função social da empresa.

3.4 Função social da empresa e o *compliance*

Como falamos, trata-se a função social de norma com o condão de, também, impor deveres positivos aos sujeitos de uma relação privada. Nesse sentido, veja-se que a adoção e ampliação do princípio da função social da empresa gera algumas consequências para a

configuração dos deveres dos sócios e gestores de uma empresa, o que envolve desde a responsabilidade dos sócios – majoritários ou minoritários – ao votar e participar das decisões da companhia (as quais devem ser guiadas pelo interesse da empresa e seus deveres sociais), até deveres impostos aos sócios controladores e gestores da empresa.

O que se vê é que se tem atribuído cada vez mais aos indivíduos que participam diretamente da gestão corporativas uma série de cuidados que, em grande parte, se relacionam com a função social da empresa. Conforme destaca Ana Frazão (2018, n.p.):

Por mais que tal dever [de observar o interesse social] se imponha a todos os sócios, a situação do controlador apresenta peculiaridade que agrava o grau de cuidado a ser observado em sua tomada de decisões: a necessária observância a acentuados deveres de diligência e lealdade, que aumentam consideravelmente o grau de cuidado no uso de seus direitos e prerrogativas, lembrando que o abuso de direito de voto muitas vezes se conecta com o abuso de poder de controle.

A autora cita dois deveres principais dos gestores: os deveres de lealdade e de diligência. O primeiro diz respeito ao compromisso irrestrito dos gestores com os interesses da empresa e interesse social, não podendo estes serem, em hipótese alguma, submetidos a interesses pessoais próprios ou de terceiros. Essa ideia está contida no artigo 116, parágrafo único, da Lei das S/A:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

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

O segundo dever citado, o dever de diligência, está previsto no artigo 153, da Lei das S/A e dispõe que o “administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. Esse dispositivo normativo determina que os gestores devem observar,

na estruturação da atividade empresarial, as normas e regulamentações a ela aplicáveis, o que inclui os princípios de responsabilidade social.

Nesse âmbito, destacamos a obrigação das empresas de se adequarem às normas que impõem medidas de prevenção, combate e sanção aos atos de corrupção. É nesse contexto que se inserem os programas de *compliance*, que vêm adquirido cada vez mais relevância no direito empresarial brasileiro.

O conceito de *compliance* está relacionado com a adoção, pelas empresas, de mecanismos e instrumentos de vigilância interna, autorregulação e autorresponsabilidade. Para tanto, cria-se um código de conduta interno, a ser seguido por todos os membros da corporação, com especial foco nas políticas de observância à legalidade e aos parâmetros de transparência.

Segundo definição proposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2016, p. 9):

Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores.

Por meio dos programas de *compliance*, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa.

A palavra *compliance* deriva do verbo em inglês *to comply*, o qual, por sua vez, significa seguir ou aderir a regras e/ou ordens em geral, de forma que o *compliance*, enquanto princípio orientador da atuação empresarial, diz respeito à adesão da empresa a normas e regulamentos que estabelecem padrões legais e éticos para o comportamento das empresas e de seus membros.

O programa de *compliance* tem a ver, portanto, com a elaboração e aplicação interna de regras, padrões e diretrizes que busquem coibir comportamentos negativos, que possam configurar em violações às normas vigentes. Assim, pode-se entender o *compliance* com um instrumento importante na realização da função social da empresa.

Ainda que seja uma ferramenta em geral associada ao combate à corrupção nas empresas, o âmbito do *compliance* pode ser maior, envolvendo as relações internas entre colaboradores da empresa, combate ao assédio moral e sexual, políticas de aprimoramento das condições de

trabalho, entre outros. É o que realizam as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA), por exemplo, previstas no artigo 163 da CLT. A Lei 14.457, aprovada recentemente em 21 de setembro de 2022, prevê para empresas com CIPA diversas obrigações para prevenção do assédio no ambiente de trabalho. Trata-se de norma orientada pela responsabilidade social da empresa, como bem se observa.

Nesse sentido, esclarecem Machado, Matos e Sampaio (2022, p. 97):

Na prática, a adoção do *compliance* empresarial enseja a disseminação de um Programa de Integridade entre os seus profissionais, através da autofiscalização e treinamentos periódicos. Além disso, alinhamento da estrutura interna com a política objeto de divulgação oficial, em sintonia com a vedação ao comportamento contraditório.

Trata-se de instrumento útil de autofiscalização e de *accountability* perante os órgãos governamentais de controle, e também perante a sociedade, no que diz respeito às práticas da empresa em relação às suas obrigações tributárias, ambientais, trabalhistas e consumeristas.

Uma prática que vem sendo difundida é a publicação pelas empresas de relatórios periódicos a respeito do cumprimento do programa de *compliance*, o que garante a possibilidade de controle e auditoria popular e governamental, garantindo também maior transparência às atividades empresariais, um dos princípios da responsabilidade social das empresas.

Em resumo, o *compliance* constitui instrumento de suma importância para o cumprimento da função social da empresa, no que diz respeito à observância das normas legais e éticas acerca da conduta empresarial frente à sociedade, bem como para a consecução dos princípios de responsabilidade social das empresas, e do princípio da solidariedade social, citados anteriormente.

3.5 A análise econômica do direito e a função social da empresa

Delineados os conceitos e definições principais do princípio da função social da empresa, nos falta indagar o seguinte: sendo um princípio orientador, que encontra, como já afirmado, certos desafios na sua aplicação prática, como a função social da empresa pode ser incorporada

nos processos decisórios internos das empresas, de forma a direcionar a atividade empresária para o caminho da concretização da justiça social? Quais os incentivos para que este seja, de fato, um princípio incorporado à atuação das empresas? Quais são os ganhos das empresas ao se orientarem por esse princípio?

Alguns instrumentos jurídicos já foram mencionados até aqui. No entanto, faz-se necessário realizar um breve incursão sobre alguns fundamentos teóricos a respeito dos processos de decisão das empresas, a racionalidade por trás deles, os cálculos de custo e benefício, etc.

Para essa tarefa, a teoria da Análise Econômica do Direito (AED) nos parece útil. Trata-se de disciplina desenvolvida nos Estados Unidos (chamada *Law and Economics* ou *Economic Analysis of Law*), que tem como objetivo propor a discussão de temas jurídicos a partir da metodologia e de ferramentas de análise típicas do campo da Economia⁴. Segundo Richard Posner, um dos principais expoentes dessa disciplina, a ideia principal que fundamenta essa abordagem é o pressuposto de que “as pessoas envolvidas no sistema jurídico se comportam como maximizadores racionais de sua própria satisfação” (POSNER, 1975, p. 761).

Segundo Bruno Salama (2017), a aproximação entre direito e economia se dá com base em cinco ideias ou princípios básicos e centrais de microeconomia: (i) o mundo que circunda os indivíduos é marcado por escassez de recursos; (ii) os indivíduos sempre calculam suas atitudes de forma a maximizar a satisfação de suas necessidades e desejos; (iii) a interação entre esses atores racionais tende ao equilíbrio; (iv) o cálculo feito pelos indivíduos é em grande parte condicionado por incentivos (de mercado, no caso da economia, e legais, no caso do direito); e (v) a ação dos indivíduos é marcada, também, pela busca da eficiência, que na acepção da AED corresponde a maximização de benefícios e redução de custos.

Com base nesses princípios, a AED busca explicar o conteúdo das normas jurídicas e a estrutura do direito, como sendo o resultado de decisões de atores sociais agindo racionalmente em busca de satisfazer necessidades e desejos, empregando recursos escassos de forma eficiente. Além disso, a AED também é utilizada como sistema de predição de comportamentos. Conforme explica Bruno Salama (2017, n.p.):

⁴ Trata-se de proposta teórica inaugurada no início da década de 1960 principalmente por Guido Calabresi (1961) e Ronald Coase (1960).

A segunda versão é a de que a AED possa ser utilizada para prever as consequências das regras e interpretações jurídicas. Trata-se, então, de tentar identificar os prováveis efeitos de diferentes posturas jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso. Essa ideia é bastante contenciosa, porque se a previsão de consequências nos mercados organizados já é bastante difícil, que dirá fora deles.

A abordagem da AED recebe desde sempre muitas críticas, especialmente por aqueles que entendem haver uma incompatibilidade do princípio da eficiência (maximização de ganhos e minimização de custos) com os postulados de justiça, especialmente de justiça social – sem contar as dificuldades de harmonização com os preceitos da função social, *social responsibility* e princípio da solidariedade, com as quais nos ocuparemos em seguida. Segundo os críticos, não há espaço no direito para realizar cálculos de custo-benefício.

Uma das respostas possíveis pode ser encontrada no trabalho do já citado Richard Posner, segundo o qual o direito seria um sistema de alocação de incentivos, destinados a condicionar escolhas e comportamentos individuais, para que se dirijam sempre à maximização de riqueza da sociedade como um todo, princípio ético fundamental da ordem econômico-social. As normas jurídicas, então, seriam avaliadas como justas ou injustas conforme sua contribuição para a maximização de riqueza da sociedade. Este é o princípio econômico subjacente ao sistema jurídico. Nesse sentido:

Em uma perspectiva econômica ou de maximização da riqueza, a função básica do direito é a alteração de incentivos. Isso implica que a lei não impõe impossibilidades, pois uma ordem impossível de cumprir não alterará comportamentos. Deve-se distinguir entre a ordem impossível e a sanção legal, que só é inevitável porque o custo de evitá-la é maior que o de aplicá-la. Não há incoerência em se responsabilizar por perdas e danos a parte que quebrar um contrato por não ter tido uma alternativa real, devido ao fato de que os custos de cumprimento deste excederiam enormemente a indenização por sua quebra (ou mesmo porque o cumprimento teria sido impossível). A lei simplesmente faz recair o risco do não cumprimento do contrato sobre a parte que falhar em cumpri-lo. [...]

Exigir que o direito trate os iguais com equidade é uma outra forma de dizer que sua estrutura deve ser racional, pois tratar distintamente coisas iguais é irracional. A teoria econômica é um sistema de lógica dedutiva: quando aplicado corretamente, dá resultados coerentes entre si. E, uma vez que o direito tem uma estrutura implicitamente econômica, deve ser racional; deve tratar de forma semelhante os casos semelhantes. (POSNER, 2010, p. 90).

Posteriormente, o próprio Posner (2012) revisou seu entendimento, após receber inúmeras críticas, tendo caminhado para uma posição considerada mais “pragmática”, segundo a qual “o Direito é fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins humanos” (SALAMA, 2017, n.p.). Nesse sentido, a ideia de que o direito se funda a partir do princípio econômico da eficiência é relativizada, abrindo-se o direito para princípios e valores trazidos da filosofia do direito que nada tem a ver com eficiência – como as ideias de dignidade humana, não discriminação e justiça social.

O princípio da eficiência passa, então, a exercer um papel muito mais de orientação interpretativa, do que de conteúdo do próprio sistema jurídico. Isso significa dizer que a lógica jurídica, enquanto racional e, portanto, eficiente, está preocupada com as consequências do texto legal ou de sua interpretação e aplicação em casos concretos. É o que explica Bruno Salama (2017, n.p.):

Assim, o máximo que se pode exigir, por exemplo, de um Juiz de Direito, seria que este, ao interpretar e aplicar a lei, venha a sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, ainda, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes.

E as consequências a serem avaliadas, em especial por entidades coletivas (como as empresas) vão além do âmbito puramente econômico de aferição de lucro e geração de riquezas, especialmente quando se coloca em pauta a função social das empresas. Isso tem a ver com o conceito de custo de oportunidade, definido como “a diferença entre a opção escolhida e a melhor opção não escolhida em um processo de decisão” (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 63). Ou seja, o indivíduo racional, ao fazer uma escolha entre diversas alternativas, realiza uma ponderação acerca das consequências, custos e benefícios, abrindo mão de outras escolhas possíveis.

Ao incluir nessa equação elementos sociais, políticos, ambientais, etc., o princípio da função social da empresa acaba por limitar as escolhas do indivíduo, que passam a ser pautadas não apenas pela maximização de seu bem-estar próprio (ou do bem-estar da empresa), mas também pelas consequências que suas ações geram em relação ao restante da sociedade.

Como se vê, trata-se de abordagem perfeitamente compatível com os postulados esmiuçados nos itens anteriores deste trabalho. O princípio da função social da empresa pode

ser visto, portanto, sob a ótica da AED, como uma norma jurídica de incentivo do comportamento de empresas, que são estimuladas a fazer escolhas que tragam benefícios não apenas para a empresa individualmente considerada, e que também reduza custos para a sociedade (como, por exemplo, os custos do impacto ambiental gerado por determinada atividade empresarial). É o que esclarecem Krindges e Zanella (2022, p. 32):

No contexto da racionalidade, e tendo em conta que os incentivos podem advir do direito, denota-se que diante de mudanças circunstanciais, a decisão de acordo com o modelo da escolha racional leva o agente a sopesar os resultados que almeja, constatar as atitudes possíveis (que seriam as opções), verificar como cada ato assiste ao resultado que se busca e qual o custo para tanto, e por fim, optar pela aquela que mais agregue, resultando na escolha (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p.31).

No panorama da função social da propriedade há que se destacar que em nosso ordenamento jurídico são expressas inclusive sanções àqueles que não derem cabo ao seu cumprimento.

O princípio da função social das empresas pode servir, assim, de diretriz para a construção de uma interação próxima entre empresas e Estado, de modo a equilibrar custos e benefícios privados com custos e benefícios sociais. A racionalidade enquanto maximização de recursos tão somente individuais faz parte de um sistema de pensamento ultrapassado, cujos resultados deletérios – para a sociedade e, por consequência, também para os indivíduos que dela fazem parte – hoje são bastante evidentes.

A função social, a responsabilidade social e a solidariedade podem fazer, portanto, parte de uma racionalidade econômica que busca, exatamente, a manutenção e sobrevivência da própria sociedade capaz de gerir empresas e consumir suas mercadorias e serviços. E naturalmente, na medida em que tais ações individuais ignorem ou ajam em detrimento da sociedade (ou seja, sob esta perspectiva, caso sejam *irracionais*), caberá ao direito impor as normas positivas de que extensivamente falamos acima.

3.6 A função social da empresa como instrumento de regulação dos interesses difusos e coletivos

Passamos, acima, por diferentes campos de aplicação possíveis para o princípio da função social da empresa, mencionando novamente a solidariedade social de que tratamos anteriormente e a responsabilidade social enquanto princípio ético amplo. Neste ponto, gostaríamos de apresentar brevemente de que maneira tais preceitos podem nortear a própria defesa dos interesses difusos e coletivos. Ou seja, de que maneira os princípios aqui tratados podem ajudar à defesa processual da própria sociedade que deles deve se beneficiar.

Os direitos metaindividuais ou transindividuais estão localizados em um espaço intermediário entre interesses privados e o interesse público. Dentre eles podemos citar duas categorias de interesses transindividuais: os interesses difusos e os interesses coletivos. Ambos são definidos no artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; [...]

São, assim, direitos que ultrapassam a esfera individual, uma vez que dizem respeito a toda ou a uma parte considerável de determinada comunidade. O que diferencia as duas categorias é o elemento da determinação. Enquanto os direitos difusos dizem respeito a uma coletividade indeterminada (estando aqui situados o direito ao meio ambiente e os direitos dos consumidores em geral, por exemplo), os direitos coletivos dizem respeito a um grupo de pessoas determinado, que possuam alguma relação entre si. São interesses inseridos na chamada terceira geração de direitos fundamentais, tendo surgido principalmente por volta da década de 1960.

O conteúdo dos interesses difusos e coletivos estão diretamente ligados ao conteúdo da função social das empresas: meio ambiente, qualidade do ambiente do trabalho, direitos dos consumidores etc. No entanto, a tutela dos interesses difusos e coletivos acaba recaindo, em grande parte, nas mãos do Estado, uma vez que são poucos os atores legitimados para levar ao conhecimento do Poder Judiciário eventuais violações a esses interesses. Aprofundaremos melhor essa questão no próximo capítulo. Porém, é importante destacar aqui que a função social das empresas pode contribuir para ampliar a tutela desses direitos, na medida em que coloca as empresas como atores diretamente interessados na proteção dos interesses transindividuais.

Assim, a função social pode servir não apenas como norma limitadora e orientadora da ação das empresas, mas também como incentivo para a participação das empresas na promoção dos direitos difusos e coletivos, enquanto imperativos atrelados ao poder econômico que exercem na sociedade. Nesse sentido:

Quando alguém, exercitando poder econômico ou político assegurado pelo ordenamento jurídico, vai além do seu direito, e apropria-se daquilo que não é dele, do bem coletivo fundamental – do qual não pode dispor individualmente –, incide o princípio da função social; incide como princípio harmonizador, legitimando qualquer pessoa idônea da Sociedade a agir, seja administrativamente, seja em juízo. A Sociedade fica à mercê da boa vontade das autoridades, nem mesmo do Ministério Público (incapaz, humanamente, de dar cabo de tanta demanda no campo dos interesses coletivos).

[...]

Deve-se ter claro, portanto, que **a função social pode incidir sobre bem patrimonial, social, cultural e não apenas sobre a propriedade corpórea do Código Civil; não decorre do direito particular, mas da interferência deste em valores e interesses sociais fundamentais, dos quais o titular é também co-proprietário.** A empresa tem função social; o capital tem função social; a propriedade intelectual tem função social – justamente por isso: por afetar ou poder afetar direitos da coletividade, referentes a bens sociais que têm supremacia sobre quaisquer outros bens ou valores. (PILATI, 2005, p. 65, grifos nossos)

Por estarem localizados nessa intersecção entre interesses puramente privados e o interesse público, os direitos difusos e coletivos são de grande importância no debate acerca da função social das empresas. Como dito anteriormente, o princípio da função social das empresas funciona como norma orientadora da integração de custos e benefícios públicos e privados. Nesse sentido, pode também se apresentar como princípio essencial na tutela de interesses difusos e coletivos. Tem-se, portanto, a função social como princípio regulador e orientador da atividade empresarial, que deve se voltar para, não somente a proteção dos interesses privados

da empresa e de seus sócios, mas também para a proteção e promoção dos interesses da coletividade.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO TUTELA PROCESSUAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

4.1. Enfoques constitucionais da defesa dos direitos coletivos

A Constituição Federal de 1988, chamada carinhosamente por Ulisses Guimarães de constituição cidadã, trouxe as bases, estrutura e fundamentos da defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, dispondo especificamente como título no Capítulo I, do Título II – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Mesmo antes dela, já havia alguns instrumentos que defendiam os direitos coletivos e os individuais – porém, consagrou-se de forma expressa o amplo e irrestrito acesso à justiça (art. 5º, XXXV), ou seja, o direito de ação, alçando ao plano constitucional várias ações constitucionais, coletivas e individuais – tais como, o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX), o mandado de segurança coletivo (Art. 5º, LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o *habeas data* (art. 5º, LXXII), a ação popular (art. 5º, LXXIII), a ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 11), a ação civil pública (art. 129, III), dispondo ainda, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º).

O meio ambiente é tratado pela Constituição Federal no artigo 225, dispondo que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para hoje e para o futuro. Já a defesa do consumidor, é dever do Estado promover (art. 5º, XXXII), contemplando também nos atos das disposições constitucionais transitórias a elaboração do código de defesa do consumidor (art. 48), sendo que ambos, meio ambiente e consumidor, são princípios aplicados à ordem econômica, constantes do artigo 170, incisos, VI e V, respectivamente, e, ainda, tratando da manutenção do patrimônio cultural (art. 216), da preservação da probidade administrativa (art. 37§, 4º) e conferindo legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a proteger qualquer espécie de interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Os direitos sociais, quanto a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a

assistência aos desamparados estão contemplados do artigo 6º, que fazem parte dos direitos e garantias fundamentais.

Como ensina Patrícia Miranda Pizzol:

“O tratamento dado aos direitos coletivos decorre dos princípios do devido processo legal – material e processual – (art. 5º, *caput*, LIV) e da dignidade humana (art. 1º, III, e no artigo 3º, I, da CF). Isso porque o devido processo legal garante proteção à vida, à liberdade e à propriedade e o direito à vida deve ser entendido como direito à vida digna. (PIZZOL, 2020, p. 25)

Há ainda no Texto Constitucional inúmeras outras disposições que podem ser aplicadas aos direitos coletivos, quanto à assistência social, educação, saúde, desporto, cultura, família, criança, adolescente, jovem, idoso, dentre outros.

4.2. Defesa da tutela dos interesses ou direitos coletivos

O processo coletivo, por intermédio das ações coletivas – instrumentos destinados à tutela dos direitos coletivos –, objetiva enfrentar demandas supraindividuais, vinculadas a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, regido procedimentalmente pelo Código de Processo Civil, podendo se tratar de procedimento comum ou especial, conforme o caso envolvido.

De acordo com Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 2):

Processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo).

Os interesses ou direitos coletivos são de três espécies: difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990), no seu artigo 81, dispôs a definição de suas principais características:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os interesses ou direitos difusos, são transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos) e têm natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo). Seus titulares são indivíduos indetermináveis ligados entre si por circunstâncias de fato, não existindo entre si um vínculo comum de natureza jurídica, tendo como exemplo, a publicidade enganosa ou abusiva divulgada publicamente de forma escrita, falada ou por imagens. Suas características são a transindividualidade, indisponibilidade, indivisibilidade, indeterminabilidade dos titulares e ligação por circunstâncias de fato anteriores à lesão.

Interesses ou direitos coletivos (direitos coletivos *stricto sensu*), são transindividuais e possuem natureza indivisível. Estão vinculados, entretanto, a um número determinado de indivíduos, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Os titulares desses direitos são determináveis e devem se vincular integrando um grupo, categoria ou classe. Como exemplo, alunos de uma instituição de ensino que assinam contrato de adesão contendo cláusula abusiva que é compartilhada em igualdade por todos os alunos.

A distinção entre os direitos coletivos *stricto sensu* dos direitos difusos recai sobre a determinabilidade de seus titulares, que são os grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base preexistente ao fato ilícito.

Hugo Nigro Mazzilli explica que há circunstâncias em que a ação coletiva proposta buscará a tutela de direitos coletivos e difusos, tendo-se em vista os sujeitos beneficiados (2015, p. 56):

Pode o Ministério Público do Trabalho, com base no art. 83, IV, da Lei Complementar n. 75/93, propor ação civil pública para a declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores. Em relação aos atuais trabalhadores, o interesse será coletivo (grupo determinado); no que diz respeito aos trabalhadores futuros, o interesse será difuso (grupo indeterminável).

Interesses ou direitos individuais homogêneos, são aqueles decorrentes de origem comum, individuais, divisíveis e seus titulares são determinados. A origem comum que definem estes direitos está diretamente ligada à circunstância de dano ou de potencial dano aos direitos individuais que apresentam características de homogeneidade. Exemplo: vício relacionado à determinado produto adquirido por consumidores.

Se caracterizam pelos aspectos coletivo, indivisível, indisponível, cuja titularidade determina-se através da assertiva de lesão a direitos individuais abstrata e genericamente considerados, e, por consequência, não há individuação dos titulares no processo.

A diferença entre os interesses ou direitos individuais homogêneos e os interesses ou direitos difusos e coletivos está na divisibilidade do direito. Em verdade, os direitos individuais homogêneos são direitos individuais subjetivos, ligado entre si por uma semelhança. Segundo Teori Albino Zavascki:

Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o artigo 113, III do CPC, cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. (ZAVASCKI, 2016, p. 39).

Hugo Nigro Mazzilli sintetiza as características desses interesses ou direitos da seguinte forma (2015, p. 58):

Interesses	Grupo	Objeto	Origem
Difusos	<i>indeterminável</i>	indivisível	situação de fato
Coletivos	determinável	Indivisível	<i>relação jurídica</i>
Individuais Homogêneos	determinável	<i>divisível</i>	origem comum

Nelson Nery Junior ao tratar da classificação do direito, ensina:

Interessante notar o engano em que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo, por exemplo, que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo etc. Na verdade, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o *tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe* a competente ação judicial,

ou seja, *o tipo de pretensão de direito material* que se deduz em juízo. (NERY JUNIOR, 2017, p. 238).

O microssistema de proteção dos direitos difusos e coletivos, através das ações coletivas, têm sua harmonização e organização estabelecida no Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 1990, que, de acordo com seu o artigo 83, a defesa dos direitos e interesses coletivos pode ser exercida por todas as espécies de ações, aplicando-se no que couber, à ação civil pública (LACP) – Lei nº 7.347, de 1985, inclusive com o disposto em seu artigo 21 combinado com o artigo 90 do CDC, à ação popular (AP) – Lei nº 4.717, de 1965, e ao mandado de segurança coletivo.

São, portanto, normas gerais para o processo das ações coletivas, constituindo as bases do microssistema de proteção dos interesses ou direitos difusos e coletivos.

Outrossim, o processo coletivo e seus instrumentos facilitam a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, buscando a uniformidade nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário e eficiência na entrega da tutela jurisdicional. A defesa desses interesses ou direitos ocorre por intermédio da outorga de legitimidade processual conferida por lei a determinados entes.

Os legitimados para agir, estão definidos no artigo 82 do CDC – Lei nº 8.078, de 1990, a saber: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Já a ação civil pública (LACP) – Lei nº 7.347, de 1985, também define os legitimados em seu artigo 5º, acrescentando a Defensoria Pública e a Estatuto da Pessoa Idosa, Lei nº 10.741, de 2003, acrescenta em seu artigo 81 a Ordem dos Advogados do Brasil.

4.3. Aspectos processuais das ações coletivas

Como dito, a tutela judicial dos interesses difusos e coletivos é feita por meio do chamado processo coletivo, por intermédio das ações coletivas, que pode ser definido como uma “relação jurídica litigiosa” que envolve “direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo” (DIDIER; ZANETI, 2017, p. 31). É por meio dele que se postula, em juízo, a reparação ou proteção de um direito que tem um grupo ou coletividade como titular.

As ações coletivas, enquanto instrumentos processuais destinados à proteção dos interesses difusos e coletivos, se submetem tanto ao regime geral do direito processual, quanto às disposições específicas acerca do processo coletivo. Por isso, alguns dos princípios gerais do processo civil adquirem contornos específicos no contexto das ações coletivas, além dos princípios especificamente aplicáveis ao processo coletivo. A seguir, discutiremos alguns desses princípios.

O princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional pode ser considerado talvez o mais importante princípio regulatório do processo coletivo, uma vez que serve de diretriz básica para os demais princípios, conforme veremos. Trata-se de princípio constitucional consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de onde resulta o direito do jurisdicionado obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Neste sentido, são as palavras de Nelson Nery Junior:

O direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Com isso, tanto o titular do direito *individual*, quanto o do direito *metaindividual* (difuso, coletivo ou individual homogêneo) têm o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. (NERY JUNIOR, 2017, p. 215).

Veja-se que o princípio do acesso à justiça preconiza não somente o acesso ao Poder Judiciário, mas também – e principalmente – o acesso à tutela jurisdicional ou extrajudicial de forma eficiente, tempestiva e adequada, estando relacionado com outros princípios importantes, como a celeridade e a economia processuais.

No processo coletivo, o acesso à justiça tem como principal desdobramento a instituição da legitimação extraordinária, em contraposição à legitimação ordinária – conforme a qual é o titular do direito material a pessoa legitimada para invocar sua tutela em juízo. No caso da jurisdição extraordinária, há a autorização legal expressa para que uma pessoa que não é titular do direito material realize sua defesa em juízo. Isso ocorre por meio da substituição processual, em que alguém comparece em juízo em nome próprio para defender direito alheio. Trata-se de instituto essencial para o acesso à justiça no âmbito do processo coletivo, tendo em vista a dificuldade de tutelar interesses difusos, que seriam de outra forma muito difíceis de se organizar para submeter a juízo, havendo, ainda, o risco da produção de decisões conflitantes sobre um mesmo assunto. Nesse sentido:

A legitimação extraordinária ou especial dá-se em proveito da efetividade da defesa do interesse violado. Nas lesões a interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, seria impraticável buscar a restauração da ordem jurídica violada se tivéssemos de sempre nos valer da legitimação ordinária, e, com isso, deixar a cada lesado a iniciativa de comparecer em juízo, diante dos ônus que isso representa (não só os relacionados com o custeio da ação, como os de caráter probatório). A necessidade de comparecimento individual à Justiça, sobre impraticável quando de lesões idênticas a milhares ou milhões de pessoas, produziria ainda dois efeitos indesejáveis: a) os poucos que se aventurassem a comparecer em juízo receberiam frequentemente decisões contraditórias, o que, além de injusto, ainda seria grave descrédito para o funcionamento do sistema; b) a grande maioria de lesados acabaria desistindo da defesa de seus direitos, o que consistiria em verdadeira denegação de acesso à jurisdição para o grupo. (MAZZILLI, 2014, pp. 64-65)

Por se tratar da defesa de interesses difusos alheios, e considerando a relevância desses interesses, na legitimação extraordinária do processo coletivo há a incidência do princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva, segundo o qual o titular da ação coletiva não pode dela desistir sem fundada motivação. Em caso de desistência infundada da ação coletiva, procede-se à assunção do polo ativo pelo Ministério Público ou por outro órgão legitimado, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Lei de Ação Civil Pública (LACP)⁵, e do artigo 9º, da Lei da Ação Popular (LAP).⁶

⁵ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...]

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

⁶ Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivação à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

Também importante, o princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal no artigo 1º, *caput* e inciso I, de forma pela qual as partes devam receber do Poder Judiciário tratamento idêntico, (CPC, art. 139, I)⁷, sendo sua substância tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Este princípio de relevo aplicado em todas as espécies de processos judiciais, tem importância nas ações coletivas para a sua efetiva viabilização, na medida em que estabelece regras que diferenciam o processo individual do processo coletivo, tais como, legitimidade, coisa julgada, execução, dentre outras, como por exemplos, os legitimados constantes do artigo 82, da Lei nº 8.078, de 1990 (CDC), artigo 5º da Lei nº 7.347, de 1985 (LACP) e artigo 81, da Lei nº 10.741, de 2003, Estatuto da Pessoa Idosa, ou ainda, a autorização para promover a liquidação e execução da indenização devida prevista no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, dentre outros.

Outro importante princípio relacionado ao acesso à justiça é o princípio da universalidade da jurisdição, segundo o qual deve-se alcançar uma significativa ampliação de pessoas e causas aptas a acessar o sistema de justiça, levando “a tutela jurisdicional às massas e aos conflitos de massas” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2020, p. 45). Esse princípio também se efetiva por meio da legitimação extraordinária, uma vez que um único órgão, com estrutura adequada, pode defender conjuntamente os interesses difusos e coletivos de uma quantidade indeterminada de pessoas.

A ampliação do acesso ao processo coletivo se dá, ainda, por meio dos princípios da não taxatividade da ação coletiva e da máxima amplitude do processo coletivo. O primeiro diz respeito à possibilidade de tutela, por meio do processo coletivo, de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo, não se limitando ao rol previsto na redação original do artigo 1º, da LACP. Este foi posteriormente alterado pelo artigo 110, do Código de Defesa do Consumidor, passando a prever, no inciso IV, a expressão “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Além disso, o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal⁸, já previa a possibilidade de tutela de direitos difusos e coletivos de forma ampla e não taxativa.

⁷ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]

O princípio da máxima amplitude do processo coletivo, por sua vez, prevê que, para a tutela dos interesses difusos e coletivos, é cabível toda e qualquer espécie de ação ou procedimento, bem como as tutelas provisórias previstas na legislação processual.

Ainda na esteira do acesso à justiça, parte da doutrina (p. ex. ALMEIDA, 2003, p. 22 e ss.) tem defendido a incidência do princípio da instrumentalidade das formas, ou do chamado princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, segundo o qual deve ser abandonado um formalismo excessivo, que prejudica a eficácia do processo coletivo, evitando que questões meramente formais impeçam o exercício da jurisdição em causas coletivas.

Estes são os princípios mais importantes que regem o processo coletivo e a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos. Como se vê, em geral, esses princípios direcionam a atuação jurisdicional de modo a ampliar o máximo possível a efetividade e o âmbito de acesso à justiça para as demandas coletivas.

4.4. As espécies de ações coletivas

Como já anotado, a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos do artigo 83 do CDC, pode ser exercida por todas as espécies de ações. Entretanto, é certo que há algumas ações típicas que se prestam a tutela dos direitos coletivos. São elas: a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

Pode-se considerar, aliás, que a ação popular, instituída em 1965 pela Lei nº 4.717, constitui o embrião das defesas dos interesses ou direitos coletivos no Brasil, sendo a ação civil pública, de 1985, juntamente com o Programa Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 1981), o marco do nascimento efetivo da tutela desses direitos, e a ação coletiva instituída pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078, de 1990, juntamente com o Texto Constitucional de 1988, a potencialização da defesa dos interesses em debate.

4.4.1 Ação civil pública

A ação civil pública (ACP) – Lei nº 7.347, de 1985, é o instrumento processual eleito pelo legislador brasileiro para a tutela judicial dos interesses difusos e coletivos. A qualificação como pública decorre do fato de ser o instrumento processual por meio do qual se permite o acesso à justiça de interesses transindividuais, os quais possuem natureza pública e relevância social.

De acordo com seu artigo 1º, tem por finalidade a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social, sendo vedada para questões que envolvam tributos, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Quanto à classificação da ação civil pública, ensina Patricia Miranda Pizzol:

Sendo a ação civil pública de conhecimento, dependendo do pedido formulado pelo autor, pode ela ser declaratória, constitutiva, condenatória; pode ser ainda mandamental ou executiva *latu sensu*. (PIZZOL, 2019, p. 92).

A ação civil pública pode ser promovida por um dos entes listados no artigo 5º, da Lei nº 7.347, de 1985 (Lei da Ação Civil Pública)⁹: o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos, as entidades da administração indireta e as associações que preencham os requisitos legais específicos. Há ainda no Estatuto da Pessoa Idosa, Lei nº 10.741, de 2003, a inclusão da legitimidade concorrential da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 81, III) para as

⁹ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, admitindo-se o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, dos Estados e do Distrito federal na defesa dos interesses e direitos envolvidos.

Todos os legitimados apontados, possuem legitimação extraordinária para a causa, atuando como substitutos processuais, da mesma forma que ocorre com o mandado de segurança coletivo, uma vez que não possuem disponibilidade sobre o direito material do substituído, mas sim e apenas sobre o conteúdo processual da lide.

O polo passivo, por sua vez, é composto por qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, cuja conduta tenha violado ou ameaçado qualquer interesse ou direito difuso ou coletivo, inclusive aquele que tenha o dever jurídico de evitar a lesão, inexistindo qualquer condição especial para a sua legitimação, com a possibilidade de formação de litisconsórcio passivo facultativo simples.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a legislação confere, ainda que implicitamente, especial protagonismo ao Ministério Público na defesa de interesses difusos e coletivos por meio da ação civil pública. Exemplo disso é a determinação contida nos artigos 5º, § 1º, 6º, 7º e 8º, da Lei da ACP:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

§ 1º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Art. 6º. Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 7º. Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Art. 8º. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Veja-se que, nos termos dos artigos transcritos, o Ministério Público é o ator principal para a investigação, por meio do inquérito civil, das violações a interesses difusos e coletivos, centralizando-se no órgão os esforços para a elucidação e reparação dessas violações.

O inquérito civil público, promovido pelo Ministério Público, constitui procedimento administrativo investigativo destinado a reunir subsídios materiais para o posterior ajuizamento de ação civil pública. Trata-se de uma das funções institucionais concedidas ao Ministério Público pela Constituição Federal (artigo 129, III¹⁰). Para sua instrução, aplicam-se as normas gerais pertinentes à produção probatória.

A competência da ação civil pública para conhecimento e julgamento, é do foro do local do dano a ser reparado (art. 2º, da Lei nº 7.347, de 1985 e art. 93, I, da Lei nº 8.078, de 1990), sendo que no caso dos danos forem no âmbito nacional ou regional, será no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente (art. 93, II, da Lei nº 8.078, de 1990).

Também poderá haver litispendência entre duas ou mais ações coletivas promovidas por legitimados diversos (porque o titular do direito ou interesse afirmado é o mesmo, ou seja, toda a coletividade, em se tratando de direito ou interesse difuso ou os membros de um grupo ou classe, na hipótese de direito ou interesse coletivo), que tenham o mesmo objeto (pedido), a mesma causa de pedir e a mesma parte passiva. Caso o pedido ou causa de pedir forem apenas semelhantes, bem como se as partes passivas forem diversas, ocorre conexão ou continência, em conformidade com os artigos 55 e 56 do Código de Processo Civil.

Nos processos individuais a litispendência implica a extinção de um dos processos sem resolução do mérito, devendo prosseguir aquele que primeiro ocorrer a citação, nos termos do artigo 240 do Código de Processo Civil.

Na hipótese de processo coletivo, é possível concluir que a melhor solução para a tutela efetiva e adequada ao interesse ou direito coletivo seja a reunião das causas idênticas em vez da extinção de uma delas, aproveitando-se as alegações feitas e as provas produzidas nos respectivos processos.

¹⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]

A lei da ação civil pública dispõe também em seu artigo 18, que não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários advocatícios, custas e despesas processuais.

Não cabe aqui, para alcançar os objetivos deste trabalho, discorrer pormenorizadamente acerca do procedimento da ação civil pública.

Após esse breve resumo, podemos concluir que a ação civil pública corresponde a um dos instrumentos mais importantes para a proteção de direitos transindividuais, constituindo poderosa arma de defesa do Estado Democrático de Direito, do qual a função social da empresa é elemento essencial.

4.4.2 A ação popular

Outro importante instrumento processual de proteção de interesses transindividuais é a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988 e Lei nº 4.717, de 1965). Seu escopo de aplicação, no entanto, se mostra mais limitado, servindo apenas para que o cidadão possa pleitear a invalidação de atos administrativos praticados por pessoas jurídicas de direito público, da administração direta ou indireta, tendo como objeto de tutela o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. Pode-se entender, portanto, que a ação popular busca proteger tanto o patrimônio público, quanto o patrimônio social, sendo este último composto por valores sociais fundamentais acrescentados pela atual Carta Política, como a moralidade pública e o meio ambiente, o primeiro em razão de que a moralidade pública se tratar de princípio da administração pública (art. 37, da Constituição Federal) e o segundo, em razão do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da Constituição Federal).

A legitimidade para ajuizar a ação popular é exclusiva do cidadão, o que, segundo alguns autores, resulta em um enfraquecimento significativo desse instrumento processual. Isso porque o cidadão, agindo de forma individual, pouco poder tem frente à administração pública, que possui toda a máquina estatal à sua disposição. Aliás, este exercício do direito de ação por qualquer cidadão, que é um direito político, é o que caracteriza a ação popular.

Trata-se, porém, de importante meio de participação política direta do cidadão, que pode, por meio do seu exercício, colaborar com a moralidade pública e a legalidade, controlando os atos da administração pública.

4.4.3 Mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo é uma das espécies de ação coletiva que tem origem na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXX, disciplinado juntamente com o mandado de segurança disposto no inciso LXIX, através da Lei nº 12.016, de 2009, podendo ser impetrado pelos seguintes legitimados: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Sua utilização está implicitamente admitida pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 83)¹¹ e de forma explícita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990) no artigo 212, § 2º.¹²

O mandado de segurança coletivo é efetivamente o mandado de segurança extraído da forma de ação coletiva (art. 5º, LXX, da CF), mantendo-se o direito material existente, requerendo os mesmos requisitos para sua concessão, tais como, a proteção do direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, contra ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, prestando-se à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais. Como salienta Nelson Nery Junior, o que caracteriza essa figura instituída no atual texto constitucional não é a *pretensão deduzida*, mas sim a forma de exercer essa pretensão mandamental. (NERY JUNIOR, 2017, p. 240).

¹¹ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

¹² Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

§ 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

A citada Lei nº 12.016, de 2009, dedicou tão-somente dois artigos (21 e 22)¹³ para o mandado de segurança coletivo, devendo-se aplicar os dispositivos da lei ao procedimento como um todo.

A legitimidade passiva (art. 1º e § 1º, da Lei 12.016, de 2009) é da autoridade coatora, equiparando-se a ela, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições, sendo a competência dependente e vinculada com a autoridade coatora.

4.5 – A dimensão hermenêutica-integrativa do princípio da função social da empresa nos procedimentos de caráter coletivo.

Ora, é bastante evidente que a função social da empresa, assim como o princípio da solidariedade social, tocam em interesses de natureza eminentemente coletiva. Como vimos, a Constituição Brasileira, especialmente em seus artigos 3º e 170, colocam como fundamento de ambos os princípios o atingimento de objetivos como “uma sociedade livre, justa e solidária” “erradicar a pobreza”, “promover o bem de todos”, “existência digna”, “bem-estar e a justiça sociais”, “defesa do consumidor”, “defesa do meio ambiente”, “redução das desigualdades regionais e sociais” e “busca do pleno emprego.”

¹³ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º. O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º. No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Assim, chega-se à conclusão de que a ação coletiva, enquanto mecanismo processual fundamentado no acesso à justiça, que pode ser exercido por qualquer pessoa extraordinariamente, e de maneira universal, mostra-se como importante maneira de fazer valer os interesses coletivos associados à função social da empresa e à solidariedade social.

Vislumbram-se ações em que se exigem das empresas ações corretivas a danos ambientais, inclusão social, defesa do consumidor, cessação de atividades que coloquem tais interesses coletivos em risco, entre outros. No entanto, como veremos abaixo ao explorarmos brevemente a jurisprudência pátria sobre o tema, trata-se tal observação de mera possibilidade: não foram utilizadas as ações coletivas com esse propósito ainda, até onde sabemos. Por enquanto, a função social da empresa foi aplicada pelo judiciário brasileiro de maneira a principalmente manter a atividade empresarial ativa, com pouca penetração dos aspectos coletivos do conceito.

A despeito do princípio da função social da empresa não ter sido aplicado pelo Poder Judiciário para fundamentar outras decisões no campo dos interesses e direitos difusos e coletivos, à evidência, considerando a sua forte percepção social, combinado com a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, sua utilização e aplicabilidade pode ser estendido para um universo de oportunidades, como apresentaremos à frente, minimamente, uma hipótese referencial de aplicação.

4.6 – Análise de casos

Como veremos em maiores detalhes neste item, a jurisprudência brasileira acerca da função social da empresa é, comparativamente à amplitude doutrinária e histórica que o conceito implica – conforme apontado neste trabalho até o presente momento – relativamente limitada.

Com efeito, maior parte dos julgados brasileiros utilizam-se do conceito da “função social” da empresa sem estritamente defini-lo, e, também, em regra como simples justificativa ou incentivo para a manutenção de sua existência em contextos que colocam em risco a continuidade da atividade empresária. Ou seja: o judiciário busca, com base no fato de que as

empresas oferecem empregos, circulação de bens e serviços, atividade econômica em geral e geração de tributos, mantê-las ativas tanto quanto possível. Portanto, manter a empresa ativa atenderia ao interesse coletivo na medida em que, enquanto cerne da produção mediação de bens e serviços para o mercado, coloca-se como propulsora do desenvolvimento social.

Esse sentido da função social é muitas vezes associado ao contexto da recuperação judicial e da penhora de bens. Nesse sentido, por exemplo, vide o Recurso Especial nº 1408973/SP, do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Min. Sidnei Beneti em 13 junho de 2014:

A recuperação judicial visa a continuidade de empresa em crise econômico-financeira. Tem por fonte a função social da empresa, desempenhada pela atividade produtiva, buscando-se manter empregos, sem abalos à ordem econômica.

Da mesma forma, o AgRg no CC 110250/DF, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrigli, julgado em 08/09/2010:

“[A] função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05”.

Com efeito, preceitua o artigo 47 da Lei nº 11.101, de 2005 (Lei da Recuperação Judicial), como vimos anteriormente, que “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

De maneira similar, o REsp 1686678/SP, do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Min. Herman Benjamin em 19 de dezembro de 2017, busca evitar a “penhora de bens essenciais aos meios de produção” como maneira de manter o funcionamento da empresa sub judice. Para isso, relativiza o rol dos artigos 11 e 15 da Lei 6.830, de 1980, que determinam a ordem da penhora ou arresto de bens para pagamento de dívidas perante a União.

A Corte a quo entendeu que, no tocante aos bens ofertados à penhora, o rol previsto nos art. 11 e 15 da Lei 6.830/1980 não é taxativo, podendo ser flexibilizado. Sendo assim, concluiu pela substituição pleiteada pela parte, em homenagem ao princípio da função social da empresa, para que fosse evitada a penhora de bens essenciais aos meios de produção.

O mesmo ministro relator Herman Benjamin do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1659692/RS, afirma em 30 de junho de 2017:

O Tribunal de origem, soberano na apreciação das circunstâncias fáticas, deferiu a penhora limitando-a à fração de 5% dos valores depositados na conta corrente da empresa executada, com vistas à função social da empresa e à continuidade de suas atividades, levando em consideração sua precária situação financeira.

E ainda no Superior Tribunal de Justiça, em sentido similar, o AgInt no REsp 1346712/RJ, relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão em 20 de março de 2017. Nesse acórdão, o ministro menciona o Enunciado 387 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que preceitua que “a opção entre fazer a execução recair sobre o que ao sócio couber no lucro da sociedade ou sobre a parte que lhe tocar em dissolução orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa.”

Dessarte, a opção entre fazer a execução recair sobre o que ao sócio couber no lucro da sociedade ou na parte em que lhe tocar em dissolução orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa. Enunciado 387 da IV Jornada de Direito Civil do CJP.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 61278/SP, de 06 de abril de 1998, relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, impediu pelas mesmas razões a dissolução de uma empresa:

Se um dos sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, deve-se prestigiar o princípio da preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquele, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em promoção de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais.

Em sentido similar, o REsp 247002/RJ, de 25 de março de 2002, relatado pela Min. Nancy Andrighi:

Não é plausível a dissolução parcial 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 hão de prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas.”

A mesma tendência de utilizar a função social da empresa como incentivadora de sua manutenção pode ser observada nos Tribunais Estaduais. Por exemplo, há casos em que há a redução do percentual dos bens penhorados de certa empresa como maneira de garantir sua produção (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento 2108703-64.2018.8.26.0000, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. em 20.08.2018); ordem para adequação de ambientes irregulares ao invés do fechamento da empresa, de maneira que o princípio da função social da empresa nesta acepção se sobreponha ao poder de polícia (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 1003837-33.2013.8.26.0053, Rel. Des. Marrey Uint, j. em 24.10.2017); prorrogação de prazos (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento 1.0024.13.276341-8/004, Rel. Des. Vanessa Hudson Andrade, j. em 11.11.2014); redução da condenação de indenização advinda da prática de ato ilícito, de maneira que a obrigação de reparo dos danos causados não ameace o próprio funcionamento da empresa (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 1034115-81.2016.8.26.0224, Rel. Des. Daniela Menegatti Milano, j. em 13.07.2018); evitar a decretação de falência em vista de débito de relativamente baixa monta (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 556.976-4/8-00, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 18.08.2009); permanência de bens alienados na posse da empresa (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento 2.0000.00.334541-7/000, Rel. Des. Silas Vieira, j. em 12.06.2001), entre outros.

Como exemplo deste posicionamento nos tribunais Estaduais, citamos elucidativo acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação 0007818-85.2006.8.19.0002, j. em 22.07.2008) em que o Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres esclarece o uso dessa acepção do princípio da função social da empresa:

O legislador, ao assegurar a renovação do contrato de locação não residencial, tomou em linha de conta a função social da empresa, que garante a geração de empregos, o recolhimento de tributos, e a prestação de bens e serviços à população, atendendo não

só ao interesse privado do empreendedor, como ao interesse público sempre presente, embora em grau variado, conforme as circunstâncias de cada caso concreto.

E como exemplo final, citamos outro acórdão bastante esclarecedor, relatado pelo Des. Judimar Biber do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação 1.0148.11.007317-5/002, j. em 28.01.2016):

[A] impetrante vem cumprindo com um de seus papéis sociais, qual seja, o exercício da atividade empresarial dentro dos ditames legais, com emissão de notas fiscais e pagamento de tributos. Em tempos como os atuais, quando verificamos a crescente sonegação de tributos, frente à conjuntura econômica, não parece razoável punir aqueles que cumprem com a carga tributária, ou pelo menos tentam cumpri-la. A tendência atual é a preservação das empresas e, por conseguinte, garantia de empregos, distribuição de renda e geração de riquezas para o Estado. Enfim, concretizam-se os princípios da dignidade humana e a justiça social.

Assim, percebe-se que, de fato, em sede jurisprudencial é pacífica a acepção da função social enquanto incentivadora e mantenedora da atividade empresarial. Tem pouca – ou, efetivamente, nenhuma – penetração a acepção do princípio enquanto norma orientadora, geradora de deveres positivos, ou mesmo limitadora, da empresa ou do empresário em si, tal qual defendemos neste trabalho até aqui.

Nessa esteira, entendemos que, por si só, a defesa da função social da empresa enquanto justificativa para manutenção de sua existência é argumento jurídico válido e socialmente referendado. É evidentemente verdade que, como vimos anteriormente, a empresa enquanto ponto focal da atividade econômica moderna, ou seja, da circulação de bens e serviços, geração de empregos e pagamento de impostos, pode e deve ser defendida de incursões irrazoáveis ou ilegais em seu funcionamento.

No entanto, verdadeira aplicação do princípio deve também passar pela limitação e orientação da atividade empresarial. A empresa não pode se esquivar de atender à sua função social no que tange ao direcionamento de suas ações à sustentabilidade, diversidade, ações sociais, desenvolvimento regional etc. – objetivos claramente positivados na Constituição Brasileira, como vimos acima. Trata-se de objetivos que têm como norte o próprio desenvolvimento social, a dignidade humana, e a manutenção de uma sociedade sadia que possa efetivamente servir de bojo para a atividade empresarial, tanto fornecendo-lhe força de trabalho quanto consumidores. A racionalidade individual, ou mesmo a racionalidade limitada ao lucro

– ou simples preservação – da empresa, racionalidade essa que pode ser superada, como vimos no item referente à Análise Econômica do Direito acima, não precisa necessariamente sobrepor-se à racionalidade do desenvolvimento social justo e equitativo, sob os ditames do princípio da solidariedade social e da função social em sua acepção mais ampla. No entanto, é em essência somente o racional individual – ou quiçá individualista – que encontra guarida em nosso judiciário.

Com efeito, entendemos tratar-se de posicionamento de difícil aceitação, e com aparentes dificuldades ideológicas. Tomasevicius, ao tratar da função social dos contratos (como prevista no art. 421 do Código Civil de 2002), nos leciona indiretamente quanto ao tema da função social da empresa:

Porém, a grande preocupação da doutrina foi com a aplicação do art. 421 pelo Poder Judiciário e as consequências danosas que disso poderia resultar para as partes e para o funcionamento da economia. Temia-se o enfraquecimento da força obrigatória do contrato, gerando insegurança jurídica, já que o contrato se tornaria "mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível a terceiros, mais ou menos aleatório e mais ou menos suscetível de ser revisto, podendo ser mais ou menos extensa a eventual nulidade de suas cláusulas". Questionou-se o risco de veiculação de ideologias pela função social do contrato, porque esse termo é vago e cada grupo de interesse definiria seu conteúdo em seu favor. O empresário diria que cumpre sua função social gerando empregos e o cidadão comum desejaria ver a função social do contrato sendo cumprida mediante desconto no valor das prestações a pagar. (...) (TOMASEVICIUS, 2014, p. 9)

Será necessária coragem e determinação para que o judiciário e a sociedade superem esses medos. Especialmente em casos distintamente positivados em nossa constituição (como a mencionada sustentabilidade, desenvolvimento regional, inclusão e diversidade etc.), pouca margem sobra para que se afirme que ações que busquem atingimento destes objetivos implicam em intervenção ilegítima na atividade empresarial. Com efeito, a própria Ordem Econômica brasileira e o princípio da livre iniciativa são positivamente condicionados à função social e ao princípio da solidariedade, como bem vimos acima.

Como vimos, a jurisprudência pátria se encontra sobre uma linha tênue: há um evidente perigo de que a manutenção da existência da empresa, especialmente se realizada de maneira irrefletida e sem se levar em consideração os aspectos positivos e limitadores da função social e da solidariedade social, acabe exatamente por estimular atividades ilícitas e em conflito com os interesses sociais. Se a empresa se julgar imune, especialmente quanto a limitações impostas

por seus deveres sociais, corre-se o risco de, exatamente, afastar qualquer efeito do princípio da função social. Tomasevicius também é claro nesse sentido:

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

A existência digna, nos termos da Constituição, está condicionada a uma justiça social. Nessa perspectiva, é inadmissível o exercício de uma liberdade econômica que permita apenas o crescimento das riquezas, sem permitir a sua distribuição entre os indivíduos que contribuíram com o mesmo, através do trabalho.

Colocando-se a livre iniciativa em razão da existência digna e da justiça social, o exercício da atividade econômica fica sujeito ao cumprimento de diversos deveres. (TOMASEVICIUS, 2003, p. 43)

Talvez sejam necessárias ações coletivas e acionamento ativo do judiciário para que a letra da lei quanto a tais princípios comece a ser aplicada. Não há mais espaço para empresas que praticam interesses individuais em detrimento da sociedade que as acolhe e gera.

4.7 – Proposta para aplicação do princípio da função social na empresa no âmbito do processo coletivo

Como já apontado, no levantamento jurisprudencial não há evidências razoáveis da aplicação do princípio da função social da empresa nos processos coletivos, sendo principalmente utilizado como fundamento da manutenção da atividade empresarial ativa.

De toda sorte, podemos vislumbrar hipótese na qual o princípio da função social da empresa possa ser aplicado ao processo coletivo, como forma de atender aos seus anseios e fundamentos e consequentemente com o aproveitamento para toda a coletividade envolvida.

A saúde como direito de relevância social é dentre diversos outros direitos fundamentais, hipótese de aplicação do processo coletivo através da tutela judicial dos interesses difusos e coletivos. Assim, a Constituição brasileira, estabelece no artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O mundo passou recentemente pela pandemia da Covid-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2 ou Novo Coronavírus, que causou impactos sociais, econômicos, culturais, históricos e políticos sem precedentes na história recente das epidemias.

A par de todos infectados e mortes que concorreram diretamente com impacto sobre os sistemas de saúde, abrigando a saúde mental das pessoas em tempos de confinamento pelo medo do risco de adoecimento e morte, a exposição da população e grupos vulneráveis, os efeitos econômicos na economia nacional, o acesso a bens essenciais como medicamentos, alimentação, entre outros, trouxeram uma situação de agonia e desespero, pois se fizeram necessárias ações imediatas para contenção da mobilidade social como o isolamento e a quarentena, e a busca incessante e urgente pela testagem de medicamentos e vacinas que impactaram sensivelmente a dignidade da pessoa humana, no direito à vida.

Nesta seara toda, a ciência mostrou que a prevenção contra a doença, passava por medidas de higiene pessoal, não contato físico, não aglomeração, dentre outras, e, especialmente, a vacina, que é a substância mais utilizada como forma de imunização, que estimula o próprio sistema imunológico do corpo para proteger e prevenir a pessoa contra doenças.

As grandes empresas farmacêuticas do mundo, atentas a isso, e no interesse de seus fins e objetivos que se efetiva na realização de lucros, se voltaram para desenvolver as vacinas que pudessem prevenir com maior probabilidade de eficácia os riscos da doença da Covid-19, tornando-se um enorme negócio comercial, já que a população do mundo todo precisava ser vacinada para evitar a letalidade da doença e não havia produção suficiente para atender a toda a demanda.

Com isso, a conhecida lei da oferta e procura que regula o mercado, impõe processos de negociação para aquisição das vacinas, diante da urgência de fornecimento, e de acordo com a capacidade de produção, dentre outras variáveis, permeando uma série de interesses econômicos, financeiros e especulativos em detrimento do bem maior que é a vida.

Diante deste contexto, considerando a hipótese de que o país não conseguisse obter a quantidade de vacinas necessárias ou parte delas para imunizar sua população no tempo necessário definido pelas autoridades públicas competentes, dada a gravidade da situação, pelo que o Estado tem o dever de prover a saúde pública de sua população, diante da imposição e importância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, já que o bem maior tutelado é o direito à vida, teríamos como fundamentar no princípio da função social da empresa, o pedido de quebra da patente das vacinas das indústrias farmacêuticas que as fabricam, para que o país pudesse produzir por suas próprias indústrias as vacinas necessárias para imunização de sua população.

Obviamente, que a hipótese em questão não sugere a expropriação da patente, todavia, a viabilização da produção das vacinas por outras empresas nacionais em tempo menor do que a oferta das indústrias farmacêuticas, atenderia a tempo mínimo possível a necessidade fundamental da população brasileira em ver garantido o direito à vida, que se ampara no princípio da dignidade humana, no princípio da solidariedade e no direito à saúde que é dever do Estado, de forma que essas empresas seriam razoavelmente remuneradas através de royalties sobre as receitas advindas da patente quebrada.

Isto porque o princípio da função social da empresa impinge às indústrias farmacêuticas cumprirem com suas obrigações sociais extrapolando o arquétipo interno, aplicado a seus colaboradores, para ir além de seus fins e objetivos sociais, voltando-se para o externo, atingindo a toda a sociedade, de forma humanitária e solidária, realizando com efetividade os seus fins para o bem de toda coletividade, como hodiernamente deve ser o comportamento social das empresas.

E para que as indústrias farmacêuticas tivessem a quebra de suas patentes da vacina da Covid-19, haveria a instrumentalização processual através do processo coletivo – mediante a utilização de uma das espécies de ações coletivas que melhor aproovessem os elementos, fatos, sujeitos e o fundamento de direito que possa amparar a prestação jurisdicional pretendida.

Com fulcro nas hipóteses analisadas das ações coletivas – a ação popular tem como legitimidade ativa o cidadão, que a exerce com um direito político, de forma que, se tratando de ação que tem origem no direito fundamental à vida, à saúde, o direito material tutelado não lhe é peculiar, nem competente, além de que, igualmente, não guarda legitimação para propositura.

O mandado de segurança coletivo, que tem por finalidade a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, contra ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, também não seria a forma de instrumentalização da ação coletiva aqui pretendida, porque o caso em questão não se trata de direito líquido e certo e não há a figura da legitimidade passiva decorrente de ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade ou agente público no exercício funcional.

Portanto, de rigor, caberia a ação civil pública, cujo legitimado ativo seria o Ministério Público Federal, a competência da justiça federal, tendo como legitimados passivos as indústrias farmacêuticas fabricantes de vacina para imunização da Covid-19, tendo como objeto uma obrigação de fazer, que é a quebra da patente para dispor da fórmula para industrialização da vacina, mediante a fixação razoável de royalties a favor das empresas, na medida que as fórmulas fossem utilizadas pelas indústrias nacionais autorizadas pelo Governo Federal ou mesmo para fabricação pelo próprio Governo Federal ou pelos Governos Estaduais, respeitando-se assim a boa-fé, essencial para as relações jurídicas, mesmo na hipótese de grave risco de convulsão social que a disseminação da doença pudesse acarretar.

O pedido, dada a urgência e gravidade da questão de saúde pública envolvida, comportaria pedido de concessão de liminar nos termos do artigo 12, § 1º, da Lei nº 7.347, de 1985, com pedido de fixação de multa elevada pelo não cumprimento e mediante a fixação razoável de royalties a favor das empresas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou explorar e expor uma acepção positiva da função social da empresa, fundamentada e informada pelo princípio da solidariedade social. A função social da empresa, enquanto norma interpretativa, integrativa, e criadora de deveres positivos para a atividade privada, deve limitar e nortear a empresa do mundo moderno. E, como vimos, podem as ações coletivas servir como instrumento para a concretização desta acepção.

Vimos como a empresa de outrora – produtora e circuladora de bens mediante a exclusiva perspectiva de lucro e corporificação de seu capital de giro – ganha uma nova função dentro da estrutura capitalista contemporânea, passando a estabelecer novos padrões de relacionamento para com a coletividade.

Expomos também como tal empresa se desenvolveu histórica, social e juridicamente. A partir de suas conformações embrionárias, a sociedade capitalista necessitava multiplicar os caminhos abertos de comércio entre comunidades localizadas que compunham a fragmentada sociedade feudal, de forma a intensificar as trocas mercantis e contribuir para o desenvolvimento econômico da classe de mercadores, que depois viria a ser identificada como a burguesia. É neste momento que nascem as primeiras codificações da atividade mercantil.

Essas transformações evidenciaram o fato de que o mercado não é capaz de se autorregular satisfatoriamente, dependendo da ação estatal para evitar resultados indesejados, como os grandes monopólios, que prejudicavam a ampla concorrência, princípio caro ao pensamento liberal. É nesse momento que surgem as primeiras leis antitruste, que proíbem os acordos de domínio de mercado, de forma a resgatar o modelo liberal de mercado concorrencial. A admissão da insuficiência do modelo de Estado liberal até então preconizado está na base da própria derrocada do liberalismo nesse período, uma vez que abre as portas para a concepção de um modelo de Estado que intervém muito mais na ordem social e econômica, inclusive para garantir mais direitos à classe trabalhadora, até então ocupando um espaço de subordinação, ocultado pela imagem da igualdade estritamente formal. Nesse sentido, nos anos imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, era uma suposição amplamente compartilhada que para que o capitalismo fosse compatível com a democracia, e, portanto, com o Estado Democrático de Direito, sua fundamentação jurídica, ele tinha que ser submetido a um amplo controle político, como tentamos expor neste trabalho.

Juridicamente, isso se mostra por exemplo no “Princípio da Solidariedade”, que se observa já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, expressamente fundamentada na liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. No Estado democrático de direito, regido pela Constituição como expressão da soberania popular, colocam-se os direitos fundamentais como os principais pilares para atingimento do ideal de justiça.

O conceito de solidariedade já pressupõe e indica que as ações individuais têm repercussão positiva ou negativa sobre outros indivíduos, assim como sobre a sociedade como um todo. A solidariedade, assim, implica na compreensão da transcendência social das ações humanas, ou seja, na compreensão, por todas as pessoas, do fato de que as ações humanas não se inserem num vácuo, mas são determinadas e determinantes das relações. A solidariedade, enquanto princípio jurídico, pode se apresentar como o fundamento necessário, como uma ordem de conduta passível de exigibilidade, como apontado acima, para a correção de uma realidade injusta, direcionando o ordenamento jurídico às suas funções reais. Para tanto, a solidariedade deve ser vista não como limitação dos direitos privados pelo direito público, mas sim como norma orientadora do próprio direito de propriedade, fundamento da atividade econômica, e, por consequência, das próprias relações contratuais e do direito empresarial.

Importante decorrência do princípio da solidariedade social é a própria função social da empresa. A empresa, gerada no mesmo contexto do desenvolvimento do capitalismo, é hoje informada e limitada por sua própria função social.

O Código Civil Brasileiro de 2002, rompendo com a tradição focada no ato jurídico comercial, tira de cena a figura tradicional do comerciante em prol da teoria da empresa. Isso se mostra, principalmente, pela instituição de um novo modelo voltado à formulação dogmática e organizacional da empresa, novo centro do agora denominado “Direito de Empresa” (Livro II do Código Civil de 2002).

Assim, tratamos “empresa” neste trabalho a partir do foco em sua atividade econômica, ou seja, enquanto atividade voltada à circulação de bens e serviços. Naturalmente isso não exclui outros usos possíveis do termo, inclusive jurídicos, tal qual a complexidade da Teoria Poliédrica de Asquini, que exploramos detidamente aqui.

A empresa e os fundamentos de sua função social são positivados em nosso sistema em diversos momentos. O artigo 3º da Carta Maior, por exemplo, trata de objetivos como

erradicação da pobreza (inciso II), construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), entre outros princípios evidentemente atrelados à ordem econômica. Para além disso, da leitura deste artigo e do próprio artigo 1º, IV da Constituição Brasileira, conclui-se que a empresa, enquanto ente integrante da ordem econômica nacional, é entidade fundada e informada pela valorização do trabalho humano e pela livre iniciativa, observados, paralelamente, os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade.

Assim, vimos que toda relação privada deve ser permeada pelo princípio da função social. Não se confunde com o princípio da solidariedade, que é mais amplo do que o da função social, nem com a *social responsibility*, voltado mais ao aspecto ético e extrajurídico da atuação empresarial. A *social responsibility*, como vimos, aproxima-se das propostas inseridas no campo do ESG (*Environmental, Social and Corporate Governance*), envolvendo a adoção, pela empresa, na sua gestão interna e na atuação externa, de princípios de direitos humanos e de desenvolvimento sustentável.

Em sentido amplo, portanto, função social se define como o princípio jurídico da socialidade das relações privadas; ou seja, uma norma que busca garantir que ações privadas só sejam legitimadas na medida em que reconheçam ser parte de uma estrutura social maior, que tanto influencia quanto é influenciada pelos atos individuais. O núcleo ético da função social centra-se no fato de que as relações privadas não se realizam em um “vácuo”, mas sim enquanto parte de uma rede relacional socialmente integrada.

Algumas ferramentas se apresentam para consecução da solidariedade social e função social da empresa. Uma prática que vem sendo difundida é a publicação pelas empresas de relatórios periódicos a respeito do cumprimento do programa de *compliance*, o que garante a possibilidade de controle e auditoria popular e governamental, garantindo também maior transparência às atividades empresariais. O *compliance* constitui instrumento de suma importância para o cumprimento da função social da empresa, no que diz respeito à observância das normas legais e éticas acerca da conduta empresarial frente à sociedade.

Tais reflexões, como vimos, não precisam se opor à análise econômica do direito. A função social, a responsabilidade social e a solidariedade podem fazer parte, como vimos, de uma racionalidade econômica que busca, exatamente, a manutenção e sobrevivência da própria sociedade capaz de gerir empresas e consumir suas mercadorias e serviços. E naturalmente, na

medida em que tais ações individuais ignorem ou ajam em detrimento da sociedade, caberá ao direito impor as normas positivas para atingimento dos objetivos coletivos.

Os objetivos positivados no nosso ordenamento no contexto de tais princípios são, evidentemente, coletivos. Como vimos, a Constituição brasileira, especialmente em seus artigos 3º e 170, positivam objetivos como “uma sociedade livre, justa e solidária” “erradicar a pobreza”, “promover o bem de todos”, “existência digna”, “bem-estar e a justiça sociais”, “defesa do consumidor”, “defesa do meio ambiente”, “redução das desigualdades regionais e sociais” e “busca do pleno emprego.”

São direitos que ultrapassam a esfera individual, uma vez que dizem respeito a toda ou a uma parte considerável de determinada comunidade. Enquanto os direitos difusos dizem respeito a uma coletividade indeterminada, os direitos coletivos dizem respeito a um grupo de pessoas determinado, que possuam alguma relação entre si. São interesses inseridos na chamada terceira geração de direitos fundamentais, tendo surgido principalmente por volta da década de 1960.

Assim, a função social pode servir não apenas como norma limitadora e orientadora da ação das empresas, mas também como incentivo para a participação das empresas na promoção dos direitos difusos e coletivos, enquanto imperativos atrelados ao poder econômico que exercem na sociedade.

Em conclusão, a tutela judicial dos interesses difusos e coletivos é feita por meio do chamado processo coletivo. É por meio dele que se postula, em juízo, a reparação ou proteção de um direito que tem um grupo ou coletividade como titular.

No entanto, percebe-se que em sede jurisprudencial é pacífica a acepção da função social enquanto meramente incentivadora e mantenedora da atividade empresarial. Tem pouca – ou, efetivamente, nenhuma – penetração a acepção do princípio enquanto norma orientadora, geradora de deveres positivos, ou mesmo limitadora, da empresa ou do empresário em si, tal qual defendemos neste trabalho.

Todavia, como conclusão apresentamos alternativa contemplando hipótese pela qual o princípio da função social da empresa, juntamente com o da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana serem fundamentos para instrumentalização da ação coletiva através da ação

civil pública, através da quebra de patente da vacina da Covid-19, de propriedade das indústrias farmacêuticas produtoras, atendendo a questão fundamental de saúde pública e do direito à vida.

Outras hipóteses podem existir ou mesmo surgir para a utilização do princípio a função social da empresa como fundamento do processo coletivo, haja vista sua amplitude e alcance, até porque, o processo coletivo também, guarda um leque enorme de interesses difusos e coletivos a serem tutelados, de sorte que cabe a todos os operadores do direito um olhar mais profundo para este princípio de expressão de vanguarda, para seu melhor aproveitamento para o bem da coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cléber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Lisboa: Leya, 2016.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 104, p. 109-126, 1996.
- BABIE, Paul; VIVEN-WILKSCH, Jessica (Ed.). **Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property: A Translation and Global Exploration**. Singapore: Springer Nature, 2019.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I. n. 6, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B.; DE ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2022.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, Estado Social e reforma gerencial, **Pensata Rev. adm. empres.**, São Paulo, Ano 50, n. 1, p. 112-116, mar. 2010.

BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria jurídica da Empresa**: análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 70, n. 499, 1961.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1994.

CICERO, M. Tullius. **De Officiis**. Walter Miller (trad.). Cambridge: Harvard University Press, 1913.

COASE, Ronald. The problem of social cost, **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, n. 1, 1960.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, vol. 63, 1986.

_____. A reforma da empresa. In: _____. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia “Programas de Compliance”**: Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial, Brasília, Jan. 2016.

CUNHA, S. S. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

DE AQUINO, Tomás. **Suma teológica VI**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

DE CASTRO CORRÊA, Alexandre Augusto. Existiu, em Roma, direito comercial? **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 65, p. 67-103, 1970.

DE MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 4. Processo Coletivo. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A propriedade e sua função social. **Revista de Direito Agrário**, n. 8, v. 32, pp. 32-33, 1982.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DE GONZAGA, Álvaro Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coord.); COELHO, Fábio Ulhôa; DE ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli (coord. de tomo). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Comercial. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>, Acesso em 01/10/2022.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profit, **The New York Times**, Nova York, ano 122, p. 32-33, 13 set., 1970.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; BARTHOLO, Bruno Paiva. **Função social no direito civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

GARRIGA, Elisabet; MELÉ, Domènec. Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory. **Journal of Business Ethics**, n. 53, p. 51-71, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coord.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

INSTITUTO ETHOS. **Responsabilidade Social das Empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Petrópolis, 2004.

INTERNATIONAL STANDARDS ORGANIZATION. **ISO 26000:2010(es): Guia de responsabilidade social**, Genebra, 2010, disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>, acesso em: 01/10/2022.

KRINDGES, Ludmilla L. A. V.; ZANELLA, Andrielly P. C. A função social da propriedade e a sua relação com postulados presentes na análise econômica do direito. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Florianópolis, v. 8, n. 1, pp. 22-38, Jan./Jul. 2022.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEÃO, XIII. Carta Encíclica Rerum Novarum do Sumo Pontífice Papa Leão XIII a Todos os Nossos Veneráveis Irmãos, os Patriarcas Primazes, Arcebispos e Bispos do Orbe Católico. **Graça e Comunhão Com a Sé Apostólica, Sobre a Condição dos Operários**. Disponível na Internet em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html, Acesso em 09/10/2022.

MACHADO, Luciana de Aboim; MATOS, Yuri Matheus Araújo; SAMPAIO, Amanda Inês Moraes. *Compliance* supranacional como instrumento para a promoção da função social da empresa. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 38, n. 2, pp. 86-101, jul./dez. 2022.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**: empresa e atuação empresarial, v. 1. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MANUEL, Broseta Pont, **Manual de Derecho Mercantil**. Madrid: Ed. Tecnos, 1974.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas do Direito Mercantil**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1970.

_____. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MASCARO, Alysson. **Filosofia do Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Idem. 28. Ed., ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

- MONTORO, A. F. **Introdução à ciência do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. I.
- MORAES, M. C. B. de. Princípios Constitucionais. *In*: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I. F.; NAS- CIMENTO FILHO, F. (Org.). **Os princípios na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito Fiscal. *In*: _____. **Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: RT, 2017.
- PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PILATI, José Isaac. Função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano para um novo paradigma. **Revista Sequência**, n. 50, pp. 49-69, jul. 2005.
- PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.
- POSNER, Richard. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**, Dallas, v. 53, n. 757, p. 757-782, 1975.
- _____. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. POSNER, Richard. A. **A problemática da teria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RICO, Elisabeth de Melo. A responsabilidade social empresarial e o Estado: uma aliança para o desenvolvimento sustentável. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 4, p. 73-82, 2004.
- GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.); BUENO, Cassio Scarpinella; DE OLIVEIRA NETO, Olavo (coord. de tomo). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.

Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-2/principio-do-acesso-justica>. Acesso em: 04/10/2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DE GONZAGA, Álvaro Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coord. E coord. de tomo). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>, Acesso em 01/10/2022.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas Interpretativas diante do Novo Código. *In*: FIÚZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (org.). **Direito Civil – Atualidades**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOMACEVICIUS, Eduardo. A Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 92, p. 33-50, abr. 2003.

_____. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileira. **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 940, p. 49-85, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo** – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.